Zbornik sudske prakse

PRESUDA OPĆEG SUDA (sedmo prošireno vijeće)

13. studenoga 2024.*

„Tržišno natjecanje – Koncentracije – Njemačka tržišta televizijskih i telekomunikacijskih usluga – Odluka kojom se koncentracija proglašava spojivom s unutarnjim tržištem i Sporazumom o EGP-u – Obveze – Ocjena horizontalnih i vertikalnih učinaka koncentracije na tržišno natjecanje – Odnos tržišnog natjecanja između sudionika koncentracije – Promjena specifična za koncentraciju – Očita pogreška u ocjeni”

U predmetu T-64/20,

Deutsche Telekom AG, sa sjedištem u Bonnu (Njemačka) koji zastupaju C. von Köckritz, U. Soltész, M. Wirtz, M. Schulz, P. Lohs i S. Zinndorf, odvjetnici,

tužitelj,

protiv

Europske komisije, koju zastupaju G. Conte, J. Szczodrowski i C. Urraca Caviedes, u svojstvu agenata,

tuženika,

koju podupire

Vodafone Group plc, sa sjedištem u Newburyju (Ujedinjena Kraljevina), koji zastupaju V. Vollmann, *solicitor*, C. Jeffs, A. Chadd i D. Seeliger, odvjetnici,

intervenijent,

OPĆI SUD (sedmo prošireno vijeće),

u sastavu: M. van der Woude, predsjednik, R. da Silva Passos (izvjestitelj), I. Reine, L. Truchot i M. Sampol Pucurull, suci,

tajnik: S. Jund, administratorica,

uzimajući u obzir pisani dio postupka,

nakon rasprave održane 21. rujna 2023.,

* Jezik postupka: engleski

donosi sljedeću

Presudu

1 Svojom tužbom na temelju članka 263. UFEU-a, tužitelj Deutsche Telekom AG, traži poništenje Odluke Komisije C(2019) 5187 *final* od 18. srpnja 2019. kojom se spojivom s unutarnjim tržištem i Sporazumom o EGP-u proglašava koncentracija usmjerena na stjecanje određene imovine društva Liberty Global plc od strane društva Vodafone Group plc (predmet COMP/M.8864 – Vodafone/Certain Liberty Global Assets) (u daljnjem tekstu: pobijana odluka).

I. Okolnosti spora

A. Dotični poduzetnici

2 Vodafone Group plc (u daljnjem tekstu: intervenijent ili Vodafone), sa sjedištem u Ujedinjenoj Kraljevini većinom posluje u području mobilnih telekomunikacijskih mreža i pružanja pokretnih telekomunikacijskih usluga kao što su govorne usluge, usluge slanja poruka i korištenja mobilnih podataka. Neki od njegovih poslovnih subjekata pružaju i usluge kabelske televizije, fiksne telefonije, širokopojasnog interneta ili televizijske usluge korištenjem internetskog protokola (Internet Protocole Television, IPTV). Vodafone je u Europskoj uniji prisutan u dvanaest država članica, među kojima se nalaze Češka Republika, Njemačka, Mađarska i Rumunjska. U Njemačkoj, Vodafone posjeduje koaksijalnu kabelsku mrežu koja je prisutna u trima od šesnaest saveznih zemalja (Bavarska, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Zapadno Pomorje, Donja Saska, Porajnje-Falačka, Saarland, Saska, Saska-Anhalt, Schleswig-Holstein i Tiringija), koja mu omogućuje pružanje televizijskih usluga i usluge širokopojasnog interneta. Vodafone u toj državi članici također pruža maloprodajne pokretne telekomunikacijske usluge na nacionalnom nivou, a usluge fiksne telefonije na nacionalnoj razini nudi putem veleprodajnog pristupa tužiteljevoj fiksnoj mreži.

3 Liberty Global plc, također sa sjedištem u Ujedinjenoj Kraljevini, nudi televizijske usluge, usluge širokopojasnog interneta, fiksne telefonije kao i mobilne usluge u različitim zemljama Unije. Liberty Global posjeduje i koristi kabelske mreže koje nude televizijske usluge, usluge širokopojasnog interneta i glasovne telefonije u Češkoj Republici, Njemačkoj, Mađarskoj i Rumunjskoj. Društvo Liberty Global prisutno je u Njemačkoj pod nazivom Unitymedia GmbH, a u Češkoj Republici, Mađarskoj i Rumunjskoj pod nazivom UPC. Društvo Unitymedia u Njemačkoj posjeduje koaksijalnu kabelsku mrežu koja postoji u trima saveznim zemljama koje nisu pokrivene kabelskom mrežom društva Vodafone, odnosno u Sjevernoj Rajni-Vestfaliji, Hessenu i Baden-Württembergu, što mu omogućuje pružanje televizijskih usluga i usluga širokopojasnog interneta. Usto, Liberty Global posluje kao operator virtualne pokretne mreže u Njemačkoj i Mađarskoj.

4 Tužitelj, koji ima sjedište u Njemačkoj, nudi među ostalim IPTV usluge, usluge širokopojasnog interneta, fiksne telefonije, uglavnom putem svoje bakrene telefonske mreže i svoje mreže optičkih vlakana kao i mobilne usluge u raznim zemljama Unije.

B. Upravni postupak

5 Europska komisija zaprimila je 19. listopada 2018., u skladu s člankom 4. stavkom 1. Uredbe Vijeća (EZ) br. 139/2004 od 20. siječnja 2004. o kontroli koncentracija između poduzetnika (Uredba EZ o koncentracijama) (SL 2004., L 24, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 5., str. 73.) prijavu u kojoj je predložena koncentracija kojom je Vodafone objavio svoju namjeru stjecanja isključive kontrole nad telekomunikacijskim djelatnostima društva Liberty Global u Češkoj, Njemačkoj, Mađarskoj i Rumunjskoj. Transakcija se sastojala od ugovora o kupoprodaji kojim je Vodafone namjeravao steći 100 % dionica društava koja obavljaju telekomunikacijske djelatnosti društva Global o kojima je riječ (u daljnjem tekstu: koncentracija). U Njemačkoj, koncentracija se sastojala od stjecanja 100 % dionica društva Unitymedia.

6 Nakon preliminarnog ispitivanja prijave i na temelju prve faze istraživanja tržišta Komisija je izrazila ozbiljne sumnje u spojivost koncentracije s unutarnjim tržištem te je 11. prosinca 2018. donijela odluku o pokretanju postupka u skladu s člankom 6. stavkom 1. točkom (c) Uredbe 139/2004.

7 Komisija je 25. ožujka 2019. društvu Vodafone uputila obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku (u daljnjem tekstu: obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku).

8 Vodafone je 8. travnja 2019. podnio svoj pisani odgovor na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku.

9 Vodafone je 6. svibnja 2019. dostavio preuzete obveze u skladu s člankom 8. stavkom 2. Uredbe br. 139/2004 kako bi otklonio dvojbe čije je postojanje utvrdila Komisija a koje su povezane s tržišnim natjecanjem. Komisija je 7. svibnja pokrenula tržišnu provjeru tih obveza.

10 Nakon određenih izmjena Vodafone je dostavio 11. lipnja 2019. konačan skup obveza (u daljnjem tekstu: konačne obveze).

11 Komisija je pobijanu odluku donijela 18. srpnja 2019. na temelju članka 8. stavka 2. Uredbe br. 139/2004.

C. Pobijana odluka

12 Komisija je u pobijanoj odluci najprije ocijenila učinke koncentracije, osobito u Njemačkoj. Nakon toga provjerila je jesu li obveze koje je sudionik koji je prijavio koncentraciju predložio preuzeti bile takve prirode da osiguraju njezinu spojivost s unutarnjim tržištem i Sporazumom o Europskom gospodarskom prostoru (EGP).

1. Ocjena učinaka koncentracije na tržišno natjecanje u Njemačkoj

13 Kad je riječ o Njemačkoj, Komisija je najprije analizirala horizontalne učinke koncentracije, odnosno učinke koji su bili posljedica okolnosti da su sudionici navedene koncentraciji bili postojeći ili potencijalni konkurenti na dotičnom tržištu. Nadalje, Komisija je ispitala vertikalne učinke koncentracije, odnosno učinke koji su bili posljedica okolnosti da su sudionici navedene koncentracije djelovali na različitim razinama opskrbnog lanca. Naposljetku, Komisija je ocijenila konglomeratne učinke koncentracije, odnosno učinke koji su bili posljedica okolnosti da su

sudionici koncentracije održavali odnos koji nije bio ni horizontalan ni vertikalan, nego su međusobno djelovali na usko povezanim tržištima i među ostalim isporučivali proizvode ili usluge koji se međusobno dopunjuju.

a) Horizontalni učinci

14 Komisija je među ostalim ispitala horizontalne nekoordinirane učinke na sljedeća tržišta: maloprodajno tržište isporuke usluga fiksnog pristupa internetu u Njemačkoj (u daljnjem tekstu: tržište fiksnog pristupa internetu), maloprodajno tržište usluga prijenosa televizijskog signala, maloprodajno tržište paketa usluga (multiple play), maloprodajno tržište televizijskih usluga, veleprodajno tržište isporuke i otkupa televizijskih programa i veleprodajno tržište prijenosa televizijskih programa u Njemačkoj (u daljnjem tekstu: otkupno tržište televizijskih signala).

1) Horizontalni nekoordinirani učinci na tržištu fiksnog pristupa internetu

15 Iz pobijane odluke proizlazi da telekomunikacijski operatori (ponuda) na tržištu fiksnog pristupa internetu nude pretplate koje krajnjim korisnicima (potražnja) omogućuju pristup internetu putem fiksne telekomunikacijske veze. Komisija je u ovom slučaju smatrala da je relevantno tržište za potrebe donošenja svoje odluke bilo globalno maloprodajno tržište isporuke fiksnog pristupa internetu (što uključuje sve vrste usluga, načine distribucije kao i brzine prijenosa i pojasne širine) rezidencijalnim korisnicima i malim poduzetnicima, izuzev pružanja usluga fiksnog pristupa internetu putem infrastruktura mobilne mreže. Kad je riječ o zemljopisnoj dimenziji tržišta, Komisija je smatrala da je riječ o tržištu nacionalnog opsega.

16 Po završetku svoje analize, Komisija je zaključila da koncentracija bitno ograničava učinkovito tržišno natjecanje na tržištu fiksnog pristupa internetu, osobito zbog uklanjanja važnog konkurentskog pritiska koji je među sudionicima koncentracije postojao prije koncentracije, osobito u kabelskom području društva Unitymedia i zbog stvaranja sudionika čiji je udio pretplatnika viši od 30 % (u kabelskom području poduzetnika Unitymedia premašivao bi 40 %, a bio bi čak i viši u određenim saveznim zemljama i okruzima).

2) Horizontalni nekoordinirani učinci na maloprodajnom tržištu usluga prijenosa televizijskog signala

17 Iz pobijane odluke proizlazi da su vlasnici infrastruktura (ponuda) na maloprodajnom tržištu usluga prijenosa televizijskog signala osiguravali televizijske signale korisnicima (potražnja), načelno putem kablova, satelita, kopnenim putem, u skladu sa standardom zemaljskog digitalnog emitiranja video signala (Digital Video Broadcasting – Terrestrial, DVB-T) i IPTV-a.

18 Kad je riječ o određivanju mjerodavnog tržišta, Komisija je primijetila da je za njemačko tržište usluga prijenosa televizijskog signala karakterističan značaj najma smještaja i stambenih poduzeća. Potonja su pregovarala i sklapala ugovore o pružanju usluga osnovne televizije za račun svojih najmoprimaca, a zatim naplaćivala troškove u okviru mjesečne najamnine na temelju posebnosti njemačkog prava nazvane „Nebenkostenprivileg” (privilegij u području troškova). Komisija je pojasnila da je većina kućanstava koja su u Njemačkoj primala televizijske usluge na malo bila smještena u zgradama s više stanova (multi dwelling units, MDU). Ti su MDU-ovi pripadali stambenim poduzećima ili privatnim vlasnicima (u daljnjem tekstu: MDU-ovi

korisnici). Kad je riječ o privatnim kućama (single-dwelling units, SDU), krajnji su potrošači (u daljnjem tekstu: SDU korisnici) općenito odabirali svojeg vlastitog distributera televizijskih usluga i izravno plaćali svoju pretplatu.

19 Komisija je za potrebe donošenja pobijane odluke, imajući u vidu rezultate istraživanja tržišta i posebnosti maloprodajnog tržišta usluga prijenosa televizijskog signala korisnicima koji stanuju u zgradama s više stanova u Njemačkoj (u daljnjem tekstu: MDU tržište), smatrala da je potrebno razlikovati MDU tržište i maloprodajno tržište usluga prijenosa televizijskog signala SDU korisnicima (u daljnjem tekstu: SDU tržište). Osim toga, smatrala je da pitanje zemljopisnog određivanja MDU i SDU tržištâ može ostati otvoreno.

20 Po završetku svoje analize, Komisija je zaključila da koncentracija zbog horizontalnih nekoordiniranih učinaka ne može bitno ograničiti učinkovito tržišno natjecanje ni na MDU ni SDU tržištu.

3) Horizontalni nekoordinirani učinci na mogućim maloprodajnim tržištima paketa usluga

21 Komisija je pojasnila da se izraz „paketi usluga” odnosi na ponude koje obuhvaćaju dvije ili više maloprodajnih usluga koje isti isporučitelj pruža potrošačima na temelju jednog ili više ugovora, i to usluge pokretnih telekomunikacija, usluge fiksne telefonije, usluge fiksnog pristupa internetu i televizijske usluge. Paketi usluga koji obuhvaćaju dvije, tri ili četiri od tih usluga nose redom naziv paketi s dvije, tri ili četiri usluge (double play ili „2P”; triple play ili „3P” i quadruple play ili „4P”). Paketi usluga koje obuhvaćaju jednu ili više tih fiksnih usluga zajedno s pokretnom sastavnicom nazvane su „paketi fiksnih i mobilnih usluga” (fixed-mobile multiple play) ili „kombinirane usluge fiksne i mobilne telefonije”. Komisija je za potrebe donošenja svoje odluke smatrala da pitanje je li postojalo jedno ili više tržišta paketa usluga koja se razlikuju od svake od temeljnih telekomunikacijskih usluga uzete pojedinačno može ostati otvoreno.

22 Komisija je, po završetku svoje analize, zaključila da bi se koncentracijom bitno ograničavalo učinkovito tržišno natjecanje na maloprodajnom tržištu paketa „double play” koji obuhvaća usluge fiksne telefonije i usluge fiksnog pristupa internetu u Njemačkoj zbog horizontalnih nekoordiniranih učinaka. S druge strane, zaključila je da se koncentracijom ne bi bitno ograničavalo učinkovito tržišno natjecanje, kao prvo, na mogućem maloprodajnom tržištu paketa „trostruka usluga” (triple play) koji obuhvaća usluge fiksne telefonije, usluge fiksnog pristupa internetu i usluge mobilnih telekomunikacija u Njemačkoj, kao drugo, na mogućem maloprodajnom tržištu paketa „trostruka usluga” (triple play) koji obuhvaća usluge fiksne telefonije, usluge fiksnog pristupa internetu i televizijske usluge u Njemačkoj i treće, na mogućem maloprodajnom tržištu paketa „četverostruka usluga” (quadruple play) u Njemačkoj, zbog horizontalnih nekoordiniranih učinaka. Komisija je istaknula da se time ne prejudicira ocjena konglomeratnih učinaka koncentracije u pogledu isporuke različitih sastavnih dijelova paketa usluga.

4) Horizontalni nekoordinirani učinci na maloprodajnom tržištu televizijskih usluga

23 Iz pobijane odluke proizlazi da su na maloprodajnom tržištu televizijskih usluga, ponuditelji bili pružatelji linearnih televizijskih usluga, odnosno linearnih programa čije je vrijeme prijenosa bilo utvrđeno od strane televizijskog programa, i nelinearnih televizijskih usluga odnosno programa koji se prikazuju na zahtjev krajnjeg korisnika. Ti su ponuditelji opsluživali krajnje korisnike koji su željeli imati pristup takvim uslugama (potražnja). Televizijske usluge koje su distributeri

televizijskih usluga pružali krajnjim korisnicima sastojale su se od paketa besplatnih linearnih televizijskih programa ili naplatnih linearnih televizijskih programa kao i od odobrenih sadržaja u nelinearnim uslugama, poput videa na zahtjev (Video on demand, VOD). Televizijski sadržaj mogao se krajnjim korisnicima dijeliti određenim brojem tehničkih sredstava među kojima se nalaze kabel, satelit, zemaljska televizija (DVB-T) i IPTV. Pružatelji dodatnih televizijskih usluga ili usluga „izvan ponude pružatelja fiksnog pristupa internetu" (over the top, OTT usluge) pružali su, putem interneta, i linearne i nelinearne programe i sadržaje. U ovom slučaju, Komisija je za potrebe donošenja pobijane odluke zaključila da je tržište bilo nacionalnog opsega i da pitanje točnog određivanja tržišta, s materijalnog stajališta, može ostati otvoreno.

24 Komisija je po završetku svoje analize zaključila da koncentracija ne može bitno ograničiti učinkovito tržišno natjecanje na maloprodajnom tržištu televizijskih usluga u Njemačkoj, zbog horizontalnih nekoordiniranih učinaka.

5) Horizontalni nekoordinirani učinci na veleprodajnom tržištu isporuke i otkupa televizijskih programa i na otkupnom tržištu televizijskih signala

25 Iz pobijane odluke proizlazi da su televizijske kuće (ponuda), na veleprodajnom tržištu isporuke i otkupa televizijskih programa, isporučivale linearne programe (besplatne ili naplatne) koje su maloprodajni pružatelji televizijskih usluga (potražnja) otkupljivali da bi konačnim korisnicima pružali audiovizualne usluge. Komisija je u pobijanoj odluci smatrala da je to tržište ograničeno na Njemačku i da ga je trebalo podijeliti na besplatne i naplatne televizijske programe.

26 Na otkupnom tržištu televizijskih signala, maloprodajni pružatelji televizijskih usluga (ponuda) koristili su svoju infrastrukturu da bi televizijskim kućama (potražnja) nudili uslugu prijenosa televizijskih signala za njihove programe. Komisija je u pobijanoj odluci smatrala da relevantno tržište treba odrediti kao veleprodajno tržište prijenosa televizijskih signala putem kabla čiji je zemljopisni opseg bilo kabelsko područje svake kabelske mreže i pojasnila da će voditi računa o tržištu proizvoda koje obuhvaća IPTV. Dodala je da će učinke koncentracije ocijeniti na nacionalnom nivou.

27 Komisija je u pobijanoj odluci priznala da su veleprodajno tržište isporuke i otkupa televizijskih kanala kao i otkupno tržište televizijskih signala usko povezani, s obzirom na to da su pregovori između televizijskih kuća i televizijskih platformi (maloprodajni pružatelji televizijskih usluga) obično pokrivali dva aspekta (prijenos signala i otkup programa). Slijedom toga, Komisija je navela da će učinke koncentracije na ta dva tržišta analizirati u istom odjeljku pobijane odluke.

28 Po završetku svoje analize Komisija je zaključila da koncentracija ne bi bitno ograničavala učinkovito tržišno natjecanje na veleprodajnom tržištu isporuke televizijskih programa u Njemačkoj.

29 Komisija je na otkupnom tržištu televizijskih signala ispitala hoće li, zbog povećanja njegove tržišne snage kao maloprodajnog pružatelja televizijskih usluga, poduzetnik nastao koncentracijom moći, kao prvo, od televizijskih kuća dobiti uvjete koji će u konačnici negativno utjecati na pristup televizijskom sadržaju od strane konkurentnih maloprodajnih pružatelja televizijskih usluga, kao drugo, negativno utjecati na opseg i kvalitetu sadržaja programa koji se nudi u Njemačkoj, kao treće, ograničiti pojavu inovativnih televizijskih usluga i kao četvrto, ograničiti pojavu ciljanih ili segmentiranih reklamnih aplikacija (ATV).

30 Prije svega, Komisija je objasnila da, iako je koncentracija mogla dovesti do povećanja tržišne snage poduzetnika nastalog koncentracijom na otkupnom tržištu televizijskih signala, nije moguće zaključiti da bi navedeni poduzetnik, kao posljedicu tog povećanja tržišne moći, mogao od televizijskih kuća i nositelja televizijskih prava dobiti uvjete, u obliku ugovora o ekskluzivnosti, koji bi negativno utjecali na pristup konkurentnih maloprodajnih pružatelja televizijskih usluga programima ili sadržajima.

31 Nadalje, Komisija je smatrala da će poduzetnik nastao koncentracijom, zbog njegove povećane tržišne snage imati sposobnost i biti potaknut na to da na otkupnom tržištu televizijskih signala uspostavi strategiju koja bi mogla biti štetna za silazne potrošače zbog manje kvalitete iskustva telegledatelja, smanjenog izbora i manjih ulaganja u sadržaj od strane televizijskih kuća. Konkretno, zbog povećanja tržišne snage poduzetnika nastalog koncentracijom, koncentracija bi mogla dovesti do jednog oblika djelomične uskrate besplatnih ili naplatnih programa, osobito pogoršanjem ugovornih i financijskih uvjeta koje je taj poduzetnik nametnuo televizijskim kućama i slijedom toga, do kvalitativnog smanjenja televizijske ponude krajnjim televizijskim gledateljima u Njemačkoj.

32 Osim toga, Komisija je smatrala da će zbog njegove povećane tržišne snage poduzetnik nastao koncentracijom imati sposobnost i biti potaknut na to da uspostavi strategiju na otkupnom tržištu televizijskih signala u cilju ograničavanja pojave i razvoja inovativnih televizijskih usluga poput prijenosa širokopojasnih hibridnih televizijskih signala (Hybrid Broadcast Broadband TV, HBBTV) i ponude OTT televizijskih usluga. Naime, takvo bi ograničenje moglo biti štetno za potrošače koji se nalaze niže u lancu opskrbe zbog manje kvalitete iskustva telegledatelja i smanjenog izbora.

33 Naposljetku, Komisija je ocijenila da koncentracija ne bi bitno ograničavala učinkovito tržišno natjecanje u pogledu mogućnosti poduzetnika nastalog koncentracijom da spriječi ili ograniči pojavu i razvoj ATV aplikacija.

b) Vertikalni učinci

34 Kad je riječ o vertikalnim učincima koncentracije, Komisija je među ostalim ispitala mogućnost isključenja maloprodajnih pružatelja prijenosa televizijskog signala MDU korisnicima.

35 Na tržištu posredničkog pružanja televizijskog signala (u daljnjem tekstu: posredničko tržište), mrežni operatori 3. razine (ponuda), odnosno mreže koja teče od glavne stanice kabelske mreže do granice posjeda, pružaju televizijske signale mrežnim operatorima 4. razine (potražnja), odnosno mreži koja prolazi kroz posjed. Komisija je u ovom slučaju za potrebe donošenja svoje odluke smatrala da su kabel i svjetlovod do doma (fibre to the home, FTTH) ili do zgrade (fibre to the building, FTTB) dio istog relevantnog tržišta i da je ono sa zemljopisnog stajališta bilo regionalno, odnosno ograničeno na kabelsko područje operatora 3. razine.

36 Po završetku svoje analize, Komisija je zaključila da koncentracija ne bi bitno ograničavala učinkovito tržišno natjecanje na MDU tržištu ograničenom na nacionalnu razinu, kao ni na mogućem regionalnom tržištu koje odgovara kabelskom području društva Unitymedia, zbog vertikalnih nekoordiniranih učinaka.

c) Konglomeratni učinci

37 Budući da, kao što je to prethodno pojašnjeno, nije bilo moguće zaključiti da u Njemačkoj postoji samo jedno tržište paketa usluga, Komisija je također ispitala hoće li koncentracija uzrokovati konglomeratne učinke zatvaranjem konkurenata na maloprodajnom tržištu usluga pokretnih telekomunikacija, na maloprodajnom tržištu usluga fiksne telefonije, na tržištu fiksnog pristupa internetu i maloprodajnom tržištu televizijskih usluga.

38 Po završetku svoje analize Komisija je zaključila da koncentracija ne bi bitno ograničavala učinkovito tržišno natjecanje zbog konglomeratnih učinaka u Njemačkoj.

d) Zaključak o učincima koncentracije u Njemačkoj

39 Komisija je u pobijanoj odluci stoga utvrdila da postoji bitno ograničenje učinkovitog tržišnog natjecanja (u daljnjem tekstu: BOUTN) na tržištu fiksnog pristupa internetu i otkupnom tržištu televizijskih signala.

2. Obveze koje su obvezujuće u skladu s pobijanom odlukom

40 Komisija je u pobijanoj odluci smatrala da su obveze koje je preuzeo Vodafone bile takve da koncentraciju čine spojivom s unutarnjim tržištem i Sporazumom o EGP-u. Iz toga je zaključila da koncentracija, kako je izmijenjena nakon obveza čije je preuzimanje ponudio Vodafone, ne bi bitno ograničavala tržišno natjecanje na tržištima na kojima su utvrđeni problemi tržišnog natjecanja.

41 Obveze koje je Vodafone preuzeo bile su sljedeće:

– prethodna korektivna mjera kojom se novom operatoru kabelskih usluga, odnosno društvu Telefónica omogućava pristup kabelskoj mreži poduzetnika nastalog koncentracijom kako bi taj novi operator mogao nuditi maloprodajne usluge fiksnog pristupa internetu (i, po želji, usluge fiksne govorne telefonije) i svoje vlastite usluge OTT televizije ili usluge OTT televizije trećih strana (Wholesale Cable Broadband Access obveza);

– obveza koja se odnosi na usluge OTT televizije (u daljnjem tekstu: obveze u pogledu OTT usluga), koja je obuhvaćala dva aspekta i to, kao prvo, obvezu kojom se osigurava da televizijskim kućama koje sadržaj emitiraju na televizijskoj platformi poduzetnika nastalog koncentracijom neće, izravno ili neizravno, biti nametnuto ugovorno ograničenje mogućnosti distribuiranja tih sadržaja u okviru OTT usluge i, kao drugo, obveze održavanja dovoljnog kapaciteta izravnog međusobnog povezivanja između njegove internetske mreže koja pokriva Njemačku i drugih pružatelja usluga povezivanja s internetom (prijenosa);

– obveza da se zajamčene naknade koje plaćaju televizijske kuće koje emitiraju besplatne televizijske programe neće povećati (u daljnjem tekstu: obveze koje se odnose na zajamčene naknade);

– obveza da će se i dalje prenositi signal HBBTV-a koji pružaju televizijske kuće koje emitiraju besplatne televizijske programe (u daljnjem tekstu: obveza u pogledu HBBTV-a).

42 Tako je u članku 1. pobijane odluke navedeno da je koncentracija spojiva s unutarnjim tržištem i Sporazumom o EGP-u na temelju članka 8. stavka 2. Uredbe br. 139/2004 i članka 57. Sporazuma o EGP-u. Osim toga, člancima 2. i 3. te odluke predviđeni su uvjeti i obveze kako bi se zajamčilo postupanje društva Vodafone u skladu s obvezama koje je preuzeo prema Komisiji.

II. Postupak i zahtjevi stranaka

43 Rješenjem od 30. lipnja 2022. Opći sud naložio je Komisiji da mu dostavi određene dokumente.

44 Rješenjem od 30. ožujka 2023., donesenim na temelju članka 103. stavka 3. njegova poslovnika, Opći sud naložio je Komisiji podnošenje, s jede strane, nove verzije pobijane odluke koja nije povjerljiva i njezinih određenih priloga, koje treba dostaviti tužitelju, koja sadržava više odlomaka koji su do tada bili izostavljeni i, s druge strane, nove povjerljive verzije pobijane odluke i jednog od njezinih priloga, koje treba dostaviti samo tužiteljevim zastupnicima koji su prije toga potpisali sporazum o povjerljivosti, koja sadržava druge odlomke koji su do tada bili izostavljeni.

45 Aktom od 16. svibnja 2023., Opći sud postavio je tužitelju, Komisiji i intervenijentu veći broj pitanja u pisanom obliku kako bi na njih odgovorili pisanim putem i na raspravi.

46 Aktom podnesenim tajništvu 2. lipnja 2023., tužitelj je dostavio svoja očitovanja na dokumente koje je Komisija podnijela u skladu s rješenjem od 30. ožujka 2023.

47 Na raspravi od 21. rujna 2023. saslušana su izlaganja stranaka i njihovi odgovori na usmena pitanja Općeg suda.

48 Tužitelj od Općeg suda zahtijeva da:

– poništi pobijanu odluku;

– naloži Komisiji snošenje troškova.

49 Komisija i intervenijent od Općeg suda zahtijevaju da:

– odbije tužbu;

– naloži tužitelju snošenje troškova.

III. Pravo

50 U prilog svojoj tužbi tužitelj ističe pet tužbenih razloga, od kojih se prvi temelji na povredi članka 2. stavaka 2. i 3. Uredbe br. 139/2004 i očitim povredama u ocjeni u pogledu MDU tržišta, drugi, na očitoj pogrešci u ocjeni u pogledu odnosa tržišnog natjecanja između sudionika koncentracije na SDU tržištu, treći, na očitoj pogrešci u ocjeni u pogledu vertikalnih učinaka na posredničke usluge prijenosa televizijskih signala, četvrti, na očitim pogreškama u ocjeni u pogledu učinaka koncentracije na veleprodajnim tržištima otkupa televizijskih programa i prijenosa televizijskih signala te, peti, na očitoj pogrešci u ocjeni u dijelu u kojem je Komisija utvrdila da su obveze u pogledu OTT televizijskih usluga i zajamčenih naknada dovoljne da osiguraju spojivost koncentracije s unutarnjim tržištem.

A. Primjenjiva načela iz sudske prakse

1. Intenzitet sudskog nadzora

51 Prema ustaljenoj sudskoj praksi, materijalnim pravilima Uredbe br. 139/2004 i osobito njezinim člankom 2. Komisiji je dodijeljena određena diskrecijska ovlast, osobito u pogledu ocjena ekonomske naravi, te, prema tome, nadzor suda nad izvršavanjem takve ovlasti, koja je bitna za utvrđivanje pravila u području koncentracija, mora biti izvršen uzimajući u obzir marginu procjene koja je sadržana u odredbama ekonomske naravi koje čine dio režima koncentracija (presude od 18. prosinca 2007., Cementbouw Handel & Industrie/Komisija, C-202/06 P, EU:C:2007:814, t. 53. i od 13. svibnja 2015., Niki Luftfahrt/Komisija, T-162/10, EU:T:2015:283, t. 85.).

52 Nadzor koji sud Unije provodi nad složenim ekonomskim ocjenama koje Komisija izvršava pri izvršavanju diskrecijske ovlasti koja joj je dodijeljena Uredbom br. 139/2004 mora se ograničiti na provjeru poštovanja postupovnih pravila i pravila obrazlaganja kao i materijalne točnosti činjenica, nepostojanja očite pogreške u ocjeni i zlouporabe ovlasti (presude od 13. srpnja 2023., Komisija/CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, t. 84. i od 9. srpnja 2007., Sun Chemical Group i dr./Komisija, T-282/06, EU:T:2007:203, t. 60.).

53 Osobito nije na Općem sudu da svojom gospodarskom ocjenom nadomjesti Komisijinu (presuda od 7. lipnja 2013., Spar Österreichische Warenhandels/Komisija, T-405/08, neobjavljena, EU:T:2013:306, t. 51. i od 23. svibnja 2019., KPN/Komisija, T-370/17, EU:T:2019:354, t. 107.).

54 Slijedom toga, iako na Općem sudu nije da, u svrhu primjene materijalnih pravila Uredbe br. 139/2004, svojom gospodarskom ocjenom nadomjesti Komisijinu, to ne znači da se sud Unije mora suzdržati od nadzora nad Komisijinim tumačenjem gospodarskih podataka. Naime, sud Unije ne treba samo provjeravati materijalnu točnost istaknutih dokaza, njihovu pouzdanost i dosljednost, nego treba i nadzirati predstavljaju li navedeni elementi skup relevantnih podataka koje treba uzeti u obzir prilikom ocjene složene situacije i provjeriti jesu li oni takve naravi da podupiru zaključke koji su iz njih izvedeni (vidjeti u tom smislu presude od 10. srpnja 2008., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, t. 145. i od 23. svibnja 2019., KPN/Komisija, T-370/17, EU:T:2019:354, t. 60.).

2. Pravila dokazivanja

55 Prognostička analiza, poput onih koje su nužne na području kontrole koncentracija, mora se provesti vrlo pažljivo, jer se ne ispituju događaji iz prošlosti – u odnosu na koje se često raspolaže brojnim elementima koji omogućuju razumijevanje uzroka tih događaja – niti sadašnji događaji, nego se predviđaju budući više ili manje mogući događaji, pri čemu nije donesena nikakva odluka kojom se predložena koncentracija zabranjuje odnosno pojašnjavaju njezini uvjeti (presuda od 15. veljače 2005., Komisija/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, t. 42.).

56 Osim toga, prognostička priroda gospodarske analize koju mora provesti Komisija protivi se tomu da je navedena institucija, kako bi dokazala bi li koncentracija bitno ograničavala učinkovito tržišno natjecanje ili ne, dužna poštovati vrlo visok standard dokazivanja. U tim okolnostima, vodeći računa o, među ostalim, jednakoj strukturi članka 2. stavaka 2. i 3. Uredbe br. 139/2004 i prognostičkoj naravi Komisijinih gospodarskih analiza u području kontrole koncentracija, valja smatrati da je za potrebe proglašavanja koncentracije nespojivom ili spojivom s unutarnjim

tržištem dovoljno da Komisija dostatno uvjerljivim i dosljednim dokazima pokaže da je više moguće nego nemoguće da će predmetna koncentracija dovesti ili da neće dovesti do bitnog ograničavanja učinkovitog tržišnog natjecanja na unutarnjem tržištu ili na njegovu značajnom dijelu (presuda od 13. srpnja 2023., Komisija/CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, t. 86. i 87.).

57 Glede dokaznih standarda, iz točaka 50. do 53. presude od 10. srpnja 2008., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), proizlazi da je Komisija u načelu dužna zauzeti stajalište o koncentraciji o kojoj odlučuje dopuštanjem ili zabranom takve koncentracije na temelju ocjene njezinih najvjerojatnijih gospodarskih posljedica. Dakle, riječ je o ocjeni vjerojatnosti, a ne o obvezi Komisije da izvan razumne sumnje dokaže da koncentracija ne stvara probleme tržišnog natjecanja (vidjeti u tom smislu presudu od 11. prosinca 2013., Cisco Systems i Messagenet/Komisija, T-79/12, EU:T:2013:635, t. 47.).

58 U tim okolnostima, na Komisiji je da općenito ocijeni rezultat skupa indicija primijenjen za ocjenu situacije tržišnog natjecanja. U tom se pogledu određenim elementima može dati prednost, a ostali se elementi mogu odbiti. To ispitivanje i njegovo obrazloženje predmet su nadzora zakonitosti koji Opći sud provodi nad Komisijinim odlukama u području koncentracija (vidjeti u tom smislu presudu od 6. srpnja 2010., Ryanair/Komisija, T-342/07, EU:T:2010:280, t. 136.).

59 Naposljetku, valja istaknuti da se nijedno načelo prava Unije ne protivi tomu da Komisija svoju odluku utemelji na samo jednom dokumentiranom dokazu, ako njegova dokazna vrijednost nije dovedena u pitanje (vidjeti u tom smislu presudu od 5. listopada 2020., HeidelbergCement i Schwenk Zement/Komisija, T-380/17, EU:T:2020:471, t. 460. (neobjavljena)).

60 Upravo s obzirom na ta razmatranja treba ispitati tužbene razloge iznesene u prilog tužbi koji su navedeni u točki 50. ove presude.

B. Prvi tužbeni razlog koji se temelji na povredi članka 2. stavaka 2. i 3. Uredbe br. 139/2004 i očitim pogreškama u ocjeni u pogledu MDU tržišta

61 U prilog svojem prvom tužbenom razlogu, tužitelj tvrdi da je analiza koju je Komisija provela u pobijanoj odluci u vezi s horizontalnim nekoordiniranim učincima koncentracije na MDU tržištu zahvaćena pogreškom koja se tiče prava i očitim pogreškama u ocjeni.

1. Uvodna razmatranja

62 Komisija je u odjeljku VIII. C.2.4. pobijane odluke ispitala horizontalne nekoordinirane učinke koncentracije na MDU tržištu. Kao što je to navedeno u točki 19. ove presude, Komisija je smatrala da pitanje zemljopisnog određivanja tog tržišta može ostati otvoreno.

63 Nakon što je u uvodnim izjavama 683. do 701. pobijane odluke navela određene posebnosti MDU tržišta, Komisija je u uvodnim izjavama 702. do 712. te odluke razmotrila tržišne udjele sudionika koncentracije kako na nacionalnoj razini tako i na razini njihovih odnosnih kabelskih područja, kao i razine koncentracije MDU tržišta, prije nego je u uvodnim izjavama 718. do 720. navedene odluke zaključila da koncentracija, iako je riječ o vrlo koncentriranom tržištu na kojem se svaki sudionik nalazi u vladajućem položaju u svojem kabelskom području, ne dovodi do nikakve specifične promjene (merger-specific change), jer sudionici nisu bili konkurenti na tom tržištu, imajući u vidu činjenicu da se njihove djelatnosti ne preklapaju u znatnoj mjeri.

64 Komisija je zatim u uvodnim izjavama 721. do 764. pobijane odluke ispitala konkurentske pritiske koje su vršili sudionici. U okviru te analize Komisija je zaključila da ni Vodafone (vidjeti uvodne izjave 723. do 746.) ni Unitymedia (vidjeti uvodne izjave 747. do 764.) nisu vršili konkurentski pritisak u kabelskom području drugog sudionika, da ništa ne upućuje na to da bi to bio slučaj kad ne bi bilo koncentracije i da slijedom toga nisu bili potencijalni konkurenti.

65 U uvodnim izjavama 765. do 785. pobijane odluke Komisija je analizirala konkurentske pritiske koje su sudionici vršili jedan na drugog i zaključila da ti sudionici nisu bili ni stvarni izravni konkurenti (vidjeti uvodne izjave 766. do 772.) ni stvarni neizravni konkurenti (vidjeti uvodne izjave 773. do 785.).

66 Naposljetku, Komisija je u uvodnim izjavama 786. do 831. pobijane odluke ispitala i usporedila konkurentske pritiske koje su prije koncentracije (vidjeti uvodne izjave 787. do 820.) i nakon nje (vidjeti uvodne izjave 821. do 831.) vršili konkurenti, i to konkretno društvo Tele Columbus, tužitelj kao i drugi manji subjekti, prije nego je zaključila da je moguće da bi ti pritisci ostali nepromijenjeni.

67 S obzirom na nepostojanje promjene specifične za koncentraciju i na činjenicu da ona ne uklanja nikakvo izravno, neizravno ili moguće tržišno natjecanje između sudionika i ne oslabljuje konkurentske pritiske koje su vršili njihovi konkurenti, Komisija je zaključila da ta koncentracija ne dovodi do nikakvog horizontalnog nekoordiniranog protutržišnog učinka, a slijedom toga niti do ikakvog BOUTN-a na tom tržištu (vidjeti uvodne izjave 832. do 835. pobijane odluke).

68 U ovom slučaju, tužiteljeva argumentacija u prilog ovom tužbenom razlogu, koja se odnosi na to ispitivanje horizontalnih nekoordiniranih učinaka koncentracije na MDU tržištu koje je Komisija izvršila u pobijanoj odluci, može se podijeliti na dva dijela, od kojih se prvi temelji na pogrešci koja se tiče prava i povredi članka 2. stavaka 2. i 3. Uredbe br. 139/2004, jer Komisija nije smatrala da koncentracija dovodi do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja i drugi, na očitim pogreškama u ocjeni.

69 U tom pogledu, Opći sud smatra svrhovitim započeti s ispitivanjem drugog dijela prvog tužbenog razloga.

2. Drugi dio koji se temelji na očitim pogreškama u ocjeni

70 Tužitelj u biti tvrdi da je Komisija u pobijanoj odluci počinila očite pogreške u ocjeni u pogledu, kao prvo, odnosa tržišnog natjecanja između sudionika koncentracije i, kao drugo, konkurentskih učinaka koncentracije na MDU tržištu.

a) Očite pogreške u ocjeni u pogledu odnosa tržišnog natjecanja između sudionika koncentracije

71 Tužitelj tvrdi da je Komisija počinila očite pogreške u ocjeni kad je u pobijanoj odluci smatrala da sudionici koncentracije prije te koncentracije nisu bili ni stvarni konkurenti (izravno ili neizravno) ni potencijalni konkurenti. Osim toga, tužitelj se poziva na Komisijino nedostatno ispitivanje postojanja prešutnog sporazuma između sudionika prije koncentracije.

1) Izravno tržišno natjecanje

72 Tužitelj tvrdi da su sudionici koncentracije prije koncentracije bili izravni konkurenti.

73 Prije svega, valja podsjetiti na to da je Komisija u pobijanoj odluci smatrala da sudionici koncentracije nisu bili izravni konkurenti, nakon što je utvrdila da su oni gotovo isključivo poslovali u svojim kabelskim područjima, ne preklapajući se, što je imalo za posljedicu to da korisnici na MDU tržištu nisu mogli prijeći (switch) s jednog sudionika koncentracije na drugog (vidjeti uvodnu izjavu 766.).

74 Što se tiče nekolicine ugovora koje su sudionici koncentracije sklopili izvan svojih kabelskih područja, Komisija je navela da su sudionici pojasnili da ti ugovori nisu bili posljedica aktivnog tržišnog natjecanja s njihove strane, nego da su iznimno sklopljeni, bilo zbog toga što je bila riječ o posebnim ugovorima naslijeđenima iz prošlosti, bilo da je bila riječ o ugovorima sa stambenim poduzećima koja posluju na nacionalnoj razini, koja su već bili korisnici jednog od sudionika i htjeli s njime surađivati u pogledu svih svojih nekretnina (vidjeti uvodnu izjavu 768. pobijane odluke).

75 Komisija je dodala da je to nepostojanje izravnog tržišnog natjecanja između sudionika bilo potvrđeno odgovorima koje su dali konkurenti i stambena poduzeća u okviru istraživanja tržišta, kao i podacima sudionika koji se odnose na njihovo sudjelovanje u postupcima javne nabave na MDU tržištu (vidjeti uvodne izjave 769. do 771. pobijane odluke).

76 U ovom slučaju, kao prvo, tužitelj tvrdi da su dva sudionika, ako je za MDU tržište trebalo smatrati da je prije koncentracije bilo nacionalnog opsega, morala biti stvarni konkurenti. U tom pogledu nije relevantno to što se sudionici „aktivno natječu” na tom tržištu ili to što svoje djelatnosti ograničavaju na određene (zemljopisne) segmente tržišta, odnosno njihova odnosna kabelska područja. Naime, ni Uredba br. 139/2004 ni sudska praksa sudova Unije ne traže uklanjanje „aktivnog” tržišnog natjecanja između dvaju poduzeća za utvrđenje da postoji BOUTN.

77 Kao drugo, tužitelj tvrdi da iako su dotična zemljopisna tržišta bila ograničena na kabelska područja sudionika koncentracije, pobijana odluka sadržava naznake da je između njih prije koncentracije postojao barem određen odnos izravnog tržišnog natjecanja. Naime, iz tablica br. 16 (vidjeti uvodnu izjavu 710.) i 17 (vidjeti uvodnu izjavu 714.) pobijane odluke jasno proizlazi da su ograničena preklapanja, koja su daleko od beznačajnih, između djelatnosti sudionika koncentracije postojala barem u kabelskom području društva Unitymedia. Osim toga, u uvodnoj izjavi 767. i narednima iz pobijane odluke spominju se posebni slučajevi „naslijeđenih ugovorâ iz prošlosti” ili „podijeljenih ugovora” koje su sudionici koncentracije sklopili izvan svojeg kabelskog područja.

78 Iz toga proizlazi da je Komisijin zaključak prema kojem sudionici koncentracije nisu bili izravni konkurenti prije koncentracije, prema tužiteljevu mišljenju očito pogrešan.

79 Komisija koju podupire Vodafone osporava tužiteljeve argumente.

80 U tom pogledu valja pojasniti da izravno tržišno natjecanje među poduzetnicima postoji ako se oni natječu za iste korisnike.

81 U ovom slučaju nije sporno da se kabelske mreže sudionikâ koncentracije ne preklapaju i da, u stvarnosti, kada MDU korisnik želi sklopiti ugovor s pružateljem televizijskih signala, on u načelu ima samo mogućnost odabrati između sudionika koncentracije u kabelskom području u kojem se nalazi nekretnina koju treba priključiti i jednog od njegovih konkurenata, kao što je tužitelj. Je li MDU tržište, prije koncentracije, bilo nacionalno ili je bilo ograničeno na kabelsko područje sudionika koncentracije ne čini razliku jer u obama slučajevima to utvrđenje vrijedi.

82 Iz toga proizlazi da proizvodi koje su sudionici koncentracije stavili na tržište, u praksi, nisu bili konkurenti te stoga Komisija nije počinila očitu pogrešku u ocjeni time što je zaključila da ti sudionici nisu bili izravni konkurenti prije koncentracije.

83 Argumenti koje iznosi tužitelj ne dokazuju suprotno.

84 Kao prvo, valja istaknuti da je Komisija, odgovarajući na pitanje koje joj je 16. svibnja 2023. Opći sud postavio da na njega odgovori u pisanom obliku, potvrdila da su postojale ozbiljne indicije koje upućuju na to da je MDU tržište prije koncentracije bilo zemljopisno ograničeno na kabelsko područje svake od stranaka, ali da, zbog postojanja pružateljâ i korisnikâ koji su aktivni na nacionalnoj razini i zbog činjenice da eventualne razlike u cijenama unutar zemlje nisu bile povezane s tim područjima, nije mogla u potpunosti isključiti mogućnost da je MDU tržište nacionalnog opsega.

85 Stoga, okolnost da je Komisija razmatrala da tržište može biti nacionalnog opsega ne znači da je smatrala da su, na takvom hipotetskom tržištu, sudionici koncentracije sudjelovali u izravnom tržišnom natjecanju. Tek je nakon toga, u okviru ispitivanja učinaka koncentracije na MDU tržištu, Komisija ocijenila bi li koncentracija na mogućem nacionalnom tržištu, s obzirom na djelatnost stranaka, dovela do izravnog gubitka tržišnog natjecanja među njima. Stoga se na temelju okolnosti da je Komisija u pobijanoj odluci razmatrala da je MDU tržište već prije koncentracije moglo biti nacionalnog opsega ne može zaključiti da su sudionici koncentracije nužno bili stvarni konkurenti na takvom tržištu, kao što to tvrdi tužitelj. Naposljetku, nije isključeno da dva poduzetnika djeluju s drugim poduzetnicima na istom zemljopisnom tržištu, a da ta dva poduzetnika pritom ne traže iste korisnike, osobito zbog zemljopisnih granica svojih kabelskih mreža.

86 Valja dodati da je Komisijino utvrđenje iz uvodne izjave 768. pobijane odluke, prema kojem sudionici nisu provodili „aktivno tržišno natjecanje”, imalo za jedini cilj objasniti da su sudionici ugovore o pružanju televizijskog signala u kabelskom području drugog sudionika sklapali u vrlo rijetkim prilikama, i to samo kao odgovor na zahtjeve MDU korisnika. Kako bi odgovorili na takve zahtjeve, sudionici su morali od drugog operatera nabaviti posredničke usluge prijenosa televizijskih signala. Pritom Komisija uopće nije smatrala da je bilo potrebno ukloniti „aktivno” tržišno natjecanje kako bi se utvrdilo postojanje BOUTN-a.

87 Kao drugo, iako ne postoji nikakvo preklapanje kabelskih mreža sudionikâ koncentracije, što tužitelj ne dovodi u pitanje, točno je da je Komisija u pobijanoj odluci utvrdila da ipak postoje određena preklapanja između njihovih djelatnosti s obzirom na to da su u tom slučaju ti operatori kupovali posredničke usluge prijenosa televizijskog signala od drugog sudionika ili od drugog mrežnog operatora 3. razine kako bi mogli doći do dotičnih MDU korisnika.

88 Valja, međutim, istaknuti da tužitelj, iako osporava njihovu zanemarivost, ne dovodi u pitanje brojke koje je Komisija kao takve otkrila tijekom postupka pred Općim sudom u vezi s ugovorima koje su sudionici koncentracije sklopili izvan svojih kabelskih područja i brojem dotičnih

korisnika. U tom pogledu, valja utvrditi da te brojke pokazuju da su ti ugovori predstavljali vrlo ograničen broj MDU korisnika u pogledu priključenih kućanstava i tržišni udjel koji je, s obzirom na to da je bio manji od 1 %, tako zanemariv da nije mogao predstavljati preostalo tržišno natjecanje koje treba zaštititi.

89 Takve su ugovore izvan svojih kabelskih područja, osim toga, sudionici koncentracije sklapali samo iznimno, što je i sam tužitelj potvrdio prilikom istraživanja tržišta, kao što to proizlazi iz uvodne izjave 770. pobijane odluke.

90 Slijedom toga, tužitelj nije dokazao da je Komisija počinila očitu pogrešku u ocjeni kad je smatrala da sudionici koncentracije prije koncentracije nisu bili izravni konkurenti.

2) Neizravno tržišno natjecanje

91 Tužitelj tvrdi da su sudionici koncentracije prije koncentracije bili neizravni konkurenti.

92 Prije svega valja podsjetiti na to da je Komisija u pobijanoj odluci provjerila je li prije koncentracije između njezinih sudionika postojao neizravan konkurentski pritisak. Komisija je u tom okviru pojasnila da, za potrebe nastanka BOUTN-a, svaki postojeći neizravan konkurentski pritisak koji će biti uklonjen nakon koncentracije mora biti osobito snažan (vidjeti uvodnu izjavu 776.). Nakon te analize Komisija je zaključila da sudionici koncentracije nisu bili izravni konkurenti, temeljeći taj zaključak na nizu elemenata.

93 Kao prvo, Komisija je vodila računa o činjenici da određene osobe koje su sudjelovale u istraživanju tržišta, koje su tvrdile da postoji izravno tržišno natjecanje između sudionika koncentracije i same priznaju da je cijena na MDU tržištu ovisila o lokalnim čimbenicima i da nije bila usporediva između različitih regija o kojima je riječ (vidjeti uvodnu izjavu 774. pobijane odluke).

94 Kao drugo, Komisija je navela da su prilikom istraživanja tržišta identificirana tri moguća prijenosna mehanizma koja su mogla dovesti do neizravnog tržišnog natjecanja između sudionika, i to prvi koji je posljedica aktivnih konkurenata na nacionalnoj razini, poput tužitelja, drugi koji proizlazi iz aktivnih korisnika na nacionalnoj razini i treći koji proizlazi iz specijaliziranih posrednika, kao što su odvjetnički uredi ili poduzeća za savjetovanje (vidjeti uvodnu izjavu 775. pobijane odluke). Komisija je potom objasnila da nije otkrila nijedan dokaz da su ti prijenosni mehanizmi mogli uzrokovati neizravno tržišno natjecanje između sudionika ili da je postojalo takvo neizravno tržišno natjecanje (vidjeti uvodnu izjavu 777. pobijane odluke).

95 Stoga je većina stambenih poduzeća koja su sudjelovala u istraživanju tržišta odgovorila da nisu nikad (kad je riječ o lokalnim društvima, koja su mogla utjecati na treći prijenosni mehanizam) ili da su rijetko (kad je riječ o društvima na nacionalnoj razini, koja su mogla utjecati na drugi prijenosni mehanizam) koristila neizravne komparativne analize (benchmarking). Kad je riječ o konkurentnim operaterima, samo su tužitelj i Tele Columbus naveli da se često koriste takvim komparativnim analizama (vidjeti uvodne izjave 778. do 780. pobijane odluke). Međutim, nijedan od tih dvaju konkurenata Komisiji nije mogao dati konkretne primjere koji dokazuju postojanje neizravnog odnosa tržišnog natjecanja između sudionika, poput dokaza o usklađivanju uvjeta na MDU tržištu u cijeloj Njemačkoj (vidjeti uvodnu izjavu 781. pobijane odluke).

96 Kao treće, Komisija je ispitala interne dokumente sudionika koncentracije i nije našla nikakav dokaz o tome da su Vodafone ili Unitymedia vodili računa o uvjetima drugog sudionika u okviru svojih pregovora na MDU tržištu (vidjeti uvodnu izjavu 782. pobijane odluke). Komisija je također uzela u obzir dokaze koje su podnijeli sudionici koncentracije, kojima dokazuju da nije postojalo, na nacionalnoj razini, usklađivanje uvjeta koji se primjenjuju na ugovore sklopljene na MDU tržištu (vidjeti uvodnu izjavu 783. pobijane odluke).

97 Konačno, Komisija je uzela u obzir činjenicu da ta vrsta međuregionalnih komparativnih analiza ni u kojem slučaju nije mogla predstavljati učinkovito sredstvo utjecaja, s obzirom na nepostojanje stvarnog tržišnog natjecanja između sudionika i, stoga, nemogućnost stambenih poduzeća da prijeđu s korištenja usluga jednog sudionika u koncentraciji na drugog (vidjeti uvodnu izjavu 784. pobijane odluke).

98 U ovom slučaju, kao prvo, tužitelj tvrdi da je Komisija pogrešno primijenila članak 2. Uredbe br. 139/2004 kad je u uvodnoj izjavi 776. pobijane odluke smatrala da je za potrebe nastanka BOUTN-a svaki postojeći neizravni konkurentski pritisak koji bi bio uklonjen nakon koncentracije morao biti osobito snažan. Tužitelj smatra da neizravno tržišno natjecanje predstavlja relevantan oblik stvarnog tržišnog natjecanja, zaštićenog Uredbom br. 139/2004, a da pritom nije važan stupanj takvog tržišnog natjecanja. Budući da su dva sudionika koncentracije prije koncentracije bili u vladajućem položaju u svojim kabelskim područjima, čak bi i ograničeno povećanje tržišne snage koje se sastoji od uklanjanja konkurentskog pritiska (izravnog ili neizravnog) dovelo do BOUTN-a, kao što je to i sama Komisija priznala kad je riječ o položaju sudionika koncentracije na veleprodajnim televizijskim tržištima.

99 Kao drugo, tužitelj navodi da je Komisija u pobijanoj odluci utvrdila bitne elemente neizravnog tržišnog natjecanja, odnosno činjenicu da su sudionici koncentracije pratili svoje djelatnosti i uspoređivali svoje ponude proizvoda, da su velika stambena poduzeća uspoređivala ponude sudionika koncentracije i da je između sudionika koncentracije postojalo tržišno natjecanje na području infrastrukture. Tužitelj smatra da ono što je bitno da bi se dokazalo postojanje neizravnog konkurentskog pritiska, jest to da sudionici koncentracije prilikom utvrđivanja svoje vlastite poslovne strategije vode računa o uvjetima koje nudi drugi sudionik.

100 Iz toga po tužiteljevu mišljenju proizlazi da je očito pogrešan Komisijin zaključak prema kojem koncentracija ne dovodi do smanjenja neizravnog tržišnog natjecanja između sudionika.

101 Komisija koju podupire Vodafone osporava tužiteljeve argumente.

102 Najprije valja pojasniti da se poduzetnici koji ne ulaze u izravno tržišno natjecanje ipak mogu naći u odnosu neizravnog tržišnog natjecanja, osobito kad trpe slične konkurentske pritiske od strane drugih poduzeća s kojim se svaki od njih nalazi u izravnom tržišnom natjecanju ili kad drugi čimbenici, poput zahtjevâ koje postavljaju korisnici, na usporediv način ograničavaju njihove mogućnosti određivanja cijena i poslovnih uvjeta.

103 Kao prvo, kad je riječ o činjenici da su sudionici koncentracije pratili svoje djelatnosti i uspoređivali svoje ponude proizvoda, valja istaknuti da i sam tužitelj priznaje da se uvodna izjava 460. i naredne kao i uvodna izjava 892. i naredne iz pobijane odluke na koje upućuje, odnose na tržište fiksnog pristupa internetu i SDU tržište, ali ne na MDU tržište.

104 Osim toga, Komisija je objasnila da ti slučajevi komparativnih analiza nisu bili više od „pukih poslovnih komparativnih analiza kojima je svrha praćenje i eventualno oponašanje najboljih praksi u sektoru”. Naime, kao što to s pravom tvrdi Komisija, taj oblik usporedbe koji se sastoji od analize tržišnih rezultata ili najboljih praksi u sektoru, uključujući u drugim državama članicama ili u trećim zemljama, ne može se kvalificirati kao neizravni konkurentski pritisak u smislu točke 102. ove presude.

105 Naime, Komisija je, odgovarajući na pitanje koje joj je Opći sud postavio da na njega odgovori u pisanom obliku, pojasnila da su – da bi izravna komparativna analiza mogla dovesti do neizravnog konkurentskog pritiska – prema njezinu mišljenju trebali postojati elementi koji ukazuju na to da je jedan sudionik, informacije koje je tim putem prikupio o drugom sudioniku, stvarno uzeo u obzir prilikom donošenja svojih poslovnih odluka i da su te informacije stoga vršile pritisak na tog sudionika, time što su uzrokovale konkurentsku reakciju s njegove strane. Međutim, Komisija nije naišla ni na kakav element koji bi upućivao na to da je to, kad je riječ o komparativnim analizama na koje se poziva tužitelj, bio slučaj na MDU tržištu i potrebno je utvrditi da potonji ne dokazuje suprotno ili da je Komisija došavši do tog zaključka počinila očitu pogrešku u ocjeni.

106 Iz toga slijedi da nije postojao nikakav neizravan konkurentski pritisak, čije bi uklanjanje moglo dovesti do povećanja, makar i ograničenog, tržišne snage poduzetnika nastalog koncentracijom, a to je ono što MDU tržište razlikuje od veleprodajnih televizijskih tržišta, na kojima je Komisija utvrdila postojanje BOUTN-a, koji je posljedica povećane tržišne snage poduzetnika nastalog koncentracijom (vidjeti točke 31. i 32. ove presude).

107 Naposljetku, iz pobijane odluke proizlazi (vidjeti osobito uvodnu izjavu 697.), a tužitelj to ne osporava, da su brojni ugovori s MDU korisnicima bili posljedica pregovora, tržišnog natjecanja ili formalnih postupaka javne nabave. Ugovori koji su bili posljedica tih pregovora ili tih postupaka sadržavali su brojne zahtjeve koji su se osobito odnosili na infrastrukturu, pruženu uslugu i održavanje. Osim toga, Komisija je istaknula da je nakon istraživanja tržišta postojalo suglasje oko činjenice da se cijene nisu mijenjale ovisno o zemljopisnoj regiji kao takvoj nego zapravo o stupnju tržišnog natjecanja, troškovima infrastrukture (primjerice, troškovima civilnog inženjerstva) i načina na koji su bile grupirane zgrade koje treba opslužiti. Usto, kao što su to priznale treće strane, „određivanje cijena ugovora koji se odnose na MDU [bilo je] karakteristično za lokalne čimbenike i nije se moglo uspoređivati od jedne zone do druge”. Ugovori sklopljeni s MDU korisnicima stoga nisu bili tipski ugovori koje je bilo lako moguće komparativno analizirati na temelju pukih promatranja praksi tog sektora.

108 Kao drugo, valja istaknuti, suprotno onomu što tvrdi tužitelj, da je samo društvo Vonovia, između šest nacionalnih stambenih poduzeća i 230 000 drugih stambenih poduzeća od kojih su neka poslovala u više saveznih zemalja, odgovorilo da se često služilo komparativnim analizama, ali da one nisu mogle pružiti relevantne primjere koji bi ukazali na neizravno tržišno natjecanje između sudionika koncentracije, kao što to proizlazi iz uvodne izjave 779. i iz uvodne izjave 781. točke (c) pobijane odluke.

109 Komisija je u odgovoru na repliku u tom pogledu pojasnila da je od društva Vonovia i od GdW-a zatražila dodatne informacije (pri čemu je potonje krovna i savezna organizacija koja predstavlja otprilike 3000 stambenih poduzeća koja su u konačnici upravljala s oko šest milijuna kućanstava u Njemačkoj) nakon što su odgovorili na upitnike povezane s istraživanjem tržišta, ali da nisu mogli pružiti dokaze o postojanju neizravne komparativne analize koju su navodno provodile određene stambene udruge.

110 Naposljetku, primjedbe koje je GdW podnio tijekom upravnog postupka, a koje je tužitelj podnio Općem sudu, ne mogu dovesti u pitanje takvu ocjenu, jer ne sadržavaju više konkretnih primjera komparativnih analiza ili, općenitije, neizravnog tržišnog natjecanja između sudionika.

111 Stoga, argumenti koje je istaknuo tužitelj ne dovode u pitanje Komisijinu tvrdnju prema kojoj nacionalna ili lokalna stambena poduzeća u ovom slučaju nisu sudjelovala u stvaranju neizravnog konkurentskog pritiska između sudionika koncentracije.

112 Kao treće, što se tiče tržišnog natjecanja između sudionika koncentracije na području infrastrukture, valja istaknuti da iz uvodne izjave 441. i uvodne izjave 453. točke (b) pobijane odluke proizlazi da je Komisija utvrdila da aktivnosti inovacije i ulaganja u mrežu koje je proveo svaki sudionik koncentracije nisu imale nikakav izravan konkurentski utjecaj na strategije inovacije i ulaganja u mrežu drugog sudionika i da praćenje koje je u tom okviru vršio svaki sudionik djelatnosti drugog sudionika nije bilo ništa više od „pukih poslovnih komparativnih analiza kojima je svrha praćenje i eventualno oponašanje najboljih praksi u sektoru”, što tužitelj ne osporava.

113 Kao što je to navedeno u točkama 104. i 105. ove presude, taj oblik usporedbe koji se sastoji od analize tržišnih rezultata ili najboljih praksi u sektoru, uključujući u drugim državama članicama ili u trećim zemljama predstavlja samo slobodno odabran oblik usporedbe, ali nije jednak obliku neizravnih konkurentskih pritisaka iz točke 102. ove presude.

114 Kao četvrto, treba istaknuti da je Komisija u pobijanoj odluci pojasnila, s jedne strane, da iz ispitivanja internih dokumenata sudionika koncentracije nije proizašao nikakav element koji bi ukazivao na to da su navedeni sudionici uzimali u obzir svoje odnosne odredbe i uvjete prilikom pregovora o MDU ugovorima i, s druge strane, da su sudionici koncentracije podnijeli uvjerljive dokaze da bi osporili usklađivanje MDU ugovora na cijelom njemačkom državnom području. Naime, suprotno onomu što tvrdi tužitelj, ta su utvrđenja bila relevantna za ocjenu toga je li svaki sudionik koncentracije prilikom određivanja svoje poslovne strategije vodio računa o uvjetima koje nudi drugi sudionik, i stoga za ocjenu toga je li između njih prije koncentracije postojalo neizravno tržišno natjecanje na MDU tržištu.

115 Iz prethodno navedenog proizlazi da da tužitelj nije dokazao da je Komisija u pobijanoj odluci očito pogrešno zaključila da sudionici koncentracije nisu bili izravni konkurenti.

116 Budući da Komisija nije počinila očitu pogrešku u ocjeni kad je zaključila da ne postoji neizravno tržišno natjecanje između sudionika koncentracije, više nije potrebno ispitati osnovanost argumentacije koja se odnosi na pitanje treba li uklanjanje te vrste tržišnog natjecanja biti „osobito snažno” da bi nastao BOUTN u smislu članka 2. Uredbe br. 139/2004.

3) Potencijalno tržišno natjecanje

117 Tužitelj tvrdi da su sudionici koncentracije, pod pretpostavkom da ih se ne može smatrati stvarnim konkurentima, prije koncentracije bili u najmanju ruku potencijalni konkurenti.

118 Najprije treba podsjetiti na to da je Komisija u pobijanoj odluci najprije ispitala je li Vodafone bio potencijalni konkurent društva Unitymedia. U tom je okviru Komisija podsjetila na to da je Vodafone uglavnom djelovao u svojem vlastitom kabelskom području i istaknula da je taj

operator naveo da nema u planu nikakvo proširenje svoje kabelske mreže, osobito u kabelsko područje društva Unitymedia, jer ulaganje na kojem se ono temelji nije isplativo (vidjeti uvodnu izjavu 726.).

119 Budući da su gotovo svi konkurentni operatori u okviru istraživanja tržišta odgovorili da očekuju da će Vodafone proširiti svoju kabelsku mrežu na područje društva Unitymedia, Komisija je potom provela istraživanje u vezi s time kakav bi bio mogući razvoj konkurentskog pritiska društva Vodafone u slučaju nepostojanja koncentracije. U tom pogledu, Komisija je navela da nije dovoljno samo postojanje teoretske mogućnosti da se Vodafone proširi u kabelsko područje društva Unitymedia, s obzirom na to da je – da bi se dokazalo da je postojalo potencijalno tržišno natjecanje između sudionika koncentracije čije bi uklanjanje dovelo do BOUTN-a – bilo potrebno da do njega dođe s dovoljnom vjerojatnošću (vidjeti uvodnu izjavu 730. pobijane odluke).

120 Komisija je u uvodnim izjavama 731. do 746. pobijane odluke pojasnila da nije otkrila skup dosljednih dokaza koji bi ukazali na to da bi proširenje društva Vodafone na kabelsko područje društva Unitymedia bilo moguće ili razumno predvidljivo u slučaju nepostojanja koncentracije, nego da je zapravo utvrdila niz elemenata koji dokazuju suprotno.

121 Naime, Komisija je istaknula da Vodafone, kao prvo, nije nikad u prošlosti podvostručio kabelsku mrežu društva Unitymedia i utvrdila da je taj operator vrlo malo razvijao svoju kabelsku mrežu, čak i na svojem vlastitom području i oko njega, iako bi takav razvoj bio isplativiji od podvostručavanja kabelske mreže. Kao drugo, analiza internih dokumenata društva Vodafone koju je provela Komisija potvrdila je da taj operator nije predviđao planove podvostručavanja kabelske mreže društva Unitymedia, s obzirom na to da slični planovi ne bi ispunili njegove investicijske kriterije. Komisija je vodila računa o planovima društva Vodafone, uzimajući u obzir infrastrukturu kojom je taj operator već raspolagao, koji su potvrdili tu neisplativost. Kao treće, Komisija je navela da nije našla nikakav element koji bi ukazao na to da bi podvostručavanje kabelske mreže nekog drugog operatora postalo isplativije u budućnosti.

122 Osim toga Komisija je procijenila da radovi podvostručavanja koje su poduzeli drugi operatori poput Tele Columbusa, lokalnih operatora ili tužitelja odgovaraju specifičnim poslovnim razmatranjima koja se razlikuju od onih čiji je cilj razvoj mreže koja je paralelna s mrežom konkurentnog operatora. Kad je riječ o društvu Tele Columbus, Komisija je primijetila da taj operator nije odobrio nikakvo znatno ulaganje u širenje svoje mreže 3. razine (vidjeti uvodnu izjavu 744. pobijane odluke). Naposljetku, Komisija je pojasnila da nije imala nikakvu naznaku da bi bilo moguće da je Vodafone imao namjeru probiti se na kabelsko područje društva Unitymedia tehničkim ili poslovnim sredstvima koja bi promijenila opseg njegove vlastite kabelske mreže (vidjeti uvodnu izjavu 742. pobijane odluke).

123 Komisija je potom ispitala je li društvo Unitymedia bilo potencijalni konkurent društva Vodafone. U tom okviru Komisija je podsjetila na to da je društvo Unitymedia u osnovi poslovalo u svojem vlastitom kabelskom području i istaknula da je taj operator naveo da nema u planu nikakvo proširenje svoje kabelske mreže, osobito na kabelsko područje društva Vodafone, jer ulaganje na kojem se ono temelji nije isplativo (vidjeti uvodnu izjavu 726. pobijane odluke).

124 Budući da su gotovo svi konkurentni operatori, prilikom sudjelovanja u istraživanju tržišta, odgovorili da su očekivali da će Unitymedia proširiti svoju mrežu na kabelsko područje društva Vodafone, priznajući ipak da je Unitymedia imao manji poticaj djelovati na taj način nego što ga je imao Vodafone, Komisija je provela istraživanje u vezi s time kakav bi bio mogući razvoj konkurentskog pritiska društva Unitymedia u slučaju da nije došlo do koncentracije.

125 Komisija je u uvodnim izjavama 755. do 764. pobijane odluke pojasnila da nije otkrila skup dosljednih dokaza koji bi ukazali na to da bi proširenje društva Unitymedia na kabelsko područje društva Vodafone bilo moguće ili razumno predvidljivo u slučaju nepostojanja koncentracije, nego da je zapravo utvrdila niz elemenata, relativno sličnih onima koji su otkriveni u pogledu društva Vodafone, koji dokazuju suprotno.

126 Naime, Komisija je istaknula da društvo Unitymedia, kao prvo, nije nikad u prošlosti podvostručilo kabelsku mrežu društva Vodafone i utvrdila da je taj operator vrlo malo razvijao svoju kabelsku mrežu, čak i na svojem vlastitom području i oko njega, iako bi takav razvoj bio isplativiji od podvostručavanja kabelske mreže. Kao drugo, analiza internih dokumenata društva Unitymedia koju je provela Komisija potvrdila je da taj operator nije predviđao planove podvostučavanja kabelske mreže društva Vodafone, s obzirom na to da slični planovi ne bi ispunili njegove investicijske kriterije. Komisija je vodila računa o planovima društva Unitymedia, koji potvrđuju tu neisplativost. Naposljetku, Komisija je navela da su drugi čimbenici koji su uzeti u obzir prilikom ispitivanja postojanja potencijalnog tržišnog natjecanja koje je proveo Vodafone bili također primjenjivi u slučaju društva Unitymedia.

127 U ovom slučaju, kao prvo, tužitelj tvrdi da je poduzetnik potencijalni konkurent na određenom tržištu ako postoje stvarne i konkretne mogućnosti da dotični poduzetnik uđe na tržište i natječe se s postojećim poduzetnicima. Stoga je jedino relevantno znati ima li poduzetnik sposobnost ući na konkretno tržište. Ta sposobnost kao takva predstavlja potencijalno tržišno natjecanje i zaštićena je Uredbom br. 139/2004, pri čemu nije potrebno dokazati da ju je navedeni poduzetnik imao konkretnu namjeru u budućnosti stvarno upotrijebiti. Stoga situaciju potencijalnog tržišnog natjecanja treba prvenstveno ocijeniti objektivno, kako bi se utvrdilo je li ulazak na tržište bio objektivno moguć i je li stoga novi potencijalni poduzetnik koji ulazi na tržište vršio bitan pritisak na poduzetnike koji su već djelovali na dotičnom tržištu. Subjektivne namjere ili poslovni planovi sudionika koncentracije, kao što su investicijski planovi i interni pragovi isplativosti, u tom pogledu nisu odlučujući.

128 Kao drugo, tužitelj ističe da je istraživanje koje je vođeno među poduzetnicima koji su već bili aktivni na dotičnim tržištima jasno potvrdilo da su sudionici koncentracije realno mogli proširiti svoje infrastrukture kabelske mreže (ili mreže optičkih vlakana) na kabelsko područje drugog sudionika. Sudionici na tržištu su usto izjavili da bi sudionici koncentracije vjerojatno postali agresivniji konkurenti u svojim odnosnim kabelskim područjima tijekom naredne dvije ili tri godine.

129 Kao treće, pobijana odluka prema tužiteljevu mišljenju sadržava više konkretnih primjera koji dokazuju objektivnu izvedivost i gospodarsku održivost širenja u područje pokrivenosti drugog pružatelja kabelskih usluga. I sam tužitelj kao i društvo Tele Columbus te drugi operatori u Europi proveli su podvostručavanja kabelskih mreža, što dokazuje ekonomsku održivost takve radnje. Osim toga, Komisija je pogrešno postupila kad je samo ispitala mogućnost potencijalnog tržišnog natjecanja putem podvostručavanja kabelske mreže drugog sudionika, jer su sudionici koncentracije svakako mogli opslužiti MDU korisnike izvan svojih kabelskih područja na temelju posredničkih usluga prijenosa televizijskog signala koje pruža drugi operator. Komisija nije vodila računa ni o postojanju „bijelih područja” na kojima nije bio prisutan nijedan operator, tako da se nije postavljalo pitanje podvostručavanja mreža.

130 Kao četvrto, Komisija se pogrešno oslonila na investicijske kriterije sudionika kako bi zaključila da podvostručavanje kabelske mreže drugog sudionika nije isplativo, s obzirom na to da je takve kriterije u svakom trenutku moguće izmijeniti, pa čak i upravljati njima, i da „gospodarska

održivost” predstavlja objektivni koncept. Tužitelj u svojim očitovanjima od 2. lipnja 2023. osim toga tvrdi da investicijski kriteriji sudionika koncentracije, kako su navedeni u pobijanoj odluci, uopće ne odgovaraju sektorskoj praksi ni investicijskim kriterijima drugih sudionika na tržištu, i da su uostalom bili daleko viši od njegovih, što ukazuje na to da su bili namjerno utvrđeni kako bi se svaki plan podvostručavanja kabelske mreže drugog sudionika činio neprofitabilnim.

131 Kao peto, Komisija nije vodila računa o činjenici da je Bundeskartellamt (Savezni ured za zabranjene sporazume, Njemačka) smatrao da su sudionici bili barem potencijalni konkurenti.

132 Iz toga slijedi da je Komisija, prema tužiteljevu mišljenju, počinila očitu pogrešku u ocjeni time što je smatrala da sudionici koncentracije nisu bili potencijalni konkurenti prije te koncentracije.

133 Komisija koju podupire Vodafone osporava tužiteljeve argumente.

134 U tom pogledu, kao prvo, valja podsjetiti na to da se na području kontrole koncentracija, prema ustaljenoj sudskoj praksi, ispitivanje uvjeta tržišnog natjecanja ne temelji samo na postojećem tržišnom natjecanju među poduzetnicima koji su već prisutni na dotičnom tržištu, nego i na potencijalnom tržišnom natjecanju, kako bi se utvrdilo postoje li, s obzirom na strukturu tržišta te gospodarski i pravni okvir unutar kojeg ono funkcionira, stvarne i konkretne mogućnosti da se dotični poduzetnici međusobno natječu ili da novi konkurent uđe na relevantno tržište i natječe se s postojećim poduzetnicima (vidjeti presudu od 4. srpnja 2006., easyJet/Komisija, T-177/04, EU:T:2006:187, t. 116. i navedenu sudsku praksu).

135 Kako bi provjerila je li poduzetnik potencijalni konkurent na tržištu, Komisija mora utvrditi bi li taj poduzetnik, u slučaju nepostojanja dotične koncentracije, imao stvarne i konkretne mogućnosti ući na to tržište i natjecati se s postojećim poduzetnicima. Takav se zaključak ne smije temeljiti na pukoj pretpostavci, već se mora potkrijepiti činjeničnim dokazima ili analizom struktura relevantnog tržišta. U skladu s tim, poduzetnik se ne može smatrati potencijalnim konkurentom ako njegov ulazak na tržište nije ekonomski održiva strategija (vidjeti po analogiji presudu od 29. lipnja 2012., E.ON Ruhrgas i E.ON/Komisija, T-360/09, EU:T:2012:332, t. 86. i navedenu sudsku praksu).

136 Osim toga, ekonomska održivost strategije ulaska na tržište ne može se izjednačiti s pukom isplativošću takve strategije. Ako bi to bio slučaj, sama teoretska sposobnost ulaska na tržište mogla bi se smatrati dovoljnom za utvrđivanje postojanja potencijalnog tržišnog natjecanja. Stoga Komisija može uzeti u obzir komercijalni ili gospodarski interes za ulazak na tržište poduzetnika čija se svojstva potencijalnog konkurenta analiziraju (vidjeti u tom smislu presude od 21. rujna 2005., EDP/Komisija, T-87/05, EU:T:2005:333, t. 177., 185., 187., 188., 191. i 195. te od 4. srpnja 2006., easyJet/Komisija, T-177/04, EU:T:2006:187, t. 123.) i, slijedom navedenog, oslanjati se na njegove investicijske kriterije. Stoga Komisija ne može poduzetnika kvalificirati kao potencijalnog konkurenta na temelju općih i apstraktnih razmatranja a da pritom ne uzme u obzir komercijalne interese tog poduzetnika, njegovu kratkoročnu i srednjoročnu razvojnu strategiju i kriterije isplativosti koje je u tu svrhu odredio.

137 Iz toga slijedi da, kada Komisija utvrdi, kao prvo, da predmetni poduzetnik nije poduzeo nikakav korak kako bi ušao na tržište u dovoljno kratkom razdoblju izračunanom u svjetlu obilježja tržišta, kao drugo, da navedeni poduzetnik ne smatra da je za njega ekonomski razumno i zanimljivo ući na tržište i stoga, kao treće, da navedeni poduzetnik u budućnosti ne planira u znatnoj mjeri ući na tržište, ona može, a da pritom ne počini očitu pogrešku u ocjeni, zaključiti da predmetni poduzetnik nije potencijalni konkurent drugom sudioniku koncentracije.

138 Kao drugo, što se tiče dojma poduzetnika koji već posluju na dotičnom tržištu, kako su ga izrazili prilikom istraživanja tržišta, potrebno je istaknuti da iz uvodnih izjava 727., 728., 752. i 753. pobijane odluke proizlazi da je Komisija doista uzela u obzir mišljenje konkurentskih operatora, jer iz tih uvodnih izjava proizlazi da je započela temeljito ispitivanje postojanja potencijalnog tržišnog natjecanja među sudionicima koncentracije, u pogledu primjedbi koje su oni iznijeli.

139 U tom pogledu, valja istaknuti da iako Komisija ima pravo uzeti u obzir dojam poduzetnika koji posluju na tržištu, taj dojam ipak ne može biti odlučan za ocjenu postojanja potencijalnog tržišnog natjecanja.

140 Naime, iako mišljenje konkurenata može predstavljati važan izvor podataka o mogućem utjecaju koncentracije na tržište, ono ipak ne može vezati Komisiju u njezinoj neovisnoj ocjeni utjecaja koncentracije na to tržište (vidjeti u tom smislu presude od 25. ožujka 1999., Gencor/Komisija, T-102/96, EU:T:1999:65, t. 290. i 291. i od 5. listopada 2020., HeidelbergCement i Schwenk Zement/Komisija, T-380/17, EU:T:2020:471, t. 673. (neobjavljena)).

141 Kao treće, što se tiče elemenata koji prema tužiteljevu mišljenju dokazuju objektivnu izvedivost i gospodarsku održivost širenja u područje pokrivenosti drugog pružatelja kabelskih usluga, dovoljno je, kako bi se odbio taj prigovor, podsjetiti na to, kao što to proizlazi iz sudske prakse navedene u točki 136. ove presude, da se ekonomska održivost strategije ulaska na tržište ne može izjednačiti s pukom isplativošću takve strategije, te da treba uzeti u obzir komercijalni ili gospodarski interes za ulazak na tržište poduzetnika čija se svojstva potencijalnog konkurenta analiziraju.

142 Slijedom toga, iako elementi i primjeri koje je iznio tužitelj dokazuju da je širenje na kabelsko područje drugog sudionika koncentracije bilo objektivno izvedivo i ekonomski isplativo, Komisija je ipak u pobijanoj odluci detaljno objasnila, oslanjajući se među ostalim na njihove interne dokumente, da nijedan od sudionika koncentracije, nije prije koncentracije imao namjeru podvostručiti mrežu drugog sudionika ili gospodarski interes da to učini, s obzirom na to da ulaganja na kojima se ono temelji nisu ispunjavala njihove investicijske kriterije. Uostalom, Komisija je također uzela u obzir činjenicu da sudionici koncentracije nikad prije nisu podvostručili svoje mreže. Treba zaključiti da je prethodno navedeno dovoljno za odbijanje tužiteljeva trećeg prigovora.

143 Usto, na temelju elemenata koje iznosi tužitelj nije moguće dokazati da je sudionicima koncentracije bilo objektivno izvedivo i gospodarski isplativo proširiti svoje djelatnosti na MDU tržištu u kabelsko područje drugog sudionika.

144 Stoga, kao prvo, kad je riječ o činjenici da su drugi konkurenti mogli proširiti svoju mrežu, Komisija je u pobijanoj odluci pojasnila razloge zbog kojih te strategije nisu bile primjenjive na sudionike neke druge koncentracije.

145 Konkretnije, što se tiče tužiteljeva slučaja, kao što to među ostalim proizlazi iz uvodne izjave 744. točke (c) pobijane odluke, njegova se situacija uvelike razlikovala od situacije sudionika koncentracije, zato što je već posjedovao vrlo široku mrežu optičkih vlakana i jer se tom mrežom koristio za pružanje usluga širokopojasnog pristupa putem digitalne pretplatničke tehnologije (Digital Subscriber Line, DSL). Stoga se tužitelj, kako bi proširio ponudu MDU korisnicima na nova područja, može osloniti na vlastite vodove optičkih vlakana ili postojeće kanale i općenito treba izgraditi samo kratke dijelove mreže 3. razine.

146 Što se tiče društva Tele Columbus, dokazi navedeni u uvodnoj izjavi 744. točki (a) i uvodnim izjavama 797. do 799. pobijane odluke, koje tužitelj nije osporavao, upućuju na to da to društvo nije stvarno provelo podvostručavanje kabelske mreže drugog operatora u godinama koje su prethodile donošenju pobijane odluke. Konkretno, grafikon 20. naveden u uvodnoj izjavi 798. pobijane odluke pokazuje da se broj kućanstava povezanih s tužiteljevom mrežom nije znatno povećao između 2012. i 2018., osim zbog stjecanja prethodno postojeće imovine drugih društava.

147 Što se tiče slučajeva podvostručavanja kabelskih mreža u drugim državama članicama na koje se poziva tužitelj, kao što to Komisija navodi u svojim pismenima, ti se fenomeni mogu objasniti povijesnim čimbenicima ili niskim troškovima postavljanja u tim državama članicama. Osim toga, Komisija je pred Općim sudom spomenula primjere država članica u kojima se kabelske mreže ne preklapaju. Komisija je također uz obrazloženje navela da činjenica da operatori načelno ne proširuju svoje kabelske mreže predstavlja opću tendenciju u Europi. Iz toga slijedi da slučajevi podvostručavanja mreža na koje se poziva tužitelj ne mogu dovesti u pitanje Komisijine ocjene u vezi s potencijalnim tržišnim natjecanjem između sudionika koncentracije.

148 Kao drugo, Komisija se, suprotno tužiteljevim tvrdnjama, nije ograničila na ispitivanje vjerojatnosti potencijalnog tržišnog natjecanja na temelju podvostručavanja kabelske mreže drugog sudionika u koncentraciji, kao što to proizlazi iz uvodne izjave 745. pobijane odluke u pogledu društva Vodafone i uvodne izjave 763. navedene odluke u pogledu društva Unitymedia. Ona je u tom okviru smatrala da je također malo vjerojatno da bi jedan sudionik ušao u kabelsko područje drugog sudionika sredstvima koja se ne temelje na infrastrukturi, poput, među ostalim, iznajmljenih vodova, satelitske infrastrukture ili mreža razine 4.

149 Osim toga, Komisija je pred Općim sudom pojasnila, a tužitelj tomu nije proturječio, da iako je usluge prijenosa televizijskog signala MDU korisnicima teoretski moguće pružati bez korištenja vlastite infrastrukture 3. razine, u praksi nije riječ o mogućnosti koja bi bila zanimljiva sa stajališta konkurentnosti. U tom pogledu valja također istaknuti da je Komisija u uvodnoj izjavi 820. pobijane odluke utvrdila da operatori razine 4. u potpunosti ovise o volji stranaka da nude usluge privremenog prijenosa televizijskih signala pod konkurentnim uvjetima, što tužitelj ne osporava. Nadalje, u uvodnoj izjavi 1479. pobijane odluke Komisija je istaknula da su operatori razine 4. sami objasnili da su aktivni u segmentu tržišne niše, dok su stambene udruge tvrdile da ti operatori često ne ispunjavaju zahtjeve koji se postavljaju u području razine usluge i da nisu bili u mogućnosti preuzeti na sebe nadogradnju mreže razine 3., što tužitelj također ne osporava. Naime, ti elementi potvrđuju Komisijino utvrđenje prema kojem je malo vjerojatno da će sudionici koncentracije proširiti svoje djelatnosti u kabelskom području druge stranke oslanjajući se na sredstva koja se ne temelje na infrastrukturi.

150 Kao treće, što se tiče postojanja „bijelih područja” koje Komisija nije uzela u obzir, pri čemu čak i ne treba odlučiti o dopuštenosti tog argumenta koji Komisija osporava, potrebno je utvrditi da je malo vjerojatno da oba sudionika koncentracije uvedu kabelsku mrežu u ta područja ako nijedan operator to do tada nije učinio. U tom pogledu, valja također istaknuti da iz istraživanja koje je provela Komisija nije proizašao nijedan element koji bi upućivao na to da bi sudionici, da nije bilo koncentracije, proširili svoje mreže u isto bijelo područje, a tužitelj nije ničime dokazao suprotno.

151 Kao četvrto, što se tiče tužiteljeve tvrdnje prema kojoj Komisija svoju odluku nije mogla temeljiti na investicijskim kriterijima sudionika koncentracije, s obzirom na to ih je moguće izmijeniti u svakom trenutku, pa čak i upravljati njima, i da nisu bili u skladu sa sektorskom praksom, valja podsjetiti na to da se gospodarska održivost strategije ulaska na tržište ne može izjednačiti s pukom isplativošću takve strategije i da Komisija svoju odluku može temeljiti na komercijalnom

ili gospodarskom interesu za ulazak na tržište poduzetnika čija se svojstva potencijalnog konkurenta analiziraju (vidjeti točke 135. i 136. ove presude) i, slijedom toga na njegovim investicijskim kriterijima.

152 U tom pogledu valja primijetiti da se Komisija mora osloniti na skup elemenata kako bi ocijenila postoji li potencijalno tržišno natjecanje. U tom postupku ona ne može zanemariti investicijske strategije predmetnih poduzetnika. To osobito vrijedi za velike međunarodne grupacije kao što je Vodafone, koji mora biti u stanju arbitrirati između investicijskih projekata koji se odnose na nekoliko nacionalnih tržišta na temelju najboljih stopa povrata. Osim toga, valja utvrditi da dokazi koje je dostavio tužitelj nisu dovoljni za zaključak da je Komisija raspolagala indicijama o netočnosti brojki koje je iznijela stranka koja je prijavila koncentraciju.

153 Osim toga, valja naglasiti da su propisima koji se primjenjuju na kontrolu koncentracija predviđene različite mjere čiji je cilj obeshrabriti i kazniti prijenos netočnih ili obmanjujućih informacija. Naime, stranke koje prijavljuju koncentraciju podliježu, na temelju članka 4. stavka 1. i članka 6. stavka 2. Uredbe Komisije (EZ) br. 802/2004 od 7. travnja 2004. o provedbi Uredbe br. 139/2004 (SL 2004., L 133, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 5., str. 95.), izričitoj obvezi da Komisiji istinito i potpuno dostave činjenice i okolnosti relevantne za odluku o spojivosti, pri čemu je ta obveza sankcionirana člankom 14. Uredbe br. 139/2004. Osim toga, Komisija također može na temelju članka 6. stavka 3. točke (a) i članka 8. stavka 6. točke (a) Uredbe br. 139/2004 opozvati odluku o spojivosti ako se ona temelji na netočnim podacima za koje je odgovoran jedan od predmetnih poduzetnika ili ako je dobivena prijevarom (presuda od 7. svibnja 2009., NVV i dr./Komisija, T-151/05, EU:T:2009:144, t. 185.).

154 Naposljetku, valja utvrditi, s jedne strane, da osobito iz uvodne izjave 742. i bilješke na stranici 553. pobijane odluke proizlazi da je Komisija provjerila projekcije sudionika koncentracije, u okviru kojih su potonji ispitali profitabilnost, s obzirom na njihove kriterije ulaganja, nekoliko projekata uvođenja infrastrukture, te je smatrala da su njihovi rezultati bili dovoljno pouzdani i, s druge strane, da se Komisija nije oslonila samo na investicijske kriterije sudionika koncentracije kako bi zaključila da među njima ne postoji potencijalno tržišno natjecanje, nego je osobito uzela u obzir činjenicu da, u praksi, ni društvo Vodafone ni društvo Unitymedia nikada nisu podvostručili kabelsku mrežu drugog sudionika i da su ti sudionici samo zanemarivo proširili svoju mrežu unutar vlastitog kabelskog područja, iako je takvo unutarnje proširenje bilo isplativije.

155 Kao peto, kad je riječ o odlukama Saveznog ureda za zabranjene sporazume koje Komisija nije uzela u obzir, valja istaknuti da odluke nacionalnih tijela, imajući u vidu konkretnu podjelu nadležnosti na kojoj se temelji Uredba br. 139/2004, ne mogu obvezivati Komisiju u okviru postupaka kontrole koncentracija (vidjeti u tom smislu presude od 18. prosinca 2007., Cementbouw Handel & Industrie/Komisija, C-202/06 P, EU:C:2007:814, t. 56. i od 7. svibnja 2009., NVV i dr./Komisija, T-151/05, EU:T:2009:144, t. 139.), a pogotovo kad se odnose na sudionike druge koncentracije i neko drugo razdoblje.

156 Iz prethodno navedenog proizlazi da tužitelj nije uspio dokazati da je Komisija počinila očitu pogrešku u ocjeni kad je u pobijanoj odluci zaključila da je malo vjerojatno da bi sudionici koncentracije, u slučaju njezina nepostojanja, proširili svoje djelatnosti na MDU tržištu u kabelsko područje drugog sudionika, pa da bi među njima postojalo potencijalno tržišno natjecanje koje bi bilo uklonjeno koncentracijom, što bi dovelo do BOUTN-a.

4) Zajednički vladajući položaj koji je posljedica prešutnog sporazuma između sudionika koncentracije

157 Tužitelj u više navrata ističe da je to što sudionici koncentracije međusobno nisu bili u tržišnom natjecanju i nisu nikad podvostručili svoje kabelske mreže, bilo tako zato što su se nalazili u zajedničkom vladajućem položaju koji je bio posljedica prešutnog sporazuma među njima, koji Komisija nije dovoljno istražila.

158 Stoga tužitelj tvrdi da nepostojanje aktivnog tržišnog natjecanja između sudionika koncentracije ne znači da oni nisu bili konkurenti, nego više upućuje na to da su se nalazili u zajedničkom vladajućem položaju koji je posljedica prešutnog sporazuma među njima, čija je svrha bila da međusobno raspodjele njemačko tržište i izbjegnu stvaranje dojma da postoji odnos tržišnog natjecanja među njima kako bi koncentracija, koja je bila davno predviđena, bila lakše odobrena. U prilog istoj tvrdnji tužitelj se poziva na veći broj odluka Saveznog ureda za zabranjene sporazume, koji je utvrdio postojanje zajedničkog vladajućeg položaja među sudionicima, i tvrdi da MDU tržište ima sve karakteristike tržišta pod zajedničkom dominacijom i da ne postoji nijedno drugo uvjerljivo objašnjenje za nepostojanje aktivnog tržišnog natjecanja između sudionika koncentracije.

159 Komisija koju podupire Vodafone osporava tužiteljeve argumente.

160 U tom pogledu, valja primijetiti da tužitelj ne tvrdi da bi koncentracija stvorila ili ojačala zajednički vladajući položaj na MDU tržištu, time znatno ograničavajući učinkovito tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu ili na njegovu značajnom dijelu, nego zapravo tvrdi da su se sudionici koncentracije, prije nje i zbog prešutnog sporazuma među njima, našli u situaciji zajedničkog vladajućeg položaja.

161 Pod pretpostavkom da tužitelj svojim argumentom želi prijaviti zabranjeni sporazum, iz članka 21. stavka 1. Uredbe br. 139/2004 proizlazi da se potonja primjenjuje samo na koncentracije definirane u članku 3. te uredbe, na koje se načelno ne primjenjuje Uredba Vijeća (EZ) br. 1/2003 od 16. prosinca 2002. o provedbi pravila o tržišnom natjecanju koja su propisana člancima [101.] i [102. UFEU-a] (SL 2003., L 1, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 1., str. 165. i ispravak SL 2016., L 173, str. 108.). S druge strane, potonja uredba je jedina koja se primjenjuje na ponašanja poduzetnika koja, ne predstavljajući koncentraciju u smislu Uredbe br. 139/2004, ipak mogu dovesti do koordinacije među njima koja je suprotna članku 101. UFEU-a i koja su zbog toga podvrgnuta kontroli Komisije ili nacionalnih tijela za tržišno natjecanje (presuda od 7. rujna 2017., Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, t. 32. i 33.).

162 Iz toga proizlazi da je bespredmetan tužiteljev prigovor koji se temelji na navodnom prešutnom sporazumu među sudionicima koncentracije koji joj je prethodio, jer se ne odnosi na predmet pobijane odluke, odnosno na koncentraciju na koju se primjenjuje Uredba br. 139/2004, nego više na prakse koje su potencijalno obuhvaćene područjem primjene članaka 101. ili 102. UFEU-a i Uredbe br. 1/2003. Stoga, čak i da su tužiteljeve tvrdnje bile utemeljene, odnosno čak i u slučaju da je prije koncentracije postojao podrazumijevajući ili prešutan sporazum među sudionicima koncentracije kojim se objašnjava nepostojanje stvarnog ili potencijalnog tržišnog natjecanja među njima na MDU tržištu, kao što to tvrdi tužitelj, to ne bi moglo dovesti u pitanje Komisijin zaključak u pogledu tog tržišta, a to je da ne postoji tržišno natjecanje između sudionika koncentracije čije bi uklanjanje moglo dovesti do BOUTN-a.

163 S druge strane, ako tužitelj svojim argumentom želi ukazati na postojanje zajedničkog vladajućeg položaja, valja podsjetiti na to da je Komisija u pobijanoj odluci smatrala da tvrdnje trećih strana koje se temelje na zajedničkom vladajućem položaju sudionika koncentracije koji je posljedica prešutnog sporazuma među njima nisu potvrđene ispitivanjem internih dokumenata navedenih sudionika i da su opovrgnute dokazima iz spisa koji se odnose na nedovoljnu isplativost podvostručavanja kabelske mreže drugog sudionika (vidjeti bilješke br. 534 i 566). Argumenti koje iznosi tužitelj ne mogu dovesti u pitanje ovo Komisijino utvrđenje.

164 Naime, što se na prvom mjestu tiče odluka Saveznog ureda za zabranjene sporazume, valja podsjetiti na to da one ne mogu obvezivati Komisiju.

165 Što se na drugome mjestu tiče MDU tržišta, koje je prema tužiteljevu mišljenju imalo sve karakteristike tržišta pod zajedničkom dominacijom, valja istaknuti da je većina ugovora na tom tržištu sklopljena nakon pregovora, tržišnog natjecanja ili formalnih postupaka javne nabave koje su pokrenuli korisnici (vidjeti uvodnu izjavu 697. pobijane odluke), što tužitelj ne osporava, a što ima za posljedicu to da je malo vjerojatno da to tržište ispunjava uvjet transparentnosti koji je potreban da bi se poduzetnicima u zajedničkom vladajućem položaju omogućilo usklađivanje svojih ponašanja na tom tržištu (vidjeti u tom smislu presudu od 10. srpnja 2008., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, t. 121.).

166 Što se tiče, na trećemu mjestu, tužiteljeve tvrdnje da samo prešutni sporazum između sudionika koncentracije može objasniti nepostojanje aktivnog tržišnog natjecanja među njima, treba podsjetiti na to da iz ispitivanja tužiteljevih prethodnih prigovora istaknutih u prilog drugom dijelu ovog tužbenog razloga proizlazi da je Komisija, a da pritom nije počinila očitu pogrešku u ocjeni, smatrala da to nepostojanje tržišnog natjecanja među sudionicima prije svega proizlazi iz nepostojanja preklapanja njihovih kabelskih područja i znatnih infrastrukturnih troškova koji bi nastali podvostručenjem kabelske mreže drugog sudionika, što nije u skladu s investicijskim kriterijima sudionika koncentracije. Potrebno je osim toga utvrditi da tužitelj nije pružio ni najmanji dokaz kako bi potkrijepio makar i sličnu tvrdnju.

167 Iz prethodno navedenog proizlazi da tužitelj nije dokazao da je Komisija u pobijanoj odluci očito pogrešno zaključila da nisu osnovane tvrdnje trećih strana koje se temelje na prešutnom sporazumu među sudionicima koncentracije.

b) Očite pogreške u ocjeni u pogledu konkurentskih učinaka koncentracije na MDU tržištu

168 Tužitelj tvrdi da je Komisija, s obzirom na to da su sudionici koncentracije bili stvarni ili potencijalni konkurenti prije koncentracije, počinila očitu pogrešku u ocjeni kad je zaključila da koncentracija nije uzrokovala nikakvu promjenu specifičnu za koncentraciju. Suprotno tomu, koncentracija je u tom kontekstu uzrokovala povećanje, povezano s koncentracijom, tržišne snage društva Vodafone i uklanjanje konkurentskog pritiska između sudionika koncentracije. Osim toga, tužitelj tvrdi da je koncentracija još više oslabila konkurentski pritisak koji su vršili ostali konkurenti poduzetnika nastalog koncentracijom.

1) Povećanje tržišne snage poduzetnika nastalog koncentracijom i uklanjanje konkurentskog pritiska između sudionika

169 Tužitelj tvrdi da je nakon koncentracije samo jedan poduzetnik i to poduzetnik koji je nastao koncentracijom, odlučivao o poslovnoj strategiji i politici cijena na cijelom njemačkom državnom području, što predstavlja promjenu uvjeta tržišnog natjecanja na MDU tržištu koja je specifična za koncentraciju, s obzirom na to da je svaki od ta dva sudionika prije koncentracije pojedinačno donio svoje strateške odluke, a da pritom nije sa sigurnošću znao kako će postupiti drugi sudionik. Tužitelj dodaje da je taj postojeći konkurentski pritisak među sudionicima nakon koncentracije bio definitivno uklonjen. Tužitelj tvrdi da je takva promjena uvjeta tržišnog natjecanja na tržištu dovoljna da se utvrdi postojanje BOUTN-a i usto, da je Komisija počinila pogrešku koja se tiče prava kad je smatrala da ta promjena nije bila izravna i neposredna posljedica koncentracije.

170 Komisija koju podupire Vodafone osporava tužiteljeve argumente.

171 U tom pogledu, valja naglasiti da se tužiteljev argument, u okviru kojeg tvrdi da je koncentracija uzrokovala povećanje, povezano s koncentracijom, tržišne snage društva Vodafone i uklanjanje konkurentskog pritiska među sudionicima koncentracije, temelji na pretpostavci da su sudionici koncentracije prije koncentracije bili stvarni ili barem potencijalni konkurenti ili, u svakom slučaju da su navedeni sudionici bili u prešutnom sporazumu.

172 Međutim kao što to proizlazi iz ispitivanja drugog dijela ovog tužbenog razloga iz ove presude, tužitelj nije dokazao da je Komisija počinila očitu pogrešku u ocjeni kad je smatrala da sudionici koncentracije nisu bili stvarni ili potencijalni konkurenti na MDU tržištu. Osim toga, tužiteljevi argumenti koji se temelje na navodnom prešutnom sporazumu između sudionika koncentracije, koji je prethodio koncentraciji, odbijeni su zbog razloga navedenih u točkama 157. do 167. ove presude.

173 Iz toga slijedi da se ovaj tužiteljev argument temelji na pogrešnoj pretpostavci, tako da ga nije moguće prihvatiti.

2) Slabljenje konkurentskog pritiska preostalih konkurenata

174 Tužitelj tvrdi da bi koncentracija oslabila i konkurentski pritisak preostalih konkurenata sudionika koncentracije na MDU tržištu, što je dovoljno da se utvrdi postojanje BOUTN-a.

175 Kao prvo, tužitelj tvrdi da bi nakon koncentracije upravo Vodafone, a ne više društvo Unitymedia, bio taj koji bi odredio, osobito u kabelskom području potonjeg društva, poslovnu strategiju, a time i politiku određivanja cijena poduzetnika nastalog koncentracijom u odnosu na društvo Tele Columbus, odnosno najsnažnijeg konkurenta sudionikâ, isto kao i u odnosu na druge operatore mreže 4. razine kad je riječ o posredničkim uslugama prijenosa televizijskog signala. Nakon koncentracije ti bi operatori stoga ovisili, uključujući i u kabelskom području društva Unitymedia, o društvu Vodafone, za koje se prema tužiteljevu mišljenju smatralo da želi nanijeti štetu svojim manjim konkurentima neodrživim uvjetima na ekonomskom planu, a to nije bio slučaj prije koncentracije.

176 Kao drugo, tužitelj tvrdi da drugi konkurenti (poput njega samog i manjih lokalnih subjekata) već i prije koncentracije nisu mogli vršiti znatan konkurentski pritisak na društva Unitymedia i Vodafone, osobito zbog „Nebenkostenprivileg” (privilegij dodatnih troškova povezanih s

najmom), kojim se prednost davala operatorima kabelskih mreža, s obzirom na to da je taj mehanizam stambenim poduzećima omogućavao da troškove distribucije televizijskih usluga putem kabela, svojim najmoprimcima izravno naplate kao dodatne troškove, zbog čega nisu bili potaknuti na promjenu pružatelja usluga.

177 Kao treće, tužitelj tvrdi da povećana tržišna snaga poduzetnika nastalog koncentracijom u odnosu na televizijske kuće znači da bi taj poduzetnik imao sposobnost i bio potaknut na to da od tada oslabi svoje preostale konkurente u području televizijskih infrastruktura na MDU tržištu, njihovim isključivanjem (barem djelomičnim) ili pogoršavanjem njihovih uvjeta pristupa televizijskim kanalima ili audiovizualnim sadržajima, ili karakteristikama tih kanala ili audiovizualnim sadržajima koji su interesantni sa stajališta tržišnog natjecanja. Međutim, Komisija nije vodila računa o tim mogućnostima „djelomične uskrate" i njezinim posljedicama na situaciju u vezi s tržišnim natjecanjem na MDU tržištu.

178 Komisija koju podupire Vodafone osporava tužiteljeve argumente.

179 U tom pogledu, točno je da situacija u kojoj bi došlo do znatnog smanjenja konkurentskog pritiska koji vrše konkurenti, a koje je posljedica koncentracije, može dovesti do BOUTN-a.

180 Naime, u ovom slučaju valja utvrditi da tužitelj izričito priznaje da drugi konkurenti na MDU tržištu, poput njega samoga i manjih lokalnih subjekata, već i prije koncentracije nisu mogli vršiti znatan konkurentski pritisak na društva Unitymedia i Vodafone, osobito zbog „Nebenkostenprivileg" (privilegij dodatnih troškova povezanih s najmom), koji je prema njegovu mišljenju predstavljao značajnu prepreku ulasku i širenju na tom tržištu.

181 Stoga, drugi konkurenti nisu vršili, kao što i sam tužitelj priznaje, nikakav konkurentski pritisak na sudionike koncentracije prije koncentracije. Stoga je malo vjerojatno da je ta koncentracija mogla imati za učinak snažno smanjenje konkurentskog pritiska koji vrše ti drugi konkurenti, i slijedom toga, dovesti do BOUTN-a. Iz toga slijedi da treba odbiti ovaj prigovor koji se temelji na očitoj pogrešci u ocjeni koju je Komisija počinila u pogledu konkurentskih učinaka koncentracije na MDU tržištu, zbog toga što nije uzela u obzir činjenicu da je koncentracija još više oslabila konkurentski pritisak preostalih konkurenata poduzetnika nastalog koncentracijom.

182 Usto, tužiteljevi argumenti se teško mogu odvojiti od onih koje ističe u okviru svojeg trećeg tužbenog zahtjeva. Naime, valja utvrditi da kad tužitelj govori o promjeni poticaja poduzetnika nastalog koncentracijom na području određivanja cijena i isključenja društva Tele Columbus i drugih operatora, on se zapravo poziva na vertikalne nekoordinirane učinke koji se sastoje od isključenja maloprodajnih pružatelja prijenosa televizijskog signala MDU korisnicima u Njemačkoj. Naime, te je učinke Komisija ispitala u uvodnim izjavama 1467. do 1506. pobijane odluke, koje tužitelj osporava u okviru svojeg trećeg tužbenog razloga, koji će biti ispitan u nastavku.

183 Jednako tako, treba naglasiti da je pitanje povećane tržišne snage poduzetnika nastalog koncentracijom na veleprodajnom tržištu prijenosa televizijskih signala u Njemačkoj i njezinih učinaka na televizijske kuće i maloprodajne pružatelje televizijskih usluga Komisija razmotrila u uvodnim izjavama 1006. i narednima pobijane odluke, u njezinu dijelu koji je posvećen eventualnim horizontalnim nekoordiniranim učincima koncentracije na veleprodajnom tržištu o kojem je riječ. Tužitelj te ocjene osporava u okviru svojeg četvrtog tužbenog razloga, koji će biti analiziran u nastavku.

184 Iz prethodno navedenog proizlazi da tužitelj nije dokazao da je Komisija počinila očitu pogrešku u ocjeni time što je propustila utvrditi da je zbog te koncentracije došlo do oslabljenja tržišnog natjecanja koje izvršavaju drugi konkurenti, što je uzrokovalo BOUTN.

3. Prvi dio, koji se temelji na pogrešci koja se tiče prava i povredi članka 2. stavaka 2. i 3. Uredbe br. 139/2004

185 Tužitelj u bitnome tvrdi da je Komisija povrijedila članak 2. stavke 2. i 3. Uredbe br. 139/2004, zbog toga što nije smatrala da je stvaranje vladajućeg položaja društva Vodafone na MDU tržištu predstavljalo strukturnu promjenu tržišnih uvjeta koja je specifična za koncentraciju, što uzrokuje BOUTN.

186 Kao prvo, tužitelj podsjeća na to da je Komisija u pobijanoj odluci zaključila da su se oba sudionika koncentracije nalazila u vladajućem položaju na MDU tržištu u svojim kabelskim područjima. Tužitelj na temelju toga zaključuje da je kombinacija tih dvaju kabelskih područja koja zajedno pokrivaju cijelu Njemačku, poduzetnika nastalog koncentracijom neizbježno dovela u vladajući položaj na nacionalnom nivou u kojem se nijedan od sudionika koncentracije, uzet pojedinačno, nije nalazio prije koncentracije, što je predstavljalo vrlo značajnu strukturnu promjenu tržišnih uvjeta koja je specifična za koncentraciju, što dovodi do BOUTN-a. Komisija je prema tužiteljevu mišljenju pogrešno smatrala da takva promjena nije bila specifična za koncentraciju, s obzirom na to da su se sudionici već prije koncentracije nalazili u vladajućem položaju u svojim kabelskim područjima.

187 U odgovoru na pitanje koje mu je Opći sud postavio aktom od 16. svibnja 2023. da na njega odgovori u pisanom obliku, tužitelj je u tom pogledu pojasnio da prema njegovu mišljenju stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja kao takvo predstavlja tipičan primjer BOUTN-a i da je slijedom toga, ako je došlo do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja, to dovoljno da se donese zaključak o postojanju BOUTN-a. U ovom slučaju, Komisija je dakle pogrešno ispitala bi li koncentracija dovela, s jedne strane, do smanjenja tržišnog natjecanja između sudionika koje je specifično za koncentraciju i, s druge strane, do učinaka na konkurente koji su specifični za koncentraciju, iako je samo trebala utvrditi da bi ta koncentracija stvorila nacionalni vladajući položaj spajanjem dvaju subjekata koji se na regionalnom planu nalaze u vladajućem položaju. Stvaranje takvog nacionalnog vladajućeg položaja bilo bi svakako specifično za koncentraciju i predstavljalo BOUTN, a Komisija je to trebala utvrditi.

188 Kao drugo, tužitelj tvrdi da ako je sudionike koncentracije trebalo smatrati kolektivno prevladavajućima na MDU tržištu prije koncentracije, prelazak sa zajedničkog vladajućeg položaja na individualni vladajući položaj također bi predstavljao značajnu strukturnu promjenu uvjeta tržišnog natjecanja na tom tržištu, jer bi se njome definitivno uklonila svaka mogućnost prekida tajno dogovorene ravnoteže koja je karakteristična za zajednički prevladavajući položaj, i stoga poboljšanja situacije u vezi s konkurentnošću na tržištu.

189 Kao treće, tužitelj tvrdi da Komisija čini pogrešku koja se tiče prava kad smatra da utvrđenje BOUTN-a nužno zahtijeva utvrđenje da je došlo do uklanjanja „značajnih konkurentskih pritisaka” koje su sudionici koncentracije vršili jedan na drugoga prije koncentracije. Prema tužiteljevu mišljenju iz uvodne izjave 25. Uredbe br. 139/2004 proizlazi da se uklanjanje „značajnih konkurentskih pritisaka” između sudionika koncentracije odnosi samo na koncentracije na oligopolističkim tržištima i potrebno je samo kako bi se utvrdio BOUTN koji se temelji na nekoordiniranim učincima u slučajevima koji ne podrazumijevaju stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja.

190 Komisija koju podupire Vodafone osporava tužiteljeve argumente.

191 U tom pogledu, kao prvo valja podsjetiti na to da se u skladu s člankom 2. stavcima 2. i 3. Uredbe br. 139/2004 samo koncentracije koje bi bitno ograničavale učinkovito tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu ili njegovu značajnom dijelu, posebno zbog stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja, ocjenjuju nespojivima sa zajedničkim tržištem. Iz teksta tih odredbi proizlazi da osnovni kriterij za ispitivanje spojivosti koncentracije s unutarnjim tržištem leži u nastanku BOUTN-a na tom tržištu. Upotreba priloga „posebno" podrazumijeva da stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja predstavlja jedan od slučajeva u kojima je moguće utvrditi takvo ograničenje.

192 Osim toga, Opći je sud već presudio da okolnost da bi koncentracija proizvodila protutržišne učinke nije sama po sebi dovoljna da bi se smatralo da bi ta koncentracija bila nespojiva s unutarnjim tržištem ako ona ne bi bitno ograničavala učinkovito tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu ili njegovu značajnom dijelu (vidjeti u tom smislu i po analogiji presudu od 20. listopada 2021., Polskie Linie Lotnicze "LOT"/Komisija, T-296/18, EU:T:2021:724, t. 107.).

193 Slijedom toga, okolnost da koncentracija stvara ili jača vladajući položaj sama za sebe nije dostatna da bi se za tu koncentraciju smatralo da nije spojiva s unutarnjim tržištem, ako ne bi bitno ograničavala učinkovito tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu ili njegovu značajnom dijelu, tako da nije moguće prihvatiti tužiteljev argument prema kojem je činjenica da je došlo do stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja dovoljna da se utvrdi da postoji BOUTN.

194 Valja nadalje naglasiti da je cilj Uredbe br. 139/2004 uspostava učinkovite kontrole svih koncentracija koje bi bitno narušavale učinkovito tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu ili njegovu značajnom dijelu, uključujući i koncentracije koje dovode do nekoordiniranih učinaka (presuda od 13. srpnja 2023., Komisija/CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, t. 109. i 113.).

195 Usto, valja istaknuti da je Komisija, na području kontrole koncentracija, dužna provesti prognostičku analizu koja se sastoji od ispitivanja toga na koji bi način takva koncentracija mogla izmijeniti čimbenike koji određuju stanje tržišnog natjecanja na određenom tržištu kako bi se provjerilo hoće li zbog toga doći do BOUTN-a (presuda od 15. veljače 2005., Komisija/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, t. 43.; vidjeti također u tom smislu presudu od 10. srpnja 2008., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, t. 47.).

196 Stoga se Komisiji ne može prigovoriti da je u ovom slučaju izvršila prognostičku analizu koja se osobito odnosi na horizontalne nekoordinirane učinke koncentracije na MDU tržištu. Budući da je Komisija u okviru te analize mogla, a da pritom ne počini očitu pogrešku u ocjeni, utvrditi – kao što to proizlazi iz ispitivanja drugog dijela ovog tužbenog razloga u ovoj presudi – da koncentracija ne uklanja konkurentske pritiske između sudionika i ne oslabljuje još više konkurentske pritiske preostalih konkurenata, mogla je zaključiti da ne postoji BOUTN. Komisija stoga nije još dodatno morala ispitati bi li ta koncentracija, poslije njezina nastanka, stvorila ili jačala vladajući položaj, osobito zbog pokrića na nacionalnoj razini zajedničkih kabelskih mreža njezinih sudionika.

197 Osim toga, nije moguće apstraktno smatrati da opseg kabelske mreže sudionika koncentracije može predstavljati faktor koji određuje stanje tržišnog natjecanja na MDU tržištu u smislu sudske prakse navedene u točki 195. ove presude, čija bi promjena dovela do BOUTN-a. Stoga, puko

zemljopisno proširenje kabelske mreže poduzetnika nastalog koncentracijom, neovisno je li ono karakteristično za nju ili nije, ne dovodi nužno do promjene čimbenika koji određuje stanje tržišnog natjecanja na MDU tržištu i stoga, do BOUTN-a.

198 Kao drugo, iz točaka 163. do 166. ove presude proizlazi, s jedne strane da je Komisija, a da nije počinila očitu pogrešku u ocjeni, u pobijanoj odluci smatrala da nije postojala nikakva naznaka o tome da su se sudionici koncentracije prije nje nalazili u zajedničkom vladajućem položaju na MDU tržištu koji je bio posljedica prešutnog sporazuma među njima i, s druge strane, da argumenti koje je tužitelj iznio u tom smislu ne mogu dokazati suprotno.

199 Kao treće, ne može se prihvatiti tužiteljev argument prema kojem je Komisija počinila pogrešku koja se tiče prava kad je smatrala da konkurentski pritisci koji su uklonjeni koncentracijom moraju biti dovoljno „značajni” da bi mogli dovesti do BOUTN-a.

200 Naime, iz ispitivanja drugog dijela ovog tužbenog razloga proizlazi da u ovom slučaju prije koncentracije nisu postojali konkurentski pritisci između njezinih sudionika na MDU tržištu. Slijedom toga, čak i ako je Komisija morala smatrati da samo uklanjanje „značajnih” konkurentskih pritisaka može eventualno dovesti do BOUTN-a, to nije utjecalo na zakonitost pobijane odluke.

201 Iz prethodno navedenog proizlazi da tužitelj nije dokazao da je Komisija počinila pogrešku koja se tiče prava ili povrijedila članak 2. stavke 2. i 3. Uredbe br. 139/2004, a posljedica toga je da treba odbiti prvi dio prvog tužbenog razloga.

202 Iz svega prethodno navedenog proizlazi da prvi tužbeni razlog treba odbiti.

C. Drugi tužbeni razlog, koji se temelji na očitoj pogrešci u ocjeni u pogledu odnosa tržišnog natjecanja između sudionika koncentracije na SDU tržištu

203 U prilog svojem drugom tužbenom razlogu, tužitelj tvrdi da je analiza koju je Komisija provela u pobijanoj odluci u vezi s horizontalnim nekoordiniranim učincima koncentracije na SDU tržište zahvaćena pogreškom koja se tiče prava i očitim pogreškama u ocjeni.

1. Uvodna razmatranja

204 Komisija je u odjeljku VIII. C.2.5. pobijane odluke ispitala horizontalne nekoordinirane učinke koncentracije na SDU tržište. Kao što je to navedeno u točki 19. ove presude, Komisija je smatrala da pitanje zemljopisnog određivanja tog tržišta može ostati otvoreno.

205 Nakon što je u uvodnim izjavama 843. do 848. pobijane odluke navela određene posebnosti SDU tržišta, Komisija je u uvodnim izjavama 849. do 859. navedene odluke ispitala tržišne udjele sudionika koncentracije kako na nacionalnoj razini tako i na razini njihovih kabelskih područja, kao i razine koncentracije SDU tržišta, prije nego je u uvodnim izjavama 860. do 862. te odluke zaključila da ta koncentracija, iako je riječ o vrlo koncentriranom tržištu, ne dovodi do nikakve promjene koja je specifična za koncentraciju (merger-specific change), jer su se sudionici samo vrlo ograničeno nalazili u tržišnom natjecanju na tom tržištu i jer se njihove djelatnosti nisu znatno preklapale.

206 Komisija je potom ispitala, u uvodnim izjavama 863. do 885. pobijane odluke, konkurentske pritiske koje vrše sudionici, a koji bi bili uklonjeni koncentracijom kao i njihov moguć razvoj u slučaju njezina nepostojanja.

207 Kad je riječ o društvu Vodafone, Komisija je podsjetila na to da je, u vezi s pitanjem maloprodajne isporuke usluga prijenosa televizijskog signala MDU kupcima, zaključila da dokazi iz spisa ne potkrjepljuju tvrdnje trećih strana koje se odnose na potencijalni gubitak konkurentnosti s njegove strane. Naglasila je da dokumenti iz spisa ukazuju na to da je položaj IPTV i OTT proizvoda društva Vodafone na SDU tržištu bio vrlo ograničen. Iz toga je zaključila da Vodafone nije bio značajan subjekt u kabelskom području društva Unitymedia i da ni njegova IPTV ponuda ni njegova nova OTT platforma nisu predstavljale konkurentski pritisak prema potonjem društvu (vidjeti uvodne izjave 865. do 880. pobijane odluke).

208 Kad je riječ o društvu Unitymedia, Komisija je naglasila da je, kako god tržište bilo određeno, njegov tržišni udio proizlazio iz samog njegova postojanja na svojem kabelskom području. Osim toga, Komisija je podsjetila na to da je, u vezi s pitanjem maloprodajne isporuke usluga prijenosa televizijskog signala MDU kupcima, zaključila da dokazi iz spisa ne potkrjepljuju tvrdnje trećih strana koje se odnose na potencijalni gubitak konkurentnosti s njegove strane (vidjeti uvodne izjave 881. do 885. pobijane odluke).

209 U uvodnim izjavama 886. do 896. pobijane odluke Komisija je analizirala konkurentske pritiske koje su sudionici vršili jedan na drugog i zaključila da ti sudionici nisu bili ni stvarni izravni konkurenti (vidjeti uvodne izjave 887. do 891.) ni stvarni neizravni konkurenti (vidjeti uvodne izjave 892. do 896.).

210 Kad je riječ o izravnom tržišnom natjecanju, Komisija je istaknula da su sudionici koncentracije pružali maloprodajne usluge prijenosa televizijskih signala SDU korisnicima gotovo isključivo unutar svojih odnosnih kabelskih područja, koja se nisu preklapala. Iako je Komisija u kabelskom području društva Unitymedia utvrdila ograničeno preklapanje koje dolazi od IPTV i OTT proizvoda društva Vodafone, ipak je smatrala da koncentracija ne dovodi do nestanka značajnog izravnog tržišnog natjecanja između sudionika koncentracije. Komisija je do tog utvrđenja došla vodeći računa, kao prvo, o ograničenom tržišnom udjelu društva Vodafone u tom području, kao drugo, o činjenici da navedeni sudionici nisu bili bliski konkurenti, jer su koristili različite tehnologije prijenosa i, treće o činjenici da IPTV i OTT proizvodi društva Vodafone nisu imali ništa jedinstveno, što je imalo za posljedicu to da ih se moglo lako zamijeniti drugim proizvodima.

211 Kad je riječ o neizravnom tržišnom natjecanju, Komisija je objasnila da su se interni dokumenti koje je pronašla u vezi s tržištem fiksnog pristupa internetu i koji su ukazivali na to da su se sudionici međusobno uspoređivali, također u određenoj mjeri odnosili na SDU tržište. Međutim, nakon pojašnjenja koja su dala sudionici, Komisija je smatrala da ti dokumenti ne dokazuju da je izvršena komparativna analiza (benchmarking) koja bi premašila puke poslovne usporedbe kojima je svrha praćenje i eventualno oponašanje najboljih praksi u industriji. Nadalje, Komisija je istaknula da analiza maloprodajnih cijena nije upućivala na to da su društva Vodafone i Unitymedia neizravno vršila pritisak jedno na drugo putem sekvencijalnog mehanizma određivanja cijena koji je promjene cijena jednog poduzetnika prenosio u kabelsko područje drugog slijedom prilagodbe cijena od strane aktivnih konkurenata na nacionalnoj razini.

212 Konačno, Komisija je u uvodnim izjavama 897. do 903. pobijane odluke ispitala konkurentske pritiske koje su vršili preostali konkurenti na SDU tržištu, i konkretnije, tužitelj, društvo Tele Columbus, gradski operatori (city carriers) poput društva NetCologne i operatori satelitskih

usluga, i zaključila da bi ti brojni konkurenti nakon koncentracije ostali aktivni na tom tržištu. Komisija je također utvrdila da elementi iz spisa dokazuju da su se postojeći konkurenti na tom tržištu suočavali s rastućim konkurentskim pritiscima od strane novih operatora kao i brojnih pružatelja OTT televizijskih usluga i smatrala da koncentracija ne bi oslabila tržišno natjecanje konkurenata.

213 Slijedom toga, Komisija je zaključila da ta koncentracija ne dovodi ni do kakvog BOUTN-a na SDU tržištu koji bi bio posljedica horizontalnih nekoordiniranih učinaka (vidjeti uvodnu izjavu 907. pobijane odluke).

214 U ovom slučaju, tužiteljeva argumentacija u prilog ovom tužbenom razlogu, koja se odnosi na to ispitivanje horizontalnih nekoordiniranih učinaka koncentracije na SDU tržištu koje je Komisija izvršila u pobijanoj odluci, može se podijeliti na tri dijela, od kojih se prvi temelji na pogrešci koja se tiče prava i očitoj pogrešci u ocjeni, zbog toga što Komisija nije smatrala da bi koncentracija dovela do stvaranja dominantnog položaja koji uzrokuje BOUTN, drugi na očitoj pogrešci u ocjeni u dijelu u kojem Komisija u pobijanoj odluci nije zaključila da bi koncentracija uklonila stvarno i potencijalno tržišno natjecanje između sudionika koncentracije i treći, na očitoj pogrešci u ocjeni zbog toga što Komisija nije smatrala da bi koncentracija oslabila preostale konkurente.

2. Prvi dio, koji se temelji na pogrešci koja se tiče prava i očitoj pogrešci u ocjeni zbog toga što Komisija nije smatrala da bi koncentracija dovela do stvaranja vladajućeg položaja koji uzrokuje BOUTN

215 Tužitelj tvrdi da ako dotično tržište treba razumjeti na način da uključuje samo kabelsku televiziju i IPTV, koncentracija dovodi do vrlo visokih zajedničkih tržišnih udjela kako na nacionalnoj razini tako i u kabelskom području društva Unitymedia, koji ukazuju na postojanje vladajućeg položaja. Imajući u vidu vrlo stabilan položaj poduzetnika nastalog koncentracijom, i puko uklanjanje manjeg preklapanja moglo bi uzrokovati BOUTN.

216 Komisija osporava tužiteljeve argumente.

217 U tom pogledu, treba podsjetiti na to da koncentracija koja stvara li jača vladajući položaj ne dovodi automatski do BOUTN-a, kao što to proizlazi iz članka 2. stavaka 2. i 3. Uredbe br. 139/2004.

218 Naime, u ovom slučaju, kao prvo, tužitelj ne dokazuje na koji način bi koncentracija, u slučaju da dovodi do stvaranja vladajućeg položaja na SDU tržištu na nacionalnoj razini ili do jačanja vladajućeg položaja na SDU tržištu, ograničenog na kabelsko područje društva Unitymedia, uzrokovala BOUTN.

219 Kao drugo, tužitelj se samo poziva na „vrlo visoke zajedničke tržišne udjele” i iz toga zaključuje da „ti zajednički tržišni udjeli kao takvi upućuju na postojanje vladajućeg položaja poduzetnika nastalog koncentracijom” na SDU tržištu. Međutim, suprotno istoj tvrdnji, ti tržišni udjeli nisu dovoljni da bi se dokazalo da bi se poduzetnik nastao koncentracijom nakon te koncentracije našao u vladajućem položaju.

220 U tom pogledu, s jedne strane, treba istaknuti da iz tablice br. 20 koja je navedena u uvodnoj izjavi 850. pobijane odluke, čiji sadržaj tužitelj nije osporavao, proizlazi da je svaki sudionik koncentracije na SDU tržištu nacionalnog opsega koje uključuje kabel, IPTV, satelit i zemaljsku

televiziju (DVB-T) imao tržišni udio od [10 do 20] % prije koncentracije i da bi nakon koncentracije imali zajednički tržišni udio od [20 do 30] % i da je svaki od tih sudionika, na SDU tržištu nacionalnog opsega koje je ograničeno na kabel i IPTV, imao tržišni udio od [20 do 30] % prije koncentracije a da bi nakon nje njihov zajednički tržišni udio iznosio [40 do 50] %. Međutim, posljedica tih tržišnih udjela kao takvih ne može biti stvaranje ili jačanje vladajućeg položaja koncentracijom.

221 S druge strane, treba također istaknuti da je Komisija utvrdila da se poduzetnik nastao koncentracijom morao suočiti sa znatnom konkurencijom, osobito od strane tužitelja i društva Tele Columbus, s obzirom na to da su ta dva operatora imala značajne tržišne udjele na SDU tržištu, bilo da je ono nacionalnih razmjera ili da je ograničeno na kabelsko područje društva Unitymedia, što tužitelj ne osporava, što bi imalo za posljedicu to da taj subjekt na tom tržištu ne bi mogao postupati s neovisnošću koja je karakteristična za vladajući položaj, izlažući se mogućnosti da se njegovi SDU korisnici okrenu prema tim dvama konkurentima, prema gradskim operatorima, pa čak i prema pružateljima satelitskih usluga.

222 Slijedom toga, s obzirom na to da Komisija nije počinila nikakvu pogrešku u pogledu izostanka stvaranja vladajućeg položaja na SDU tržištu nakon koncentracije, pogrešna je pretpostavka na koju se tužitelj oslanja da bi dokazao postojanje BOUTN-a (vidjeti točku 215. ove presude).

223 Iz prethodno navedenog proizlazi da je prvi dio drugog tužbenog razloga dovoljno razumljiv i da je stoga, suprotno onomu što tvrdi Komisija, dopušten, ali da tužitelj nije dokazao da je Komisija počinila pogrešku koja se tiče prava ili očitu pogrešku u ocjeni time što nije zaključila da bi koncentracija dovela do stvaranja vladajućeg položaja zbog čega bi na SDU tržištu došlo do BOUTN-a, a posljedica toga je neosnovanost ovog dijela tužbenog razloga.

3. Drugi dio, koji se temelji na očitoj pogrešci u ocjeni, zbog toga što Komisija nije zaključila da bi koncentracija uklonila stvarno i potencijalno tržišno natjecanje između sudionika koncentracije

224 Tužitelj tvrdi da je Komisijino mišljenje prema kojem koncentracija ne bi dovela do smanjenja stvarnog (izravnog ili neizravnog) ili potencijalnog tržišnog natjecanja između sudionika koncentracije na SDU tržištu, zbog razloga koji su navedeni u pogledu MDU tržišta, zahvaćeno pogreškama koje se tiču prava i očitim pogreškama u ocjeni.

225 Konkretno, kao prvo, tužitelj osporava Komisijinu tvrdnju prema kojoj komparativne analize između sudionika koncentracije ne dokazuju postojanje odnosa neizravnog tržišnog natjecanja i ne predstavljaju više od „pukih komercijalnih komparativnih analiza čija je svrha nadzor i eventualno oponašanje najboljih praksi u sektoru”. Komisija je prema tužiteljevu mišljenju propustila ocijeniti zbog čega postojanje „pukih komercijalnih komparativnih analiza” ne bi bilo dovoljno da predstavlja relevantno stvarno tržišno natjecanje između sudionika koncentracije prije koncentracije, osobito ako se smatra da je između njih na SDU tržištu postojalo izravno (u najmanju ruku ograničeno) tržišno natjecanje.

226 Tužitelj kao drugo ističe da Komisija ne objašnjava zašto je za neizravni konkurentski pritisak između sudionika koncentracije koji nastaje zbog prijenosa promjena cijena putem nacionalnih subjekata, poput društva Tele Columbus ili tužitelja, potreban „mehanizam sekvencijalnog određivanja cijena”, ni zašto je za taj mehanizam potrebno da „Vodafone ili Unitymedia sustavno potiču promjenu dijelova cijene, u dovoljno kratkim vremenskim intervalima i istim redoslijedom”. Prema tužiteljevu mišljenju, sama činjenica da društvo Tele Columbus i tužitelj

primjenjuju ujednačenu nacionalnu politiku u pogledu cijena i da se natječu s dvama sudionicima koncentracije u njihovim kabelskim područjima, dovoljna je za stvaranje neizravnog tržišnog natjecanja između sudionika koncentracije.

227 Tužitelj, kao treće, osporava Komisijinu tvrdnju iz uvodne izjave 890. pobijane odluke, prema kojoj društva Vodafone i Unitymedia nisu bliski konkurenti zbog toga što koriste različite tehnologije. Naime, ta je tvrdnja prema njegovu mišljenju u suprotnosti s Komisijinom ocjenom položaja društva Vodafone na tržištu fiksnog pristupa internetu, na temelju kojeg je utvrdila postojanje BOUTN-a osobito zbog uklanjanja snažnih konkurentskih pritisaka između sudionika, unatoč korištenju tih istih tehnologija koje se razlikuju, odnosno kabela kad je riječ o društvu Unitymedia i DSL tehnologije kad je riječ o društvu Vodafone. Tužitelj dodaje da je Vodafone imao 800 000 korisnika širokopojasnog DSL-a u kabelskom području društva Unitymedia i da su svi ti DSL pretplatnici u kratkom roku i bez značajnih ulaganja mogli biti opsluženi IPTV ponudom društva Vodafone. Tužitelj na temelju toga zaključuje da je Vodafone u najmanju ruku imao mogućnost brzo i znatno povećati svoje IPTV korisnike u kabelskom području društva Unitymedia.

228 Komisija koju podupire Vodafone osporava tužiteljeve argumente.

229 U tom pogledu, valja podsjetiti na to da su tužiteljevi argumenti koji se odnose na pogreške koje se tiču prava i očite pogreške u ocjeni, istaknuti u okviru njegova prvog tužbenog razloga koji se odnosi na MDU tržište, bili odbijeni (vidjeti točke 72. do 90. ove presude što se tiče izravnog tržišnog natjecanja, točke 91. do 116. ove presude što se tiče neizravnog tržišnog natjecanja i točke 117. do 156. ove presude što se tiče potencijalnog tržišnog natjecanja). Tužitelj se stoga nije mogao valjano osloniti na upućivanje na te argumente u prilog drugom dijelu svojeg drugog tužbenog razloga.

230 Kad je riječ o posebnim argumentima koje tužitelj ističe u okviru drugog dijela ovog tužbenog razloga, valja izvršiti sljedeće ocjene.

231 Što se tiče, kao prvo, činjenice da su sudionici koncentracije pratili svoje djelatnosti i uspoređivali svoje ponude proizvoda, valja istaknuti da je Komisija objasnila da ti slučajevi analize nisu bili više od „pukih poslovnih komparativnih analiza kojima je svrha praćenje i eventualno oponašanje najboljih praksi u sektoru” i da taj oblik usporedbe, koji se sastojao od analize tržišnih rezultata ili najboljih praksi u sektoru, uključujući u drugim državama članicama ili u trećim zemljama, sam po sebi nije mogao dovesti ni do najmanjeg konkurentskog pritiska među dvama poduzetnicima čiji je nestanak, zbog koncentracije, mogao dovesti do BOUTN-a. Kao što to Komisija pravilno ističe, ako europski operator kabelskih usluga prati, pa čak i oponaša najbolje prakse operatora kabelskih usluga iz Sjedinjenih Američkih Država koje su doživjele značajan uspjeh, to ipak ne znači da se ta dva operatora nalaze u stvarnom tržišnom natjecanju, iako neizravnom.

232 Komisija je usto, odgovarajući na pitanje koje joj je postavio Opći sud, navela da ništa u ovom slučaju ne dokazuje da su te komparativne analize zamišljene kao smjernica za poslovne odluke sudionika koji ih je proveo u okviru reakcije na poslovno ponašanje drugog sudionika, ili da su stvarno dovele do bilo kakve reakcije jednog od sudionika na planu njegove poslovne strategije. Osim toga, iz uvodne izjave 894. pobijane odluke, čiji sadržaj tužitelj nije osporavao, proizlazi da dokumenti o kojima je riječ potječu od odjela zaduženih za javne odnose (public affairs), komunikaciju i odnose s ulagačima, bez utjecaja na poslovnu strategiju sudionika.

233 Prvi tužiteljev prigovor iznesen u prilog drugom dijelu ovog tužbenog razloga stoga treba odbiti.

234 Što se, kao drugo, tiče tužiteljevih argumenata o mehanizmu sekvencijalnog određivanja cijena, Komisiji se ne može prigovoriti da je u ovom slučaju ispitala jesu li sudionici koncentracije svoje cijene određivali na način koji je mogao otkriti postojanje odnosa neizravnog tržišnog natjecanja među njima.

235 Naime, kao što to proizlazi iz ispitivanja prvog dijela ovog tužbenog razloga, Komisija nije raspolagala dostatnim dokazima da su sudionici koncentracije pratili i uspoređivali svoje ponude u mjeri da je ta usporedba utjecala na njihovu poslovnu strategiju. U tim okolnostima, ispitivanjem prijenosnog mehanizma, u obliku sekvencijalnog određivanja cijena, može se provjeriti je li unatoč svemu ipak postojala veza između praksi određivanja cijena sudionika i slijedom toga neizravan konkurentski pritisak među njima.

236 U tom pogledu, nije potkrijepljena tužiteljeva tvrdnja prema kojoj su neizravni konkurentski pritisci među sudionicima koncentracije proizlazili već iz činjenice da su društvo Tele Columbus i on sam primjenjivali ujednačenu nacionalnu politiku na području cijena i da su se natjecali s dvama sudionicima koncentracije u njihovim kabelskim područjima. Usto, da je to bio slučaj, promjena vlastitih cijena od strane jednog od sudionika koncentracije pokrenula bi, putem reakcije društva Tele Columbus ili tužitelja na tu izmjenu, promjenu cijena drugog sudionika. Naime, upravo je to ono što je Komisija tražila i što nije pronašla u okviru svojeg ispitivanja postojanja mehanizma sekvencijalnog određivanja cijena, kao što to proizlazi iz uvodne izjave 896. pobijane odluke.

237 Stoga treba odbiti drugi tužiteljev prigovor iznesen u prilog drugom dijelu ovog tužbenog razloga.

238 Što se tiče, kao treće, Komisijine tvrdnje iz uvodne izjave 890. pobijane odluke, koju tužitelj osporava, prema kojoj društva Vodafone i Unitymedia nisu bili bliski konkurenti zbog toga što koriste različite tehnologije, najprije treba utvrditi da ne postoji navodno proturječje između te tvrdnje i Komisijine ocjene u pogledu položaja društva Vodafone na tržištu fiksnog pristupa internetu.

239 Naime, komparativna analiza obrazloženja pobijane odluke koje se odnosi na tržište fiksnog pristupa internetu i obrazloženja navedene odluke koje se odnosi na SDU tržište pokazuje da se društvo Vodafone na tim tržištima nalazilo u različitim položajima.

240 Iz uvodne izjave 413. pobijane odluke proizlazi da je Vodafone na tržištu fiksnog pristupa internetu držao nezanemariv udio od [5 do 10] % u kabelskom području društva Unitymedia. Osim toga, iz uvodne izjave 417. navedene odluke proizlazi da je Komisija utvrdila da je broj korisnika društva Vodafone u tom području bio u punom rastu. Naposljetku, kad je riječ o ponudi fiksnog pristupa internetu putem DSL tehnologije u kabelskom području društva Unitymedia, Komisija je u uvodnoj izjavi 454. pobijane odluke utvrdila da je Vodafone mogao nastupati kompetitivnije od ostalih pružatelja pristupa koji djeluju na temelju pristupa na veliko zbog svojeg posebnog položaja i, konkretnije, posjedovanja posebne imovine. Iz toga proizlazi da je Komisija raspolagala nekolicinom dokaza koji dokazuju važnost položaja društva Vodafone na tržištu fiksnog pristupa internetu u kabelskom području društva Unitymedia.

241 U cilju usporedbe, iz tablice br. 21, koja je navedena u uvodnoj izjavi 853. pobijane odluke proizlazi da je na SDU tržištu preklapanje između djelatnosti društva Vodafone i onih društva Unitymedia u kabelskom području potonjeg bilo zanemarivo, jer je tržišni udio društva Vodafone na njemu bio gotovo jednak nuli (bilo zato što je to tržište ograničeno na kabele i IPTV ili zato što obuhvaća i satelit i zemaljsku televiziju), kao što je to Komisija pojasnila tijekom postupka pred Općim

sudom. Osim toga, iz prve rečenice uvodne izjave 873. pobijane odluke, koju je Komisija otkrila u skladu s rješenjem od 30. ožujka 2023., proizlazi da je Komisija primijetila da se broj pretplatnika društva Vodafone na IPTV u kabelskom području društva Unitymedia smanjio tijekom dvije godine koje su prethodile koncentraciji.

242 Iz toga proizlazi da je položaj društva Vodafone na tim dvama tržištima bio različit, a posljedica toga je bila ta da je Komisija mogla, a da ne proturječi sama sebi, donijeti ocjenu u pogledu SDU tržišta koja se razlikuje od ocjene u pogledu tržišta fiksnog pristupa internetu i zaključiti da na potonjem tržištu postoji BOUTN, osobito zbog uklanjanja snažnih konkurentskih pritisaka između sudionika, unatoč upotrebi tih istih tehnologija koje se razlikuju.

243 Kad je naposljetku riječ o tužiteljevoj tvrdnji prema kojoj je Vodafone svoje korisnike širokopojasnog DSL-a u kabelskom području društva Unitymedia mogao promijeniti u IPTV korisnike, iz prve rečenice uvodne izjave 874. pobijane odluke, koju je Komisija otkrila u skladu s rješenjem od 30. ožujka 2023., proizlazi da je Vodafone u ožujku 2019. prestao s prodajom svojeg IPTV proizvoda novim korisnicima, koji se temelji na DSL tehnologiji, što tužitelj ne osporava. Komisija stoga nije počinila očitu pogrešku u ocjeni time što pri svojemu ispitivanju postojanja potencijalnog tržišnog natjecanja koje Vodafone izvršava u kabelskom području društva Unitymedia na SDU tržištu, nije uzela u obzir mogućnost, na koju se poziva tužitelj, da Vodafone te DSL korisnike promijeni u SDU korisnike.

244 Stoga treba odbiti treći tužiteljev prigovor iznesen u prilog drugom dijelu ovog tužbenog razloga.

245 Iz prethodno navedenog proizlazi da tužitelj nije dokazao da je Komisija počinila očitu pogrešku u ocjeni time što nije zaključila da je koncentracija uklonila stvarno i potencijalno tržišno natjecanje među sudionicima koncentracije na SDU tržištu, a posljedica toga je da treba odbiti drugi dio drugog tužbenog razloga.

4. Treći dio, koji se temelji na očitoj pogrešci u ocjeni, zbog toga što Komisija nije smatrala da bi koncentracija oslabila preostale konkurente

246 Pozivajući se na svoj prvi, treći i četvrti tužbeni razlog, tužitelj Komisiji prigovara da nije uzela u obzir činjenicu da bi velika tržišna snaga poduzetnika nastalog koncentracijom naspram televizijskih kuća na veleprodajnim televizijskim tržištima još više oslabila konkurentske pritiske koje su vršili preostali konkurenti, što je prema njegovu mišljenju trebalo biti dovoljno da se utvrdi BOUTN na SDU tržištu.

247 Prema tužiteljevu mišljenju, pogoršanje uvjeta tržišnog natjecanja još bi više utjecalo na sudionike nego na MDU tržište, jer je postojalo više aktivnih konkurenata na SDU tržištu, koji bi se svi suočili s novim subjektom koji je mogao i htio sklapati ugovore o (potpunoj ili djelomičnoj) isključivosti s televizijskim programima-pružateljima sadržaja i pogoršati pristup konkurenata uzlaznim veleprodajnim televizijskim tržištima.

248 Komisija osporava tužiteljeve argumente.

249 U tom pogledu, kako bi dokazao slabljenje konkurentskog pritiska koji su vršili preostali konkurenti na SDU tržištu, tužitelj se poziva na isti argument poput onoga koji je u tu svrhu istaknuo u okviru svojeg prvog tužbenog razloga koji se odnosi na MDU tržište, na koji se uostalom poziva u prilog trećem dijelu ovog tužbenog razloga. Međutim, taj je argument odbijen

zbog razloga navedenih u točkama 174. do 184. ove presude, osobito zbog činjenice da manji konkurenti, kao što priznaje tužitelj, već prije koncentracije nisu mogli vršiti konkurentski pritisak na sudionike koncentracije, tako da nije moguće prihvatiti taj treći dio tužbenog razloga.

250 U svakom slučaju, valja utvrditi da tužitelj ne dovodi u pitanje Komisijinu tvrdnju iz uvodnih izjava 897. do 901. pobijane odluke prema kojem bi brojni konkurenti, poput tužitelja, društva Tele Columbus i više gradskih operatora (city carriers), pa čak i operatora satelitskih usluga nakon koncentracije ostali aktivni na SDU tržištu, niti osporava da na tom tržištu postoje rastući konkurentski pritisci od strane novih operatora kao i brojnih pružatelja OTT televizijskih usluga (vidjeti uvodnu izjavu 903.), zbog čega je Komisija mogla zaključiti da koncentracija ne bi oslabila konkurentske pritiske koje su vršili preostali konkurenti na SDU tržištu.

251 Stoga, tužitelj nije dokazao da je Komisija počinila očitu pogrešku u ocjeni kad je zaključila da koncentracija ne bi dovela do slabljenja konkurentskog pritiska koji su vršili konkurenti sudionika koncentracije na SDU tržištu, a posljedica toga je da treba odbiti treći dio drugog tužbenog razloga.

252 Iz svega prethodno navedenog proizlazi da treba odbiti drugi tužbeni razlog.

D. Treći tužbeni razlog, koji se temelji na očitoj pogrešci u ocjeni u pogledu vertikalnih učinaka koncentracije na posredničke usluge prijenosa televizijskih signala

253 U prilog svojem trećem tužbenom razlogu, tužitelj tvrdi da je analiza koju je Komisija izvršila u pobijanoj odluci u vezi s vertikalnim učincima koncentracije na posredničke usluge prijenosa televizijskog signala zahvaćena očitim pogreškama u ocjeni.

1. Uvodna razmatranja

254 Kao što je to navedeno u točki 35. ove presude, mrežni operatori 3. razine poput društava Vodafone i Unitymedia, na posredničkom tržištu putem pristupa na veliko pružaju televizijske signale mrežnim operatorima 4. razine poput društva Tele Columbus, kako bi potonjima omogućili pružanje maloprodajnih usluga prijenosa televizijskih signala, osobito MDU korisnicima.

255 Komisija je u pobijanoj odluci analizirala vertikalne učinke koncentracije i među ostalim ispitala mogućnost isključivanja tih operatora od strane poduzetnika nastalog koncentracijom u obliku pogoršanja njihovih uvjeta na uzlaznom posredničkom tržištu u kabelskom području društva Unitymedia, kao odgovor na pritužbe koje je primila s tim u vezi (vidjeti uvodne izjave 1476. do 1506.).

256 Prije svega, Komisija je najprije, u uvodnoj izjavi 1476. pobijane odluke navela da koncentracija ne bi stvorila nikakvu novu vertikalnu vezu između uzlaznog posredničkog tržišta i silaznog MDU tržišta, s obzirom na to da su i Vodafone i Unitymedia već poslovali na tim dvama tržištima u svojim kabelskim područjima. Komisija je stoga smatrala da koncentracija ne dovodi ni do kakve promjene u strukturi dotičnih tržišta, bilo da do nje dolazi uzlazno ili silazno. Komisija je također pojasnila da je – s obzirom na činjenicu da je Tele Columbus bio jedini važan konkurent koji se na posredničkom tržištu opskrbljivao od sudionika koncentracije – svoju analizu usmjerila na moguće učinke, na konkurentski pritisak koji vrši taj operator, pogoršanja njegovih poslovnih uvjeta (vidjeti uvodne izjave 1478. do 1480.).

257 Nadalje, kada je bila riječ, kao prvo, o sposobnosti poduzetnika nastalog koncentracijom da isključi Tele Columbus, Komisija je provjerila bi li taj subjekt bio tehnički sposoban da društvu Tele Columbus prestane pružati pristup na veliko ili da u odnosu na potonjeg pogorša uvjete koji se odnose na taj pristup na posredničkom tržištu (vidjeti uvodne izjave 1483. do 1491. pobijane odluke).

258 U tom okviru, Komisija je navela da je između društava Unitymedia i Tele Columbus postojao okvirni sporazum u kojem je bilo navedeno da je potonji operator srednjoročno ugovorno zaštićen u pogledu dijela svojih korisnika koji su opsluženi zahvaljujući posredničkim signalima koje daje Unitymedia. Komisija je iz toga zaključila da bi poduzetnik nastao koncentracijom imao sposobnost pogoršati poslovne uvjete koji se primjenjuju na posredničke usluge prijenosa televizijskih signala društva Tele Columbus u odnosu na samo jedan dio njegovih MDU korisnika u kabelskom području društva Unitymedia.

259 Komisija je nakon toga dodala da je poduzetnik nastao koncentracijom, kako bi mogao biti tehnički sposoban da društvo Tele Columbus isključi s MDU tržišta, morao imati značajnu tržišnu snagu na uzlaznom posredničkom tržištu. S obzirom na mali broj vjerodostojnih alternativa dostupnih na tom tržištu, Komisija je smatrala da bi to bio slučaj nakon koncentracije, ali je dodala da je to već bio slučaj i prije te koncentracije, jer je društvo Unitymedia u svojem kabelskom području već imalo takvu snagu u odnosu na društvo Tele Columbus. Komisija je iz toga zaključila da koncentracija to ne bi ni na koji način promijenila, a posljedica toga je da ta koncentracija ne bi imala nikakav utjecaj na sposobnost poduzetnika nastalog koncentracijom da isključi operatore mreže 4. razine u kabelskom području svakog sudionika koncentracije.

260 Što se tiče, kao drugo, interesa poduzetnika nastalog koncentracijom da isključi društvo Tele Columbus, Komisija je provjerila je li taj subjekt mogao biti potaknut na to da nakon te koncentracije svoje uvjete pristupa svojoj mreži 3. razine, koje je društvo Tele Columbus smatralo nepovoljnijima od onih koje je primjenjivala Unitymedia, primijeni i u kabelskom području potonjeg društva (vidjeti uvodne izjave 1492. do 1496. pobijane odluke).

261 U tom okviru Komisija je smatrala da, čak i ako je uvjete pristupa društva Vodafone trebalo smatrati nepovoljnijima i da čak i ako je poduzetnik nastao koncentracijom bio potaknut na to da ih nakon te koncentracije primijeni u kabelskom području društva Unitymedia, takva promjena poslovne strategije tog subjekta ni na koji način ne proizlazi iz promjene tržišne strukture uzrokovane koncentracijom. Drugim riječima, Komisija je u pobijanoj odluci smatrala da eventualno pogoršanje uvjeta – od strane poduzetnika nastalog koncentracijom – pristupa mrežnih operatora 4. razine njegovoj mreži 3. razine, proizlazi samo iz obične promjene u poslovnom pristupu tog subjekta, do kojeg je svakako moglo doći neovisno o koncentraciji, i koje stoga nije bilo specifično za tu koncentraciju.

262 Komisija je na temelju toga zaključila da poduzetnik nastao koncentracijom nije imao nikakav interes isključiti društvo Tele Columbus s MDU tržišta, koji je specifičan za koncentraciju.

263 Kao treće, Komisija je ispitala učinke koje bi na tržišno natjecanje imao scenarij u kojem bi Vodafone bio sposoban i imao interes da nakon koncentracije proširi svoje navodno nepovoljnije uvjete na posredničko tržište u kabelskom području društva Unitymedia, i zaključila da bi takvi učinci bili ograničeni zbog sljedećih razloga (vidjeti uvodne izjave 1497. do 1505. pobijane odluke).

264 Prije svega, do tog je zaključka došla jer je utvrdila da oslabljenje društva Tele Columbus u kabelskom području društva Unitymedia ne bi utjecalo na glavnu djelatnost tog operatora, odnosno na maloprodajnu ponudu usluga prijenosa televizijskog signala na MDU tržištu putem njegove vlastite mreže 3. razine, koja se u velikom djelu nalazi u kabelskom području društva Vodafone (vidjeti uvodnu izjavu 1501. pobijane odluke).

265 Nadalje, Komisija je također smatrala da Tele Columbus nije predstavljao značajan konkurentski pritisak na MDU tržištu u kabelskom području društva Unitymedia. Naime, Komisija je utvrdila da Tele Columbus nije mogao sudjelovati u postupcima javne nabave koje su pokrenuli MDU korisnici koji su zahtijevali ažuriranja mreže 3. razine, da je dotični tržišni udio društva Tele Columbus predstavljao samo [0 – 5] % i da Tele Columbus nije sudjelovao u znatnom broju postupaka javne nabave u kabelskom području društva Unitymedia. Komisija je na temelju toga zaključila da je isključenje društva Tele Columbus moglo utjecati na vrlo mali broj postojećih ili novih mogućnosti. U svakom slučaju, čak i da je pristup društva Tele Columbus ulaznim elementima bio uskraćen u kabelskom području društva Unitymedia, Komisija je utvrdila da se takvo uskraćivanje odnosilo samo na njegove djelatnosti preprodavatelja proizvoda potonjeg društva, koje nisu dovele do značajnog konkurentskog pritiska (vidjeti uvodne izjave 1502. i 1503. pobijane odluke).

266 Naposljetku, Komisija je objasnila da je Tele Columbus svoju mrežu 3. razine tijekom godina koje su prethodile pobijanoj odluci koristio tek u vrlo ograničenoj mjeri i da ne postoji dokaz da bi taj operator, da nije došlo do koncentracije, koristio signal društva Unitymedia kako bi izgradio vlastitu infrastrukturu (vidjeti uvodnu izjavu 1504. pobijane odluke).

267 U svakom slučaju, Komisija je imala u vidu činjenicu da je Vodafone dao dvije neopozive ponude društvu Tele Columbus, jamčeći mu da će njegovi poslovni uvjeti koji se primjenjuju na posredničke usluge prijenosa televizijskih signala nakon koncentracije ostati nepromijenjeni u kabelskom području društva Unitymedia (vidjeti uvodnu izjavu 1505. pobijane odluke).

268 Komisija je na temelju toga zaključila da koncentracija ne bi bitno ograničavala učinkovito tržišno natjecanje na MDU tržištu zbog vertikalnih nekoordiniranih učinaka (vidjeti uvodnu izjavu 1506. pobijane odluke).

269 U ovom slučaju, tužiteljeva argumentacija u prilog ovom tužbenom razlogu može se podijeliti na dva dijela. U okviru prvog dijela, tužitelj tvrdi da je Komisija pogriješila kad je zanijekala da je mogući prijenos, nakon koncentracije, od strane društva Vodafone, nepovoljnijih poslovnih uvjeta koji se primjenjuju na posredničke usluge prijenosa televizijskih signala za mrežne operatore 4. razine u kabelskom području društva Unitymedia, bio specifičan za koncentraciju. U prilog ovom prvom dijelu tužitelj dovodi u pitanje Komisijino rasuđivanje iz uvodnih izjava 1494. do 1496. pobijane odluke. U okviru drugog dijela tužitelj osporava zaključak do kojeg je Komisija došla u pogledu učinaka na tržišno natjecanje na silaznom MDU tržištu, koje je imalo pogoršanje uvjeta na posredničkom tržištu u kabelskom području društva Unitymedia u odnosu na društvo Tele Columbus.

270 U tom pogledu, Opći sud smatra svrhovitim započeti s ispitivanjem drugog dijela.

2. Drugi dio, koji se temelji na očitim pogreškama koje je Komisija počinila u svojoj ocjeni potencijalnih učinaka strategije isključenja na silazno tržišno natjecanje

271 Kao prvo, tužitelj tvrdi da Komisija, u okviru ispitivanja potencijalnih učinaka koje bi pogoršanje uvjeta koji se primjenjuju na posredničko tržište imalo na silazno tržišno natjecanje, nije uzela u obzir postojeće dokaze, odnosno izjave društva Tele Columbus, prema kojima se ono prije koncentracije samo privremeno poslužilo posredničkim uslugama prijenosa televizijskih signala koje pruža Unitymedia, u iščekivanju korištenja svoje vlastite mreže 3. razine. Osim toga, Komisija je također podcijenila činjenicu da su i drugi mrežni operatori 4. razine također mogli privremeno koristiti pristup mreži 3. razine sudionika koncentracije kako bi pridobili MDU korisnike, prije korištenja svoje vlastite mreže 3. razine.

272 Kao drugo, tužitelj tvrdi da je Komisija pogrešno smatrala da isključenje društva Tele Columbus ne bi oslabilo konkurentski pritisak koji je ono vršilo na MDU tržište, jer je slično isključenje utjecalo samo na njegove djelatnosti preprodaje proizvoda društva Unitymedia. Naime, tužitelj smatra da je Tele Columbus, s obzirom na to da je mogao slobodno odlučivati o cijenama i uvjetima koji se primjenjuju na preprodaju tog proizvoda, svakako vršio konkurentski pritisak na društvo Unitymedia.

273 Kao treće, tužitelj tvrdi da Komisija u okviru svoje analize vertikalnih učinaka koncentracije nije trebala uzeti u obzir neopozivu ponudu društva Vodafone da ne pogorša ugovorne uvjete koji se primjenjuju na Tele Columbus u kabelskom području društva Unitymedia. Naime, ista ponuda očito nije u skladu sa zahtjevima iz Obavijesti Komisije o dopuštenim korektivnim mjerama u skladu s Uredbama br. 139/2004 i 802/2004 (SL 2008., C 267, str. 1., u daljnjem tekstu: Obavijest o korektivnim mjerama) i zbog toga ne može predstavljati dostatan temelj za isključenje postojanja BOUTN-a na MDU tržištu zbog vertikalnih nekoordiniranih učinaka.

274 Komisija koju podupire Vodafone osporava tužiteljeve argumente.

275 U tom pogledu, valja utvrditi da iz stavka 31. Smjernica za ocjenu nehorizontalnih koncentracija prema Uredbi Vijeća o kontroli koncentracija između poduzetnika (SL 2008., C 265, str. 6.; u daljnjem tekstu: Smjernice o nehorizontalnim koncentracijama) proizlazi da uskrata opskrbe nastaje kada uslijed koncentracije o kojoj je riječ novi subjekt može ograničiti pristup proizvodima ili uslugama, koje bi isporučio da do navedene koncentracije nije došlo, osobito kad taj subjekt može povećati troškove svojih konkurenata koji se nalaze silazno, otežavajući potonjima opskrbu po cijenama i uvjetima koji su jednaki onima koji bi prevladavali da nije bilo koncentracije.

276 U skladu sa stavkom 32. Smjernica o nehorizontalnim koncentracijama, pri ocjenjivanju vjerojatnosti scenarija protutržišne uskrate opskrbe Komisija ispituje, kao prvo, bi li subjekt nastao koncentracijom imao uslijed koncentracije sposobnost znatno uskratiti pristup opskrbi, kao drugo, bi li on imao interes to učiniti, te, kao treće, bi li strategija uskrate imala negativan utjecaj na silazno tržišno natjecanje.

277 Valja navesti da su ta tri uvjeta kumulativna tako da je nepostojanje jednog od njih dovoljno da se isključi rizik protutržišne uskrate opskrbe (presude od 23. svibnja 2019., KPN/Komisija, T-370/17, EU:T:2019:354, t. 118. i 119. te od 27. siječnja 2021., KPN/Komisija, T-691/18, neobjavljena, EU:T:2021:43, t. 111. i 112.). Osim toga, što se, konkretnije, tiče trećeg od tih uvjeta, treba

istaknuti da je, kako bi isti uvjet bio ispunjen, potrebno dokazati negativan utjecaj koji je značajan za silazno tržišno natjecanje, što proizlazi iz stavka 32. Smjernica o nehorizontalnim koncentracijama.

278 Valja utvrditi da je Komisija u pobijanoj odluci, unatoč nepostojanju nove vertikalne veze između uzlaznog posredničkog tržišta i silaznog MDU tržišta koja je posljedica koncentracije, ispitala ta tri uvjeta u uvodnim izjavama 1476. do 1506., a tužitelj taj njezin stav kao takav nije kritizirao.

279 U prilog drugom dijelu ovog tužbenog razloga tužitelj ističe nekolicinu elemenata kako bi dokazao da je Komisija u pobijanoj odluci očito pogrešno zaključila da nije ispunjen treći uvjet.

280 U tom pogledu, valja istaknuti da tužitelj u tom okviru ne dovodi u pitanje više važnih elemenata na koje se oslonila Komisija kako bi dokazala ograničenost učinaka koje bi na tržišno natjecanje imala strategija isključenja koju je uspostavio poduzetnik nastao koncentracijom, koja se sastojala od pogoršanja, u odnosu na društvo Tele Columbus (i druge mrežne operatore 4. razine), poslovnih uvjeta koji se primjenjuju na posredničke usluge prijenosa televizijskih signala u kabelskom području društva Unitymedia.

281 Stoga tužitelj ne osporava da takva strategija ne bi utjecala na glavnu djelatnost društva Tele Columbus, jer se ona izvršava izvan kabelskog područja društva Unitymedia. Osim toga, tužitelj ne dovodi u pitanje više čimbenika koji su Komisiju doveli do zaključka da eventualna strategija uskrate opskrbe na tržištu ne bi ni u kojem slučaju značajno negativno utjecala na silazno tržišno natjecanje, odnosno činjenicu da Tele Columbus nije mogao sudjelovati u postupcima javne nabave za koje su potrebna ažuriranja mreže 3. razine, s obzirom na to je tržišni udio društva Tele Columbus minimalan, odnosno [0 – 5] % dotičnog tržišta i ograničeno sudjelovanje društva Tele Columbus u postupcima javne nabave u kabelskom području društva Unitymedia.

282 Osim toga, treba ispitati ostale argumente koje ističe tužitelj.

283 Kad je, kao prvo, riječ o tužiteljevoj tvrdnji prema kojoj se Tele Columbus samo privremeno poslužio posredničkim uslugama prijenosa televizijskih signala koje pruža Unitymedia, u iščekivanju korištenja svoje vlastite mreže 3. razine, valja primijetiti da tužitelj u osnovi navodi da su se Komisijine ocjene temeljile na odgovoru društva Vodafone na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i tvrdi da Komisija nije objasnila zašto bi taj odgovor bio vjerodostojniji od vlastitih izjava samog društva Tele Columbus.

284 Naime, iz uvodne izjave 798. i grafikona 20. iz pobijane odluke na koje se Komisija poziva u uvodnoj izjavi 1504. navedene odluke proizlazi da se Komisijine ocjene istovremeno temelje na odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku i na vlastitim brojčanim podacima koje je dostavio sam Tele Colombus. Dokazi navedeni u uvodnoj izjavi 744. točki (a) i u uvodnim izjavama 797. do 799. pobijane odluke dokazuju da Tele Columbus nije zapravo podvostručio kabelsku mrežu drugog operatora tijekom godina koje su prethodile donošenju pobijane odluke, što tužitelj uostalom niti ne osporava. Konkretno, grafikon 20. iz pobijane odluke, naveden u njezinoj uvodnoj izjavi 798., pokazuje da se broj kućanstava priključenih na mrežu društva Tele Columbus nije znatno povećao između 2012. i 2018., osim kad je o tome riječ zbog stjecanja prethodno postojeće imovine drugih društava. Međutim, tužitelj nije podnio nijedan dokaz koji opovrgava zaključak da je Tele Columbus „tih zadnjih godina vrlo malo razvio svoju infrastrukturu 3. razine”.

285 Tužitelj osim toga ističe da ulaganje u infrastrukturu 3. razine ne bi automatski dovelo do povećanja broja kućanstava koja su stvarno priključena (suprotno onomu što proizlazi iz uvodne izjave 799. pobijane odluke). Usto, tvrdi da stagnacija ukupnog broja priključenih kućanstava nije dovoljna da se dokaže značaj društva Tele Columbus na konkurentskom planu, s obzirom na to da bi se stjecanje novih korisnika zahvaljujući širenju mreže moglo nadoknaditi privremenim gubitkom drugih korisnika.

286 U tom pogledu, treba istaknuti da izostanak povećanja broja kućanstava stvarno priključenih od strane društva Tele Columbus predstavlja ozbiljnu naznaku nepostojanja znatnog ulaganja u proširenje njegove mreže ili barem, nepostojanja uspjeha ili isplativosti eventualnog širenja mreže. Osim toga, tužitelj ne predlaže metode za mjerenje konkurentskog učinka proširenja mreže osim metode povećanja priključenih kućanstava.

287 Naposljetku, tužitelj tvrdi da su drugi konkurenti, poput njega samoga, mogli koristiti (privremeni) pristup infrastrukturi 3. razine sudionika koncentracije kako bi mogli uči u tržišno natjecanje na MDU tržištu, prije nego počnu trajno koristiti svoje vlastite (optičke) mreže 3. razine.

288 Međutim, kao što je to Komisija u bitnome navela u uvodnoj izjavi 1479. pobijane odluke, neovisni operatori 4. razine imaju vrlo ograničenu ulogu u odnosima tržišnog natjecanja. Osim toga, kao što to ističe Komisija, čemu tužitelj ne proturječi, on na dan donošenja pobijane odluke nije koristio pristup infrastrukturi 3. razine sudionika koncentracije kako bi mogao ući u tržišno natjecanje na MDU tržištu, prije nego što počne trajno koristiti svoju vlastitu mrežu optičkih vlakana. Naposljetku, tužitelj nije podnio nijedan dokaz da je u bliskoj budućnosti planirao pristupiti infrastrukturi 3. razine sudionika koncentracije kako bi mogao ući u tržišno natjecanje na MDU tržištu, prije nego što počne trajno koristiti svoju vlastitu mrežu optičkih vlakana.

289 Kad je, kao drugo, riječ o tužiteljevoj tvrdnji da je Tele Columbus vršio konkurentski pritisak na društvo Unitymedia, unatoč činjenici da je samo preprodavao njegov proizvod u njegovu kabelskom području, potrebno je utvrditi da ta puka tvrdnja nije potkrijepljena elementima koji mogu dovesti u pitanje objašnjenja koja se nalaze u uvodnim izjavama 1501. i 1503. pobijane odluke, kako su navedena u točkama 264. i 265. ove presude.

290 Iz toga slijedi da tužiteljevi argumenti ne dokazuju da je Komisija počinila očitu pogrešku u ocjeni kad je smatrala da elementi kojima raspolaže ukazuju na to da je oslabljenje društva Tele Columbus u kabelskom području društva Unitymedia imalo ograničene učinke na tržišno natjecanje na MDU tržištu.

291 Kad je, kao treće, riječ o neopozivim ponudama koje je Vodafone dao društvu Tele Columbus i tužiteljevoj tvrdnji da ih Komisija nije mogla uzeti u obzir, iz tih dviju ponuda proizlazi da je Vodafone jasno izrazio svoju želju da ne pogorša uvjete društva Tele Columbus u kabelskom području društva Unitymedia, o čemu je Komisija imala pravo voditi računa prilikom ispitivanja učinaka. Naime, nijedna odredba Uredbe br. 139/2004 Komisiju nije sprječavala u tome da uzme u obzir tu činjenicu kako bi potvrdila svoj zaključak da koncentracija ne bi bitno ograničavala učinkovito tržišno natjecanje na MDU tržištu kao ni na mogućem regionalnom tržištu koje odgovara kabelskom području društva Unitymedia, zbog vertikalnih nekoordiniranih učinaka.

292 Komisija je, kao što to proizlazi iz pobijane odluke, uzela u obzir samo neopozive ponude društva Vodafone kao dodatni činjenični element u potporu svojem zaključku. Naime, Komisija od tih ponuda nije napravila obvezu u smislu članka 8. stavka 2. Uredbe br. 139/2004.

293 Stoga valja smatrati da Komisija nije počinila očitu pogrešku u ocjeni kad je smatrala da eventualna strategija uskrate opskrbe na tržištu ne bi značajno negativno utjecala na silazno tržišno natjecanje.

294 Osim toga, sposobnost da se značajno uskrati opskrba, interes da se to učini i negativni učinci na silazno tržišno natjecanje strategije uskrate opskrbe na tržištu predstavljaju tri kumulativna uvjeta, tako da je nepostojanje jednog od njih dovoljno da se isključi rizik od protutržišne uskrate opskrbe (vidjeti točku 277. ove presude i navedenu sudsku praksu).

295 Slijedom toga, s obzirom na to da tužitelj ne dokazuje da je Komisija počinila očitu pogrešku u ocjeni prilikom ocjene potencijalnih učinaka strategije isključenja na silazno tržišno natjecanje (odnosno treći od tih uvjeta), treba odbiti drugi dio trećeg tužbenog razloga. Stoga nije potrebno ispitati osnovanost prvog dijela koji se temelji na navodno pogrešnom karakteru Komisijina rasuđivanja iz uvodnih izjava 1494. do 1496. pobijane odluke, na kraju kojeg je Komisija zaključila da poduzetnik nastao koncentracijom nije imao nikakav interes – specifičan za koncentraciju – isključiti Tele Columbus s MDU tržišta (odnosno drugi od tih uvjeta).

296 S obzirom na prethodno, treba odbiti drugi dio trećeg tužbenog razloga i treći tužbeni razlog u cijelosti, a da pritom nije potrebno ispitati argument o postojanju zapreke vođenju postupka koji je iznijela Komisija.

E. Četvrti tužbeni razlog, koji se temelji na očitim pogreškama u ocjeni koje je Komisija počinila u pogledu učinaka koncentracije na veleprodajnom tržištu otkupa televizijskih programa i na otkupnom tržištu televizijskih signala

297 U prilog svojem četvrtom tužbenom razlogu tužitelj tvrdi da je Komisijina analiza iz pobijane odluke u pogledu učinaka koncentracije na veleprodajnom tržištu otkupa televizijskih programa i na otkupnom tržištu televizijskih signala zahvaćena očitim pogreškama u ocjeni.

1. Uvodna razmatranja

298 Kao što je to navedeno u točkama 25. i 26. ove presude, na veleprodajnom tržištu isporuke i otkupa televizijskih programa, televizijske su kuće (ponuda) isporučivale televizijske programe koje su maloprodajni pružatelji televizijskih usluga (potražnja), poput društava Vodafone, Unitymedia ili tužitelja, otkupljivali da bi konačnim korisnicima pružali audiovizualne usluge. Na otkupnom tržištu televizijskih signala, ti su isti maloprodajni pružatelji televizijskih usluga (ponuda) koristili svoju infrastrukturu da bi tim istim televizijskim kućama (potražnja) nudili uslugu prijenosa televizijskih signala za njihove programe, u zamjenu za plaćanje zajamčenih naknada. Drugim riječima, subjekti na otkupnom tržištu televizijskih signala bili su isti kao i na veleprodajnom tržištu isporuke i otkupa televizijskih programa, ali su se pružatelji televizijskih usluga, poput sudionika koncentracije, sa stajališta ponude nalazili na prvom tržištu, a sa stajališta potražnje na drugom tržištu. Komisija je u pobijanoj odluci smatrala da su ta dva veleprodajna tržišta bila usko povezana, s obzirom na to da su pregovori između televizijskih kuća i maloprodajnih pružatelja televizijskih usluga obično obuhvaćali dva aspekta (prijenos signala s jedne strane i otkup programa s druge strane).

299 Komisija je po završetku svoje analize zaključila da koncentracija ne bi bitno ograničavala učinkovito tržišno natjecanje na veleprodajnom tržištu isporuke i otkupa televizijskih programa.

300 Na otkupnom tržištu televizijskih signala, Komisija je zaključila da postoji BOUTN kao posljedica sposobnosti i poticaja poduzetnika nastalog koncentracijom, s jedne strane, na to da pogorša ugovorne i financijske uvjete koje je taj subjekt nametnuo televizijskim kućama i, s druge strane, na to da ograniči pojavu i razvoj inovativnih televizijskih usluga, poput OTT-a i HBBTV-a, i smatrala je da bi to negativno utjecalo na televizijske gledatelje u Njemačkoj (vidjeti s jedne strane uvodne izjave 1205. do 1265. i s druge strane uvodne izjave 1266. do 1292. pobijane odluke).

301 Komisija je, s druge strane, smatrala da nije moguće zaključiti da bi poduzetnik nastao koncentracijom, nakon povećanja njegove tržišne snage na tom tržištu, od televizijskih kuća i nositelja televizijskih prava vjerojatno dobio uvjete, u obliku sporazuma o ekskluzivnosti, koji bi negativno utjecali na pristup maloprodajnih pružatelja televizijskih usluga televizijskim programima ili sadržajima.

302 U tom pogledu, Komisija je najprije, u uvodnoj izjavi 1164. pobijane odluke primijetila da to tržište u Njemačkoj nije bilo karakteristično po takvim sporazumima o ekskluzivnosti između televizijskih kuća i nositelja televizijskih prava, s jedne strane, i maloprodajnih pružatelja televizijskih usluga, s druge strane.

303 Komisija je zatim ispitala bi li poduzetnik nastao koncentracijom, zbog povećanja svoje tržišne moći kao maloprodajnog pružatelja televizijskih signala, imao mogućnost prisiliti televizijske kuće i nositelje televizijskih prava da na njega prenesu sporazume o ekskluzivnosti koji se odnose na televizijske programe ili sadržaje. U tom okviru, Komisija je navela da je, konkretno svoju analizu koncentrirala na njemačku nogometnu lige (Bundesliga), odnosno najvažniji sportski događaj u Njemačkoj, pojašnjavajući da se ista razmatranja primjenjuju na druge sportske događaje ili popularne televizijske sadržaje, za koje nije našla izravne dokaze u spisu (vidjeti uvodnu izjavu 1165. pobijane odluke).

304 Kao prvo, u uvodnim izjavama 1173. do 1176. pobijane odluke, Komisija je ispitala je li Sky, nositelj većine ekskluzivnih prava na prijenos Bundeslige, mogao prihvatiti sklapanje sporazuma o ekskluzivnosti s poduzetnikom nastalim koncentracijom. Komisija je zaključila da je bilo malo vjerojatno da bi to bio slučaj, s obzirom na to da kad bi bila istina da Sky ovisi o poduzetniku nastalom koncentracijom da bi distribuirao svoje sadržaje, ta televizijska kuća na isti način pa čak i više, ovisi o drugim prijenosnim sredstvima, osobito o satelitskom televizijskom operatoru Astra, što ima za posljedicu to da bi Sky izgubio znatan dio svojih prihoda u slučaju sklapanja sporazuma o ekskluzivnosti s poduzetnikom nastalim koncentracijom. Komisija je također uzela u obzir činjenicu da je Sky, međunarodni subjekt i glavni pružatelj naplatnih televizijskih usluga u Njemačkoj, imao određenu kompenzacijsku kupovnu moć.

305 Kao drugo, Komisija je u uvodnim izjavama 1177. do 1183. pobijane odluke provjerila bi li poduzetnik nastao koncentracijom mogao razumno pratiti strategiju čiji je cilj stjecanje ekskluzivnog pristupa drugim televizijskim programima ili sadržajima, naspram osobito televizijskih kuća ili nositelja televizijskih prava čija je kompenzacijska kupovna moć manja od društva Sky. Oslanjajući se na interne dokumente sudionika koncentracije i njihove odgovore na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku, Komisija je smatrala da, čak i ako je poduzetnik nastao koncentracijom bio sposoban provesti takvu strategiju, upitno je bi li bio potaknut na to da to učini s obzirom na to da bi troškovi provođenja te strategije bili visoki, a da bi rezultati po pitanju dobiti bili upitni.

306 Kao treće, Komisija je u uvodnim izjavama 1184. do 1197. pobijane odluke produbila svoju analizu poticaja poduzetnika nastalog koncentracijom da isključi svoje konkurente zahvaljujući otkupu ekskluzivnih prava na određene televizijske sadržaje, razmatrajući interne dokumente sudionika koji su prihvatili takvu strategiju. Komisija smatra da je iz tih dokumenata proizlazilo da je svaki od sudionika koncentracije već predvidio mogućnost ekskluzivnog otkupa sportskih programa ili sadržaja, ali je na kraju odustao od takvih planova, što su sudionici pojasnili i potkrijepili dokazima u odgovoru na obavijest o preliminarno utvrđenim činjenicama u postupku. Komisija je na temelju toga zaključila da nije moguće zaključiti da bi poduzetnik nastao koncentracijom bio potaknut na korištenje većeg broja svojih korisnika kako bi s televizijskim kućama pregovarao o određenim sporazumima o ekskluzivnosti koji se odnose na „premium" sadržaje, u cilju isključivanja konkurentnih maloprodajnih pružatelja televizijskih usluga.

307 Konačno, Komisija je radi potpunosti, u uvodnim izjavama 1198. do 1203. pobijane odluke ispitala je li hipotetska strategija ekskluzivnosti koju je uspostavio poduzetnik nastao koncentracijom mogla proizvesti značajne protutržišne učinke koji konkretno uzrokuju isključenje konkurentnih maloprodajnih pružatelja televizijskih usluga, što je imalo štetne posljedice za potrošače.

308 Oslanjajući se na podatke koji ukazuju na to da velika većina njemačkih televizijskih gledatelja ne bi promijenila maloprodajnog pružatelja televizijskih usluga kako bi imali pristup ekskluzivnim sportskim sadržajima, Komisija je ocijenila da čak i u slučaju da poduzetnik nastao koncentracijom provede strategiju ekskluzivnosti, to konkurentske pružatelje ne bi lišilo značajne baze korisnika. Komisija je također uzela u obzir činjenicu da bi se, čak i u istom hipotetskom slučaju, poduzetnik nastao koncentracijom suočio s tržišnim natjecanjem od strane društva Sky, koje bi slijedilo strategiju neekskluzivne distribucije svojih televizijskih sadržaja na različitim platformama, što bi konkurentnim pružateljima omogućilo da u svakom slučaju imaju pristup njegovim „premium" sadržajima. Komisija je iz toga zaključila da je nemoguće da je uspostava strategije ekskluzivnosti od strane poduzetnika nastalog koncentracijom mogla proizvesti značajne protutržišne učinke.

309 Zbog svih tih razloga Komisija je u uvodnoj izjavi 1204. pobijane odluke zaključila da čak i da je poduzetnik nastao koncentracijom nakon te koncentracije imao povećanu tržišnu snagu, nije bilo moguće zaključiti da bi potonji od televizijskih kuća i nositelja televizijskih prava vjerojatno dobio uvjete u obliku sporazuma o ekskluzivnosti, koji bi negativno utjecali na pristup maloprodajnih pružatelja televizijskih usluga televizijskim programima ili sadržajima.

310 U ovom slučaju, tužiteljeva argumentacija u prilog ovom tužbenom razlogu podijeljena je na dva dijela. U okviru prvog dijela, tužitelj tvrdi da je Komisijin zaključak da televizijske kuće i nositelji televizijskih prava ne bi mogli poduzetniku nastalom koncentracijom osigurati sporazume o ekskluzivnosti unatoč povećanju njegove tržišne snage, netočan i da se temelji na nepotpunoj i očito pogrešnoj ocjeni učinaka koncentracije na tržišno natjecanje na otkupnom tržištu televizijskih signala. U prilog drugom dijelu, tužitelj Komisiji prigovara da se ograničila na ispitivanje toga bi li poduzetnik nastao koncentracijom imao sposobnost i poticaj ograničiti pojavu i razvoj OTT televizije i HBBTV-a, a da nije uzela u obzir utjecaj koncentracije na druge jednako inovativne televizijske usluge poput IPTV-a.

2. Prvi dio, koji se temelji na očitim pogreškama u ocjeni u vezi s uskratom opskrbe na tržištu putem sporazuma o (djelomičnoj ili potpunoj) ekskluzivnosti

311 U prilog prvom dijelu ovog tužbenog razloga, kao prvo, tužitelj ističe da je ocjena – iz pobijane odluke – poticaja poduzetnika nastalog koncentracijom da sklopi sporazume o potpunoj ekskluzivnosti, pogrešna i nepotpuna.

312 Kao drugo, tužitelj tvrdi da je ocjena iz pobijane odluke, poticaja poduzetnika nastalog koncentracijom da provede strategiju djelomične ekskluzivnosti, nepotpuna.

313 Kao treće, tužitelj osporava Komisijin zaključak prema kojem hipotetska potpuna ili djelomična uskrata sadržaja ne može imati značajne protutržišne učinke.

a) Navodna nepotpuna i pogrešna priroda Komisijina ispitivanja koje se odnosi na poticaj poduzetnika nastalog koncentracijom da sklapa sporazume o potpunoj ekskluzivnosti

314 Tužitelj smatra, kao prvo, da Komisija nije uzela u obzir činjenicu da se troškovi proizašli iz sklapanja sporazuma o potpunoj ekskluzivnosti smanjuju u mjeri u kojoj broj krajnjih korisnika platforme raste i da je zbog toga pogrešno zaključila da poduzetnik nastao koncentracijom ne bi bio potaknut na sklapanje takvih sporazuma. Tužitelj dodaje da je Unitymedia u prošlosti stekla određena prava na Bundesligu, što znači da je takva strategija već postojala. Međutim, s obzirom na povećanje njezinih korisnika koje je posljedica iz koncentracije, poduzetniku nastalom koncentracijom bi bila zanimljivija ekskluzivnost.

315 Kao drugo, tužitelj tvrdi da je ispitivanje koje je provela Komisija nepotpuno, s obzirom na to da se odnosilo samo na slučaj otkupa ekskluzivnih prava na Bundesligu, i pogrešno, jer je Komisija pogrešno smatrala da bi se razmatranja koja su primjenjiva na prava na Bundesligu primjenjivala i na druge sportske događaje ili popularne sadržaje, dok su potencijalne prednosti strategije uskrate takvih sadržaja prema tužiteljevu mišljenju bile različite.

316 Kao treće, tužitelj Komisiji prigovara da nije uzela u obzir činjenicu da se prednosti strategije ekskluzivnosti za poduzetnika nastalog koncentracijom (i sklonost televizijskih kuća da prihvate sporazume o ekskluzivnosti) u budućnosti mogu promijeniti, zbog povećanih mogućnosti koje bi imao poduzetnik nastao koncentracijom da nudi pakete većeg broja usluga širokoj klijenteli u cijeloj Njemačkoj i činjenice da bi ekskluzivni sadržaji mogli pomoći poduzetniku nastalom koncentracijom u povećanju svojih prodaja FMC usluga korisnicima koji bi te sadržaje mogli gledati na svojim mobilnim telefonima.

317 Komisija koju podupire Vodafone osporava tužiteljeve argumente.

318 U tom pogledu, kao prvo, treba istaknuti da tužitelj ne dovodi u pitanje Komisijine ocjene, na temelju kojih je mogla zaključiti da je bilo malo vjerojatno da bi poduzetnik nastao koncentracijom bio potaknut na sklapanje, s društvom Sky, sporazuma o potpunoj ekskluzivnosti, kako su navedene u uvodnim izjavama 1173. do 1176. pobijane odluke (vidjeti točku 304. ove presude), koje se osobito temelje na činjenici da je društvo Sky na isti način, čak i više ovisilo o drugim operatorima nego poduzetnik nastao koncentracijom da bi mogao prikazivati svoje sadržaje. Tužitelj je uostalom na raspravi potvrdio da ne osporava činjenicu da bi poticaj društva Sky na sklapanje sporazuma o potpunoj ekskluzivnosti s poduzetnikom nastalim koncentracijom bio ograničen.

319 Osim toga, što se tiče Komisijinih ocjena na temelju kojih je mogla zaključiti da je bilo upitno da bi poduzetnik nastao koncentracijom bio potaknut na sklapanje sporazuma o potpunoj ekskluzivnosti s drugim pružateljima sadržaja nego što je društvo Sky, kako su navedene u uvodnim izjavama 1177. do 1183. pobijane odluke (vidjeti točku 305. ove presude), tužitelj općenito tvrdi da se troškovi proizašli iz sklapanja sporazuma o potpunoj ekskluzivnosti smanjuju u mjeri u kojoj broj krajnjih korisnika platforme raste ili da je strategija ekskluzivnosti zanimljivija nakon koncentracije nego što je to bila u prošlosti, ali ne podnosi konkretne elemente koji bi mogli dovesti u pitanje Komisijina pojašnjenja.

320 Konkretno, tužitelj ne dokazuje da bi u Njemačkoj postojao dovoljno jak međuodnos između prisutnosti programa ili atraktivnih sadržaja na televizijskoj platformi nekog operatora i njegove sposobnosti da privuče nove televizijske gledatelje, što je omogućilo, s dovoljnim stupnjem sigurnosti, smanjenje visokih troškova sporazuma o potpunoj ekskluzivnosti. Usto, tužitelj ne podnosi nikakav dokaz koji u dovoljnoj mjeri dokazuje da bi poduzetnik nastao koncentracijom bio potaknut na donošenje poslovne strategije utemeljene na potpunoj ekskluzivnosti u budućnosti i na temelju kojeg bi stoga bilo moguće dovesti u pitanje Komisijine ocjene u to pogledu.

321 Kao drugo, kad je riječ o tužiteljevoj tvrdnji prema kojoj je Komisijino ispitivanje poticaja poduzetnika nastalog koncentracijom na sklapanje sporazuma o ekskluzivnosti nepotpuno jer je ograničeno na Bundesligu, i pogrešno, valja utvrditi da uskrata opskrbe na tržištu može predstavljati probleme tržišnog natjecanja samo ako se odnosi na „važnu opskrbu” proizvoda koji je smješten silazno, kao što je to navedeno u stavku 34. Smjernica o nehorizontalnim koncentracijama.

322 Slijedom toga, valja smatrati da ako strategija potpune uskrate koja se odnosi na najatraktivnije sadržaje (poput Bundeslige) ne dovodi do dovoljno promjena pružatelja da bi bila isplativa, moguće je da bi to bilo još teže postići drugim vrstama sadržaja, što ima za posljedicu to da bi poduzetnik nastao koncentracijom bio manje potaknut na to da pokuša provesti strategiju potpune uskrate koja se odnosi na takve sadržaje. Komisiji se stoga ne može prigovoriti da je samo ispitala hipotetsku situaciju otkupa ekskluzivnih prava na Bundesligu i da je smatrala da se njezina razmatranja primjenjuju i na manje popularne sadržaje.

323 Tužitelj se slijedom toga samo poziva na jeftiniju prirodu strategije uskrate manje atraktivnih sadržaja, ali ne iznosi ni razloge zbog kojih bi poduzetniku nastalom koncentracijom bilo isplativije voditi strategiju otkupa ekskluzivnih prava na sadržaje koji su manje atraktivni od Bundeslige ni razloge zbog kojih bi takvi sadržaji bili dovoljno „važni” u smislu stavka 34. Smjernica o nehorizontalnim koncentracijama kako bi uskrata te opskrbe mogla dovesti do problema tržišnog natjecanja.

324 U svakom slučaju, suprotno onomu na što se poziva tužitelj, iz uvodnih izjava 1184. do 1197. pobijane odluke (vidjeti točku 306. ove presude) proizlazi da je Komisija razmotrila pitanje bi li poduzetnik nastao koncentracijom bio potaknut na otkup ekskluzivnih prava na druge sportske manifestacije ili sadržaje koji su popularniji od Bundeslige, vodeći osobito računa o činjenici da je Unitymedia, kao što to tvrdi tužitelj, stekla određena prava na Bundesligu 2005. godine.

325 Kao treće, kad je riječ o tužiteljevoj tvrdnji da Komisija nije vodila računa o povećanim mogućnostima koje bi imao poduzetnik nastao koncentracijom da nudi pakete većeg broja usluga širokoj klijenteli u cijeloj Njemačkoj i činjenici da bi ekskluzivni sadržaji mogli pomoći poduzetniku nastalom koncentracijom u povećanju prodaja svojih FMC usluga, valja primijetiti

da je Komisija u uvodnoj izjavi 149. točkama (b), (iv.) do (vi.) pobijane odluke utvrdila slab prodor FMC usluga u Njemačkoj, što su prilikom istraživanja tržišta potvrdili konkurenti sudionikâ koncentracije. Naime, prema izvješću trećih strana, 2017. godine samo je 8,4 % kućanstava ili 10,8 % fiksne baze korisnika širokopojasnog pristupa, odnosno 3,5 milijuna kućanstava kupilo FMC proizvod. Komisija je također utvrdila da je u studiji konzultantskog ureda WIK-Consult, koju je tijekom upravnog postupka podnijela treća strana, utvrđeno da u Njemačkoj u bliskoj budućnosti neće doći do značajnih promjena u konkurentskoj dinamici zahvaljujući prodajama skupnih ponuda fiksnih i mobilnih proizvoda, s obzirom na to da bi njemački potrošači nastavili zasebno kupovati te dvije vrste proizvoda, što tužitelj ne osporava.

326 Stoga se Komisiji ne može prigovoriti da nije ispitala jesu li se prednosti strategije ekskluzivnosti (i sklonosti televizijskih kuća da prihvate sporazume o ekskluzivnosti) mogle promijeniti u budućnosti, zbog povećanih mogućnosti koje bi imao poduzetnik nastao koncentracijom da nudi pakete većeg broja usluga, i konkretno, FMC usluge, širokoj klijenteli u cijeloj Njemačkoj.

327 Iz prethodno navedenog proizlazi da treba odbiti tužiteljev prigovor koji se temelji na navodno nepotpunoj i netočnoj prirodi Komisijina ispitivanja koje se odnosi na poticaj poduzetnika nastalog koncentracijom da sklapa sporazume o potpunoj ekskluzivnosti.

b) Navodna nepotpuna priroda Komisijina ispitivanja koje se odnosi na poticaj poduzetnika nastalog koncentracijom da sklapa sporazume o djelomičnoj ekskluzivnosti

328 Tužitelj prigovara Komisiji da nije uzela u obzir mogućnost poduzetnika nastalog koncentracijom da se uključi u djelomičnu uskratu koja se pojedinačno odnosi na jednog ili više konkurenata na silaznim MDU i SDU tržištima, poput njega samoga, kojom bi se televizijske kuće spriječilo u tome da im distribuiraju svoje programe i sadržaje, ili zbog koje bi se ti konkurenti lišili pristupa određenim inovativnim televizijskim funkcionalnostima, poput VOD-a i gledanja s vremenskim odmakom ili naknadnog gledanja.

329 Naime, prema tužiteljevu mišljenju takva je strategija djelomične uskrate tim više vjerojatna što je jeftinija za poduzetnika nastalog koncentracijom i što je televizijske kuće lakše prihvaćaju, istovremeno štetno utječući na odnosne konkurente.

330 Komisija koju podupire Vodafone osporava tužiteljeve argumente.

331 U tom pogledu, treba istaknuti da su Komisijina utvrđenja, u okviru ispitivanja eventualnog poticaja na sklapanje sporazuma o potpunoj ekskluzivnosti s društvom Sky (vidjeti uvodne izjave 1173. do 1176. pobijane odluke i točku 304. ove presude), dovoljna da se na temelju njih otkloni strategija poduzetnika nastalog koncentracijom utemeljena na djelomičnoj ekskluzivnosti s tim operatorom. Naime, kao što to tvrdi Komisija, s obzirom na to da je utvrdila da Sky nije bio potaknut na sklapanje sporazuma o potpunoj ekskluzivnosti, imajući osobito u vidu njegovu ovisnost prema drugim operatorima osim poduzetnika nastalog koncentracijom, među kojima i operatorima satelitske televizije, što tužitelj ne osporava, bilo je malo vjerojatno da će tom subjektu prenijeti ekskluzivnost u obliku isključenja određenih pojedinačno određenih operatora koji djeluju na MDU i SDU tržištima, jer bi njegova ponuda ostala dostupna na drugim platformama, ili da će taj subjekt prihvatiti to da potonje liši određenih inovativnih funkcionalnosti. Stoga se Komisiji ne može prigovoriti da nije uzela u obzir mogućnost poduzetnika nastalog koncentracijom da sklapa takve sporazume s društvom Sky, s ciljem da neke od svojih konkurenata liši sadržaja ili inovativnih funkcionalnosti.

332 Osim toga, što se tiče drugih televizijskih kuća osim društva Sky, valja utvrditi da tužitelj ne navodi nijedan element koji bi ukazivao na to da bi nepostojanje, u ponudi nekog konkurenta, određenih sadržaja ili određenih inovativnih funkcionalnosti koje one nude imalo značajan utjecaj na promjene pružatelja usluga i da bi stoga potencijalno velik broj stambenih poduzeća kad je riječ o MDU tržištu, ili njemačkih televizijskih gledatelja kad je riječ o SDU tržištu, bilo voljno prijeći na ponudu poduzetnika nastalog koncentracijom samo zbog toga što njihov trenutni pružatelj usluga ne bi nudio te programe ili funkcionalnosti. Tužitelj stoga ne dokazuje negativan utjecaj koji bi bio značajan za silazno tržišno natjecanje u smislu stavka 32. Smjernica o nehorizontalnim koncentracijama.

333 U svakom slučaju, sklapanje, od strane poduzetnika na vladajućem položaju, sporazuma o ekskluzivnosti s pružateljem usluga, s ciljem isključivanja sa silaznog tržišta jednog ili više pojedinačno određenih konkurenata može predstavljati ponašanje protivno pravu tržišnog natjecanja (vidjeti u tom smislu presudu od 22. ožujka 2011., Altstoff Recycling Austria/Komisija, T-419/03, EU:T:2011:102, t. 51.). Upitan u tom pogledu na raspravi tužitelj je uostalom potvrdio da bi, kad bi poduzetnik nastao koncentracijom sklopio sporazum o potpunoj ili djelomičnoj ekskluzivnosti s televizijskom kućom, to potencijalno predstavljalo povredu članaka 101. ili 102. UFEU-a.

334 Slijedom toga, treba smatrati da je bilo malo vjerojatno da bi poduzetnik nastao koncentracijom bio potaknut na sklapanje takvih sporazuma nakon te koncentracije, a to vrijedi i za televizijske kuće. Naime, iz sudske prakse proizlazi da iako je prikladno uzeti u obzir poticaje na usvajanje protutržišnog ponašanja, treba također uzeti u obzir činjenicu da bi se navedeni poticaji mogli smanjiti, pa čak i ukloniti zbog nezakonitosti ponašanja o kojima je riječ, mogućnosti njihova otkrivanja, njihova kažnjavanja od strane nadležnih tijela kako na razni Unije tako i na nacionalnoj razini i novčanih kazni koje se mogu izreći zbog njih (vidjeti u tom smislu presude od 25. listopada 2002., Tetra Laval/Komisija, T-5/02, EU:T:2002:264, t. 159. i od 14. prosinca 2005., General Electric/Komisija, T-210/01, EU:T:2005:456, t. 303. do 311.). Komisiji se stoga ne može prigovoriti da nije uzela u obzir nevjerojatnu mogućnost, s obzirom na njezinu potencijalno nezakonitu prirodu, da poduzetnik nastao koncentracijom s televizijskim kućom sklopi sporazum o ekskluzivnosti kojim bi se jedan ili više konkurenata na silaznim tržištima, određeni pojedinačno, lišio pristupa određenim sadržajima ili određenim inovativnim funkcionalnostima.

335 Iz prethodno navedenog proizlazi da treba odbiti tužiteljev prigovor koji se temelji na navodno nepotpunoj prirodi Komisijina ispitivanja koje se odnosi na poticaj poduzetnika nastalog koncentracijom da sklapa sporazume o djelomičnoj ekskluzivnosti.

336 Osim toga, sposobnost da se značajno uskrati opskrba, interes da se to učini i značajni negativni učinci na silazno tržišno natjecanje strategije uskrate opskrbe na tržištu predstavljaju tri kumulativna uvjeta, tako da je nepostojanje jednog od njih dovoljno da se isključi rizik od protutržišne uskrate opskrbe (vidjeti točku 277. ove presude i navedenu sudsku praksu).

337 Slijedom toga, s obzirom na to da tužitelj ne dokazuje da je Komisija počinila očitu pogrešku u ocjeni u pogledu navodnog poticaja poduzetnika nastalog koncentracijom da provede strategiju isključenja konkurentnih maloprodajnih pružatelja televizijskih usluga (odnosno drugi od tih uvjeta), treba odbiti prvi dio četvrtog tužbenog razloga, a da pritom nije potrebno ispitati osnovanost trećeg prigovora koji se temelji na navodno pogrešnoj prirodi Komisijina ispitivanja koje se odnosi na učinke strategije potpune ili djelomične uskrate sadržaja na silazno tržišno natjecanje (odnosno treći od tih uvjeta).

3. Drugi dio, koji se temelji na nepotpunosti ocjene štete za tržišno natjecanje uzrokovane koncentracijom zbog ograničenja inovativnih televizijskih usluga

338 Prije svega, tužitelj pojašnjava da je Komisija u pobijanoj odluci pravilno smatrala da bi poduzetnik nastao koncentracijom, nakon koncentracije imao sposobnost i poticaj koji su potrebni da se ograniči pojava inovativnih televizijskih usluga poput HBBTV-a i OTT-a, čime bi potrošačima bila nanesena šteta time što bi se smanjila kvaliteta vizualnog iskustva i ograničio njihov izbor. Tužitelj međutim Komisiji prigovara da nije uzela u obzir činjenicu da je poduzetnik nastao koncentracijom mogao nanijeti štetu i drugim inovativnim televizijskim uslugama poput IPTV-a.

339 U prilog istoj tvrdnji tužitelj navodi da OTT usluge ne pružaju jednaku kvalitetu kao IPTV, da je za njih potrebna posebna oprema i da nisu jednako isplative kao IPTV. Iz toga izvodi zaključak da se sva pitanja u vezi sa smanjenjem kvalitete i vizualnog iskustva koji se nude krajnjim potrošačima u pogledu OTT-a, primjenjuju i na IPTV.

340 Tužitelj također tvrdi da sposobnost i poticaj poduzetnika nastalog koncentracijom da ograniči distribuciju sadržaja nisu bili manji kad je riječ o IPTV uslugama njegovih konkurenata nego što su to bile u slučaju OTT-a i HBBTV-a koje su nudile televizijske kuće. Komisija nije uopće objasnila zašto ograničenje prijenosa sadržaja putem IPTV-a ne bi predstavljalo probleme i zbog čega bi inovativne usluge različite od OTT-a i HBBTV-a televizijskih kuća bile manje bitne ili manje vrijedne zaštite. Tužitelj dodaje da se, s jedne strane, Komisijina tvrdnja prema kojoj bi OTT mogao promijeniti srednjoročnu situaciju ne temelji ni na kakvom dokazu i da, čak i da je to bio slučaj, to ne može opravdati zanemarivanje negativnih učinaka koncentracije na IPTV, koji je već u velikoj mjeri bio značajan na tržištu. S druge strane, poduzetnik nastao koncentracijom trebao je prema tužiteljevu mišljenju biti još više potaknut nanijeti štetu IPTV-u nego OTT-u, jer je IPTV predstavljao pravu zamjenu za kabelsku televiziju i jedinu alternativnu tehnologiju koja se širila na tržištu, dok se OTT koristio isključivo kao dodatak usluzi kabelske televizije, ali ne kao njezina zamjena.

341 U tom pogledu, valja istaknuti da je IPTV, kao što to pojašnjava Komisija koju podupire intervenijent, iako predstavlja sistem koji omogućava isporuku televizijskih usluga putem internetskog protokola, obuhvaćen namjenskom i upravljačkom mrežom koju kontrolira pružatelj televizijskih usluga, dok OTT tehnologija omogućuje izravno emitiranje televizijskih programa putem interneta od strane televizijskih kuća, a da se pritom mrežni operator ne upliće u kontrolu ili distribuciju sadržaja. Suprotno onomu što je slučaj za IPTV, OTT tehnologija dakle omogućuje izravniju interakciju između televizijskih kuća (programa) i konačnih televizijskih gledatelja.

342 Osim toga, Komisija je u pobijanoj odluci navela brojne elemente koji dokazuju da OTT stvarno predstavlja tehnologiju koja se od nedavno upotrebljava i koja je u punom rastu.

343 Stoga je Komisija, u uvodnim izjavama 948., 950. do 954. pobijane odluke, u okviru svojeg ispitivanja eventualnih horizontalnih učinaka koncentracije na maloprodajno tržište televizijskih usluga, detaljno predstavila nedavnu i rastuću ponudu OTT televizijskih usluga.

344 Konkretnije, Komisija je u uvodnoj izjavi 948. pobijane odluke utvrdila da su pružatelji tradicionalnih televizijskih usluga na malo sve više i više nudili usluge linearne televizije putem OTT-a. U tom pogledu, istaknula je da su i Vodafone (Giga TV OTT), tužitelj (Magenta TV) i Telefónica (O2 TV) svaki za sebe imali vlastite ponude OTT televizije. Komisija je također utvrdila da su drugi subjekti nudili OTT televizijski proizvod kao dodatnu opciju samo za svoje

postojeće televizijske pretplatnike, među kojima se nalaze Unitymedia (Horizon Go), United Internet (1 & 1 TV app), Tele Columbus (Advance TV app), NetCologne (NetGo app) i M-Net (M-Net TV Plus App).

345 Komisija je u uvodnoj izjavi 950. pobijane odluke istaknula da pružatelji OTT usluga, poput Amazon Primea i Netflixa, već imaju velik broj korisnika, jer je svaki od njih već imao (barem) više od tri milijuna pretplatnika u Njemačkoj, s tim da je Netflix te godine predviđao rast za više od 20 %.

346 U uvodnoj izjavi 951. pobijane odluke Komisija je utvrdila da su se specijalizirane OTT usluge također sve više širile u Njemačkoj i, u uvodnoj izjavi 952. navedene odluke primijetila da je veći broj televizijskih kuća također počeo nuditi svoje vlastite OTT usluge.

347 Osim toga, u uvodnim izjavama 1127. do 1132. pobijane odluke, u okviru svojeg ispitivanja horizontalnih nekoordiniranih učinaka na veleprodajnom tržištu isporuke i otkupa televizijskih programa i na otkupnom tržištu televizijskih signala, Komisija je dala objašnjenja koja se odnose na razvoj OTT usluga i osobito, na razvoj potražnje koja se odnosi na takve usluge.

348 U tom pogledu, Komisija je u uvodnoj izjavi 1127. pobijane odluke podsjetila na to da je u okviru određivanja mjerodavnog tržišta otkrila da je OTT distribucija postajala sve značajnija u televizijskom sektoru u Njemačkoj, kao i u mnogim drugim zemljama.

349 Komisija je u uvodnoj izjavi 1129. pobijane odluke, iako je navela da je većina televizijskih kuća za OTT proizvode i dalje smatrala da trenutno dopunjuju usluge osnovne linearne televizije, također istaknula, čemu u prilog prilaže i dokaze, da isti podaci dokazuju brzorastuću važnost OTT distribucije u Njemačkoj, s obzirom na to da je 11,7 % ispitanih osoba izjavilo da mogu zamisliti korištenje OTT-a kao isključivog sredstva za prijem televizije u kući. Osim toga, Komisija je podsjetila na to da su određeni distributeri OTT-a poput Netflixa, Amazona i DAZN-a, već bili vrlo popularni i istaknula da je nekolicina sudionika u istraživanju tržišta tvrdila da bi OTT usluge u određenoj mjeri mogle zamijeniti tradicionalne televizijske usluge.

350 U uvodnoj izjavi 1130. pobijane odluke, pozivajući se na razne dokumente navedene u bilješci u pobijanoj odluci na dnu stranice, Komisija je pojasnila da je OTT, kao što su na to ukazivala njemačka javna tijela u području medija, osvajao teren kao glavni način primanja audiovizualnih sadržaja, s povećanjem od 6 % između 2017. i 2018. Osim toga, što se tiče nacionalne publike, pružatelji OTT usluga narasli su s 7,3 % u 2015. – 2016. na 12,8 % u 2017. – 2018. Što se konkretno ticalo segmenta „premium” televizije, OTT je narastao s 16,8 % u 2015. – 2016. na 23 % u 2017. – 2018. Usto, slična stopa rasta zamijećena je tijekom tih godina u pogledu broja pretplatnika (s 25,3 na 33,4 %) i prihoda (s 10,6 na 19,1 %). Komisija je također za usporedbu navela da su se tržišni udjeli kabelske televizije tijekom istog razdoblja smanjili.

351 Naposljetku, Komisija je u uvodnoj izjavi 1132. pobijane odluke spomenula brz razvoj situacije. U tom pogledu, istaknula je da je razvoj OTT usluga mogao znatno ograničiti tržišnu snagu tradicionalnih televizijskih platformi i ponovno uravnotežiti pregovarački položaj raznih subjekata, osobito u prisutnosti odgovarajućih tržišnih uvjeta.

352 Stoga valja utvrditi da se Komisijina tvrdnja prema kojoj je OTT mogao promijeniti srednjoročnu situaciju temelji na brojnim dokazima, suprotno onomu što tvrdi tužitelj.

353 Osim toga, tužitelj ne podnosi nijedan dokaz na temelju kojeg je moguće, s jedne strane, dovesti u pitanje prethodna utvrđenja i, s druge strane, utvrditi da je IPTV doživio rast sličan OTT-u, da je IPTV imao sličan potencijal rasta ili da OTT nije nudio jednaku kvalitetu kao IPTV, trebao posebnu opremu i da nije bio jednako isplativ kao IPTV, što znači da je sva pitanja u vezi sa smanjenjem kvalitete i vizualnog iskustva koji se nude krajnjim potrošačima u pogledu OTT-a trebalo primijeniti i na IPTV. Valja također istaknuti da tužitelj ne osporava Komisijino objašnjenje iz uvodne izjave 291. pobijane odluke, prema kojem se samo 8 % kućanstava pretplatilo na IPTV u Njemačkoj, što upućuje na to da je ta tehnologija imala ograničen tržišni udio.

354 Kad je nadalje riječ o poticaju poduzetnika nastalog koncentracijom da spriječi pojavu inovativnih televizijskih usluga, Komisija je u uvodnoj izjavi 1275. pobijane odluke istaknula da je svrha OTT i HBBTV usluga bila stvoriti izravnu vezu između televizijskih kuća i televizijskih gledatelja, ograničavajući time posredovanje klasičnih televizijskih platformi, kao što su platforme sudionika koncentracije. Komisija je na temelju toga zaključila da bi poduzetnik nastao koncentracijom mogao biti potaknut na to da uskrati pojavu takvih usluga kako bi očuvao model poduzetnika utemeljenog na kontroli korisnika od strane televizijske platforme i nepostojanju interakcije između tih korisnika i televizijskih kuća, pri čemu se isti problem ne pojavljuje kad je riječ o IPTV-u, koji ne nudi takvu interakciju.

355 U tom pogledu, Komisija je istaknula da primjeri koje navode sudionici tržišnog istraživanja i interni dokumenti sudionikâ koncentracije ukazuju na to da su potonji već bili potaknuti na to da ograniče razvoj OTT i HBBTV usluga i objasnila da će postojeći poticaj nakon koncentracije porasti. Naime, prije svega, povećana tržišna snaga poduzetnika nastalog koncentracijom ograničila bi mogućnost televizijskih kuća da se odupru pokušaju društva Vodafone da donese takve strategije. Nadalje, poduzetnik nastao koncentracijom ne bi ni na koji način bio potaknut na uvođenje inovativnih interaktivnih usluga kako bi reagirao na slične usluge koje nudi glavni usporedivi konkurent, odnosno Unitymedia. Naposljetku, s obzirom na to da bi uspješno isključenje tržišnog natjecanja OTT usluga na razini maloprodaje bilo od koristi za sve postojeće maloprodajne pružatelje televizijskih usluga, potonji bi bili potaknuti na „korištenje bez naknade” (free-ride) pokušaja u vezi s uskratom sadržaja svojih konkurenata na razini isporuke na malo. Međutim, ujedinjenje društava Vodafone i Unitymedia omogućilo bi poduzetniku nastalom koncentracijom da internalizira pogodnost dvaju sudionika da uspješno isključe OTT usluge. Komisija je na temelju toga zaključila da to pojačava poticaj poduzetnika nastalog koncentracijom na to da se uključi u takvu strategiju (vidjeti uvodne izjave 1280. do 1283. pobijane odluke).

356 Iz toga proizlazi da je Komisija raspolagala dokazima na temelju kojih je u uvodnoj izjavi 1284. pobijane odluke mogla zaključiti da su sudionici koncentracije mogli biti potaknuti na ograničavanje rasta OTT i HBBTV usluga kako bi sačuvali ekonomski model u kojem televizijska platforma izravno kontrolira odnos s korisnikom i u kojem su televizijske kuće spriječene u izbjegavanju posredovanja kabelskih mreža.

357 Međutim, tužitelj ne dokazuje da bi poduzetnik nastao koncentracijom bio na jednak način potaknut na ograničavanje distribucije sadržaja putem IPTV tehnologije.

358 U tom pogledu, valja smatrati da, suprotno onomu što tvrdi tužitelj, iz različitih uvodnih izjava pobijane odluke navedenih u točkama 342. do 351. ove presude proizlazi da IPTV nije prava zamjena za kabelsku televiziju i da nije jedina alternativna tehnologija koja se širi, dok bi OTT itekako mogao postati usluga koja se koristi kao zamjena za kabelsku televiziju.

359 Stoga tužitelj ne dokazuje da je Komisija u ovom slučaju bila dužna ocijeniti poticaj poduzetnika nastalog koncentracijom da ograniči distribuciju sadržaja putem IPTV tehnologije i da je slijedom toga počinila očitu pogrešku zbog toga što nije izvršila takvu analizu. Osim toga, s obzirom na prethodna razmatranja, tužitelj je mogao, s jedne strane, razumjeti razloge zbog kojih Komisija nije izvršila takvu ocjenu i, s druge strane, tražiti ostvarenje svojih prava, tako da Komisija u tom pogledu nije povrijedila svoju obvezu obrazlaganja.

360 Drugi dio četvrtog tužbenog razloga stoga treba odbiti kao i četvrti tužbeni razlog u cijelosti.

F. Peti tužbeni razlog, koji se temelji na očitoj pogrešci u ocjeni koju je Komisija počinila time što je utvrdila da su obveze u pogledu OTT-a i zajamčenih naknada dovoljne da osiguraju spojivost koncentracije s unutarnjim tržištem

361 U prilog svojem petom tužbenom razlogu, tužitelj tvrdi da je Komisija počinila očitu pogrešku u ocjeni time što je smatrala da su obvezu u pogledu OTT usluga, obveza koja se odnosi na zajamčene naknade i obveza u pogledu HBBTV-a (u daljnjem tekstu, zajedno: obveze koje se odnose na otkupno tržište televizijskih signala) koje su ponudili sudionici koncentracije mogle ukloniti BOUTN utvrđen na otkupnom tržištu televizijskih signala. Tužitelj naprotiv smatra da su te obveze bile očito neprikladne i nedovoljne.

1. Uvodna razmatranja

362 Kao što je to navedeno u točkama 31. i 32. ove presude, Komisija je u pobijanoj odluci smatrala da je zbog povećane tržišne snage poduzetnika nastalog koncentracijom na otkupnom tržištu televizijskih signala, koncentracija mogla dovesti, s jedne strane, do oblika djelomične uskrate besplatnih ili naplatnih programa, osobito otežavanjem ugovornih i financijskih uvjeta koje bi taj subjekt nametnuo televizijskim kućama, i slijedom toga do kvalitativnog smanjenja televizijske ponude krajnjim televizijskim gledateljima u Njemačkoj i, s druge strane, do uspostavljanja od strane tog poduzetnika strategije čiji je cilj spriječiti pojavu i razvoj usluga OTT televizije i HBBTV usluga, što bi moglo štetiti potrošačima zbog slabije kvalitete iskustva televizijskog gledatelja i smanjenog izbora (vidjeti s jedne strane uvodne izjave 1205. do 1265. i s druge strane uvodne izjave 1266. do 1292.).

363 Kako bi se uklonio taj BOUTN utvrđen na otkupnom tržištu televizijskih signala, Komisija je prihvatila više obveza koje je predložio preuzeti Vodafone, i to obvezu u pogledu OTT usluga, koja je poduzetnika nastalog koncentracijom sprječavala u ograničavanju mogućnosti televizijskih kuća čiji je sadržaj bio prikazivan na njegovoj platformi da te sadržaje distribuiraju putem OTT usluge i koja im je za to jamčila dovoljan kapacitet izravnog međusobnog povezivanja, obvezu u pogledu HBBTV-a, koja je poduzetnika nastalog koncentracijom obvezivala na nastavak prenošenja HBBTV signala televizijskih kuća koje emitiraju besplatne televizijske programe, i obvezu koja se odnosi na zajamčene naknade, koja je poduzetnika nastalog koncentracijom sprječavala u povećanju zajamčenih naknada koje su mu plaćale televizijske kuće koje emitiraju besplatne televizijske programe, kao što to proizlazi iz točaka 40. i 41. ove presude.

364 U ovom slučaju, tužiteljeva argumentacija u prilog ovom tužbenom razlogu može se podijeliti na četiri dijela od kojih se prvi temelji na primjeni pogrešnog pravnog kriterija za ocjenu prikladnosti obveza koje se odnose na otkupno tržište televizijskih signala, drugi na neučinkovitosti tih obveza

zbog toga što ne bi uklonile utvrđene probleme tržišnog natjecanja, treći, na zakašnjelom predlaganju obveze koja se odnosi na zajamčene naknade i, četvrti, na neuklanjanju BOUTN-a na svim tržištima o kojima je riječ.

365 Komisija, koju podupire intervenijent, odgovara da je peti tužbeni razlog bespredmetan zbog toga što tužitelj ne osporava ocjenu obveze „Wholesale Cable Broadband Access”, iako je ona također doprinijela uklanjanju problema tržišnog natjecanja utvrđenih na otkupnom tržištu televizijskih signala.

366 U tom pogledu, Opći sud smatra svrhovitim započeti s ispitivanjem osnovanosti četiriju dijelova koje je tužitelj istaknuo u prilog ovom tužbenom zahtjevu.

2. Prvi dio, koji se temelji na primjeni pogrešnog pravnog kriterija za ocjenu prikladnosti obveza koje se odnose na otkupno tržište televizijskih signala

367 Kao prvo, tužitelj tvrdi da je Komisija obveze koje se odnose na otkupno tržište televizijskih signala trebala smatrati očito nedostatnima, zbog toga što su se isključivo odnosile na ponašanje poduzetnika nastalog koncentracijom. Naime, komunikacija o korektivnim mjerama općenito nije omogućavala prihvaćanje obveza u pogledu ponašanja kako bi se riješili horizontalni problemi tržišnog natjecanja, poput onih utvrđenih na otkupnom tržištu televizijskih signala.

368 Kao drugo, tužitelj tvrdi da je Komisija ocijenila prikladnost tih obveza na temelju pogrešnog pravnog kriterija koji je previše blagonaklon. U tom pogledu, tužitelj tvrdi da nejasna terminologija koju Komisija koristi u pobijanoj odluci predstavlja mogućnost ali ne i sigurnost da će te obveze biti dovoljne i učinkovite za potpuno uklanjanje problema u vezi s tržišnim natjecanjem utvrđenih na otkupnom tržištu televizijskih signala, a posljedica toga je da te mjere nisu trebale biti prihvaćene.

369 Komisija koju podupire Vodafone osporava tužiteljeve argumente.

370 Što se tiče, kao prvo, tužiteljeve tvrdnje da su se obveze u vezi s otkupnim tržištem televizijskih signala isključivo odnosile na ponašanje i da su stoga nedovoljne za rješavanje problema u vezi s tržišnim natjecanjem horizontalne prirode, točno je da Komisija, kao što to tvrdi tužitelj, u točki 15. Komunikacije o korektivnim mjerama objašnjava da obveze strukturne prirode, kao što je to obveza prodaje djelatnosti, općenito imaju prednost u pogledu cilja određenog u Uredbi br. 139/2004, s obzirom na to da dugotrajno sprječavaju probleme povezane s tržišnim natjecanjem koji bi nastali zbog prijavljene koncentracije i ne zahtijevaju srednjoročne ili dugoročne nadzorne mjere. Osim toga, kao što na to podsjeća tužitelj, Komisija u točki 17. navedene komunikacije ističe da obveze koje se odnose na buduće ponašanje poduzetnika nastalog koncentracijom mogu biti dopuštene samo iznimno, u vrlo specifičnim okolnostima.

371 Nadalje, Komisija je ovlaštena prihvatiti samo obveze koje su takve naravi da osiguravaju spojivost koncentracije s unutarnjim tržištem. Drugim riječima, obveze koje su predložili dotični poduzetnici moraju biti takve da Komisija na temelju njih može zaključiti da koncentracija o kojoj je riječ ne bi bitno ograničavala učinkovito tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu ili njegovu značajnom dijelu, posebno zbog stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja u smislu članka 2. stavka 2. te uredbe (vidjeti presudu od 23. veljače 2006., Handel & Industrie/Komisija, T-282/02, EU:T:2006:64, t. 294. i navedenu sudsku praksu).

372 Cilj je obveza preuzetih tijekom II. faze osobito riješiti probleme tržišnog natjecanja koje je Komisija utvrdila tijekom I. faze i koji su je naveli na otvaranje II. faze. Prema tome, kad Opći sud mora ispitati mogu li obveze preuzete tijekom II. faze, s obzirom na svoj doseg i sadržaj, omogućiti Komisiji da donese odluku o odobrenju koncentracije, na njemu je da provjeri je li Komisija mogla a da ne počini očitu pogrešku u ocjeni smatrati da navedene obveze predstavljaju izravno i dovoljno rješenje problema tržišnog natjecanja utvrđenih tijekom I. faze (vidjeti u tom smislu presudu od 13. svibnja 2015., Niki Luftfahrt/Komisija, T-162/10, EU:T:2015:283, t. 298.).

373 Naposljetku, obveze koje se odnose na ponašanje po svojoj prirodi nisu nedovoljne da spriječe BOUTN na unutarnjem tržištu ili njegovu značajnom dijelu, posebno zbog stvaranja ili jačanja vladajućeg položaja i moraju se ocijeniti od slučaja do slučaja jednako kao i strukturne obveze (vidjeti u tom smislu presudu od 21. rujna 2005., EDP/Komisija, T-87/05, EU:T:2005:333, t. 100. i navedenu sudsku praksu).

374 Tako je Komisija, u točki 15. Komunikacije o korektivnim mjerama naglasila da nije moguće *a priori* isključiti da druge vrste obveza osim obveza strukturnog karaktera mogu također spriječiti stvaranje BOUTN-a.

375 Iz prethodno navedenog proizlazi da je Komisija u Komunikaciji o korektivnim mjerama doista iskazala naklonost strukturnim obvezama, osobito zbog jednostavnosti njihove provedbe. Međutim, valja utvrditi da prihvaćanje obveza u osnovi ovisi o tome jesu li prikladne i dovoljne za rješavanje utvrđenog problema tržišnog natjecanja, kao i o sigurnosti da će se navedene obveze moći provesti.

376 Tužitelj stoga neosnovano tvrdi je Komisija trebala odbiti obveze koje se odnose na otkupno tržište televizijskih signala kao očito nedovoljne samo zato što su se odnosile isključivo na ponašanje poduzetnika nastalog koncentracijom, zbog čega se prvi prigovor može odbiti.

377 Što se tiče, na drugome mjestu, tužiteljeve tvrdnje prema kojoj terminologija koju Komisija koristi u pobijanoj odluci otkriva da ona uopće nije bila sigurna da bi obveze koje se odnose na otkupno tržište televizijskih signala bile dovoljne i učinkovite za uklanjanje BOUTN-a utvrđenog na otkupnom tržištu televizijskih signala, valja istaknuti da Komisija koncentraciju mora proglasiti spojivom ako je dovoljno vjerojatno da navedena koncentracija, kako je izmijenjena preuzimanjem obveza koje su predložili sudionici koncentracije, neće bitno ograničavati učinkovito tržišno natjecanje na unutarnjem tržištu ili njegovu značajnom dijelu (vidjeti u tom smislu presudu od 23. svibnja 2019., KPN/Komisija, T-370/17, EU:T:2019:354, t. 110. i navedenu sudsku praksu).

378 Osim toga, obveze koje je predložio sudionik koji je prijavio dotičnu koncentraciju mogu se smatrati onima koje omogućuju usklađivanje koncentracije s unutarnjim tržištem samo ako Komisija može sa sigurnošću zaključiti da ih je moguće provesti i da će rješenja koja će iz njih proizići biti dovoljno održiva i dugotrajna da u relativno bliskoj budućnosti ne dođe do BOUTN-a koji je utvrđen i treba biti spriječen obvezama (vidjeti u tom smislu presudu od 13. svibnja 2015., Niki Luftfahrt/Komisija, T-162/10, EU:T:2015:283, t. 294. i navedenu sudsku praksu).

379 Iz toga proizlazi da Komisija, iako mora biti sigurna da će se predložene obveze moći provesti i da će biti dovoljno održive i dugotrajne, može koncentraciju proglasiti spojivom ako je dovoljno vjerojatno da će navedene obveze biti dovoljne i učinkovite za uklanjanje utvrđenog BOUTN-a.

380 Osim toga, tužitelj neosnovano tvrdi da formulacije koje koristi Komisija upućuju na to da se potonja oslonila na puku mogućnost da obveze u potpunosti uklone sve utvrđene negativne učinke koji su posljedica koncentracije, na otkupno tržište televizijskih signala.

381 Naime, točno je da dio pobijane odluke koji se odnosi na ocjenu konačnih obveza sadržava određene formulacije koje se, uzete pojedinačno, mogu uzeti kao izraz Komisijine sumnje. Međutim, te formulacije treba razumjeti u odnosu na cijeli taj dio pobijane odluke i, konkretno, na zaključke do kojih je Komisija došla u uvodnim izjavama 1965., 1972. i 1973. pobijane odluke.

382 U tom pogledu, potrebno je u vidu općeg zaključka utvrditi da je Komisija u uvodnoj izjavi 1973. pobijane odluke navela da je „konačni skup obveza [bio] prikladan i dovoljan za otklanjanje navedenih problema tržišnog natjecanja, prema kojima bi učinak koncentracije bilo bitno ograničavanje učinkovitog tržišnog natjecanja” i „da je konačni skup obveza [mogao] biti učinkovito izvršen u kratkom roku”.

383 Iz svega prethodno navedenog proizlazi da treba odbiti prvi dio ovog tužbenog razloga.

3. Drugi dio, koji se temelji na neučinkovitosti obveza koje se odnose na otkupno tržište televizijskih signala, jer ne uklanjaju utvrđene probleme tržišnog natjecanja

384 U prilog drugom dijelu ovog tužbenog razloga tužitelj tvrdi da su obveze koje se odnose na otkupno tržište televizijskih signala bile potpuno neučinkovite i neprikladne za postizanje Komisijina cilja da se nadoknadi povećana pregovaračka snaga poduzetnika nastalog koncentracijom u odnosu na televizijske kuće.

385 Naime, kao prvo, tužitelj tvrdi da obveza u pogledu OTT usluga ne štiti televizijske kuće koje prikazuju linearne programe bez televizijskih usluga koje podrazumijevaju naknadno gledanje na platformi poduzetnika nastalog koncentracijom, ni televizijske kuće koje nude nelinearne ponude (VOD usluge).

386 Kao drugo, tužitelj tvrdi da je obveza u pogledu OTT usluga, s obzirom na to da je OTT mogao samo srednjoročno ograničiti tržišnu snagu tradicionalnih televizijskih platformi, prema onomu što i sama Komisija navodi u uvodnoj izjavi 1132. pobijane odluke, bila neučinkovita, jer je mogla djelovati učinkovito tek prekasno, nakon što su se uvjeti tržišnog natjecanja na tržištu još više pogoršali, što je suprotno zahtjevima navedenima u točki 9. Komunikacije o korektivnim mjerama.

387 Kao treće, tužitelj objašnjava da je drugi aspekt obveze u pogledu OTT usluga, odnosno obveza koja se odnosi na međusobno povezivanje za OTT usluge, bio nedostatan, jer su se problemi s kapacitetom mogli pojaviti u cijelom području kabelske mreže, i, konkretnije, na razini lokalne petlje, gdje su svi korisnici morali dijeliti ograničeni kapacitet koaksijalnih kabela, što dokazuje da činjenica osiguravanja dovoljnog kapaciteta međusobnog povezivanja ili razmjene sama za sebe korisnicima OTT-a televizije ne jamči dovoljnu kvalitetu prijema i ne poboljšava uvjete tržišnog natjecanja.

388 Kao četvrto, tužitelj tvrdi da obveze koje se odnose na otkupno tržište televizijskih signala nisu bile dovoljne jer ne bi smanjile sposobnost i poticaj poduzetnika nastalog koncentracijom da nanese štetu inovativnim televizijskim uslugama poput IPTV-a trećih strana. Tužitelj tvrdi da je

poduzetnik nastao koncentracijom stoga i dalje slobodan ograničiti televizijske kuće u korištenju IPTV usluga trećih strana i time nanijeti štetu tim televizijskim kućama, konkurentnim pružateljima televizijskih usluga na malo i njihovim korisnicima.

389 Kao peto, tužitelj tvrdi da obveze ne bi spriječile poduzetnika nastalog koncentracijom da televizijskim kućama nametne druge nepovoljne uvjete koji mogu dovesti do jednakih rezultata, pa čak i gorih od onih koje su te obveze trebale ukloniti. Moglo je doći i do negativnog utjecaja na druge elemente o kojima se raspravljalo prilikom višeslojnih pregovora između poduzetnika nastalog koncentracijom i televizijskih kuća. Slijedom toga, obveza koja se odnosi na zajamčene naknade ostala bi bez učinka jer ne bi uključivala pogoršanje drugih ugovornih uvjeta na štetu televizijskih kuća i ne bi spriječila poduzetnika nastalog koncentracijom u zlouporabi svoje tržišne snage.

390 Komisija, koju podupire Vodafone, osporava tužiteljeve argumente.

391 U tom pogledu, što se tiče, kao prvo, tužiteljeve tvrdnje prema kojoj je obveza u pogledu OTT usluga bila neučinkovita, jer nije zaštitila televizijske kuće koje prikazuju linearne programe bez televizijskih usluga koje podrazumijevaju naknadno gledanje na platformi poduzetnika nastalog koncentracijom, potrebno je utvrditi da se ta tvrdnja temelji na pogrešnom tumačenju obveze u pogledu OTT usluga.

392 Naime, iz točke 13. odjeljka B.II teksta obveza proizlazi da se Vodafone, na temelju obveze u pogledu OTT usluga, obvezao na to da neće sklopiti odnosno da s televizijskom kućom neće obnoviti sporazum koji se odnosi na prikazivanje linearnih programa te televizijske kuće i televizijskih usluga koje podrazumijevaju naknadno gledanje a koje se odnose na sadržaj tih linearnih programa putem TV platforme društva Vodafone, koji bi uključivao odredbe kojima se izravno ili neizravno ograničava sposobnost te televizijske kuće da ponudi OTT uslugu, ili njegovi linearni programi putem OTT usluge, ili njegov sadržaj koji treba uključiti u OTT uslugu u Njemačkoj (vidjeti također uvodnu izjavu 1924. pobijane odluke).

393 S obzirom na to da je koncept „televizijske kuće” u obvezama definiran kao svaki „isporučitelj jednog ili više linearnih televizijskih programa”, tekst obveze u pogledu OTT usluga ne može se tumačiti na način koji predlaže tužitelj, u smislu da bi se primijenio samo na televizijske kuće koje istovremeno distribuiraju linearne programe i televizijske usluge koje podrazumijevaju naknadno gledanje putem platforme poduzetnika nastalog koncentracijom i stoga u smislu da obveza koja se odnosi na OTT ograničenja ne bi zaštitila televizijske kuće koje distribuiraju linearne programe bez televizijskih usluga koje podrazumijevaju naknadno gledanje na platformi poduzetnika nastalog koncentracijom, ni televizijske kuće koje također nude nelinearne ponude.

394 Spominjanjem, u tekstu obveza, sporazuma s televizijskom kućom koji je uključivao distribuciju linearnih programa te televizijske kuće „i” televizijskih usluga koje podrazumijevaju naknadno gledanje i odnose se na sadržaj tih linearnih programa putem TV platforme društva Vodafone, zapravo se htio proširiti doseg obveze i to ne samo na sporazume koji se odnose na distribuciju linearnih programa, nego i na sporazume koji se istovremeno odnose na distribuciju linearnih programa i na usluge povezane s distribucijom linearnih programa, kakve su bile televizijske usluge koje podrazumijevaju naknadno gledanje i odnose se na sadržaj tih linearnih programa, a ne isključiti sklopljene sporazume ili one koje treba sklopiti s televizijskim kućama koje distribuiraju linearne programe bez televizijskih usluga koje podrazumijevaju naknadno gledanje na platformi poduzetnika nastalog koncentracijom ili s televizijskim kućama koje nude i nelinearne ponude.

395 Iz toga proizlazi da obvezu u pogledu OTT usluga zapravo treba tumačiti na način da se odnosila, s jedne strane, na sporazume o kojima se pregovaralo s televizijskim kućama koji su se odnosili isključivo na distribuciju linearnih programa te televizijske kuće i, s druge strane, na sporazume o kojima se pregovaralo s televizijskim kućama koji su se odnosili na distribuciju linearnih programa te televizijske kuće i isporuku televizijskih usluga koje podrazumijevaju naknadno gledanje i odnose se na sadržaj tih linearnih programa putem TV platforme društva Vodafone, zbog čega je moguće odbiti ovaj prvi tužiteljev prigovor.

396 U svakom slučaju, valja utvrditi da tužitelj ne navodi ništa o utjecaju na učinkovitost obveze u pogledu OTT usluga, njegova tumačenja navedene obveze prema kojem njome nisu zaštićene televizijske kuće koje distribuiraju linearne programe bez televizijskih usluga koje podrazumijevaju naknadno gledanje na platformi poduzetnika nastalog koncentracijom ili televizijske kuće koje nude i nelinearne ponude. Konkretno, tužitelj ne dokazuje da bi obveza u pogledu OTT usluga bila nedovoljna za rješavanje problema tržišnog natjecanja utvrđenog na otkupnom tržištu televizijskih signala, koji opravdava njezino donošenje, uz obrazloženje da se ne bi primijenila na televizijske kuće koje distribuiraju linearne programe bez televizijskih usluga koje podrazumijevaju naknadno gledanje na platformi poduzetnika nastalog koncentracijom ili na televizijske kuće koje nude i nelinearne ponude. U tom pogledu, tužitelj ne podnosi nijedan element na temelju kojeg bi se mogao ocijeniti broj televizijskih kuća koje u tom slučaju ne bi mogle imati koristi od obveze u pogledu OTT usluga.

397 Što se, kao drugo, tiče tužiteljeve tvrdnje prema kojoj bi obveza u pogledu OTT usluga bila neučinkovita zbog toga što je mogla biti učinkovita tek prekasno, valja istaknuti da iz uvodne izjave 1266. pobijane odluke proizlazi da se utvrđen problem tržišnog natjecanja, za koji bi rješenje trebala predstavljati ta obveza, sastojao u povećanoj mogućnosti koju bi imao poduzetnik nastao koncentracijom da spriječi pojavu i razvoj određenih inovativnih televizijskih usluga, čija je rastuća važnost bila utvrđena, koje omogućuju više interakcije između televizijske kuće i televizijskih gledatelja, među kojima se nalazi i OTT.

398 Slijedom toga, neovisno o pitanju vremenskog okvira u kojem bi OTT usluge mogle znatno ograničiti tržišnu snagu tradicionalnih televizijskih platformi, važno je utvrditi da bi obveza u pogledu OTT usluga, time što bi Vodafone, od dana donošenja pobijane odluke, spriječila ne samo u tome da sklopi ili obnovi sporazum s televizijskom kućom koji bi uključivao odredbe koje izravno ili neizravno ograničavaju sposobnost te televizijske kuće da nudi OTT uslugu u Njemačkoj, nego ga i obvezivala na to da ne provede takve odredbe koje bi postojale i povuče slična ograničenja u postojećim ugovorima, mogla odmah spriječiti društvo Vodafone u tome da spriječi pojavu i razvoj OTT usluga i stoga, riješiti utvrđen problem tržišnog natjecanja zbog kojeg je bila donesena. Iz toga proizlazi da je obveza u pogledu OTT usluga svakako mogla biti izvršena na učinkovit način i u kratkim rokovima, u skladu s točkom 9. Komunikacije o korektivnim mjerama, zbog čega je moguće odbiti drugi tužiteljev prigovor.

399 Kad je, kao treće, riječ o tužiteljevoj tvrdnji prema kojoj bi obveza koja se odnosi na međusobno povezivanje za OTT usluge bila nedovoljna, s obzirom na to da su problemi s kapacitetom mogli nastati na čitavom području kabelske mreže, što ima za posljedicu to da dovoljni kapacitet međusobnog povezivanja ili razmjene korisnicima OTT televizije ne bi zajamčio dovoljnu kvalitetu prijema, valja istaknuti da iz točke 15. odjeljka B.II teksta obveza proizlazi da je cilj tog rješenja bio zadržati najmanje tri neopterećene rute prema IP mreži poduzetnika nastalog koncentracijom u Njemačkoj. Drugim riječima, cilj je bio pružiti dovoljni kapacitet međusobnog

povezivanja kako bi se korisnicima širokopojasnog pristupa poduzetnika nastalog koncentracijom omogućio pristup svim OTT uslugama u Njemačkoj, bilo putem interkonekcijskih točaka opisanih u točki 16. odjeljka B.II teksta obveza ili na drugi način.

400 U tu svrhu, točka 16. odjeljka B.II teksta obveza predviđala je među ostalim sljedeće obveze. Kao prvo, Vodafone treba osigurati da maksimalna dnevna upotreba na svim interkonekcijskim točkama poduzetnika nastalog koncentracijom sa svakom od grupa od najmanje tri pružatelja međusobnog povezivanja koji su mogli prodavati usluge prijenosa neće biti veća od 80 %, s posljedicom da će biti najmanje 20 % raspoloživog kapaciteta iznad dnevnog maksimuma. Kao drugo, Vodafone treba osigurati da raspoloživi kapacitet iznad najviše dnevne vrijednosti bude najmanje 20 Gbit/s. Ovaj se iznos provjerava svake godine u skladu s postupkom koji je opisan u tekstu obveza. Međutim, tužitelj ne pojašnjava konkretno zbog čega bi to bilo nedovoljno.

401 U tom pogledu, valja također istaknuti da su Komisija i intervenijent u bitnome pojasnili, a što nije osporavano, da bi poduzetnik nastao koncentracijom bio snažno potaknut na to da na najmanju moguću mjeru smanji zagušenje na razini lokalne petlje, zbog toga što bi za njega takvo zagušenje dovelo do velike opasnosti od gubitka svojih korisnika na tržištu fiksnog pristupa internetu u korist drugih pružatelja usluge.

402 Usto, treba utvrditi da je Komisija u uvodnoj izjavi 1929. pobijane odluke istaknula da je neutralnost interneta, zajamčena Uredbom (EU) 2015/2120 Europskog parlamenta i Vijeća od 25. studenoga 2015. o utvrđivanju mjera u vezi s pristupom otvorenom internetu te o izmjeni Direktive 2002/22/EZ o univerzalnoj usluzi i pravima korisnika u vezi s elektroničkim komunikacijskim mrežama i uslugama i Uredbe (EU) br. 531/2012 o roamingu u javnim pokretnim komunikacijskim mrežama u Uniji (SL 2015., L 310, str. 1.), trebala spriječiti poduzetnika nastalog koncentracijom u donošenju jednostranih ograničavajućih praksi u cilju zaobilaženja obveze, kao što su redefiniranje prioriteta na području prometa ili diskriminacija, što tužitelj ne osporava.

403 S obzirom na prethodno, valja smatrati da tužitelj ne dokazuje da bi obveza koja se odnosi na međusobno povezivanje za OTT usluge bila nedovoljna da zajamči dovoljnu kvalitetu prijema korisnicima OTT televizije, na temelju čega je moguće odbiti treći prigovor.

404 Što se, kao četvrto, tiče tužiteljeve tvrdnje prema kojoj bi obveze koje se odnose na otkupno tržište televizijskih signala bile nedovoljne jer ne bi smanjile sposobnost i poticaj poduzetnika nastalog koncentracijom da nanosi štetu inovativnim televizijskim uslugama, poput IPTV usluga trećih strana, treba podsjetiti na to, kao što to proizlazi iz ispitivanja drugog dijela četvrtog tužbenog razloga, da Komisija, iako je u pobijanoj odluci smatrala da bi poduzetnik nastao koncentracijom imao sposobnost i poticaj da spriječi pojavu i razvoj određenih inovativnih televizijskih usluga poput HBBTV-a i OTT-a i da je Vodafone, kako bi riješio taj problem tržišnog natjecanja, predložio obveze u pogledu OTT-a i HBBTV-a, nije bila mišljenja da je to slučaj s IPTV-om, smatrajući da je taj proizvod, za razliku od OTT-a, bio u fazi usporavanja, s ograničenim tržišnim udjelom od 8 % (vidjeti uvodnu izjavu 291. pobijane odluke), što tužitelj ne osporava.

405 Osim toga, iz točaka 338. do 360. ove presude proizlazi da tužitelj ne dokazuje da je Komisija počinila očitu pogrešku u ocjeni time što nije ispitala bi li poduzetnik nastao koncentracijom imao sposobnost i interes spriječiti pojavu i razvoj drugih inovativnih usluga poput IPTV-a, a posljedica toga je bila to da nije bilo potrebno nametnuti obvezu u tom pogledu, tako da nije moguće prihvatiti četvrti prigovor.

406 Što se tiče, kao peto, tužiteljeve tvrdnje prema kojoj obveze koje se odnose na otkupno tržište televizijskih signala ne bi spriječile poduzetnika nastalog koncentracijom da televizijskim kućama nametne druge nepovoljne uvjete koji mogu dovesti do jednakih rezultata, pa čak i gorih od onih koje su te obveze trebale ukloniti, valja utvrditi da su tužitelj i intervenijent suglasni oko činjenice da pregovori između televizijskih kuća i televizijskih platformi nisu bili ograničeni na tokove prihoda televizijskih kuća prema poduzetniku nastalom koncentracijom, odnosno na zajamčene naknade, nego su obuhvaćali i plaćanja u vezi sa sadržajima i plaćanja na temelju tehničke kvalitete ili dodatnih funkcionalnosti i usluga, koja je poduzetnik nastao koncentracijom izvršio u korist televizijskih kuća.

407 Potrebno je međutim prije svega utvrditi da je Komisija u uvodnoj izjavi 1221. pobijane odluke navela da su zajamčene naknade bile izravno povezane s prijenosom televizijskih signala putem kabla i da su se činile glavnim elementom toka plaćanja na koji bi utjecala povećana tržišna snaga poduzetnika nastalog koncentracijom na otkupnom tržištu televizijskih signala. Osim toga, Komisija je u uvodnoj izjavi 1959. navedene odluke objasnila da, iako je nedavni razvoj televizijskih usluga s dodanom vrijednošću pridonio povećanju toka prihoda televizijskih platformi prema televizijskim kućama, zajamčene naknade još uvijek predstavljaju iznimno relevantan financijski element u ugovornom odnosu između televizijskih kuća koje emitiraju besplatne televizijske programe i platformi kabelske televizije. Komisija je dodala da određeni elementi spisa ukazuju na to da je učinak koncentracije na tok prihoda poduzetnika nastalog koncentracijom prema televizijskim kućama mogao biti ograničen [vidjeti odjeljak VIII. C.2.11.3.9.(ii.) pobijane odluke], s tim da nijedan element u spisu nije ukazivao na to da je isto vrijedilo i za zajamčene naknade (vidjeti također uvodnu izjavu 1261.).

408 Iz toga proizlazi da je Komisija mogla, a da ne počini očitu pogrešku, uzeti u obzir okolnost da je obveza da se ne povećaju zajamčene naknade mogla neutralizirati opasnost od smanjenja opsega i kvalitete televizijske ponude korisnicima na malo, zbog znatnog pogoršanja ugovornih uvjeta koje je poduzetnik nastao koncentracijom nametnuo televizijskim kućama koje emitiraju besplatne televizijske programe.

409 Nadalje, valja smatrati da je Komisija osnovano uzela u obzir dopunski karakter obveze koja se odnosi na zajamčene naknade i obveze u pogledu OTT usluga, jer je prva izravno utjecala na financijski odnos između poduzetnika nastalog koncentracijom i dotičnih televizijskih kuća što se tiče ponuda tradicionalne i linearne televizije i jer je druga utjecala na isporuku dodatnih usluga.

410 Osim toga, Komisija je tijekom postupka pred Općim sudom tvrdila, a tužitelj tome nije proturječio, da ako bi poduzetnik nastao koncentracijom dodatno nametnuo znatna plaćanja osim zajamčenih naknada, to bi predstavljalo izbjegavanje obveza koje je moguće lako utvrditi.

411 Konačno, pod pretpostavkom da se peti tužiteljev prigovor o izbjegavanju obveza primjenjuje i na naplatnu televiziju, tužitelj nije podnio nikakve dokaze kako bi opovrgnuo Komisijinu tvrdnju prema kojoj je, što se tiče naplatnih televizijskih programa, svako ponašanje poput onog koje opisuje tužitelj protivno obvezi u pogledu OTT usluga.

412 Iz prethodno navedenoga proizlazi da je peti prigovor dovoljno razumljiv i da je stoga – suprotno onomu što tvrdi Komisija – dopušten, ali da nije osnovan. Slijedom toga, treba odbiti taj prigovor, jednako kao i drugi dio ovog tužbenog razloga.

4. Treći dio, koji se temelji na zakašnjelom predlaganju obveze koja se odnosi na zajamčene naknade

413 U prilog trećem dijelu ovog tužbenog razloga, tužitelj tvrdi da je obveza koja se odnosi na zajamčene naknade predložena nakon isteka roka za predlaganje korektivnih mjera, što je za posljedicu imalo to da Komisija nije mogla provesti novi tržišni test. Naime, iz Komunikacije o korektivnim mjerama proizlazi da se nakon isteka roka mogu odobriti samo obveze koje u potpunosti uklanjaju, eliminacijom svih nejasnoća, utvrđene probleme tržišnog natjecanja, o čemu nije riječ kod ove obveze uzimajući u obzir argumente iznesene u okviru prvih dvaju dijelova petog tužbenog razloga. Komisija je stoga morala odbiti obvezu koja se odnosi na zajamčene naknade.

414 Komisija, koju podupire Vodafone, osporava tužiteljeve argumente.

415 U tom pogledu, treba istaknuti da iz članka 19. stavka 2. Uredbe br. 802/2004 proizlazi da se obveze čije preuzimanje predlažu uključeni poduzetnici, sukladno članku 8. stavku 2. Uredbe br. 139/2004, Komisiji dostavljaju unutar najviše 65 radnih dana od datuma početka postupka. Ako je rok za donošenje odluke donesene na temelju članka 8. stavka 2. Uredbe br. 139/2004 produljen, razdoblje od 65 radnih dana automatski se produžuje za jednak broj radnih dana.

416 Osim toga, iz točke 94. Komunikacije o korektivnim mjerama proizlazi da Komisija, u slučaju da stranke mijenjaju predložene obveze nakon isteka roka od 65 radnih dana, može prihvatiti te izmijenjene obveze samo onda kada jasno može odrediti – na osnovi svoje ocjene podataka, koje je već primila u toku ispitivanja, uključujući i rezultate prethodnog istraživanja tržišta i bez potrebe za provođenjem daljnjih istraživanja tržišta – da će te obveze, kada budu provedene, u potpunosti riješiti poteškoće u vezi s tržišnim natjecanjem, i pod uvjetom da na raspolaganju ima dovoljno vremena za izvršavanje prikladne analize i za konzultacije s državama članicama na prikladan način. Osim toga, iz bilješke na stranici br. 107 te komunikacije, koja se odnosi na njezinu točku 94., proizlazi da konzultacije s državama članicama obično pretpostavljaju mogućnost Komisije da potonjima uputi prijedlog konačne odluke koja obuhvaća ocjenu izmijenjenih obveza najmanje deset radnih dana prije sastanka Savjetodavnog odbora s državama članicama.

417 Naposljetku, valja istaknuti da je u sudskoj praksi smatrano da su ta dva uvjeta kumulativna i oni su njome pojašnjeni na način da Komisija može uzeti u obzir obveze koje su sa zakašnjenjem predložili sudionici prijavljene koncentracije, kao prvo, ako jasno i bez potrebe za dodatnim ispitivanjem rješavaju prethodno utvrđene probleme tržišnog natjecanja i kao drugo, ako ima dovoljno vremena za konzultacije s državama članicama oko tih obveza (vidjeti presudu od 6. srpnja 2010., Ryanair/Komisija, T-342/07, EU:T:2010:280, t. 455. i navedenu sudsku praksu).

418 U ovom slučaju, potrebno je utvrditi da su ta dva uvjeta ispunjena.

419 Kad je, kao prvo, riječ o prvom uvjetu, iz ispitivanja prvog i drugog dijela ovog tužbenog razloga proizlazi da su tužiteljevi argumenti koji se temelje na neučinkovitosti i nedovoljnosti obveza, a osobito obveze koja se odnosi na zajamčene naknade, bili odbijeni. Stoga, treba smatrati da tužitelj nije dokazao da Komisija nije mogla jasno odrediti – na osnovi svoje ocjene podataka, koje je već primila u okviru ispitivanja, uključujući i rezultate prethodnog istraživanja tržišta – da bi obveza koja se odnosi na zajamčene naknade, nakon provedbe, jasno i bez potrebe za dodatnim ispitivanjem riješila prethodno utvrđene probleme tržišnog natjecanja.

420 Kad je, kao drugo, riječ o drugom uvjetu, valja istaknuti da iz uvodnih izjava 25. i 26. pobijane odluke proizlazi je sudionik koji je prijavio dotičnu koncentraciju, 11. lipnja 2019. podnio revidirani prijedlog obveza i da je Savjetodavni odbor raspravljao o prijedlogu odluke i 28. lipnja izdao povoljno mišljenje. Iz toga proizlazi da je Komisija u ovom slučaju svakako mogla državama članicama uputiti prijedlog konačne odluke koji obuhvaća ocjenu izmijenjenih obveza najmanje 10 radnih dana prije sastanka Savjetodavnog odbora, što tužitelj ne osporava, i da je stoga imala na raspolaganju dovoljno vremena za konzultacije s državama članicama o obvezi koja se odnosi na zajamčene naknade.

421 Iz prethodno navedenog proizlazi da je Komisija mogla uzeti u obzir obvezu koja se odnosi na zajamčene naknade unatoč njezinu zakašnjelom predlaganju, zbog čega treba odbiti treći dio ovog tužbenog razloga.

5. Četvrti dio, koji se temelji na neuklanjanju BOUTN-a na svim tržištima o kojima je riječ

422 Tužitelj tvrdi da obveze, s obzirom na njegove prethodne argumente iznesene u okviru prvog, drugog i četvrtog tužbenog razloga, nisu bile dovoljne zbog toga što ne bi uklonile BOUTN na MDU i SDU tržištima, ni učinke uskrate na štetu konkurenata poduzetnika nastalog koncentracijom na veleprodajnim televizijskim tržištima, odnosno probleme koje Komisija nije razmotrila u pobijanoj odluci.

423 Komisija osporava tužiteljeve argumente.

424 U tom pogledu, dovoljno je utvrditi da su argumenti na koje upućuje tužitelj, izneseni u prilog njegovu prvom, drugom i četvrtom tužbenom razlogu, odbijeni u ovoj presudi zbog razloga navedenih u okviru ispitivanja tih tužbenih razloga. Iz toga proizlazi da tužitelj ne dokazuje da je Komisija počinila očitu pogrešku u ocjeni smatrajući da koncentracija ne dovodi do nikakvog BOUTN-a na MDU i SDU tržištima i do nikakvog značajnog negativnog učinka na tržišno natjecanje na veleprodajnom tržištu otkupa televizijskih programa i na otkupnom tržištu televizijskih signala, tako da nije moguće prihvatiti četvrti dio ovog tužbenog razloga.

425 S obzirom na prethodno navedeno, peti tužbeni razlog treba odbiti kao u svakom slučaju neosnovan.

G. Tužiteljev zahtjev za donošenje mjera upravljanja postupkom

426 U svojim očitovanjima od 2. lipnja 2023., tužitelj je od Općeg suda zatražio da Komisiji naloži podnošenje određenih povjerljivih dokumenata koji još nisu otkriveni, radi provjere toga da oni uistinu idu u prilog zaključku do kojeg je došla u pogledu nepostojanja odnosa tržišnog natjecanja između sudionika koncentracije na MDU tržištu.

427 Međutim, iz točaka 71. do 167. ove presude proizlazi da takva mjera upravljanja postupkom nije potrebna za donošenje odluke o tužbi.

428 Stoga ne treba prihvatiti taj tužiteljev zahtjev.

429 Iz svega prethodno navedenog proizlazi da tužbu treba odbiti.

IV. Troškovi

430 U skladu s člankom 134. stavkom 1. Poslovnika, stranka koja ne uspije u postupku dužna je, na zahtjev protivne stranke, snositi troškove. Budući da tužitelj nije uspio u postupku, treba mu naložiti snošenje troškova sukladno zahtjevu Komisije i društva Vodafone.

Slijedom navedenog,

OPĆI SUD (sedmo prošireno vijeće)

proglašava i presuđuje:

1. Tužba se odbija.

2. Društvu Deutsche Telekom AG nalaže se snošenje troškova.

van der Woude da Silva Passos Reine

Truchot Sampol Pucurull

Objavljeno na javnoj raspravi u Luxembourgu 13. studenoga 2024.

Potpisi

Sadržaj

I. Okolnosti spora . . . 2

A. Dotični poduzetnici . . . 2

B. Upravni postupak . . . 3

C. Pobijana odluka . . . 3

1. Ocjena učinaka koncentracije na tržišno natjecanje u Njemačkoj . . . 3

a) Horizontalni učinci . . . 4

1) **Horizontalni nekoordinirani učinci na tržištu fiksnog pristupa internetu** . . . 4

2) **Horizontalni nekoordinirani učinci na maloprodajnom tržištu usluga prijenosa televizijskog signala** . . . 4

3) **Horizontalni nekoordinirani učinci na mogućim maloprodajnim tržištima paketa usluga** . . . 5

4) **Horizontalni nekoordinirani učinci na maloprodajnom tržištu televizijskih usluga** . . . 5

5) **Horizontalni nekoordinirani učinci na veleprodajnom tržištu isporuke i otkupa televizijskih programa i na otkupnom tržištu televizijskih signala** . . . 6

b) Vertikalni učinci . . . 7

c) Konglomeratni učinci . . . 8

d) Zaključak o učincima koncentracije u Njemačkoj . . . 8

2. Obveze koje su obvezujuće u skladu s pobijanom odlukom . . . 8

II. Postupak i zahtjevi stranaka . . . 9

III. Pravo . . . 9

A. Primjenjiva načela iz sudske prakse . . . 10

1. Intenzitet sudskog nadzora . . . 10

2. Pravila dokazivanja . . . 10

B. Prvi tužbeni razlog koji se temelji na povredi članka 2. stavaka 2. i 3. Uredbe br. 139/2004 i očitim pogreškama u ocjeni u pogledu MDU tržišta . . . 11

1. Uvodna razmatranja . . . 11

2. Drugi dio koji se temelji na očitim pogreškama u ocjeni . . . 12

a) Očite pogreške u ocjeni u pogledu odnosa tržišnog natjecanja između sudionika koncentracije . . . 12

1) **Izravno tržišno natjecanje** . . . 13

2) **Neizravno tržišno natjecanje** . . . 15

3) **Potencijalno tržišno natjecanje** 22 . . . 18

4) **Zajednički vladajući položaj koji je posljedica prešutnog sporazuma između sudionika koncentracije** . . . 25

b) Očite pogreške u ocjeni u pogledu konkurentskih učinaka koncentracije na MDU tržištu . . . 26

1) **Povećanje tržišne snage poduzetnika nastalog koncentracijom i uklanjanje konkurentskog pritiska između sudionika** . . . 27

2) **Slabljenje konkurentskog pritiska preostalih konkurenata** . . . 27

3. Prvi dio, koji se temelji na pogrešci koja se tiče prava i povredi članka 2. stavaka 2. i 3. Uredbe br. 139/2004 . . . 29

C. Drugi tužbeni razlog, koji se temelji na očitoj pogrešci u ocjeni u pogledu odnosa tržišnog natjecanja između sudionika koncentracije na SDU tržištu . . . 31

1. Uvodna razmatranja . . . 31

2. Prvi dio, koji se temelji na pogrešci koja se tiče prava i očitoj pogrešci u ocjeni zbog toga što Komisija nije smatrala da bi koncentracija dovela do stvaranja vladajućeg položaja koji uzrokuje BOUTN . . . 33

3. Drugi dio, koji se temelji na očitoj pogrešci u ocjeni, zbog toga što Komisija nije zaključila da bi koncentracija uklonila stvarno i potencijalno tržišno natjecanje između sudionika koncentracije . . . 34

4. Treći dio, koji se temelji na očitoj pogrešci u ocjeni, zbog toga što Komisija nije smatrala da bi koncentracija oslabila preostale konkurente . . . 37

D. Treći tužbeni razlog, koji se temelji na očitoj pogrešci u ocjeni u pogledu vertikalnih učinaka koncentracije na posredničke usluge prijenosa televizijskih signala . . . 38

1. Uvodna razmatranja . . . 38

2. Drugi dio, koji se temelji na očitim pogreškama koje je Komisija počinila u svojoj ocjeni potencijalnih učinaka strategije isključenja na silazno tržišno natjecanje . . . 41

E. Četvrti tužbeni razlog, koji se temelji na očitim pogreškama u ocjeni koje je Komisija počinila u pogledu učinaka koncentracije na veleprodajnom tržištu otkupa televizijskih programa i na otkupnom tržištu televizijskih signala . . . 44

1. Uvodna razmatranja . . . 44

2. Prvi dio, koji se temelji na očitim pogreškama u ocjeni u vezi s uskratom opskrbe na tržištu putem sporazuma o (djelomičnoj ili potpunoj) ekskluzivnosti 47

a) Navodna nepotpuna i pogrešna priroda Komisijina ispitivanja koje se odnosi na poticaj poduzetnika nastalog koncentracijom da sklapa sporazume o potpunoj ekskluzivnosti 47

b) Navodna nepotpuna priroda Komisijina ispitivanja koje se odnosi na poticaj poduzetnika nastalog koncentracijom da sklapa sporazume o djelomičnoj ekskluzivnosti 49

3. Drugi dio, koji se temelji na nepotpunosti ocjene štete za tržišno natjecanje uzrokovane koncentracijom zbog ograničenja inovativnih televizijskih usluga 51

F. Peti tužbeni razlog, koji se temelji na očitoj pogrešci u ocjeni koju je Komisija počinila time što je utvrdila da su obveze u pogledu OTT-a i zajamčenih naknada dovoljne da osiguraju spojivost koncentracije s unutarnjim tržištem 54

1. Uvodna razmatranja 65 54

2. Prvi dio, koji se temelji na primjeni pogrešnog pravnog kriterija za ocjenu prikladnosti obveza koje se odnose na otkupno tržište televizijskih signala 55

3. Drugi dio, koji se temelji na neučinkovitosti obveza koje se odnose na otkupno tržište televizijskih signala, jer ne uklanjaju utvrđene probleme tržišnog natjecanja 57

4. Treći dio, koji se temelji na zakašnjelom predlaganju obveze koja se odnosi na zajamčene naknade 62

5. Četvrti dio, koji se temelji na neuklanjanju BOUTN-a na svim tržištima o kojima je riječ 63

G. Tužiteljev zahtjev za donošenje mjera upravljanja postupkom 63

IV. Troškovi 64