ARREST VAN HET GERECHT (Zevende kamer – uitgebreid)

13 november 2024*

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

In zaak T-64/20,

Deutsche Telekom AG, gevestigd te Bonn (Duitsland), vertegenwoordigd door C. von Köckritz, U. Soltész, M. Wirtz, M. Schulz, P. Lohs en S. Zinndorf, advocaten,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Conte, J. Szczodrowski en C. Urraca Caviedes als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

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

interveniënte,

wijst

HET GERECHT (Zevende kamer – uitgebreid),

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

griffier: S. Jund, administrateur,

gezien de stukken,

* Procestaal: Engels.

na de terechtzitting op 21 september 2023,

het navolgende

Arrest

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

I. Voorgeschiedenis van het geding

A. Betrokken ondernemingen

2 Vodafone Group plc (hierna: „interveniënte" of „Vodafone") is gevestigd in het Verenigd Koninkrijk en houdt zich hoofdzakelijk bezig met de exploitatie van mobieletelecommunicatienetwerken en het aanbieden van mobieletelecommunicatiediensten, zoals spraakdiensten, berichtendiensten en mobieledatadiensten. Sommige van haar exploitatiemaatschappijen bieden ook diensten aan voor kabeltelevisie, vaste telefonie, breedbandinternet en televisie met internetprotocol (*Internet Protocol Television*, IPTV). Binnen de Europese Unie is Vodafone aanwezig in twaalf lidstaten, waaronder Tsjechië, Duitsland, Hongarije en Roemenië. In Duitsland heeft Vodafone een coaxiaal kabelnetwerk in dertien van de zestien deelstaten (Beieren, Berlijn, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Voor-Pommeren, Nedersaksen, Rijnland-Palts, Saarland, Saksen, Saksen-Anhalt, Sleeswijk-Holstein en Thüringen), waarmee zij televisie- en hogesnelheidsinternetdiensten aanbiedt. Vodafone biedt in Duitsland ook in het hele land diensten voor mobiele telecommunicatie op retailniveau aan en diensten voor vaste telecommunicatie op basis van wholesaletoegang tot het vaste netwerk van verzoekster.

3 Liberty Global plc, eveneens gevestigd in het Verenigd Koninkrijk, biedt in verschillende landen van de Unie televisiediensten, mobiele diensten, breedbandinternet- en vastetelefoniediensten aan. Liberty Global is eigenaar van en exploiteert kabelnetwerken via dewelke zij televisie-, breedbandinternet- en spraaktelefoniediensten aanbiedt in Tsjechië, Duitsland, Hongarije en Roemenië. Zij is in Duitsland actief onder de naam Unitymedia GmbH en in Tsjechië, Hongarije en Roemenië onder de naam UPC. In Duitsland bezit Unitymedia een coaxiaal kabelnetwerk in de drie deelstaten die niet door het kabelnetwerk van Vodafone worden gedekt – namelijk Noordrijn-Westfalen, Hessen en Baden-Württemberg – via hetwelk zij hogesnelheidstelevisie- en internetdiensten aanbiedt. Daarnaast exploiteert zij in Duitsland en Hongarije een virtueel mobiel netwerk.

4 Verzoekster, die in Duitsland is gevestigd, biedt in verschillende landen van de Unie onder meer IPTV-, breedbandinternet- en vastetelefoniediensten aan, hoofdzakelijk via haar koperen telefoonnetwerk en haar glasvezelnetwerk, alsook mobiele diensten.

B. Administratieve procedure

5 Op 19 oktober 2018 heeft de Europese Commissie overeenkomstig artikel 4, lid 1, van verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de „EG-concentratieverordening") (PB 2004, L 24, blz. 1) een aanmelding ontvangen van een voorgenomen concentratie waarin Vodafone haar voornemen aankondigde om uitsluitende zeggenschap te verwerven over de telecommunicatieactiviteiten van Liberty Global in Tsjechië, Duitsland, Hongarije en Roemenië. De transactie bestond in een koop- en verkoopovereenkomst waarbij Vodafone 100 % van de aandelen zou verwerven van de vennootschappen die de desbetreffende telecommunicatieactiviteiten van Liberty Global uitoefenden (hierna: „transactie" of „concentratie"). In Duitsland bestond de transactie uit de verwerving van 100 % van de aandelen van Unitymedia.

6 Op 11 december 2018 heeft de Commissie, na een eerste onderzoek van de aanmelding en op basis van de eerste fase van het marktonderzoek, ernstige twijfels geuit over de verenigbaarheid van de concentratie met de interne markt en heeft zij besloten om op grond van artikel 6, lid 1, onder c), van verordening nr. 139/2004 de procedure in te leiden.

7 Op 25 maart 2019 heeft de Commissie Vodafone een mededeling van punten van bezwaar toegezonden (hierna: „mededeling van punten van bezwaar").

8 Op 8 april 2019 heeft Vodafone een schriftelijk antwoord op de mededeling van punten van bezwaar ingediend.

9 Op 6 mei 2019 heeft Vodafone op grond van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 139/2004 verbintenissen voorgesteld om de door de Commissie geïdentificeerde mededingingsproblemen op te lossen. Op 7 mei is de Commissie een marktonderzoek naar deze verbintenissen gestart.

10 Op 11 juni 2019 heeft Vodafone na enkele wijzigingen een reeks definitieve verbintenissen ingediend (hierna: „definitieve verbintenissen").

11 Op 18 juli 2019 heeft de Commissie krachtens artikel 8, lid 2, van verordening nr. 139/2004 het bestreden besluit vastgesteld.

C. Bestreden besluit

12 In het bestreden besluit heeft de Commissie eerst de gevolgen van de concentratie in met name Duitsland beoordeeld. Vervolgens is zij nagegaan of de door de aanmeldende partij voorgestelde verbintenissen van dien aard waren dat de transactie verenigbaar met de interne markt en de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) werd.

1. Beoordeling van de gevolgen van de concentratie voor de mededinging in Duitsland

13 Voor Duitsland heeft de Commissie eerst de horizontale effecten van de concentratie geanalyseerd, te weten de gevolgen die te maken hadden met het feit dat de partijen bij de concentratie bestaande of potentiële concurrenten op de betrokken markt waren. Vervolgens heeft de Commissie de verticale effecten van de concentratie onderzocht, te weten de gevolgen die te maken hadden met het feit dat de partijen bij de concentratie op verschillende niveaus van de toeleveringsketen actief waren. Tot slot heeft de zij de conglomeraateffecten van de

concentratie beoordeeld, dat wil zeggen de gevolgen die te maken hadden met het feit dat partijen, voor zover de relatie tussen hen noch horizontaal noch verticaal kon worden genoemd, actief waren op onderling nauw samenhangende markten waar zij met name complementaire producten of diensten aanboden.

a) Horizontale effecten

14 De Commissie heeft onder meer de niet-gecoördineerde horizontale effecten op de volgende markten onderzocht: de markt voor het aanbieden van diensten voor vaste internettoegang op retailniveau in Duitsland (hierna: „markt voor vaste internettoegang"), de markt voor het aanbieden van televisiesignaaltransmissiediensten op retailniveau, de retailmarkt voor multipleplayaanbiedingen, de markt voor het aanbieden van televisiediensten op retailniveau, de wholesalemarkt voor het aanbieden en aankopen van televisiekanalen en de wholesalemarkt voor televisiesignaaltransmissie in Duitsland (hierna: „markt voor de terugkoop van televisiesignalen").

1) Niet-gecoördineerde horizontale effecten op de markt voor vaste internettoegang

15 Uit het bestreden besluit blijkt dat telecommunicatieoperatoren (aanbieders) op de markt voor vaste internettoegang abonnementen aanbieden waarmee eindgebruikers (afnemers) via een vaste telecommunicatieaansluiting toegang tot internet kunnen krijgen. In casu was de Commissie van mening dat voor haar besluit de relevante markt de totale markt was voor het aanbieden van vaste internettoegang op retailniveau (inclusief alle soorten diensten, distributiemethoden, snelheden en bandbreedten) aan particulieren en kleine ondernemingen, met uitsluiting van diensten op het gebied van vaste internettoegang via mobielenetwerkinfrastructuren. Wat de geografische dimensie van de markt betreft, meende de Commissie dat het om een nationale markt ging.

16 Op basis van haar analyse was de Commissie van mening dat de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de markt voor vaste internettoegang op significante wijze zou belemmeren, met name omdat de grote concurrentiedruk die de partijen bij de concentratie vóór de transactie met name in het kabelgebied van Unitymedia op elkaar uitoefenden, dan zou wegvallen, en omdat dan een speler zou worden gecreëerd met een abonnementenmarktaandeel van meer dan 30 % (en meer dan 40 % in het kabelgebied van Unitymedia en zelfs nog meer in sommige deelstaten en wijken).

2) Niet-gecoördineerde horizontale effecten op de markt voor het aanbieden van televisiesignaaltransmissiediensten op retailniveau

17 Uit het bestreden besluit blijkt dat, op de markt voor het aanbieden van televisiesignaaltransmissiediensten op retailniveau, infrastructuurhouders (aanbieders) televisiesignalen aanboden aan klanten (afnemers), hoofdzakelijk via kabel, via satelliet en over land, volgens de *Digital Video Broadcasting – Terrestrial* (DVB-T)-norm en de IPTV-norm.

18 Wat de afbakening van de productmarkt betreft, heeft de Commissie opgemerkt dat de Duitse markt voor het aanbieden van televisiesignaaltransmissiediensten werd gekenmerkt door het belang van woningverhuur en woningcorporaties. Woningcorporaties onderhandelden en sloten namens hun huurders contracten voor de levering van basistelevisiediensten, en berekenden de kosten vervolgens door als onderdeel van de maandelijkse huur volgens het principe van het „Nebenkostenprivileg" (kostenvoorrecht), een bijzonderheid in het Duitse recht. De Commissie

heeft uitgelegd dat het merendeel van de huishoudens die in Duitsland retailtelevisie ontvingen, in meergezinswoningen (*multi dwelling units*, MDU) woonde. Deze MDU waren eigendom van woningcorporaties of particuliere eigenaren (hierna: „MDU-klanten"). Bij individuele of eengezinswoningen (*single-dwelling units*, SDU) kozen de eindgebruikers (hierna: „SDU-klanten") over het algemeen hun eigen televisiedistributeur en betaalden zij hun abonnement rechtstreeks.

19 Ten behoeve van het bestreden besluit heeft de Commissie, rekening houdend met de resultaten van het marktonderzoek en de specifieke kenmerken van markt voor het aanbieden van televisiesignaaltransmissiediensten op retailniveau aan klanten in meergezinswoningen in Duitsland (hierna: „MDU-markt"), geoordeeld dat een onderscheid moest worden gemaakt tussen de MDU-markt en de markt voor het aanbieden van televisiesignaaltransmissiediensten op retailniveau aan SDU-klanten (hierna: „SDU-markt"). Voorts meende zij dat de kwestie van de geografische afbakening van de MDU-markt en de SDU-markt in het midden kon worden gelaten.

20 Op basis van haar analyse was de Commissie van oordeel dat de transactie de daadwerkelijke mededinging noch op de MDU-markt noch op de SDU-markt op significante wijze kon belemmeren als gevolg van niet-gecoördineerde horizontale effecten.

3) Niet-gecoördineerde horizontale effecten op de eventuele retailmarkten voor multiserviceaanbiedingen

21 De Commissie heeft gepreciseerd dat de term „multiservice" zag op aanbiedingen die twee of meer diensten omvatten – mobieletelecommunicatiediensten, vastetelefoniediensten, diensten voor vaste internettoegang of televisiediensten – die een en dezelfde dienstverlener op retailniveau aan consumenten levert op basis van enkelvoudige of meervoudige contracten. Multiserviceaanbiedingen die twee, drie of vier van deze diensten omvatten, worden respectievelijk dubbele, drievoudige of viervoudige diensten genoemd (*double play* of „2P", *triple play* of „3P" en *quadruple play* of „4P"). Multiserviceaanbiedingen die een of meer van deze vaste diensten omvatten in combinatie met een mobiele component, werden „multiserviceaanbiedingen met mobiele diensten inbegrepen" (*fixed-mobile multiple play*) of „convergence fixe mobile" (convergentie tussen vaste en mobiele diensten) (CFM) genoemd. De Commissie was van mening dat voor haar besluit de vraag of er een dan wel meerdere multiservicemarkten bestonden los van elk van de markten voor onderliggende telecommunicatiediensten afzonderlijk, in het midden kon worden gelaten.

22 Op basis van haar analyse was de Commissie van mening dat de transactie de daadwerkelijke mededinging op de markt voor het aanbieden van „double play"-pakketten op retailniveau bestaande uit diensten voor vaste telefonie en vaste internettoegang in Duitsland aanzienlijk zou belemmeren als gevolg van niet-gecoördineerde horizontale effecten. Zij was echter wel van mening dat de transactie de daadwerkelijke mededinging niet op significante wijze – als gevolg van niet-gecoördineerde horizontale effecten – zou belemmeren op, ten eerste, een mogelijke markt voor het aanbieden van tripleservicepakketten (*triple play*) op retailniveau bestaande uit diensten voor vaste telefonie, diensten voor vaste internettoegang en mobieletelecommunicatiediensten in Duitsland, ten tweede, een eventuele markt voor het aanbieden van tripleservicepakketten op retailniveau bestaande uit diensten voor vaste telefonie, diensten voor vaste internettoegang en televisiediensten in Duitsland en, ten derde, een eventuele markt voor het aanbieden van quadrupleservicepakketten (*quadruple play*) op

retailniveau in Duitsland. De Commissie heeft benadrukt dat dit de beoordeling van de conglomeraateffecten van de concentratie wat het aanbieden van de verschillende onderdelen van de pakketten betrof onverlet liet.

4) Niet-gecoördineerde horizontale effecten op de markt voor het aanbieden van televisiediensten op retailniveau

23 Uit het bestreden besluit blijkt dat de aanbieders op de markt voor het aanbieden van televisiediensten op retailniveau aanbieders waren van lineaire televisiediensten, dat wil zeggen lineaire fluxen van programma's waarvan het uitzendschema door de televisiezender werd vastgelegd, en niet-lineaire televisiediensten, dat wil zeggen fluxen van programma's die op verzoek van de eindgebruiker werden geleverd. Deze aanbieders bedienden de eindgebruikers die van deze diensten gebruik wensten te maken (afnemers). De door de televisiedistributeurs aan de eindgebruikers aangeboden televisiediensten bestonden uit pakketten lineaire vrij te ontvangen televisiezenders of pakketten lineaire betaaltelevisiezenders en uit content samengevoegd in niet-lineaire diensten, zoals *video on demand* (VOD). De televisiecontent kon aan de eindgebruikers worden geleverd via een aantal technische wegen, waaronder kabel, satelliet, terrestrische televisie (DVB-T) en IPTV. Aanbieders van over-the-toptelevisiediensten („buiten het aanbod van de aanbieder van vaste internettoegang", *over the top*, OTT) leverden zowel lineaire als niet-lineaire zenders en content via internet. In casu heeft de Commissie zich voor het bestreden besluit op het standpunt gesteld dat de markt nationaal was en dat de exacte materiële afbakening van de markt kon worden opengelaten.

24 Op basis van haar analyse was de Commissie van mening dat de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de markt voor het aanbieden van televisiediensten op retailniveau in Duitsland niet op significante wijze kon belemmeren wegens niet-gecoördineerde horizontale effecten.

5) Niet-gecoördineerde horizontale effecten op de wholesalemarkt voor het aanbieden en aankopen van televisiekanalen en op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen

25 Uit het bestreden besluit blijkt dat op de wholesalemarkt voor het aanbieden en aankopen van televisiekanalen, televisieomroepen (aanbieders) (vrij te ontvangen of betalende) lineaire zenders aanboden die retailaanbieders van televisiediensten (afnemers) aankochten om audiovisuele diensten aan eindgebruikers aan te bieden. De Commissie was in het bestreden besluit van oordeel dat deze markt beperkt was tot Duitsland en moest worden onderverdeeld in vrij te ontvangen televisiezenders en betalende televisiezenders.

26 Op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen gebruikten retailaanbieders van televisiediensten (aanbieders) hun infrastructuur om televisieomroepen (afnemers) televisiesignaaltransmissiediensten voor hun zenders aan te bieden. De Commissie heeft in het bestreden besluit geoordeeld dat de relevante markt moest worden afgebakend als de wholesalemarkt voor televisiesignaaltransmissie per kabel, met als geografische omvang het gebied van elk kabelnetwerk, en zij heeft daarbij gepreciseerd dat zij rekening zou houden met een productmarkt die ook IPTV omvatte. Zij heeft daaraan toegevoegd dat zij de gevolgen van de transactie op nationaal niveau zou beoordelen.

27 In het bestreden besluit heeft de Commissie erkend dat de wholesalemarkt voor het aanbieden en aankopen van televisiekanalen en de markt voor de terugkoop van televisiesignalen nauw met elkaar verbonden waren, aangezien onderhandelingen tussen televisieomroepen en

televisieplatformen (aanbieders van televisiediensten op retailniveau) gewoonlijk betrekking hadden op beide aspecten (transmissie van signalen en aankoop van zenders). De Commissie heeft daarom aangegeven dat zij de gevolgen van de concentratie op deze twee markten zou analyseren in hetzelfde deel van het bestreden besluit.

28 Op basis van haar analyse was de Commissie van mening dat de transactie de daadwerkelijke mededinging op de wholesalemarkt voor het aanbieden van televisiezenders in Duitsland niet op significante wijze zou belemmeren.

29 Op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen heeft de Commissie onderzocht of de uit de concentratie ontstane entiteit door de toename van haar marktmacht als retailaanbieder van televisiediensten, ten eerste, van de televisieomroepen voorwaarden zou kunnen verkrijgen die uiteindelijk een negatief effect zouden hebben op de toegang tot televisiecontent door concurrerende retailaanbieders van televisiediensten, ten tweede, nadelig zou kunnen zijn voor de omvang en de kwaliteit van de in Duitsland aangeboden programmacontent, ten derde, de opkomst van innovatieve televisiediensten zou kunnen belemmeren en, ten vierde, de opkomst van toepassingen voor gerichte of gesegmenteerde reclame (*adressable TV*, ATV) zou kunnen hinderen.

30 Om te beginnen heeft de Commissie uiteengezet dat, zelfs indien de transactie de marktmacht van de uit de concentratie ontstane entiteit op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen zou kunnen vergroten, niet kon worden besloten dat die entiteit dankzij die toegenomen marktmacht bij televisieomroepen en televisierechtenhouders voorwaarden zou kunnen bedingen – in de vorm van exclusiviteitsovereenkomsten – die de toegang van de concurrerende retailaanbieders van televisiediensten tot zenders of content negatief zouden kunnen beïnvloeden.

31 Vervolgens was de Commissie van mening dat de uit de concentratie ontstane entiteit, wegens haar toegenomen marktmacht, de mogelijkheid en de prikkel zou hebben om op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen een strategie te ontwikkelen die nadelig zou kunnen zijn voor de benedenwaartse consument als gevolg van een lagere kwaliteit van de kijkervaring, een kleinere keuze en minder investeringen in content door de televisieomroepen. In het bijzonder zou de transactie wegens de grotere marktmacht van de uit de concentratie ontstane entiteit kunnen leiden tot een situatie waarin de vrij te ontvangen of betalende zenders gedeeltelijk zouden worden afgeschermd, met name omdat die entiteit de contractuele en financiële voorwaarden die zij aan de televisieomroepen oplegt zou kunnen aanscherpen, en bijgevolg tot een verslechtering van de kwaliteit van het televisieaanbod voor de televisiekijker in Duitsland.

32 Voorts was de Commissie van mening dat de uit de concentratie ontstane entiteit door haar grotere marktmacht de mogelijkheid en de prikkel zou hebben om op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen een strategie te ontplooien om de opkomst en ontwikkeling van innovatieve televisiediensten zoals het uitzenden van hybride breedbandtelevisiesignalen (*Hybrid Broadcast Broadband TV*, HBBTV) en het aanbieden van OTT-televisiediensten te belemmeren. Een dergelijke belemmering zou nadelig kunnen zijn voor de benedenwaartse consument wegens een lagere kwaliteit van de kijkervaring en een verminderde keuze.

33 Tot slot was de Commissie van mening dat de transactie de daadwerkelijke mededinging niet significant zou belemmeren wat betreft de mogelijkheid voor de uit de concentratie ontstane entiteit om de opkomst en ontwikkeling van ATV-toepassingen te verhinderen of te belemmeren.

b) Verticale effecten

34 Wat de verticale effecten van de concentratie betreft, heeft de Commissie met name onderzocht of het waarschijnlijk was dat bedrijven die televisiesignaaltransmissiediensten op retailniveau aanbieden aan MDU-klanten, van de markt zouden worden uitgesloten.

35 Op de intermediaire markt voor de transmissie van televisiesignalen (hierna: „intermediaire markt") leveren de exploitanten van het niveau-3-netwerk (aanbieders), te weten het net dat loopt van het kopstation van het kabelnet tot aan de grens van de onroerende eigendom, televisiesignalen aan de exploitanten van niveau-4-netwerk (afnemers), te weten het net dat op het particuliere perceel loopt. In casu was de Commissie voor haar besluit van oordeel dat kabel en glasvezel tot aan huis (*fibre to the home*, FTTH) of tot aan het gebouw (*fibre to the building*, FTTB) deel uitmaakten van dezelfde relevante markt en dat de markt geografisch gezien regionaal was, namelijk beperkt tot het kabelgebied van de niveau-3-exploitant.

36 Op basis van haar analyse is de Commissie tot de conclusie gekomen dat de transactie de daadwerkelijke mededinging niet op significante wijze zou belemmeren als gevolg van niet-gecoördineerde verticale effecten, noch op de op nationaal niveau afgebakende MDU-markt noch op de eventuele regionale markt die overeenkomt met het kabelgebied van Unitymedia.

c) Conglomeraateffecten

37 Aangezien niet kon worden geconcludeerd, zoals de Commissie reeds had uiteengezet, dat er in Duitsland één markt voor multiserviceaanbiedingen bestond, heeft zij ook onderzocht of de concentratie conglomeraateffecten zou hebben doordat concurrenten zouden worden lamgelegd op de retailmarkt voor mobieletelecommunicatiediensten, de retailmarkt voor vastetelefoniediensten, de markt voor vaste internettoegang en de retailmarkt voor televisiediensten.

38 Op basis van haar analyse heeft de Commissie geoordeeld dat de concentratie de daadwerkelijke mededinging in Duitsland niet op significante wijze zou belemmeren als gevolg van conglomeraateffecten.

d) Conclusie over de gevolgen van de concentratie in Duitsland

39 De Commissie heeft in het bestreden besluit dus een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging (hierna: „SBDM") op de markt voor vaste internettoegang en de markt voor de terugkoop van televisiesignalen vastgesteld.

2. Met het bestreden besluit verplicht geworden verbintenissen

40 De Commissie heeft in het bestreden besluit geoordeeld dat de door Vodafone toegezegde verbintenissen de transactie verenigbaar konden maken met de interne markt en de EER-Overeenkomst. Dit betekende volgens haar dat de transactie, na aanpassing in overeenstemming met de verbintenissen waartoe Vodafone zich bereid had getoond, geen significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging zou creëren op de markten waar aanvankelijk mededingingsproblemen waren vastgesteld.

41 Vodafone ging de volgende verbintenissen aan:

– de voorafgaande verbintenis om een nieuwe kabelexploitant, namelijk Telefónica, toegang te verlenen tot het kabelnetwerk van de uit de concentratie ontstane entiteit teneinde deze in staat te stellen diensten voor vaste internettoegang (en, indien zij dit wenste, diensten voor vaste spraaktelefonie) en haar eigen OTT-televisiediensten of die van derden aan te bieden („Wholesale Cable Broadband Access”-verbintenis);

– een verbintenis in verband met OTT-televisie (hierna: „OTT-verbintenis”), die twee aspecten omvatte, namelijk, ten eerste, de verbintenis om de mogelijkheid voor de televisieomroepen waarvan content op het televisieplatform van de uit de concentratie ontstane entiteit wordt uitgezonden, om die content via een OTT-dienst te distribueren, niet direct of indirect contractueel te beperken, en, ten tweede, de verbintenis om voldoende rechtstreekse interconnectiecapaciteit te behouden tussen haar internetnetwerk dat Duitsland bestrijkt en derde aanbieders van (transit-)internetinterconnectiediensten;

– de verbintenis om de terugkoopvergoedingen die televisieomroepen van vrij te ontvangen zenders aan haar betalen, niet te verhogen (hierna: „verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen”);

– de verbintenis om het HBBTV-signaal van televisieomroepen van vrij te ontvangen televisiezenders te blijven uitzenden (hierna: „HBBTV-verbintenis”).

42 Aldus is in artikel 1 van het bestreden besluit bepaald dat de concentratie verenigbaar was met de interne markt en de EER-Overeenkomst op grond van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 139/2004 en artikel 57 van de EER-Overeenkomst. In de artikelen 2 en 3 van dat besluit werden respectievelijk voorwaarden en verplichtingen vastgelegd om te garanderen dat Vodafone de verbintenissen die zij aan de Commissie had voorgesteld, zou nakomen.

II. Procedure en conclusies van partijen

43 Bij beschikking van 30 juni 2022 heeft het Gerecht de Commissie gelast bepaalde documenten over te leggen.

44 Bij beschikking van 30 maart 2023, die is vastgesteld op grond van artikel 103, lid 3, van zijn Reglement voor de procesvoering, heeft het Gerecht de Commissie gelast om ten eerste aan verzoekster een nieuwe, niet-vertrouwelijke versie van het bestreden besluit en van een aantal bijlagen daarbij over te leggen die aanvankelijk een aantal onleesbaar gemaakte passages bevatten, en ten tweede aan de vertegenwoordigers van verzoekster die vooraf een geheimhoudingsverklaring hadden ondertekend, een nieuwe vertrouwelijke versie van het bestreden besluit en van een van de bijlagen daarbij over te leggen die aanvankelijk een aantal andere onleesbaar gemaakte passages bevatten.

45 Bij akte van 16 mei 2023 heeft het Gerecht aan verzoekster, aan de Commissie en aan interveniënte een aantal schriftelijke vragen gesteld met het verzoek deze schriftelijk en ter terechtzitting te beantwoorden.

46 Bij akte, neergelegd ter griffie op 2 juni 2023, heeft verzoekster haar opmerkingen ingediend op de door de Commissie overeenkomstig de beschikking van 30 maart 2023 overgelegde documenten.

47 Ter terechtzitting van 21 september 2023 hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de mondelinge vragen van het Gerecht.

48 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

– het bestreden besluit nietig te verklaren;

– de Commissie te verwijzen in de kosten.

49 De Commissie en interveniënte verzoeken het Gerecht:

– het beroep te verwerpen;

– verzoekster te verwijzen in de kosten.

III. In rechte

50 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster vijf middelen aan: 1) schending van artikel 2, leden 2 en 3, van verordening nr. 139/2004 en kennelijke beoordelingsfouten in verband met de MDU-markt; 2) kennelijke beoordelingsfout wat de concurrentieverhouding tussen de partijen bij de concentratie op de SDU-markt betreft; 3) kennelijke beoordelingsfout aangaande de verticale effecten op de intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten; 4) kennelijke beoordelingsfouten wat betreft de gevolgen van de concentratie voor de wholesalemarkten voor de aankoop van televisiezenders en televisiesignaaltransmissie, en 5) kennelijke beoordelingsfout waar de Commissie heeft geoordeeld dat de verbintenissen in verband met OTT-televisie en terugkoopvergoedingen volstonden om de concentratie verenigbaar te maken met de interne markt.

A. Toepasselijke beginselen uit de rechtspraak

1. Omvang van de rechterlijke toetsing

51 Volgens vaste rechtspraak verlenen de basisregels van verordening nr. 139/2004, in het bijzonder artikel 2 ervan, de Commissie een zekere discretionaire bevoegdheid, met name wat de economische beoordelingen betreft, en moet de rechter bij de toetsing van de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid, die van wezenlijk belang is voor de invulling van de regels inzake concentraties, dus rekening houden met de beoordelingsmarge die in de economische normen van de concentratieregeling besloten ligt (arresten van 18 december 2007, Cementbouw Handel & Industrie/Commissie, C-202/06 P, EU:C:2007:814, punt 53, en 13 mei 2015, Niki Luftfahrt/Commissie, T-162/10, EU:T:2015:283, punt 85).

52 De toetsing door de Unierechter van de ingewikkelde economische beoordelingen die de Commissie heeft verricht in de uitoefening van de haar bij verordening nr. 139/2004 verleende bevoegdheid, moet worden beperkt tot de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten juist zijn vastgesteld en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (arresten van 13 juli 2023, Commissie/CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, punt 84, en 9 juli 2007, Sun Chemical Group e.a./Commissie, T-282/06, EU:T:2007:203, punt 60).

53 Met name mag het Gerecht zijn economische beoordeling niet in de plaats stellen van de beoordeling van de Commissie (arresten van 7 juni 2013, Spar Österreichische Warenhandels/Commissie, T-405/08, niet gepubliceerd, EU:T:2013:306, punt 51, en 23 mei 2019, KPN/Commissie, T-370/17, EU:T:2019:354, punt 107).

54 Het Gerecht mag bij de toepassing van de materiële regels van verordening nr. 139/2004 zijn economische beoordeling weliswaar niet in de plaats stellen van die van de Commissie, maar dit betekent niet dat de Unierechter de interpretatie van economische gegevens door de Commissie niet mag toetsen. In het bijzonder dient de Unierechter immers niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, alsook de betrouwbaarheid en samenhang ervan, te controleren, hij moet ook controleren of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen (zie in die zin arresten van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 145, en 23 mei 2019, KPN/Commissie, T-370/17, EU:T:2019:354, punt 60).

2. Bewijsregels

55 Een prospectieve analyse, zoals die welke vereist is op het gebied van de controle van concentraties, moet zeer zorgvuldig worden uitgevoerd, aangezien het er niet om gaat gebeurtenissen uit het verleden te onderzoeken, waarvoor meestal talrijke gegevens voorhanden zijn die toelaten de oorzaken ervan te begrijpen, en evenmin om actuele gebeurtenissen te onderzoeken, maar wel om in te schatten hoe waarschijnlijk toekomstige gebeurtenissen zijn indien een besluit achterwege blijft waarbij de geplande concentratie wordt verboden of daaraan voorwaarden worden verbonden (arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punt 42).

56 De prospectieve aard van de economische analyse die de Commissie moet verrichten verzet zich er bovendien tegen dat die instelling een bijzonder hoge bewijsstandaard in acht moet nemen om aan te tonen dat een concentratie de daadwerkelijke mededinging al of niet op significante wijze zou belemmeren. In die omstandigheden moet, met name gelet op de symmetrische structuur van artikel 2, leden 2 en 3, van verordening nr. 139/2004 en het prospectieve karakter van de economische analysen van de Commissie op het gebied van de controle op concentraties, worden geoordeeld dat het, om een concentratie onverenigbaar of verenigbaar met de interne markt te verklaren, volstaat dat zij aan de hand van voldoende significante en onderling overeenstemmende gegevens aantoont dat het eerder waarschijnlijk dan onwaarschijnlijk is dat de betrokken concentratie de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan al dan niet op significante wijze zou belemmeren (arrest van 13 juli 2023, Commissie/CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, punten 86 en 87).

57 Wat de aan het bewijs te stellen eisen betreft, blijkt uit de punten 50 tot en met 53 van het arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), dat de Commissie in beginsel positie moet kiezen in die zin dat zij de bij haar aangemelde concentratie ofwel moet goedkeuren ofwel moet verbieden, naargelang van de economische gevolgen van de betrokken concentratie die zij het meest waarschijnlijk acht. Het gaat dus om een waarschijnlijkheidsbeoordeling, en niet om een verplichting van de Commissie om aan te tonen dat er geen redelijke twijfel over bestaat dat een concentratie niet tot concurrentieproblemen zal leiden (zie in die zin arrest van 11 december 2013, Cisco Systems en Messagenet/Commissie, T-79/12, EU:T:2013:635, punt 47).

58 In deze context staat het aan de Commissie om het resultaat van de voor de beoordeling van de mededingingssituatie gebruikte bundel van aanwijzingen algemeen te evalueren. Daarbij is het mogelijk dat bepaalde elementen prioriteit krijgen en dat andere buiten beschouwing worden gelaten. Dit onderzoek en de desbetreffende motivering zijn onderworpen aan een rechtmatigheidstoetsing die het Gerecht op de besluiten van de Commissie op het gebied van concentraties uitoefent (zie in die zin arrest van 6 juli 2010, Ryanair/Commissie, T-342/07, EU:T:2010:280, punt 136).

59 Tot slot moet worden opgemerkt dat geen enkel beginsel van het recht van de Unie zich ertegen verzet dat de Commissie zich baseert op één enkel schriftelijk bewijsstuk, mits de bewijskracht van dat stuk buiten kijf staat [zie in die zin arrest van 5 oktober 2020, HeidelbergCement en Schwenk Zement/Commissie, T-380/17, EU:T:2020:471, punt 460 (niet gepubliceerd)].

60 De ter ondersteuning van het beroep aangevoerde middelen, vermeld in punt 50 hierboven, moeten worden onderzocht in het licht van deze overwegingen.

B. Eerste middel: schending van artikel 2, leden 2 en 3, van verordening nr. 139/2004 en kennelijke beoordelingsfouten in verband met de MDU-markt

61 Ter ondersteuning van haar eerste middel betoogt verzoekster dat de door de Commissie in het bestreden besluit verrichte analyse van de niet-gecoördineerde horizontale effecten van de concentratie op de MDU-markt blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en van kennelijke beoordelingsfouten.

1. Overwegingen vooraf

62 In deel VIII.C.2.4 van het bestreden besluit heeft de Commissie de niet-gecoördineerde horizontale effecten van de transactie op de MDU-markt onderzocht. Zoals in punt 19 hierboven is aangegeven, heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat de kwestie van de geografische afbakening van deze markt in het midden kon worden gelaten.

63 Na in de overwegingen 683 tot en met 701 van het bestreden besluit een aantal specifieke kenmerken van de MDU-markt te hebben uiteengezet, heeft de Commissie in de overwegingen 702 tot en met 712 van dat besluit de marktaandelen van de partijen bij de concentratie zowel op nationaal niveau als op het niveau van hun respectieve kabelnetwerken onderzocht, alsmede de concentratieniveaus op de MDU-markt, en is zij in de overwegingen 718 tot en met 720 van het besluit tot de conclusie gekomen dat hoewel deze markt sterk geconcentreerd was en elk van de partijen een zeer sterke positie had in haar respectieve kabelgebied, de transactie geen enkele specifieke wijziging (*merger-specific change*) zou creëren, aangezien de partijen op deze markt geen concurrenten waren, gelet op het ontbreken van een significante overlapping tussen hun activiteiten.

64 Vervolgens heeft de Commissie in de overwegingen 721 tot en met 764 van het bestreden besluit de door de partijen uitgeoefende concurrentiedruk onderzocht. Zij was op basis van haar analyse van mening dat noch Vodafone (zie de overwegingen 723-746) noch Unitymedia (zie de overwegingen 747-764) concurrentiedruk in elkaars kabelgebied uitoefenden, dat niets erop wees dat dit zonder de transactie wel het geval zou zijn geweest en dat zij dus geen potentiële concurrenten waren.

65 In de overwegingen 765 tot en met 785 van het bestreden besluit heeft de Commissie de onderlinge concurrentiedruk van de partijen geanalyseerd en is zij tot de conclusie gekomen dat zij noch direct (zie de overwegingen 766-772) noch indirect (zie de overwegingen 773-785) daadwerkelijke concurrenten waren.

66 Ten slotte heeft de Commissie in de overwegingen 786 tot en met 831 van het bestreden besluit de concurrentiedruk onderzocht en vergeleken die de concurrenten, en meer in het bijzonder Tele Columbus, verzoekster en andere kleinere marktdeelnemers, vóór de transactie (zie de overwegingen 787-820) en ná de transactie (zie de overwegingen 821-831) uitoefenden, en is zij tot de conclusie gekomen dat die druk waarschijnlijk ongewijzigd zou blijven.

67 Gezien het gebrek aan enige concentratiespecifieke wijziging en gezien het feit dat de concentratie geen enkele directe, indirecte of potentiële concurrentie tussen de partijen zou uitschakelen of de concurrentiedruk van hun concurrenten zou verminderen, is de Commissie tot de slotsom gekomen dat de transactie geen enkel niet-gecoördineerd concurrentieverstorend horizontaal effect zou hebben en dus ook geen enkele SBDM op deze markt zou creëren (zie de overwegingen 832-835 van het bestreden besluit).

68 In casu kan verzoeksters betoog ter ondersteuning van het onderhavige middel, dat betrekking heeft op deze door de Commissie in het bestreden besluit verrichte analyse van de niet-gecoördineerde horizontale effecten van de concentratie op de MDU-markt, worden onderverdeeld in twee onderdelen: 1) onjuiste rechtsopvatting en schending van artikel 2, leden 2 en 3, van verordening nr. 139/2004 omdat de Commissie niet heeft geoordeeld dat de transactie een machtspositie in het leven zou roepen of zou versterken, en 2) kennelijke beoordelingsfouten.

69 Het Gerecht acht het opportuun om eerst het tweede onderdeel van het eerste middel te onderzoeken.

2. Tweede onderdeel: kennelijke beoordelingsfouten

70 Verzoekster betoogt in wezen dat de Commissie in het bestreden besluit kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt wat, ten eerste, de concurrentieverhouding tussen de partijen bij de concentratie en, ten tweede, de gevolgen van de transactie voor de mededinging op de MDU-markt betreft.

a) Kennelijke beoordelingsfouten aangaande de concurrentieverhouding tussen de partijen bij de concentratie

71 Verzoekster betoogt dat de Commissie kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt door in het bestreden besluit te oordelen dat de partijen bij de concentratie vóór deze transactie noch (direct of indirect) daadwerkelijke concurrenten noch potentiële concurrenten waren. Ook stelt zij dat de Commissie onvoldoende heeft onderzocht of er vóór de concentratie sprake was van stilzwijgende collusie tussen de partijen.

1) Directe concurrentie

72 Verzoekster betoogt dat de partijen bij de concentratie vóór de transactie directe concurrenten waren.

73 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat de Commissie in het bestreden besluit heeft geoordeeld dat de partijen bij de concentratie geen directe concurrenten waren, na te hebben vastgesteld dat zij nagenoeg uitsluitend actief waren in hun respectieve kabelgebieden, zonder overlapping, met als gevolg dat klanten op de MDU-markt niet van de ene partij bij de concentratie naar de andere konden switchen (zie overweging 766).

74 Wat betreft de weinige contracten die de partijen bij de concentratie buiten hun kabelgebieden hadden gesloten, heeft de Commissie gesteld dat zij hadden uitgelegd dat deze niet voortkwamen uit een actieve concurrentie tussen hen, maar dat zij bij wijze van uitzondering waren gesloten en het ofwel specifieke contracten uit het verleden waren ofwel contracten met op nationaal niveau actieve woningcorporaties die reeds klant waren bij een van de partijen en die met die partij wilden samenwerken voor al hun eigendommen (zie overweging 768 van het bestreden besluit).

75 De Commissie heeft daaraan toegevoegd dat dit gebrek aan directe concurrentie tussen de partijen werd bevestigd door de antwoorden die de concurrenten en de woningcorporaties in het kader van het marktonderzoek hadden gegeven en door de informatie die de partijen hadden verstrekt over hun deelname aan aanbestedingen op de MDU-markt (zie de overwegingen 769-771 van het bestreden besluit).

76 In casu betoogt verzoekster in de eerste plaats dat indien de MDU-markt vóór de transactie als een nationale markt moest worden beschouwd, de twee partijen noodzakelijkerwijs daadwerkelijke concurrenten waren. Of zij nu „actief concurreerden” op deze markt dan wel hun activiteiten beperkten tot bepaalde (geografische) marktsegmenten – te weten hun respectieve kabelgebieden – is daarbij niet van belang. Noch verordening nr. 139/2004 noch de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie vereist immers dat er, om te kunnen spreken van een SBDM, een „actieve” concurrentie tussen twee ondernemingen wordt uitgeschakeld.

77 In de tweede plaats betoogt zij dat, zelfs indien de betrokken geografische markten beperkt zouden zijn tot de kabelgebieden van de partijen bij de concentratie, het bestreden besluit aanwijzingen bevat dat er vóór de transactie op zijn minst een zekere rechtstreekse concurrentiële interactie tussen hen bestond. Uit tabel nr. 16 (zie overweging 710) en tabel nr. 17 (zie overweging 714) van het bestreden besluit blijkt namelijk duidelijk dat er weliswaar beperkte maar allesbehalve onbelangrijke overlappingen tussen de activiteiten van de partijen bij de concentratie bestonden, op zijn minst in het kabelgebied van Unitymedia. Ook wordt in de punten 767 en volgende van het bestreden besluit verwezen naar specifieke „contracten geërfd uit het verleden” of „gesplitste contracten” die de partijen bij de concentratie buiten hun kabelgebied hadden gesloten.

78 Volgens verzoekster volgt hieruit dat de conclusie van de Commissie dat de partijen bij de concentratie vóór de transactie geen directe concurrenten waren, kennelijk onjuist is.

79 De Commissie, ondersteund door Vodafone, betwist verzoeksters argumenten.

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

81 In casu wordt niet betwist dat de kabelnetwerken van de partijen bij de concentratie elkaar niet overlappen en dat wanneer een MDU-klant in de praktijk een overeenkomst wenst te sluiten met een aanbieder van televisiesignalen, hij in beginsel slechts kan kiezen tussen de partij bij de concentratie in het kabelgebied waarin het aan te sluiten gebouw zich bevindt en een van haar

concurrenten, zoals verzoekster. Of de MDU-markt vóór aan de transactie nu nationaal was dan wel beperkt was tot de kabelgebieden van de partijen bij de concentratie, verandert daar niets aan, aangezien die vaststelling voor beide gevallen geldt.

82 Hieruit volgt dat de door de partijen bij de concentratie verhandelde producten in de praktijk niet met elkaar concurreerden, zodat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat deze partijen vóór de concentratie geen directe concurrenten waren.

83 Hieraan wordt niet afgedaan door verzoeksters argumenten.

84 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de Commissie in antwoord op een schriftelijk te beantwoorden vraag van het Gerecht van 16 mei 2023 heeft bevestigd dat er ernstige aanwijzingen waren dat de MDU-markt vóór de transactie geografisch beperkt was tot het kabelgebied van elk van de partijen, maar dat zij, gelet op het feit dat er leveranciers en klanten actief waren op het nationale niveau en dat de eventuele prijsverschillen binnen het land geen verband hielden met die kabelgebieden, de mogelijkheid van een nationale MDU-markt niet volledig had kunnen uitsluiten.

85 Dat de Commissie heeft bekeken of de markt een nationale dimensie kon hebben, betekent dus niet dat zij van mening was dat de partijen bij de concentratie op die hypothetische markt direct met elkaar concurreerden. Pas in een tweede stadium, bij haar onderzoek van de effecten van de transactie op de MDU-markt, is de Commissie nagegaan of de transactie op een eventuele nationale markt, gelet op de activiteiten van de partijen, enige directe concurrentie tussen hen zou uitschakelen. Uit de omstandigheid dat de Commissie in het bestreden besluit heeft overwogen dat de MDU-markt reeds vóór de transactie een nationale dimensie kon hebben gehad, kan dus niet worden afgeleid dat de partijen bij de concentratie op een dergelijke markt noodzakelijkerwijs daadwerkelijke concurrenten waren, zoals verzoekster aanvoert. Tot slot is het niet uitgesloten dat twee ondernemingen op een en dezelfde geografische markt met andere ondernemingen werken, zonder noodzakelijkerwijs dezelfde klanten te benaderen, met name wegens de geografische grenzen van hun kabelnetwerken.

86 Hieraan moet worden toegevoegd dat de Commissie met haar vaststelling in punt 768 van het bestreden besluit dat de partijen niet „actief concurreerden” louter wilde aangeven dat deze enkel in zeer zeldzame gevallen, als reactie op spontane verzoeken van MDU-klanten, overeenkomsten voor de levering van televisiesignalen op het kabelgebied van de andere partij hadden gesloten. Zij moesten bij dergelijke verzoeken intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten bij een andere operator aankopen. De Commissie heeft zich daarmee geenszins op het standpunt gesteld dat een uitschakeling van „actieve” concurrentie noodzakelijk was om van een SBDM te kunnen gewagen.

87 In de tweede plaats was er weliswaar geen overlapping tussen de kabelnetwerken van de partijen bij de concentratie, wat verzoekster niet betwist, maar heeft de Commissie in het bestreden besluit inderdaad vastgesteld dat er wel enige overlapping was tussen hun activiteiten, in welk geval zij intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten bij de andere partij of een andere niveau-3-netwerkoperator aankochten om de desbetreffende MDU-klanten te kunnen bedienen.

88 Daarbij zij er echter op gewezen dat verzoekster weliswaar betwist dat de cijfers die de Commissie tijdens de procedure bij het Gerecht openbaar heeft gemaakt over de overeenkomsten die de partijen bij de concentratie buiten hun kabelgebieden hadden gesloten en over het aantal klanten waarover het daarbij ging, als te verwaarlozen kunnen worden beschouwd, maar zij die cijfers als zodanig niet in twijfel trekt. Uit deze cijfers blijkt dat deze overeenkomsten een zeer beperkt aantal

MDU-klanten vertegenwoordigden in termen van aangesloten huishoudens en een marktaandeel dat zo verwaarloosbaar was, namelijk minder dan 1 %, dat het geen residuele mededinging kon vertegenwoordigen die moest worden beschermd.

89 De partijen bij de concentratie sloten die overeenkomsten buiten hun kabelgebied trouwens slechts in uitzonderlijke gevallen, wat verzoekster zelf heeft bevestigd tijdens het marktonderzoek, zoals uit overweging 770 van het bestreden besluit blijkt.

90 Bijgevolg toont verzoekster niet aan dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de partijen bij de concentratie vóór de concentratie geen directe concurrenten waren.

2) Indirecte concurrentie

91 Verzoekster betoogt dat de partijen bij de concentratie vóór de transactie indirecte concurrenten waren.

92 Vooraf zij eraan herinnerd dat de Commissie in het bestreden besluit is nagegaan of er vóór de concentratie indirecte concurrentiedruk tussen die partijen bestond. Zij heeft daarbij gepreciseerd dat, om een SBDM te doen ontstaan, enige bestaande indirecte concurrentiedruk die door de transactie zou worden opgeheven, bijzonder sterk moest zijn (zie overweging 776). Aan het einde van deze analyse is de Commissie op basis van een aantal elementen tot de conclusie gekomen dat de partijen bij de concentratie geen indirecte concurrenten waren.

93 Ten eerste heeft de Commissie rekening gehouden met het feit dat de weinige personen die in het kader van het marktonderzoek hadden geantwoord dat er tussen de partijen bij de concentratie indirecte concurrentie bestond, zelf erkenden dat de prijs op de MDU-markt afhing van lokale factoren en niet vergelijkbaar was in de verschillende betrokken regio's (zie overweging 774 van het bestreden besluit).

94 Ten tweede heeft de Commissie aangegeven dat tijdens het marktonderzoek drie mogelijke transmissiemechanismen waren geïdentificeerd die tot indirecte concurrentie tussen de partijen konden leiden: het eerste van concurrenten die op nationaal niveau actief waren, zoals verzoekster, het tweede van klanten die op nationaal niveau actief waren, en het derde van gespecialiseerde tussenpersonen, zoals advocatenkantoren of adviesbureaus (zie overweging 775 van het bestreden besluit). Vervolgens heeft de Commissie uitgelegd dat zij geen enkel bewijs had gevonden dat deze transmissiemechanismen tot indirecte concurrentie tussen de partijen konden leiden of dat dergelijke indirecte concurrentie had bestaan in het verleden (zie overweging 777 van het bestreden besluit).

95 Zo heeft het merendeel van de woningcorporaties die aan het marktonderzoek hebben deelgenomen, geantwoord dat zij nooit (in het geval van lokale corporaties, die invloed zouden kunnen hebben gehad op het derde transmissiemechanisme) of zelden (in het geval van nationale ondernemingen, die invloed zouden kunnen hebben gehad op het tweede transmissiemechanisme) indirecte vergelijkende analysen verrichtten (*benchmarking*). Wat de concurrerende operatoren betreft, hebben alleen verzoekster en Tele Columbus aangegeven vaak dergelijke vergelijkende analysen te maken (zie de overwegingen 778-780 van het bestreden besluit). Geen van deze concurrenten was echter in staat om de Commissie concrete voorbeelden

te geven die een indirecte concurrentierelatie tussen de partijen aantoonden, zoals bewijs dat in heel Duitsland op de MDU-markt voorwaarden op elkaar werden afgestemd (zie overweging 781 van het bestreden besluit).

96 Ten derde heeft de Commissie de interne documenten van de partijen bij de concentratie onderzocht en heeft zij geen enkel bewijs gevonden dat Vodafone of Unitymedia in hun onderhandelingen op de MDU-markt rekening zouden hebben gehouden met de voorwaarden van de andere partij (zie overweging 782 van het bestreden besluit). De Commissie heeft ook gekeken naar door de partijen bij de concentratie verstrekt bewijsmateriaal waaruit blijkt dat de voorwaarden die voor op de MDU-markt gesloten overeenkomsten golden, niet op elkaar werden afgestemd op nationaal niveau (zie overweging 783 van het bestreden besluit).

97 Ten slotte heeft de Commissie er rekening mee gehouden dat dit soort interregionale vergelijkende analysen hoe dan ook geen doeltreffende hefboom konden vormen, gezien het ontbreken van daadwerkelijke concurrentie tussen de partijen en het feit dat woningcorporaties dus onmogelijk van de ene partij bij de concentratie naar de andere konden overstappen (zie overweging 784 van het bestreden besluit).

98 Verzoekster betoogt in de eerste plaats dat de Commissie artikel 2 van verordening nr. 139/2004 onjuist heeft toegepast door in overweging 776 van het bestreden besluit te oordelen dat elke bestaande indirecte concurrentiedruk die door de transactie zou worden uitgeschakeld, bijzonder sterk moest zijn om een SBDM op te leveren. Volgens verzoekster is indirecte concurrentie een relevante vorm van daadwerkelijke concurrentie, die wordt beschermd door verordening nr. 139/2004, ongeacht de omvang van die concurrentie. Aangezien de twee partijen bij de concentratie vóór de transactie een machtspositie hadden in hun respectieve kabelgebieden, zou zelfs een beperkte vergroting van de marktmacht wegens het wegvallen van een (directe of indirecte) concurrentiedruk, een SBDM creëren, zoals de Commissie zelf heeft erkend in verband met de positie van die partijen op de wholesaletelevisiemarkten.

99 In de tweede plaats betoogt verzoekster dat de Commissie in het bestreden besluit belangrijke elementen van indirecte concurrentie heeft vastgesteld, te weten het feit dat de partijen bij de concentratie elkaars respectieve activiteiten in de gaten hielden en elkaars productaanbod vergeleken, het feit dat de grote woningcorporaties het aanbod van die partijen vergeleken en het feit dat er tussen die partijen concurrentie op het gebied van infrastructuur was. Volgens verzoekster is het voor het bewijs van indirecte concurrentiedruk van belang dat de partijen bij de transactie voor het bepalen van hun eigen commerciële strategie rekening houden met de voorwaarden die de andere partij aanbiedt.

100 Hieruit volgt volgens haar dat de conclusie van de Commissie dat de transactie niet leidt tot minder indirecte concurrentie tussen de partijen, kennelijk onjuist is.

101 De Commissie, daarin ondersteund door Vodafone, betwist verzoeksters argumenten.

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

103 Wat in de eerste plaats het feit betreft dat de partijen bij de concentratie elkaars respectieve activiteiten in de gaten hielden en elkaars productaanbod vergeleken, moet worden opgemerkt dat verzoekster zelf erkent dat de overwegingen 460 en volgende en de overwegingen 892 en volgende van het bestreden besluit, waarnaar zij verwijst, betrekking hebben op de markt voor vaste internettoegang en de SDU-markt, maar niet op de MDU-markt.

104 Bovendien heeft de Commissie uitgelegd dat deze vergelijkende analysen niet verder gingen dan „eenvoudige commerciële vergelijkende analysen om de beste praktijken in de sector te monitoren en eventueel te imiteren”. Zoals de Commissie terecht opmerkt, kan deze vorm van vergelijking, waarbij marktprestaties of beste praktijken uit de sector – ook uit andere lidstaten of derde landen – worden geanalyseerd, niet als indirecte concurrentiedruk in de zin van punt 102 hierboven worden aangemerkt.

105 In antwoord op een schriftelijk te beantwoorden vraag van het Gerecht heeft de Commissie namelijk gepreciseerd dat een rechtstreekse vergelijkende analyse volgens haar pas indirecte concurrentiedruk kan opleveren indien er elementen zijn die aantonen dat de door een partij over de andere partij verzamelde informatie door eerstgenoemde daadwerkelijk in aanmerking wordt genomen bij het nemen van haar commerciële beslissingen en dat die informatie dus druk uitoefent op die partij door bij haar een concurrentiereactie teweeg te brengen. In casu heeft de Commissie geen enkel element gevonden waaruit blijkt dat dit op de MDU-markt het geval was bij de vergelijkende analysen waarnaar verzoekster verwijst, en moet worden vastgesteld dat verzoekster niet het tegendeel bewijst of aantoont dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door op die manier te redeneren.

106 Hieruit volgt dat er geen enkele indirecte concurrentiedruk bestond waarvan het wegvallen de marktmacht van de uit de concentratie ontstane entiteit zelfs nog maar in beperkte mate had kunnen vergroten, wat de MDU-markt onderscheidt van de wholesaletelevisiemarkten, waarvoor de Commissie heeft vastgesteld dat er wegens de grotere marktmacht van de uit de concentratie ontstane entiteit sprake was van een SBDM (zie de punten 31 en 32 hierboven).

107 Tot slot blijkt uit het bestreden besluit (zie onder meer overweging 697) – en verzoekster betwist dit niet – dat vele van de overeenkomsten met MDU-klanten het resultaat waren van onderhandelingen, oproepen tot mededinging of formele aanbestedingsprocedures. De overeenkomsten die uit deze onderhandelingen of procedures voortkwamen, bevatten tal van eisen met betrekking tot onder meer infrastructuur, de te leveren diensten en onderhoud. Bovendien heeft de Commissie opgemerkt dat er na afloop van het marktonderzoek overeenstemming was over het feit dat de prijzen niet varieerden volgens de geografische regio als zodanig, maar veeleer volgens de concurrentiegraad, de infrastructuurkosten (bijvoorbeeld civieltechnische kosten) en de groepering van de te bedienen gebouwen. Ook derden hebben erkend dat de „prijsstelling van de MDU-overeenkomsten [werd] bepaald door lokale factoren en niet [kon] worden vergeleken van de ene zone tot de andere”. De overeenkomsten met MDU-klanten waren dus geen standaardovereenkomsten waarvan gemakkelijk een vergelijkende analyse kon worden gemaakt door louter de sectorpraktijken te observeren.

108 In de tweede plaats moet worden opgemerkt dat, anders dan verzoekster stelt, van de zes nationale woningcorporaties en de 230 000 andere woningcorporaties waarvan er sommige in verschillende deelstaten actief waren, enkel Vonovia heeft geantwoord dat zij vaak vergelijkende analysen maakte, maar dat deze geen relevante voorbeelden heeft kunnen geven die wezen op indirecte concurrentie tussen de partijen bij de concentratie, zoals blijkt uit overweging 779 en overweging 781, onder c), van het bestreden besluit.

109 De Commissie heeft in dit verband in haar dupliek te kennen gegeven dat zij Vonovia en GdW (een overkoepelende organisatie en confederatie die ongeveer 3 000 woningcorporaties vertegenwoordigde die in totaal ongeveer zes miljoen woningen in Duitsland beheerden) om aanvullende informatie had verzocht naar aanleiding van hun antwoorden op de vragenlijsten van het marktonderzoek, maar dat deze geen bewijs hadden kunnen overleggen van de indirecte vergelijkende analyse die bepaalde woningverenigingen beweerdelijk hadden uitgevoerd.

110 Tot slot zetten de door GdW tijdens de administratieve procedure ingediende opmerkingen, die verzoekster aan het Gerecht heeft overgelegd, die beoordeling niet op losse schroeven, aangezien ook daarin geen concrete voorbeelden van vergelijkende analysen of meer in het algemeen van indirecte concurrentie tussen de partijen staan.

111 Verzoeksters argumenten doen dus niet af aan de vaststelling van de Commissie dat de nationale of lokale woningcorporaties in casu niet hadden bijgedragen aan het creëren van indirecte concurrentiedruk tussen de partijen bij de concentratie.

112 Wat in de derde plaats de infrastructuurconcurrentie tussen de partijen bij de concentratie betreft, moet worden opgemerkt dat uit overweging 441 en overweging 453, onder b), van het bestreden besluit blijkt dat de Commissie heeft vastgesteld dat de netwerkinvesteringen en -innovaties die de ene partij deed, geen directe mededingingseffecten hadden op de desbetreffende strategie van de andere partij en dat het toezicht dat zij daarbij op elkaars activiteiten hielden niet verder ging dan „eenvoudige commerciële vergelijkende analysen om de beste praktijken in de sector te monitoren en eventueel te imiteren”, wat verzoekster niet weerspreekt.

113 Zoals in de punten 104 en 105 hierboven is aangegeven, gebeuren dit soort vergelijkingen, waarbij marktprestaties of beste praktijken uit de sector – ook uit andere lidstaten of derde landen – worden geanalyseerd, louter op eigen initiatief, hetgeen niet onder de in punt 102 hierboven vermelde vormen van indirecte concurrentiedruk valt.

114 In de vierde plaats zij erop gewezen dat de Commissie in het bestreden besluit heeft uitgelegd dat het onderzoek van de interne documenten van de partijen bij de concentratie niets had opgeleverd dat erop wees dat de partijen bij hun onderhandelingen over de MDU-overeenkomsten rekening hielden met elkaars contractvoorwaarden, en dat zij overtuigende elementen hadden aangevoerd om de stelling dat de MDU-overeenkomsten over het gehele Duitse grondgebied op elkaar werden afgestemd onderuit te halen. Anders dan verzoekster betoogt, waren deze vaststellingen relevant om te beoordelen of elk van die partijen bij de bepaling van haar commerciële strategie rekening hield met de door de andere partij aangeboden voorwaarden, en dus om te beoordelen of er vóór de concentratie indirecte concurrentie tussen hen bestond op de MDU-markt.

115 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet aantoont dat de Commissie in het bestreden besluit kennelijk onjuist heeft geoordeeld dat de partijen bij de concentratie geen indirecte concurrenten waren.

116 Aangezien de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat er geen indirecte concurrentie tussen hen was, hoeft niet meer te worden onderzocht of het betoog rond de vraag of de uitschakeling van dit soort concurrentie „bijzonder sterk” moet zijn om een SBDM in de zin van artikel 2 van verordening nr. 139/2004 te creëren, gegrond is.

3) Potentiële concurrentie

117 Verzoekster stelt dat, zelfs indien de partijen bij de concentratie niet als daadwerkelijke concurrenten konden worden beschouwd, zij vóór de transactie op zijn minst potentiële concurrenten waren.

118 Vooraf zij eraan herinnerd dat de Commissie in het bestreden besluit meteen heeft onderzocht of Vodafone een potentiële concurrent van Unitymedia was. De Commissie heeft er in deze context op gewezen dat Vodafone hoofdzakelijk actief was in haar eigen kabelgebied en dat deze operator had aangegeven geen plannen te hebben om haar kabelnetwerk uit te breiden – dus ook niet naar het kabelgebied van Unitymedia – omdat dit qua investering niet rendabel was (zie overweging 726).

119 Aangezien vrijwel alle concurrerende operatoren in het marktonderzoek hebben geantwoord dat zij verwachtten dat Vodafone haar kabelnetwerk zou uitbreiden naar het kabelgebied van Unitymedia, heeft de Commissie vervolgens onderzocht hoe de concurrentiedruk van Vodafone waarschijnlijk zou evolueren zónder de transactie. De Commissie heeft daarbij aangegeven dat de theoretische mogelijkheid van Vodafone om uit te breiden naar het kabelgebied van Unitymedia onvoldoende was, aangezien, om aan te tonen dat er potentiële concurrentie tussen de partijen bij de concentratie was waarvan de uitschakeling een SBDM zou creëren, die creatie van een SBDM voldoende waarschijnlijk moest zijn (zie overweging 730 van het bestreden besluit).

120 In de overwegingen 731 tot en met 746 van het bestreden besluit heeft de Commissie uiteengezet dat zij geen samenhangend geheel van aanwijzingen had gevonden dat een uitbreiding van Vodafone naar het kabelgebied van Unitymedia zonder de transactie waarschijnlijk of redelijkerwijs voorzienbaar zou zijn, maar veeleer een reeks bewijzen van het tegendeel.

121 De Commissie heeft immers ten eerste opgemerkt dat Vodafone in het verleden nooit het kabelnetwerk van Unitymedia had gedupliceerd en haar kabelnetwerk zelfs in haar eigen gebied en daarrond zeer minimaal had ontwikkeld, terwijl een dergelijke ontwikkeling rendabeler was dan een duplicering van het kabelnetwerk. Ten tweede heeft de door de Commissie verrichte analyse van de interne documenten van Vodafone bevestigd dat zij geen plannen had om het kabelnetwerk van Unitymedia te dupliceren, aangezien dit soort projecten niet zou hebben voldaan aan haar investeringscriteria. De Commissie heeft rekening gehouden met de prognoses van Vodafone en de infrastructuur waarover deze operator reeds beschikte, waaruit dat gebrek aan rendabiliteit inderdaad bleek. Ten derde heeft de Commissie aangegeven dat zij niets had gevonden dat erop wees dat het dupliceren van het kabelnetwerk van een andere operator in de toekomst rendabeler zou worden.

122 Voorts was de Commissie van mening dat de duplicatiewerkzaamheden van andere operatoren – zoals Tele Columbus, lokale operatoren of verzoekster – waren ingegeven door specifieke commerciële overwegingen die verschilden van die om een net te ontwikkelen parallel aan dat van een concurrerende operator. Wat Tele Columbus betreft, heeft de Commissie opgemerkt dat deze operator geen enkele grote investering had gedaan om zijn niveau-3-netwerk uit te breiden (zie overweging 744 van het bestreden besluit). Tot slot heeft de Commissie gepreciseerd dat er geen enkele aanwijzing was dat Vodafone waarschijnlijk voornemens was om het kabelgebied van Unitymedia binnen te dringen met andere technische of commerciële middelen dan een uitbreiding van haar eigen kabelnetwerk (zie overweging 742 van het bestreden besluit).

123 Vervolgens heeft de Commissie onderzocht of Unitymedia een potentiële concurrent van Vodafone was. Daarbij heeft zij eraan herinnerd dat Unitymedia hoofdzakelijk actief was in haar eigen kabelgebied en heeft zij opgemerkt dat deze operator had aangegeven geen plannen te hebben om haar kabelnetwerk uit te breiden – dus ook niet naar het kabelgebied van Vodafone – omdat dit qua investering niet rendabel was (zie overweging 726 van het bestreden besluit).

124 Aangezien vrijwel alle concurrerende operatoren in het marktonderzoek hebben geantwoord dat zij verwachtten dat Unitymedia haar netwerk zou uitbreiden naar het kabelgebied van Vodafone maar dat Unitymedia wel minder geneigd was om dat te doen dan Vodafone, heeft de Commissie onderzocht hoe de concurrentiedruk van Unitymedia waarschijnlijk zou evolueren zonder de transactie.

125 In de overwegingen 755 tot en met 764 van het bestreden besluit heeft de Commissie uitgelegd dat zij geen samenhangend geheel van aanwijzingen had gevonden dat een uitbreiding van Unitymedia naar het kabelgebied van Vodafone zonder de transactie waarschijnlijk of redelijkerwijs voorzienbaar zou zijn, maar veeleer een reeks bewijzen van het tegendeel, die relatief vergelijkbaar waren met die welke zij in verband met Vodafone had gevonden.

126 De Commissie heeft immers ten eerste opgemerkt dat Unitymedia in het verleden nooit het kabelnetwerk van Vodafone had gedupliceerd en haar kabelnetwerk zelfs in haar eigen gebied en daarrond zeer minimaal had ontwikkeld, terwijl een dergelijke ontwikkeling rendabeler was dan een duplicering van het kabelnetwerk. Ten tweede heeft de door de Commissie verrichte analyse van de interne documenten van Unitymedia bevestigd dat zij geen plannen had om het kabelnetwerk van Vodafone te dupliceren, aangezien dit soort projecten niet zou hebben voldaan aan haar investeringscriteria. De Commissie heeft rekening gehouden met een prognose van Unitymedia, waaruit dat gebrek aan rendabiliteit inderdaad bleek. Tot slot heeft de Commissie aangegeven dat de andere factoren waarmee rekening was gehouden bij het onderzoek naar het bestaan van potentiële concurrentie van Vodafone, ook van toepassing waren in het geval van Unitymedia.

127 Verzoekster stelt in de eerste plaats dat een onderneming een potentiële concurrent op een bepaalde markt is indien er reële en concrete mogelijkheden bestaan dat zij de markt betreedt en met de gevestigde ondernemingen concurreert. Het is volgens haar dus alleen relevant om te weten of een onderneming de mogelijkheid heeft om een bepaalde markt te betreden. De mogelijkheid vormt als zodanig de potentiële concurrentie en wordt beschermd door verordening nr. 139/2004, zonder dat hoeft te worden aangetoond dat de onderneming concreet voornemens is die mogelijkheid in de toekomst daadwerkelijk te gebruiken. Een potentiële concurrentiesituatie moet dus vooral objectief worden beoordeeld, waarbij wordt nagegaan of een markttoetreding objectief gezien mogelijk is en of de potentiële nieuwkomer dus aanzienlijke druk uitoefent op de ondernemingen die al actief zijn op de betrokken markt. De subjectieve bedoelingen of de commerciële plannen – zoals de investeringsplannen en de interne rentabiliteitsdrempels – van de partijen bij de concentratie zijn daarbij niet doorslaggevend.

128 In de tweede plaats stelt verzoekster dat het onderzoek dat is uitgevoerd bij de ondernemingen die reeds op de betrokken markten actief waren, duidelijk heeft bevestigd dat het realistisch was dat de partijen bij de concentratie hun kabelnetwerkinfrastructuur (of vezelinfrastructuur) zouden uitbreiden naar het kabelgebied van de andere partij. Bovendien hebben de marktdeelnemers verklaard dat die partijen de komende twee of drie jaar waarschijnlijk agressievere concurrenten zouden zijn geworden in hun respectieve kabelgebieden.

129 In de derde plaats bevat het bestreden besluit volgens verzoekster verschillende concrete voorbeelden die de objectieve haalbaarheid en de economische levensvatbaarheid van een uitbreiding naar het dekkingsgebied van een andere kabelexploitant aantonen. Zowel verzoekster zelf als Tele Columbus en andere operatoren in Europa hebben reeds kabelnetwerken gedupliceerd, wat aantoont dat een dergelijke operatie economisch levensvatbaar is. Bovendien heeft de Commissie ten onrechte enkel onderzocht hoe waarschijnlijk potentiële concurrentie was via duplicatie van het kabelnetwerk van de andere partij, terwijl de partijen bij de concentratie heel goed MDU-klanten buiten hun respectieve kabelgebieden konden bedienen aan de hand van intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten die door een andere operator werden geleverd. De Commissie heeft evenmin rekening gehouden met de „witte gebieden", waar geen enkele operator aanwezig was en waar de kwestie van de duplicatie van de netwerken dus niet aan de orde was.

130 In de vierde plaats heeft de Commissie ten onrechte gekeken naar de investeringscriteria van de partijen om te besluiten dat duplicatie van het kabelnet van de andere partij niet rendabel was, aangezien deze criteria op elk moment kunnen worden gewijzigd en zelfs gemanipuleerd, terwijl „economische levensvatbaarheid" een objectief concept is. In haar opmerkingen van 2 juni 2023 betoogt verzoekster verder dat de investeringscriteria van de partijen bij de concentratie, zoals die in het bestreden besluit worden omschreven, geenszins overeenstemden met de praktijken in de sector of met de investeringscriteria van andere marktdeelnemers, en ook veel strenger waren dan haar eigen criteria, waaruit bleek dat zij bewust zo waren vastgesteld om elk project van duplicering van het kabelnetwerk van de andere partij onrendabel te doen lijken.

131 In de vijfde plaats heeft de Commissie geen rekening gehouden met het feit dat het Bundeskartellamt (Duitse mededingingsautoriteit) van mening was dat de partijen minstens potentiële concurrenten waren.

132 Volgens verzoekster heeft de Commissie dan ook een kennelijke beoordelingsfout gemaakt door zich op het standpunt te stellen dat de partijen bij de concentratie vóór de transactie geen potentiële concurrenten waren.

133 De Commissie, ondersteund door Vodafone, betwist de argumenten van verzoekster.

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

135 Om na te gaan of een onderneming een potentiële concurrent is op een markt, moet de Commissie onderzoeken of er, zonder de concentratie in kwestie, een reële en concrete mogelijkheid bestond dat zij tot de genoemde markt kon toetreden en er met de aldaar gevestigde ondernemingen kon concurreren. Om dit aan te tonen mag de Commissie niet afgaan op een loutere veronderstelling, maar moet zij dit met feiten of met een onderzoek van de structuur van de relevante markt onderbouwen. Zo mag een onderneming niet als potentiële

concurrent worden aangemerkt indien haar toetreding tot de markt niet beantwoordt aan een levensvatbare economische strategie (zie naar analogie arrest van 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas en E.ON/Commissie, T-360/09, EU:T:2012:332, punt 86 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

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

137 Hieruit volgt dat wanneer de Commissie vaststelt dat een onderneming, ten eerste, geen stappen heeft ondernomen om binnen een voldoende kort tijdsbestek – berekend in het licht van de kenmerken van de markt – de markt te betreden, ten tweede, het niet economisch rationeel en interessant acht om de markt te betreden en, ten derde, niet overweegt om de markt in de toekomst op significante wijze te betreden, zij zonder een kennelijke beoordelingsfout te maken daaruit kan afleiden dat die onderneming geen potentiële concurrent van de andere partij bij de concentratie is.

138 Wat in de tweede plaats de perceptie van de reeds op de betrokken markt actieve ondernemingen betreft, zoals die uit het marktonderzoek is gebleken, moet worden vastgesteld dat uit de overwegingen 727, 728, 752 en 753 van het bestreden besluit blijkt dat de Commissie wel degelijk rekening heeft gehouden met de mening van de concurrerende marktdeelnemers, aangezien uit die overwegingen naar voren komt dat zij met name wegens hun opmerkingen in detail is gaan onderzoeken of de partijen bij de concentratie potentiële concurrenten waren.

139 In dit verband moet worden benadrukt dat de Commissie weliswaar rekening mag houden met de perceptie van de op de markt actieve ondernemingen, maar dat deze perceptie niet doorslaggevend kan zijn bij de beoordeling of er potentiële concurrentie is.

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

141 Wat in de derde plaats de elementen betreft die volgens verzoekster wijzen op de objectieve haalbaarheid en de economische levensvatbaarheid van een uitbreiding naar het dekkingsgebied van een andere kabelexploitant, volstaat het voor de afwijzing van deze grief eraan te herinneren dat, zoals uit de in punt 136 hierboven aangehaalde rechtspraak blijkt, de economische levensvatbaarheid van een strategie om de markt te betreden niet kan worden gelijkgesteld met

louter de winstgevendheid van een dergelijke strategie, en dat rekening moet worden gehouden met het commerciële of economische belang dat de onderneming waarvan de hoedanigheid van potentiële concurrent wordt onderzocht heeft bij het betreden van een markt.

142 Zelfs indien de door verzoekster aangedragen elementen en voorbeelden zouden aantonen dat een uitbreiding naar het kabelgebied van de andere partij bij de concentratie objectief haalbaar en economisch rendabel was, neemt dit bijgevolg niet weg dat de Commissie in het bestreden besluit op gedetailleerde wijze heeft uitgelegd dat geen van de partijen bij de concentratie – zich daarbij onder meer baserend op hun interne documenten – vóór de concentratie voornemens was of er economisch belang bij had het netwerk van de andere partij te dupliceren, aangezien de investeringen daarvoor niet voldeden aan hun respectieve investeringscriteria. De Commissie heeft overigens ook rekening gehouden met het feit dat de partijen bij de concentratie in het verleden nooit elkaars netwerken hadden gedupliceerd. Geoordeeld moet worden dat een en ander volstaat om deze derde grief van verzoekster af te wijzen.

143 Verder kunnen de elementen die verzoekster aanvoert niet bewijzen dat het voor die partijen objectief haalbaar en economisch rendabel zou zijn geweest om hun activiteiten op de MDU-markt uit te breiden naar het kabelgebied van de andere partij.

144 Wat ten eerste het feit betreft dat andere concurrenten bereid waren hun netwerk uit te breiden, heeft de Commissie in het bestreden besluit uitgelegd waarom deze strategieën niet konden worden toegepast op de partijen bij een andere concentratie.

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

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

147 Zoals de Commissie in haar schrifturen aangeeft werden de door verzoekster aangevoerde gevallen van duplicering van kabelnetwerken in andere lidstaten ingegeven door historische factoren of door de lage kosten van het uitrollen van netwerken in die lidstaten. Voorts heeft de Commissie het Gerecht voorbeelden gegeven van lidstaten waar de kabelnetwerken elkaar niet overlapten. De Commissie heeft er aan de hand van bewijzen ook op gewezen dat het feit dat operatoren hun kabelnetwerken in beginsel niet uitbreiden, een algemene tendens in Europa was. Hieruit volgt dat de gevallen van duplicatie die verzoekster aanvoert, niet kunnen afdoen aan de beoordelingen van de Commissie met betrekking tot de potentiële concurrentie tussen de partijen bij de concentratie.

148 Ten tweede heeft de Commissie, anders dan verzoekster beweert, niet enkel onderzocht of potentiële concurrentie waarschijnlijk was via de duplicatie van het kabelnetwerk van de andere partij bij de concentratie, zoals blijkt uit punt 745 van het bestreden besluit wat Vodafone betreft en uit punt 763 van dat besluit wat Unitymedia betreft. Zij heeft in dit verband geoordeeld dat het eveneens onwaarschijnlijk was dat de ene partij het kabelgebied van de andere partij zou binnendringen met middelen die niet aan de infrastructuur gelinkt waren, zoals met name huurlijnen, satellietinfrastructuur of niveau-4-netwerken.

149 Verder heeft de Commissie voor het Gerecht verklaard – zonder door verzoekster te zijn tegengesproken – dat hoewel het theoretisch mogelijk was om televisiesignaaltransmissiediensten aan MDU-klanten aan te bieden zonder de eigen niveau-3-infrastructuur te gebruiken, die mogelijkheid in de praktijk uit mededingingsoogpunt niet interessant was. Dienaangaande moet ook worden opgemerkt dat de Commissie in punt 820 van het bestreden besluit heeft vastgesteld dat niveau-4-operatoren volledig afhankelijk waren van de bereidheid van de partijen om intermediairetransmissiediensten voor televisiesignalen tegen concurrerende voorwaarden aan te bieden, wat verzoekster niet betwist. Vervolgens heeft de Commissie in overweging 1479 van dat besluit opgemerkt dat de niveau-4-operatoren zelf hadden aangegeven dat zij actief waren in een nichesegment van de markt, en dat de woningverenigingen hadden verklaard dat deze operatoren vaak niet voldeden aan de vereisten op het gebied van dienstverlening en niet in staat waren het niveau-3-netwerk te verbeteren, wat verzoekster evenmin betwist. Deze elementen bevestigen de vaststelling van de Commissie dat het weinig waarschijnlijk was dat de partijen bij de concentratie hun activiteiten naar het kabelgebied van de andere partij zouden uitbreiden met middelen die niet aan de infrastructuur gelinkt waren.

150 Wat ten derde de „witte gebieden” betreft, waarmee de Commissie volgens verzoekster geen rekening heeft gehouden, moet worden vastgesteld – zelfs zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de ontvankelijkheid van dit argument, die de Commissie betwist – dat indien tot dan toe geen enkele operator een kabelnetwerk in deze gebieden had uitgerold, het zeer onwaarschijnlijk was dat beide partijen bij de concentratie zouden besluiten zich daar te begeven. In dit verband moet ook worden opgemerkt dat niets uit het onderzoek van de Commissie erop wijst dat de partijen zonder de transactie zouden hebben uitgebreid naar hetzelfde witte gebied, en dat verzoekster geen enkel bewijs van het tegendeel heeft aangevoerd.

151 Wat in de vierde plaats verzoeksters bewering betreft dat de Commissie zich niet had mogen baseren op de investeringscriteria van de partijen bij de concentratie omdat deze op elk moment konden worden gewijzigd en zelfs gemanipuleerd en omdat zij niet overeenkwamen met de praktijken in de sector, zij eraan herinnerd dat de economische levensvatbaarheid van een strategie om de markt te betreden niet simpelweg kan worden gelijkgesteld met de winstgevendheid van een dergelijke strategie, en dat de Commissie zich mag baseren op het commerciële of economische belang dat de onderneming waarvan de hoedanigheid van potentiële concurrent wordt onderzocht heeft bij het betreden van een markt (zie de punten 135 en 136 hierboven), en dus op haar investeringscriteria.

152 In dit verband moet worden opgemerkt dat de Commissie zich op een geheel van elementen moet baseren om te beoordelen of er potentiële concurrentie is. Daarbij mag zij de investeringsstrategieën van de betrokken ondernemingen niet buiten beschouwing laten. Dit geldt met name voor grote internationale concerns zoals Vodafone, die op basis van de beste rendementspercentages moeten kunnen beslissen tussen investeringsprojecten op verschillende

nationale markten. Bovendien moet worden vastgesteld dat uit de gegevens van verzoekster niet kan worden afgeleid dat de Commissie over aanwijzingen beschikte dat de cijfers die door de aanmeldende partij werden overgelegd, onjuist waren.

153 Bovendien moet worden benadrukt dat de toepasselijke wetgeving op het gebied van de controle op concentraties voorziet in verschillende maatregelen om de verstrekking van onjuiste of misleidende informatie tegen te gaan en te bestraffen. De partijen die een concentratie aanmelden zijn namelijk uitdrukkelijk verplicht om de Commissie volledig en naar waarheid in te lichten over de feiten en omstandigheden die relevant zijn voor het besluit over de verenigbaarheid [artikel 4, lid 1, en artikel 6, lid 2, van verordening (EG) nr. 802/2004 van de Commissie van 7 april 2004 tot uitvoering van verordening nr. 139/2004 (PB 2004, L 133, blz. 1, met rectificatie in PB 2004, L 172, blz. 9)], waarbij artikel 14 van verordening nr. 139/2004 sancties aan die verplichting verbindt. De Commissie kan het besluit houdende vaststelling van de verenigbaarheid overigens eveneens intrekken indien het berust op verkeerde informatie waarvoor een van de betrokken ondernemingen verantwoordelijk is of wanneer het met bedrog is verkregen [artikel 6, lid 3, onder a), en artikel 8, lid 6, onder a), van verordening nr. 139/2004] (arrest van 7 mei 2009, NVV e.a./Commissie, T-151/05, EU:T:2009:144, punt 185).

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

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

156 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster er niet in slaagt aan te tonen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door zich in het bestreden besluit op het standpunt te stellen dat het weinig waarschijnlijk was dat de partijen bij de concentratie zonder de concentratie hun activiteiten op de MDU-markt zouden uitbreiden naar het kabelgebied van de andere partij, zodat er tussen hen potentiële concurrentie bestond die door de transactie zou worden uitgeschakeld, wat een SBDM zou creëren.

4) Collectieve machtspositie als gevolg van stilzwijgende afspraken tussen de partijen bij de concentratie

157 Tot meerdere keren toe betoogt verzoekster dat indien de partijen bij de concentratie niet met elkaar concurreerden en nog nooit elkaars kabelnetwerken hadden gedupliceerd, dit kwam omdat zij zich door de stilzwijgende afspraken tussen hen in een collectieve machtspositie bevonden, waarnaar de Commissie onvoldoende onderzoek heeft gevoerd.

158 Verzoekster stelt dat het ontbreken van een actieve concurrentie tussen de partijen bij de concentratie niet betekent dat zij geen concurrenten waren, maar er veeleer op lijkt te wijzen dat zij een collectieve machtspositie hadden die het gevolg was van tussen hen bestaande stilzwijgende afspraken die erop gericht waren de Duitse markt onder hen te verdelen en te vermijden dat de indruk van een onderlinge concurrentieverhouding werd gewekt teneinde de – reeds lang geplande – concentratie gemakkelijker te laten goedkeuren. Ter onderbouwing van deze bewering verwijst verzoekster naar verschillende besluiten van het Bundeskartellamt, waarin volgens haar een collectieve machtspositie tussen de partijen is vastgesteld, en voert zij aan dat de MDU-markt alle kenmerken heeft van een markt met een collectieve machtspositie en er geen andere geloofwaardige verklaring is voor het ontbreken van enige actieve concurrentie tussen de partijen bij de concentratie.

159 De Commissie, daarin ondersteund door Vodafone, betwist verzoeksters argumenten.

160 In dit verband moet worden opgemerkt dat verzoekster niet stelt dat de transactie een collectieve machtspositie op de MDU-markt in het leven roept of versterkt die de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan op significante wijze belemmert, maar veeleer dat de partijen bij de concentratie vóór de transactie een collectieve machtspositie hadden ten gevolge van de stilzwijgende afspraken tussen hen.

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

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

163 Voor het geval dat verzoekster met haar argument daarentegen een collectieve machtspositie aan de kaak wil stellen, zij eraan herinnerd dat de Commissie in het bestreden besluit heeft geoordeeld dat de beweringen van derden dat de partijen bij de concentratie zich ten gevolge van tussen hen bestaande stilzwijgende afspraken in een collectieve machtspositie bevonden, niet werden bevestigd door het onderzoek van de interne documenten van deze partijen en werden weersproken door de bewijzen in het dossier over de onvoldoende rentabiliteit van de duplicatie van het kabelnetwerk van de andere partij (zie de voetnoten 534 en 566). Verzoeksters argumenten laten deze vaststelling van de Commissie onverlet.

164 Wat in de eerste plaats de beslissingen van de federale mededingingsautoriteit betreft, moet eraan worden herinnerd dat deze de Commissie niet kunnen binden.

165 Wat in de tweede plaats de MDU-markt betreft, die volgens verzoekster alle kenmerken vertoont van een markt met een collectieve machtspositie, dient te worden opgemerkt dat de meeste overeenkomsten op deze markt worden gesloten na onderhandelingen, oproepen tot mededinging of formele aanbestedingsprocedures op initiatief van de klanten (zie overweging 697 van het bestreden besluit), wat verzoekster niet betwist, met als gevolg dat het onwaarschijnlijk is dat deze markt voldoet aan de transparantievoorwaarde, een noodzakelijke voorwaarde opdat ondernemingen met een collectieve machtspositie hun gedrag op die markt kunnen afstemmen (zie in die zin arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 121).

166 Wat in de derde plaats verzoeksters bewering betreft dat alleen stilzwijgende afspraken tussen de partijen bij de concentratie het ontbreken van actieve concurrentie tussen hen konden verklaren, zij eraan herinnerd dat blijkens het onderzoek van de vorige grieven die verzoekster ter ondersteuning van het tweede onderdeel van het onderhavige middel aanvoert, de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat het ontbreken van concurrentie tussen die partijen hoofdzakelijk het gevolg was van het feit dat hun respectieve kabelafdrukken elkaar niet overlapten en dat het dupliceren van elkaars kabelnetwerken aanzienlijke infrastructuurkosten met zich zou meebrengen, waardoor niet was voldaan aan hun investeringscriteria. Bovendien moet worden vastgesteld dat verzoekster niets aandraagt dat die bewering kan staven.

167 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet aantoont dat de Commissie in het bestreden besluit kennelijk ten onrechte heeft geoordeeld dat de beweringen van derden over stilzwijgende afspraken tussen de partijen bij de concentratie ongegrond waren.

b) Kennelijke beoordelingsfouten in verband met de mededingingseffecten van de transactie op de MDU-markt

168 Verzoekster stelt dat, aangezien de partijen bij de concentratie vóór de transactie daadwerkelijke of potentiële concurrenten waren, de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de transactie geen enkele concentratiespecifieke wijziging zou teweegbrengen. De transactie veroorzaakt integendeel een concentratiespecifieke vergroting van de marktmacht van Vodafone en schakelt de concurrentiedruk tussen de partijen bij de concentratie uit. Verzoekster betoogt ook dat de transactie de concurrentiedruk die wordt uitgeoefend door de resterende concurrenten van de uit de concentratie ontstane entiteit verder vermindert.

1) Grotere marktmacht van de uit de concentratie ontstane entiteit en uitschakeling van de concurrentiedruk tussen de partijen

169 Verzoekster stelt dat na de transactie één enkele onderneming, te weten de uit de concentratie ontstane entiteit, de commerciële strategie en het prijsbeleid op het gehele Duitse grondgebied bepaalt, wat een concentratiespecifieke wijziging van de mededingingsvoorwaarden op de MDU-markt vormt, aangezien elk van de twee partijen vóór de transactie haar strategische beslissingen individueel nam, zonder met zekerheid het gedrag van de andere partij te kunnen voorspellen. Verzoekster voegt daaraan toe dat deze concurrentiedruk die tussen de partijen bestond, met de transactie definitief is weggevallen. Volgens haar volstaat een dergelijke wijziging in de mededingingsvoorwaarden op de markt om het bestaan van een SBDM aan te tonen en heeft de Commissie blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat die wijziging geen rechtstreeks en onmiddellijk gevolg van de transactie is.

170 De Commissie, ondersteund door Vodafone, betwist de argumenten van verzoekster.

171 In dit verband moet worden benadrukt dat verzoeksters argument dat de transactie een concentratiespecifieke vergroting van de marktmacht van Vodafone heeft gecreëerd en de concurrentiedruk tussen de partijen bij de concentratie heeft uitgeschakeld, steunt op de premisse dat die partijen vóór de transactie daadwerkelijke of op zijn minst potentiële concurrenten waren of dat er hoe dan ook stilzwijgende afspraken tussen hen bestonden.

172 Zoals uit het bovenstaande onderzoek van het tweede onderdeel van dit middel blijkt, heeft verzoekster echter niet aangetoond dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de partijen bij de concentratie geen daadwerkelijke of potentiële concurrenten op de MDU-markt waren. Bovendien zijn ook verzoeksters argumenten inzake vermeende stilzwijgende afspraken tussen hen vóór de concentratie om de hierboven in de punten 157 tot en met 167 uiteengezette redenen afgewezen.

173 Bijgevolg berust dit argument van verzoekster op een onjuiste premisse, en kan het dus niet worden aanvaard.

2) Vermindering van de door de resterende concurrenten uitgeoefende concurrentiedruk

174 Verzoekster betoogt dat de transactie ook de concurrentiedruk heeft verminderd die de resterende concurrenten van de partijen bij de concentratie op de MDU-markt uitoefenden, en dat dit voldoende is om een SBDM vast te stellen.

175 In de eerste plaats betoogt verzoekster dat het na de transactie Vodafone is en niet langer Unitymedia, die met name in het kabelgebied van deze laatste de commerciële strategie, waaronder het prijsstellingsbeleid, van de uit de concentratie ontstane entiteit ten aanzien van Tele Columbus – de sterkste concurrent van de partijen – en ten aanzien van de andere niveau-4-netwerkexploitanten bepaalt wat betreft de intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten. Na de transactie zijn deze operatoren dus, ook in het kabelgebied van Unitymedia, afhankelijk geworden van Vodafone, die erom bekend staat haar kleine concurrenten schade te willen berokkenen met economisch onrendabele voorwaarden, terwijl dat vóór de transactie niet het geval was.

176 In de tweede plaats voert verzoekster aan dat andere concurrenten (zoals zijzelf en kleinere lokale spelers) reeds vóór de transactie niet in staat waren grote concurrentiedruk op Unitymedia en Vodafone uit te oefenen, met name wegens het „Nebenkostenprivileg” (voorrecht voor bijkomende huurkosten), dat voordelig was voor kabelnetwerkoperatoren, aangezien woningcorporaties dankzij die regeling de kabeltelevisiedistributiekosten rechtstreeks aan hun huurders konden doorrekenen als bijkomende kosten, waardoor zij minder geneigd waren om van aanbieder te veranderen.

177 In de derde plaats betoogt verzoekster dat de grotere marktmacht van de uit de concentratie ontstane entiteit ten aanzien van de televisieomroepen impliceert dat die entiteit de mogelijkheid en de prikkel heeft verkregen om haar resterende concurrenten op het gebied van televisie-infrastructuur op de MDU-markt nog verder te verzwakken door hen (althans gedeeltelijk) uit te sluiten of door hun voorwaarden voor toegang tot televisiezenders of tot audiovisuele content, dan wel tot de specificiteit van deze zenders of tot audiovisuele content die uit mededingingsoogpunt van belang was, te verslechteren. De Commissie heeft echter geen rekening gehouden met deze mogelijke „gedeeltelijke afscherming” of met de gevolgen daarvan voor de mededingingssituatie op de MDU-markt.

178 De Commissie, ondersteund door Vodafone, betwist de argumenten van verzoekster.

179 Het is in dit verband juist dat wanneer de door concurrenten uitgeoefende concurrentiedruk aanzienlijk afneemt door een concentratie, dit een SBDM kan creëren.

180 In casu moet evenwel worden opgemerkt dat verzoekster uitdrukkelijk erkent dat de andere concurrenten op de MDU-markt, zoals zijzelf en kleinere lokale spelers, reeds vóór de transactie geen aanzienlijke concurrentiedruk op Unitymedia en Vodafone konden uitoefenen, met name wegens het „Nebenkostenprivileg” (voorrecht voor bijkomende huurkosten), dat volgens haar een belangrijke belemmering vormde voor toetreding tot en uitbreiding op die markt.

181 Bijgevolg oefenden de andere concurrenten, zoals verzoekster zelf toegeeft, vóór de transactie geen enkele concurrentiedruk uit op de partijen bij de concentratie. Het was dan ook onwaarschijnlijk dat deze transactie de door deze andere concurrenten uitgeoefende concurrentiedruk sterk kon verminderen en zodoende een SBDM kon creëren. Bijgevolg moet de onderhavige grief dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt in verband met de gevolgen van de transactie voor de mededinging op de MDU-markt door er geen rekening mee te houden dat de transactie de concurrentiedruk van de resterende concurrenten van de uit de concentratie ontstane entiteit nog meer zou doen afnemen, worden afgewezen.

182 Bovendien zijn verzoeksters argumenten nauwelijks te onderscheiden van de argumenten die zij in het derde middel aanvoert. Waar zij aanvoert dat de prikkels van de uit de concentratie ontstane entiteit op het gebied van prijsstelling en uitsluiting zijn gewijzigd ten aanzien van Tele Columbus en andere operatoren, beroept zij zich namelijk op niet-gecoördineerde verticale effecten door de verdringing van retailaanbieders van televisiesignaaltransmissiediensten aan MDU-klanten in Duitsland. Deze effecten zijn door de Commissie onderzocht in de overwegingen 1467 tot en met 1506 van het bestreden besluit, waartegen verzoekster opkomt met haar derde middel, dat hierna zal worden onderzocht.

183 Evenzo moet worden benadrukt dat de kwestie van de grotere marktmacht van de uit de concentratie ontstane entiteit op de wholesalemarkt voor televisiesignaaltransmissie in Duitsland en de gevolgen daarvan voor de televisieomroepen en de retailaanbieders van televisiediensten,

door de Commissie is behandeld in de overwegingen 1006 en volgende van het bestreden besluit, in een specifiek deel dat gaat over eventuele niet-gecoördineerde horizontale effecten van de transactie op de betrokken wholesalemarkt. Verzoekster betwist deze beoordelingen met haar vierde middel, dat hierna zal worden onderzocht.

184 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet aantoont dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door niet vast te stellen dat de transactie de door de andere concurrenten uitgeoefende concurrentie zou verminderen, hetgeen een SBDM zou opleveren.

3. Eerste onderdeel: onjuiste rechtsopvatting en schending van artikel 2, leden 2 en 3, van verordening nr. 139/2004

185 Verzoekster betoogt in wezen dat de Commissie artikel 2, leden 2 en 3, van verordening nr. 139/2004 heeft geschonden doordat zij niet heeft geoordeeld dat de nieuwe machtspositie van Vodafone op de MDU-markt een concentratiespecifieke structurele wijziging van de marktvoorwaarden meebracht, die een SBDM creëerde.

186 In de eerste plaats herinnert verzoekster eraan dat de Commissie in het bestreden besluit heeft geoordeeld dat de partijen bij de concentratie op de MDU-markt beide een machtspositie hadden in hun respectieve kabelgebieden. Verzoekster leidt hieruit af dat de samenvoeging van deze twee kabelgebieden, die samen heel Duitsland bestreken, de uit de concentratie ontstane entiteit onvermijdelijk een machtspositie op nationaal niveau verleende, die geen van de partijen bij de concentratie individueel hadden vóór de transactie, wat een zeer belangrijke structurele wijziging van de marktvoorwaarden vormt die specifiek is voor de concentratie, wat een SBDM creëert. Volgens verzoekster heeft de Commissie ten onrechte geoordeeld dat deze wijziging niet eigen was aan de concentratie, aangezien de partijen reeds vóór de transactie een machtspositie hadden in hun respectieve kabelgebieden.

187 In antwoord op een schriftelijk te beantwoorden vraag die het Gerecht heeft gesteld bij akte van 16 mei 2023 heeft verzoekster gepreciseerd dat het in het leven roepen of versterken van een machtspositie volgens haar op zich het standaardvoorbeeld van een SBDM is en dat, indien een machtspositie in het leven wordt geroepen of wordt versterkt, dit volstaat om te spreken van een SBDM. De Commissie heeft dus ten onrechte onderzocht of de concentratie ging leiden tot een concentratiespecifieke vermindering van de concurrentie tussen de partijen en tot concentratiespecifieke gevolgen voor de concurrenten, terwijl zij zich had moeten beperken tot de vaststelling dat de transactie door de fusie van twee spelers met een machtspositie op regionaal niveau, een nationale machtspositie in het leven zou roepen. De creatie van deze nationale machtspositie was wel degelijk eigen aan de concentratie en leverde een SBDM op, wat de Commissie had moeten zien.

188 In de tweede plaats betoogt verzoekster dat, zo de partijen bij de concentratie vóór de transactie als collectief dominant op de MDU-markt moesten worden beschouwd, de overgang van een collectieve machtspositie naar een individuele machtspositie ook een aanzienlijke structurele wijziging van de mededingingsvoorwaarden op die markt met zich meebracht, aangezien dit definitief elke mogelijkheid uitsloot om het collusie-evenwicht te doorbreken dat kenmerkend is voor een collectieve machtspositie, en dus om de mededingingssituatie op de markt te verbeteren.

189 In de derde plaats betoogt verzoekster dat de Commissie blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat om te kunnen spreken van een SBDM noodzakelijkerwijs moet worden vastgesteld dat de „aanzienlijke concurrentiedruk” die de partijen bij de

concentratie vóór de transactie op elkaar uitoefenden, is weggevallen. Volgens verzoekster blijkt uit overweging 25 van verordening nr. 139/2004 dat het wegvallen van „aanzienlijke concurrentiedruk" tussen de partijen bij de concentratie uitsluitend betrekking heeft op concentraties op oligopolistische markten en enkel vereist is voor een SBDM met niet-gecoördineerde effecten waarbij geen machtspositie in het leven wordt geroepen of wordt versterkt.

190 De Commissie, ondersteund door Vodafone, betwist de argumenten van verzoekster.

191 In dit verband moet er allereerst aan worden herinnerd dat volgens artikel 2, leden 2 en 3, van verordening nr. 139/2004 enkel concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze belemmeren, met name door een machtspositie in het leven te roepen of te versterken, onverenigbaar met de interne markt moeten worden verklaard. Uit de bewoordingen van deze bepalingen blijkt dat het essentiële criterium om de verenigbaarheid van een concentratie met de interne markt te onderzoeken, het ontstaan van een SBDM op die markt is. Het gebruik van het bijwoord „met name" geeft aan dat het in het leven roepen of versterken van een machtspositie een van de gevallen is waarin een SBDM kan worden vastgesteld.

192 Bovendien heeft het Gerecht reeds geoordeeld dat de omstandigheid dat een concentratie mededingingsbelemmerende gevolgen heeft, op zich niet toereikend is om die concentratie onverenigbaar met de interne markt te verklaren, zolang zij geen significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan meebrengt (zie in die zin en naar analogie arrest van 20 oktober 2021, Polskie Linie Lotnicze „LOT" /Commissie, T-296/18, EU:T:2021:724, punt 107).

193 Bijgevolg volstaat de omstandigheid dat een concentratie een machtspositie in het leven zou roepen of versterken, op zich niet voor de vaststelling dat die concentratie onverenigbaar is met de interne markt, indien zij de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan niet op significante wijze belemmert. Bijgevolg kan verzoeksters argument dat het in het leven roepen of versterken van een machtspositie volstaat om van een SBDM te kunnen spreken, niet slagen.

194 Vervolgens moet worden benadrukt dat verordening nr. 139/2004 tot doel heeft een effectieve controle in te voeren op alle concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan op significante wijze zouden belemmeren, met inbegrip van concentraties met niet-gecoördineerde effecten (arrest van 13 juli 2023, Commissie/CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, punten 109 en 113).

195 Daarnaast moet worden opgemerkt dat de Commissie op het gebied van concentratiecontrole een prospectieve analyse moet verrichten waarbij zij dient te onderzoeken welke veranderingen een dergelijke transactie kan teweegbrengen in de factoren die de mededingingssituatie op een bepaalde markt bepalen, om na te gaan of die veranderingen een SBDM zullen creëren (arrest van 15 februari 2005, Commissie/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punt 43; zie in die zin ook arrest van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punt 47).

196 Bijgevolg kan de Commissie niet worden verweten in casu een prospectieve analyse te hebben verricht van met name de niet-gecoördineerde horizontale effecten van de concentratie op de MDU-markt. Aangezien de Commissie bij deze analyse, zonder een kennelijke beoordelingsfout te

maken, heeft vastgesteld, zoals blijkt uit het hierboven verrichte onderzoek van het tweede onderdeel van het onderhavige middel, dat de concentratie de concurrentiedruk tussen de partijen niet zou wegnemen en evenmin de concurrentiedruk van de resterende concurrenten verder zou verminderen, heeft zij terecht geoordeeld dat er geen sprake was van een SBDM. De Commissie hoefde dus niet ook nog te onderzoeken of deze transactie een machtspositie in het leven zou roepen of zou versterken, met name omdat na de concentratie de gecombineerde kabelnetwerken van de partijen bij de concentratie het hele land zouden bestrijken.

197 Bovendien kan niet in abstracto worden geconcludeerd dat de omvang van het kabelnetwerk van de partijen bij de concentratie een bepalende factor kan zijn voor de toestand van de mededinging op de MDU-markt in de zin van de in punt 195 hierboven vermelde rechtspraak, en dat een wijziging daarvan een SBDM zou creëren. Bijgevolg leidt een – al dan niet concentratiespecifieke – geografische uitbreiding van het kabelnetwerk van de uit de concentratie ontstane entiteit op zich niet noodzakelijkerwijs tot een wijziging van een factor die bepalend is voor de toestand van de mededinging op de MDU-markt, en daardoor tot een SBDM.

198 In de tweede plaats blijkt uit de punten 163 tot en met 166 hierboven dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door zich in het bestreden besluit op het standpunt te stellen dat er geen enkele aanwijzing was dat de partijen bij de concentratie vóór de concentratie wegens tussen hen gemaakte stilzwijgende afspraken een collectieve machtspositie op de MDU-markt hadden, en dat de argumenten die verzoekster in dit verband aanvoerde niet het bewijs van het tegendeel vormden.

199 In de derde plaats faalt verzoeksters argument dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te verklaren dat de door een concentratie wegvallende concurrentiedruk „groot” moet zijn om een SBDM te kunnen creëren.

200 Uit het onderzoek van het tweede onderdeel van het onderhavige middel blijkt immers dat er vóór de concentratie géén concurrentiedruk tussen de partijen bij de concentratie bestond op de MDU-markt. Gesteld al dat de Commissie zich op het standpunt heeft gesteld dat enkel het wegvallen van „grote” concurrentiedruk eventueel een SBDM kon opleveren, kon dit bijgevolg de rechtmatigheid van het bestreden besluit niet aantasten.

201 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet aantoont dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting dan wel artikel 2, leden 2 en 3, van verordening nr. 139/2004 heeft geschonden, zodat het eerste onderdeel van het eerste middel moet worden afgewezen.

202 Uit een en ander volgt dat het eerste middel moet worden afgewezen.

C. Tweede middel: kennelijke beoordelingsfout wat betreft de concurrentieverhouding tussen de partijen bij de concentratie op de SDU-markt

203 Ter ondersteuning van haar tweede middel betoogt verzoekster dat de door de Commissie in het bestreden besluit verrichte analyse van de niet-gecoördineerde horizontale effecten van de concentratie op de SDU-markt blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en van kennelijke beoordelingsfouten.

1. Overwegingen vooraf

204 In deel VIII.C.2.5 van het bestreden besluit heeft de Commissie de niet-gecoördineerde horizontale effecten van de transactie op de SDU-markt onderzocht. Zoals in punt 19 hierboven is aangegeven, was de Commissie van mening dat de kwestie van de geografische afbakening van deze markt in het midden kon worden gelaten.

205 Na in de overwegingen 843 tot en met 848 van het bestreden besluit enkele specifieke kenmerken van de SDU-markt te hebben toegelicht, heeft de Commissie in de overwegingen 849 tot en met 859 van dat besluit de marktaandelen van de partijen bij de concentratie op nationaal niveau en op het niveau van hun respectieve kabelgebieden alsook de concentratieniveaus van de SDU-markt onderzocht, alvorens in de overwegingen 860 tot en met 862 van dat besluit tot de slotsom te komen dat, hoewel deze markt zeer geconcentreerd was, de transactie geen aanleiding zou geven tot enige concentratiespecifieke wijziging (*merger-specific change*), aangezien de partijen op deze markt slechts in zeer beperkte mate met elkaar concurreerden en hun activiteiten elkaar niet aanzienlijk overlapten.

206 Vervolgens heeft de Commissie in de overwegingen 863 tot en met 885 van het bestreden besluit de door de partijen uitgeoefende concurrentiedruk onderzocht die door de transactie zou wegvallen en hoe die druk waarschijnlijk zou evolueren zonder de transactie.

207 In verband met Vodafone heeft de Commissie eraan herinnerd dat zij, wat de retaillevering van televisiesignaaltransmissiediensten aan MDU-klanten betreft, tot de conclusie was gekomen dat het bewijs in het dossier geen steun bood voor de beweringen van derden over het wegvallen van potentiële concurrentie van betrokkene. Zij heeft benadrukt dat de gegevens in het dossier erop wezen dat de IPTV- en OTT-producten van Vodafone een zeer beperkte plaats innamen op de SDU-markt. Zij heeft daaruit afgeleid dat Vodafone geen belangrijke speler was in het kabelgebied van Unitymedia en dat noch haar IPTV-aanbod noch haar nieuwe OTT-platform concurrentiedruk op Unitymedia zette (zie de overwegingen 865-880 van het bestreden besluit).

208 In verband met Unitymedia heeft de Commissie onderstreept dat, ongeacht de afbakening van de markt, het marktaandeel van deze uitsluitend het gevolg was van haar positie in haar kabelgebied. Verder heeft de Commissie eraan herinnerd dat zij, wat de retaillevering van televisiesignaaltransmissiediensten aan MDU-klanten betreft, tot de conclusie was gekomen dat het bewijs in het dossier geen steun bood voor de beweringen van derden over het wegvallen van potentiële concurrentie van betrokkene (zie de overwegingen 881-885 van het bestreden besluit).

209 In de overwegingen 886 tot en met 896 van het bestreden besluit heeft de Commissie de wederzijdse concurrentiedruk van de partijen geanalyseerd en is zij tot de conclusie gekomen dat zij noch directe daadwerkelijke concurrenten (zie de overwegingen 887-891) noch indirecte daadwerkelijke concurrenten (zie de overwegingen 892-896) waren.

210 Met betrekking tot de directe concurrentie heeft de Commissie erop gewezen dat de partijen bij de concentratie bijna uitsluitend binnen hun respectieve kabelgebieden televisiesignaaltransmissiediensten op retailniveau aan SDU-klanten aanboden, en dat die gebieden elkaar niet overlapten. Hoewel de Commissie in het kabelgebied van Unitymedia een beperkte overlapping van IPTV- en OTT-producten van Vodafone heeft vastgesteld, was zij niettemin van mening dat de transactie geen significante directe concurrentie tussen de partijen bij de concentratie zou doen verdwijnen. De Commissie is tot deze vaststelling gekomen rekening houdende met, ten eerste, het beperkte marktaandeel van Vodafone in dat gebied, ten

tweede, het feit dat die partijen geen naaste concurrenten waren aangezien zij verschillende transmissietechnologieën gebruikten en, ten derde, het feit dat de IPTV- en OTT-producten van Vodafone niet enig in hun soort waren, met als gevolg dat zij gemakkelijk konden worden vervangen door andere producten.

211 Met betrekking tot de indirecte concurrentie heeft de Commissie uitgelegd dat de interne documenten over de markt voor vaste internettoegang die zij had opgespoord en die suggereerden dat de partijen zich met elkaar vergeleken, tot op zekere hoogte ook betrekking hadden op de SDU-markt. Op basis van de door de partijen verstrekte toelichtingen was de Commissie echter van mening dat deze documenten niet aantoonden dat er vergelijkende analysen (*benchmarking*) hadden plaatsgevonden die verder gingen dan eenvoudige commerciële vergelijkende analysen om de beste praktijken in de sector te monitoren en eventueel te imiteren. Vervolgens heeft de Commissie onderstreept dat uit de retailprijsanalyse niet bleek dat Vodafone en Unitymedia elkaar indirect onder druk zetten via een sequentieel prijsbepalingsmechanisme waarbij prijswijzigingen van de ene onderneming worden overgezet op het kabelgebied van de andere na een aanpassing van hun prijzen door de concurrenten die actief zijn op nationaal niveau.

212 Tot slot heeft de Commissie in de overwegingen 897 tot en met 903 van het bestreden besluit de concurrentiedruk onderzocht die wordt uitgeoefend door de op de SDU-markt resterende concurrenten en meer in het bijzonder door verzoekster, Tele Columbus, de stedelijke operatoren (*city carriers*) zoals NetCologne en de operatoren van satellietdiensten, en heeft zij geoordeeld dat deze vele concurrenten na de concentratie actief zouden blijven op die markt. De Commissie heeft tevens vastgesteld dat uit de bewijzen in het dossier bleek dat de op deze markt gevestigde concurrenten te kampen hadden met toenemende concurrentiedruk van nieuwe operatoren en talrijke aanbieders van OTT-televisiediensten, en zij heeft geoordeeld dat de transactie de door de concurrenten uitgeoefende concurrentie niet zou afzwakken.

213 Bijgevolg is de Commissie tot de conclusie gekomen dat die transactie geen enkele SBDM op de SDU-markt zou creëren als gevolg van niet-gecoördineerde horizontale effecten (zie overweging 907 van het bestreden besluit).

214 In casu kan verzoeksters betoog ter ondersteuning van het onderhavige middel, betreffende dit door de Commissie in het bestreden besluit verrichte onderzoek van de niet-gecoördineerde horizontale effecten van de concentratie op de SDU-markt, worden onderverdeeld in drie onderdelen: 1) onjuiste rechtsopvatting en een kennelijke beoordelingsfout omdat de Commissie niet heeft geoordeeld dat de concentratie een machtspositie en dientengevolge een SBDM zou creëren; 2) kennelijke beoordelingsfout omdat de Commissie in het bestreden besluit niet heeft geoordeeld dat de transactie de daadwerkelijke en potentiële concurrentie tussen de partijen bij de concentratie zou uitschakelen, en 3) kennelijke beoordelingsfout omdat de Commissie niet heeft geoordeeld dat de transactie de resterende concurrenten zou verzwakken.

2. Eerste onderdeel: onjuiste rechtsopvatting en kennelijke beoordelingsfout omdat de Commissie niet heeft geoordeeld dat de transactie een machtspositie en dientengevolge een SBDM zou creëren

215 Verzoekster betoogt dat indien de relevante markt in die zin wordt opgevat dat zij uitsluitend kabeltelevisie en IPTV omvat, de transactie leidt tot zeer grote gecombineerde marktaandelen, zowel op nationaal niveau als in het kabelgebied van Unitymedia, die wijzen op een machtspositie. Gezien de zeer sterke positie van de uit de concentratie ontstane entiteit, zou alleen al het wegvallen van een kleine overlapping een SBDM kunnen creëren.

216 De Commissie betwist verzoeksters argumenten.

217 In dit verband zij eraan herinnerd dat een concentratie die een machtspositie in het leven roept of versterkt, niet automatisch leidt tot een SBDM, zoals blijkt uit artikel 2, leden 2 en 3, van verordening nr. 139/2004.

218 Ten eerste toont verzoekster niet aan in welk opzicht de concentratie, ingeval zij zou leiden tot een nationale machtspositie op de SDU-markt of tot een versterking van een machtspositie op de SDU-markt die zich beperkt tot het kabelgebied van Unitymedia, een SBDM zou creëren.

219 Ten tweede spreekt verzoekster alleen van „zeer grote gecombineerde marktaandelen" en leidt zij daaruit af dat „deze gecombineerde marktaandelen als zodanig wijzen op een machtspositie van de uit de concentratie ontstane entiteit" op de SDU-markt. Anders dan wordt beweerd, zijn deze marktaandelen echter niet voldoende om aan te tonen dat de uit de concentratie ontstane entiteit na deze transactie een machtspositie zou hebben.

220 Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat uit tabel nr. 20 – die wordt weergegeven in overweging 850 van het bestreden besluit en waarvan verzoekster de inhoud niet betwist – blijkt dat, wanneer de nationale SDU-markt in die zin wordt opgevat dat deze kabel, IPTV, satelliet en terrestrische televisie (DVB-T) omvat, de partijen bij de concentratie vóór de transactie elk een marktaandeel van [10-20] % hadden en na de transactie samen een gecombineerd marktaandeel van [20-30] % zouden hebben, en dat wanneer de nationale SDU-markt in die zin wordt opgevat dat zij enkel kabel en IPTV omvat, die partijen vóór de transactie elk een marktaandeel van [20-30] % hadden en daarna een gecombineerd marktaandeel van [40-50] % zouden hebben. Dergelijke marktaandelen kunnen als zodanig niet impliceren dat de concentratie een machtspositie in het leven roept of versterkt.

221 Daarnaast moet ook worden opgemerkt dat de Commissie had vastgesteld dat de uit de concentratie ontstane entiteit grote concurrentie zou ondervinden, met name van verzoekster en Tele Columbus, aangezien deze twee operatoren aanzienlijke marktaandelen hadden op de SDU-markt – ongeacht of deze nationaal dan wel beperkt tot Unitymedia's kabelnetwerk was – hetgeen verzoekster niet betwist, en dat die entiteit zich op deze markt dus niet zou kunnen gedragen met de onafhankelijkheid die kenmerkend is voor een machtspositie, omdat haar SDU-klanten zich anders tot die twee concurrenten, tot stedelijke operatoren of zelfs tot aanbieders van satellietdiensten zouden wenden.

222 Aangezien de Commissie dus geen enkele fout heeft gemaakt wat betreft het feit dat de transactie geen machtspositie op de SDU-markt zou creëren, is de premisse waarop verzoekster steunt waar zij tracht aan te tonen dat er sprake was van een SBDM (zie punt 215 hierboven), onjuist.

223 Uit het voorgaande volgt dat het eerste onderdeel van het tweede middel voldoende begrijpelijk en dus ontvankelijk is, anders dan de Commissie betoogt, maar dat verzoekster niet aantoont dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting of van een kennelijke beoordelingsfout door niet te besluiten dat de transactie een machtspositie en dientengevolge een SBDM op de SDU-markt zou creëren, zodat dit onderdeel ongegrond is.

3. Tweede onderdeel: kennelijke beoordelingsfout omdat de Commissie niet heeft geoordeeld dat de transactie de daadwerkelijke en potentiële concurrentie tussen de partijen bij de concentratie zou uitschakelen

224 Verzoekster betoogt dat, om dezelfde redenen als die welke zij in verband met de MDU-markt heeft uiteengezet, het standpunt van de Commissie dat de concentratie de daadwerkelijke (directe of indirecte) of potentiële concurrentie tussen de partijen bij de concentratie op de SDU-markt niet zou verminderen, blijk geeft van onjuiste rechtsopvattingen en kennelijke beoordelingsfouten.

225 In het bijzonder betwist verzoekster in de eerste plaats de stelling van de Commissie dat de vergelijkende analysen tussen de partijen bij de concentratie geen indirecte concurrentieverhouding aantonen en niet verder gaan dan „eenvoudige commerciële vergelijkende analysen om de beste praktijken in de sector te monitoren en eventueel te imiteren”. Volgens haar heeft de Commissie niet onderzocht in welk opzicht „eenvoudige commerciële vergelijkingen” niet zouden volstaan om het bestaan van een relevante daadwerkelijke concurrentie tussen de partijen bij de concentratie vóór de concentratie te vormen, met name wanneer wordt aangenomen dat er een (op zijn minst beperkte) directe concurrentie tussen hen was op de SDU-markt.

226 Verzoekster betoogt in de tweede plaats dat de Commissie niet uitlegt waarom een indirecte concurrentiedruk tussen de partijen bij de concentratie als gevolg van de transmissie van prijswijzigingen via nationale spelers, zoals Tele Columbus of verzoekster, een „sequentieel prijsbepalingsmechanisme” zou vereisen, of waarom dit mechanisme zou vereisen dat „wijzigingen in prijscomponenten” „systematisch door Vodafone of Unitymedia worden geïnitieerd, voldoende dicht in de tijd en in dezelfde volgorde”. Het enkele feit dat Tele Columbus en verzoekster een uniform nationaal prijsbeleid voeren en met de twee partijen bij de concentratie concurreren in hun respectieve kabelgebieden, volstaat volgens verzoekster om een indirecte concurrentie tussen de partijen bij de concentratie te kunnen vaststellen.

227 In de derde plaats betwist verzoekster de stelling van de Commissie in overweging 890 van het bestreden besluit dat Vodafone en Unitymedia geen naaste concurrenten zijn omdat zij verschillende technologieën gebruiken. Volgens haar is deze stelling in tegenspraak met de beoordeling door de Commissie van de positie van Vodafone op de markt voor vaste internettoegang, op basis waarvan zij tot een SBDM heeft besloten met name omdat er sterke concurrentiedruk tussen de partijen werd uitgeschakeld, en dit ondanks het gebruik van diezelfde verschillende technologieën, te weten kabel (Unitymedia) en DSL-technologie (Vodafone). Verzoekster voegt daaraan toe dat Vodafone 800 000 breedband-DSL-klanten in het kabelgebied van Unitymedia telde en dat al deze DSL-abonnees op korte termijn en zonder aanzienlijke investeringen hadden kunnen worden bediend dankzij het IPTV-aanbod van Vodafone. Verzoekster leidt daaruit af dat Vodafone op zijn minst de mogelijkheid had om haar IPTV-klantenbestand snel en aanzienlijk te vergroten in het kabelgebied van Unitymedia.

228 De Commissie, daarin ondersteund door Vodafone, betwist verzoeksters argumenten.

229 In dit verband zij eraan herinnerd dat verzoeksters argumenten inzake onjuiste rechtsopvattingen en kennelijke beoordelingsfouten die zij in het kader van haar eerste middel – over de MDU-markt – heeft aangevoerd, zijn afgewezen (zie de punten 72-90 hierboven wat betreft de directe concurrentie, de punten 91-116 hierboven wat betreft de indirecte concurrentie en de punten 117-156 hierboven wat betreft de potentiële concurrentie). Verzoekster kan ter ondersteuning van het tweede onderdeel van haar tweede middel dus niet op goede gronden naar die argumenten verwijzen.

230 Met betrekking tot de specifieke argumenten die zij in het tweede onderdeel van dit middel aanvoert, moet het volgende worden overwogen.

231 Aangaande in de eerste plaats het feit dat de partijen bij de concentratie elkaars activiteiten in het oog hielden en elkaars productaanbod vergeleken, moet worden opgemerkt dat de Commissie erop heeft gewezen dat dit soort vergelijkende analysen niet verder gingen dan „eenvoudige commerciële vergelijkende analysen om de beste praktijken in de sector te monitoren en eventueel te imiteren" en dat deze vorm van vergelijking, waarbij marktprestaties of beste praktijken uit de sector – inclusief uit andere lidstaten of derde landen – werden geanalyseerd, op zich niet de minste concurrentiedruk tussen twee ondernemingen kon opleveren waarvan het wegvallen, als gevolg van een concentratie, een SBDM zou kunnen creëren. Zoals de Commissie terecht aangeeft, betekent het feit dat een Europese kabelexploitant de beste praktijken van een zeer succesvolle Amerikaanse kabelexploitant volgt of zelfs imiteert, niet dat deze twee exploitanten daadwerkelijke concurrenten zijn, ook niet indirect.

232 Bovendien heeft de Commissie in antwoord op een vraag van het Gerecht verklaard dat er in casu geen bewijs was dat deze vergelijkende analysen bedoeld waren om de commerciële beslissingen te sturen van de partij die ze uitvoerde, als reactie op het commerciële gedrag van de andere partij, of dat zij daadwerkelijk enige impact hadden gehad op de commerciële strategieën van de partijen. Uit overweging 894 van het bestreden besluit – waarvan verzoekster de inhoud niet betwist – blijkt trouwens dat de documenten in kwestie afkomstig waren van de teams die verantwoordelijk waren voor public relations, communicatie en investeerdersrelaties, en dus geen invloed hadden op de commerciële strategie van de partijen.

233 Bijgevolg moet de eerste grief die verzoekster ter ondersteuning van het tweede onderdeel van het onderhavige middel aanvoert, worden afgewezen.

234 Wat in de tweede plaats verzoeksters argumenten in verband met het sequentieel prijsbepalingsmechanisme betreft, moet worden opgemerkt dat de Commissie niet kan worden verweten te hebben onderzocht of de partijen bij de concentratie hun prijzen in casu zodanig bepaalden dat daaruit een indirecte concurrentieverhouding tussen hen kon blijken.

235 Zoals uit het onderzoek van het eerste onderdeel van het onderhavige middel blijkt, beschikte de Commissie immers over onvoldoende bewijs dat de partijen bij de concentratie elkaars aanbiedingen in die mate monitorden en vergeleken dat deze vergelijkingen een impact hadden op hun commerciële strategie. In deze context kon aan de hand van een onderzoek naar een eventueel transmissiemechanisme in de vorm van een sequentiële prijsbepaling worden nagegaan of er desondanks toch een verband tussen de tariefpraktijken van de partijen en dus een indirecte concurrentiedruk tussen hen bestond.

236 In dit verband levert verzoekster geen argumenten voor haar stelling dat de indirecte concurrentiedruk tussen de partijen bij de concentratie reeds voortvloeide uit het feit dat Tele Columbus en zijzelf een uniform nationaal prijsbeleid voerden en in hun kabelgebieden concurreerden met de twee partijen bij de concentratie. Mocht dit wel het geval geweest zijn, dan zou een prijswijziging bij een van de partijen bij de concentratie trouwens, door een reactie van Tele Columbus of verzoekster daarop, leiden tot een prijswijziging bij de andere partij. Dit is nu precies wat de Commissie heeft onderzocht, doch niet heeft gevonden, in haar onderzoek naar het bestaan van een sequentieel prijsbepalingsmechanisme, zoals uit overweging 896 van het bestreden besluit blijkt.

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

238 Wat in de derde plaats de – door verzoekster betwiste – bewering van de Commissie in overweging 890 van het bestreden besluit betreft dat Vodafone en Unitymedia geen naaste concurrenten waren omdat zij verschillende technologieën gebruikten, moet om te beginnen worden opgemerkt dat er geen sprake is van de vermeende tegenstrijdigheid tussen deze bewering en de beoordeling door de Commissie van de positie van Vodafone op de markt voor vaste internettoegang.

239 Een vergelijkende analyse van de motivering in het bestreden besluit wat de markt voor vaste internettoegang betreft en de motivering daarin wat de SDU-markt betreft, toont namelijk aan dat Vodafone zich in een andere situatie bevond op die markten.

240 Met betrekking tot de markt voor vaste internettoegang blijkt uit overweging 413 van het bestreden besluit dat Vodafone een niet te verwaarlozen aandeel van [5-10] % in het kabelgebied van Unitymedia had. Bovendien blijkt uit overweging 417 van dat besluit dat de Commissie had geconstateerd dat Vodafone's klantenbestand in die zone volop groeide. Tot slot heeft de Commissie, in verband met het aanbod van vaste internettoegang met DSL-technologie in het kabelgebied van Unitymedia, in overweging 454 van het bestreden besluit vastgesteld dat Vodafone dankzij haar bijzondere situatie en meer bepaald haar specifieke activa in staat was geweest om competitiever te zijn dan de andere aanbieders van toegang die op basis van wholesaletoegang werkten. Hieruit volgt dat de Commissie verschillende bewijzen had dat Vodafone op de markt voor vaste internettoegang een belangrijke positie bekleedde in het kabelgebied van Unitymedia.

241 Ter vergelijking: voor de SDU-markt blijkt uit tabel nr. 21, die is weergegeven in overweging 853 van het bestreden besluit, dat de overlapping tussen de activiteiten van Vodafone en Unitymedia in het kabelgebied van Unitymedia verwaarloosbaar was, aangezien het marktaandeel van Vodafone daar nagenoeg nihil was (of deze markt nu beperkt was tot kabel en IPTV dan wel ook satelliet en terrestrische televisie omvatte), zoals de Commissie in de loop van de procedure bij het Gerecht heeft verduidelijkt. Voorts blijkt uit de eerste zin van overweging 873 van het bestreden besluit, die de Commissie openbaar heeft gemaakt krachtens de beschikking van 30 maart 2023, dat die instelling had opgemerkt dat het aantal IPTV-abonnees van Vodafone in het kabelgebied van Unitymedia in de twee jaar vóór de transactie was gedaald.

242 Hieruit volgt dat de positie van Vodafone op deze twee markten verschillend was, met als gevolg dat de Commissie op goede gronden, zonder zichzelf tegen te spreken, de SDU-markt anders heeft beoordeeld dan de markt voor vaste internettoegang, en tot de conclusie is gekomen dat er op

laatstgenoemde markt sprake was van een SBDM, met name wegens het wegvallen van aanzienlijke concurrentiedruk tussen de partijen, ondanks het gebruik van dezelfde verschillende technologieën.

243 Wat ten slotte verzoeksters stelling betreft dat Vodafone haar breedband-DSL-klanten in het kabelgebied van Unitymedia had kunnen converteren naar IPTV-klanten, blijkt uit de eerste zin van overweging 874 van het bestreden besluit, die de Commissie openbaar heeft gemaakt krachtens de beschikking van 30 maart 2023, dat Vodafone in maart 2019 ermee is opgehouden haar IPTV-product dat gebruikmaakt van de DSL-technologie te verkopen aan nieuwe klanten, wat verzoekster niet betwist. De Commissie heeft dus geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt door bij haar onderzoek van het bestaan van door Vodafone uitgeoefende potentiële concurrentie in het kabelgebied van Unitymedia op de SDU-markt geen rekening te houden met de door verzoekster aangevoerde mogelijkheid dat Vodafone haar DSL-klanten converteert naar SDU-klanten.

244 Bijgevolg moet verzoeksters derde grief ter ondersteuning van het tweede onderdeel van het onderhavige middel worden afgewezen.

245 Uit het voorgaande volgt dat verzoekster niet aantoont dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door niet te oordelen dat de concentratie de daadwerkelijke en potentiële concurrentie tussen de partijen bij de concentratie op de SDU-markt zou uitschakelen, zodat het tweede onderdeel van het tweede middel dient te worden afgewezen.

4. Derde onderdeel: kennelijke beoordelingsfout omdat de Commissie niet heeft geoordeeld dat de transactie de resterende concurrenten zou verzwakken

246 Onder verwijzing naar haar eerste, derde en vierde middel verwijt verzoekster de Commissie geen rekening te hebben gehouden met het feit dat de enorme marktmacht van de uit de concentratie ontstane entiteit ten aanzien van de televisieomroepen op de wholesaletelevisiemarkten, de concurrentiedruk die uitging van de resterende concurrenten verder zou verminderen, wat volgens haar moest volstaan om een SBDM op de SDU-markt vast te stellen.

247 Volgens verzoekster zou de verslechtering van de mededingingsvoorwaarden nog meer spelers treffen dan op de MDU-markt, aangezien er op de SDU-markt meer concurrenten actief waren, die alle zouden worden geconfronteerd met een nieuwe entiteit die de mogelijkheid en de intentie had om met televisiezenders/contentaanbieders overeenkomsten voor volledige of gedeeltelijke exclusiviteit te sluiten en om concurrenten minder toegang te geven tot de bovenwaartse wholesaletelevisiemarkten.

248 De Commissie betwist de argumenten van verzoekster.

249 In dit verband voert verzoekster, om de verminderde concurrentiedruk aan te tonen die uitgaat van de resterende concurrenten op de SDU-markt, hetzelfde argument aan als het argument dat zij in haar eerste middel met betrekking tot de MDU-markt heeft aangevoerd, en waarop zij zich overigens ook ter ondersteuning van het derde onderdeel van het onderhavige middel beroept. Dit argument is evenwel afgewezen om de in de punten 174 tot en met 184 hierboven uiteengezette redenen en met name omdat de kleinere concurrenten, zoals verzoekster toegeeft, reeds vóór de concentratie niet in staat waren om concurrentiedruk op de partijen bij de concentratie uit te oefenen, zodat dit derde onderdeel niet kan slagen.

250 Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat verzoekster niet opkomt tegen de vaststelling van de Commissie in de punten 897 tot en met 901 van het bestreden besluit dat talrijke concurrenten, zoals verzoekster, Tele Columbus en verschillende stedelijke operatoren (*city carriers*) en zelfs operatoren van satellietdiensten, na de concentratie actief zouden blijven op de SDU-markt, en zij evenmin betwist dat er op deze markt een groeiende concurrentiedruk is vanwege nieuwe operatoren en talrijke OTT-televisiedienstenaanbieders (zie overweging 903), wat de Commissie heeft doen besluiten dat de concentratie de concurrentiedruk van de resterende concurrenten op de SDU-markt niet zou verminderen.

251 Verzoekster toont dus niet aan dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de concentratie de concurrentiedruk die wordt uitgeoefend door de concurrenten van de partijen bij de concentratie niet zou verminderen op de SDU-markt, zodat het derde onderdeel van het tweede middel moet worden afgewezen.

252 Uit het voorgaande volgt dat het tweede middel moet worden afgewezen.

D. Derde middel: kennelijke beoordelingsfout met betrekking tot de verticale effecten van de transactie op de intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten

253 Ter ondersteuning van haar derde middel betoogt verzoekster dat de analyse die de Commissie in het bestreden besluit heeft verricht van de verticale effecten van de transactie op de intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten blijk geeft van kennelijke beoordelingsfouten.

1. Overwegingen vooraf

254 Zoals in punt 35 hierboven is uiteengezet, leveren niveau-3-netwerkoperatoren, zoals Vodafone en Unitymedia, op de intermediaire markt televisiesignalen via wholesaletoegang aan netwerkexploitanten van niveau-4-netwerkoperatoren, zoals Tele Columbus, om laatstgenoemde in staat te stellen televisiesignaaltransmissiediensten op detailhandelsniveau aan te bieden aan met name MDU-klanten.

255 De Commissie heeft in het bestreden besluit in antwoord op klachten die zij in dit verband had ontvangen de verticale effecten van de concentratie geanalyseerd en met name onderzocht of het waarschijnlijk was dat deze operatoren door de uit de concentratie ontstane entiteit zouden worden uitgesloten wegens slechtere voorwaarden op de bovenwaartse intermediaire markt in het kabelgebied van Unitymedia (zie de overwegingen 1476-1506).

256 Vooraf heeft de Commissie in overweging 1476 van het bestreden besluit allereerst opgemerkt dat de concentratie geen enkele nieuwe verticale band zou creëren tussen de bovenwaartse intermediaire markt en de benedenwaartse MDU-markt, aangezien zowel Vodafone als Unitymedia in hun respectieve kabelgebieden reeds actief waren op deze twee markten. De Commissie was dan ook van mening dat de concentratie geen specifieke verandering in de structuur van de betrokken markten zou teweegbrengen, noch bovenwaarts noch benedenwaarts. Zij heeft ook uitgelegd dat, aangezien Tele Columbus de enige belangrijke concurrent was die zich op de intermediaire markt bevoorraadde bij de partijen bij de concentratie, zij haar analyse had toegespitst op de waarschijnlijke effecten, op de door deze operator uitgeoefende concurrentiedruk, van een verslechtering van haar commerciële voorwaarden (zie de overwegingen 1478-1480).

257 Wat vervolgens ten eerste de mogelijkheid van de uit de concentratie ontstane entiteit betreft om Tele Columbus uit te sluiten, is de Commissie nagegaan of deze entiteit technisch in staat zou zijn om Tele Columbus wholesaletoegang te ontzeggen of om de voorwaarden voor die toegang tot de intermediaire markt voor Tele Columbus te verslechteren (zie de overwegingen 1483-1491 van het bestreden besluit).

258 In dit verband heeft de Commissie erop gewezen dat er een kaderovereenkomst tussen Unitymedia en Tele Columbus bestond waarin was bepaald dat Tele Columbus op middellange termijn contractueel werd beschermd voor een deel van zijn klanten die dankzij de door Unitymedia geleverde intermediaire signalen werden bediend. De Commissie heeft hieruit afgeleid dat de uit de concentratie ontstane entiteit de commerciële voorwaarden voor de intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten van Tele Columbus slechts voor een gedeelte van haar MDU-klanten in het kabelgebied van Unitymedia zou kunnen verslechteren.

259 De Commissie heeft daar vervolgens aan toegevoegd dat indien de uit de concentratie ontstane entiteit over de technische mogelijkheid wilde beschikken om Tele Columbus te verdrijven van de MDU-markt, zij een grote marktmacht op de bovenwaartse intermediaire markt moest hebben. Gezien het beperkt aantal geloofwaardige alternatieven dat op deze markt beschikbaar was, meende de Commissie dat dit het geval zou zijn na de concentratie, maar dat dit ook al het geval was vóór die transactie, aangezien Unitymedia in haar kabelgebied al een grote marktmacht had ten opzichte van Tele Columbus. De Commissie heeft daaruit afgeleid dat de concentratie daar niets aan zou wijzigen en dat de transactie dus geen enkele impact zou hebben op de mogelijkheid van de uit de concentratie ontstane entiteit om de niveau-4-netwerkoperatoren te verdrijven in de kabelgebieden van de partijen bij de concentratie.

260 Wat ten tweede het belang van de uit de concentratie ontstane entiteit betreft om Tele Columbus te verdrijven van de markt, is de Commissie nagegaan of deze transactie een stimulerend effect op die entiteit zou kunnen hebben om haar voorwaarden voor toegang tot haar niveau-3-netwerk, die volgens Tele Columbus minder gunstig waren dan die van Unitymedia, ook in het kabelgebied van deze laatste toe te passen (zie de overwegingen 1492-1496 van het bestreden besluit).

261 In deze context was de Commissie van mening dat, zelfs indien de toegangsvoorwaarden van Vodafone als minder gunstig moesten worden beschouwd en de uit de concentratie ontstane entiteit na die transactie in de verleiding zou komen om deze toe te passen in het kabelgebied van Unitymedia, een dergelijke wijziging in de commerciële strategie van die entiteit geenszins het gevolg zou zijn van een door de concentratie veroorzaakte wijziging in de marktstructuur. De Commissie heeft in het bestreden besluit met andere woorden geoordeeld dat een eventuele verslechtering van de voorwaarden voor toegang tot haar niveau-3-netwerk die de uit de concentratie ontstane entiteit aanbiedt aan de niveau-4-netwerkoperatoren, gewoon het gevolg zou zijn van een wijziging in de commerciële aanpak van die entiteit, waartoe ook heel goed los van de concentratie kon worden overgegaan en die dus niet concentratie-specifiek zou zijn.

262 De Commissie heeft daaruit afgeleid dat de uit de concentratie ontstane entiteit er geen belang bij had om Tele Columbus via de concentratie te verdrijven van de MDU-markt.

263 Ten derde heeft de Commissie de mededingingsgevolgen onderzocht van het scenario waarin Vodafone na de concentratie de mogelijkheid en een belang zou hebben om zijn beweerdelijk minder gunstige voorwaarden op de intermediaire markt uit te breiden naar het kabelgebied van Unitymedia, en is zij om de volgende redenen tot de conclusie gekomen dat dergelijke gevolgen beperkt zouden zijn (zie de overwegingen 1497-1505 van het bestreden besluit).

264 Om te beginnen is zij tot die conclusie gekomen omdat zij vaststelde dat de verzwakking van Tele Columbus in het kabelgebied van Unitymedia geen invloed zou hebben op de hoofdactiviteit van deze operator, te weten het op retailniveau aanbieden van televisiesignaaltransmissiediensten op de MDU-markt via haar eigen niveau-3-netwerk, dat grotendeels in het kabelgebied van Vodafone ligt (zie overweging 1501 van het bestreden besluit).

265 Vervolgens heeft de Commissie ook geoordeeld dat Tele Columbus in het kabelgebied van Unitymedia geen grote concurrentiedruk op de MDU-markt uitoefende. Zij heeft namelijk geconstateerd dat Tele Columbus niet kon deelnemen aan aanbestedingen van MDU-klanten die updates van het niveau-3-netwerk vereisten, dat het desbetreffende marktaandeel van Tele Columbus slechts [0-5] % bedroeg en dat Tele Columbus niet had deelgenomen aan een groot aantal aanbestedingen in het kabelgebied van Unitymedia. De Commissie heeft daaruit afgeleid dat een afscherming van Tele Columbus slechts voor zeer weinig bestaande of nieuwe opportuniteiten negatieve gevolgen kon hebben. Zelfs indien de toegang van Tele Columbus tot de voorzieningsbronnen in het kabelgebied van Unitymedia zou worden afgeschermd, zou deze afscherming volgens de Commissie hoe dan ook alleen gevolgen hebben voor haar activiteiten van wederverkoper van het product van Unitymedia, wat geen grote concurrentiebeperking zou creëren (zie de overwegingen 1502 en 1503 van het bestreden besluit).

266 Tot slot heeft de Commissie uitgelegd dat Tele Columbus haar niveau-3-netwerk in de jaren vóór het bestreden besluit slechts in zeer beperkte mate had ingezet en dat er geen bewijs was dat deze operator, indien de concentratie niet zou plaatsvinden, het signaal van Unitymedia zou gebruiken om haar eigen infrastructuur aan te leggen (zie overweging 1504 van het bestreden besluit).

267 Hoe dan ook heeft de Commissie nota genomen van het feit dat Vodafone Tele Columbus twee onherroepelijke aanbiedingen heeft gedaan waarin werd gegarandeerd dat haar commerciële voorwaarden voor intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten na de concentratie ongewijzigd zouden blijven in het kabelgebied van Unitymedia (zie overweging 1505 van het bestreden besluit).

268 De Commissie heeft daaruit afgeleid dat de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de MDU-markt niet op significante wijze zou belemmeren als gevolg van niet-gecoördineerde verticale effecten (zie overweging 1506 van het bestreden besluit).

269 Het door verzoekster ter ondersteuning van het onderhavige middel ontwikkelde betoog kan worden opgesplitst in twee onderdelen. In het eerste onderdeel stelt verzoekster dat de Commissie ten onrechte heeft ontkend dat de waarschijnlijke transpositie door Vodafone – na de concentratie – van haar minder gunstige commerciële voorwaarden voor intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten jegens niveau-4-netwerkoperatoren, in het kabelgebied van Unitymedia, een concentratiegerelateerde wijziging zou zijn. Ter staving van dit eerste onderdeel trekt verzoekster de redenering van de Commissie in de overwegingen 1494 tot en met 1496 van het bestreden besluit in twijfel. In het tweede onderdeel betwist verzoekster de conclusie waartoe de Commissie is gekomen met betrekking tot de gevolgen voor de concurrentie op de benedenwaartse MDU-markt van een verslechtering, ten opzichte van Tele Columbus, van de voorwaarden op de intermediaire markt in het kabelgebied van Unitymedia.

270 Het Gerecht acht het aangewezen om eerst het tweede onderdeel van dit middel te onderzoeken.

2. Tweede onderdeel: kennelijke fouten van de Commissie bij haar beoordeling van de potentiële gevolgen van een uitsluitingsstrategie voor de concurrentie benedenwaarts

271 In de eerste plaats betoogt verzoekster dat de Commissie bij haar onderzoek naar de potentiële gevolgen, voor de concurrentie benedenwaarts, van een verslechtering van de voorwaarden op de intermediaire markt, geen rekening heeft gehouden met een aantal beschikbare gegevens, en met name met de verklaringen van Tele Columbus dat zij slechts tijdelijk gebruikmaakte van de haar door Unitymedia vóór de concentratie verstrekte intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten, namelijk in afwachting van de uitrol van haar eigen niveau-3-netwerk. De Commissie heeft bovendien ook de omstandigheid onderschat dat ook andere niveau-4-netwerkoperatoren tijdelijk gebruik hadden kunnen maken van de toegang tot het niveau-3-netwerk van de partijen bij de concentratie, om MDU-klanten te bereiken alvorens hun eigen niveau-3-netwerk uit te rollen.

272 In de tweede plaats betoogt verzoekster dat de Commissie ten onrechte heeft geoordeeld dat een verdrijving van Tele Columbus de door deze op de MDU-markt uitgeoefende concurrentiedruk niet zou verminderen, aangezien een dergelijke verdrijving enkel gevolgen zou hebben voor haar activiteiten van wederverkoop van het product van Unitymedia. Volgens verzoekster kon Tele Columbus echter vrij beslissen over de prijs en de voorwaarden voor de wederverkoop van dit product, en oefende zij dus wel degelijk concurrentiedruk uit op Unitymedia.

273 In de derde plaats stelt verzoekster dat de Commissie bij haar analyse van de verticale effecten van de transactie geen rekening had mogen houden met het onherroepelijke aanbod van Vodafone om de contractuele voorwaarden voor Tele Columbus in het kabelgebied van Unitymedia niet te verslechteren. Dat aanbod voldeed duidelijk niet aan de vereisten van de mededeling van de Commissie betreffende op grond van verordeningen nrs. 139/2004 en 802/2004 aanvaardbare corrigerende maatregelen (PB 2008, C 267, blz. 1; hierna: „mededeling corrigerende maatregelen") en kon dus geen voldoende basis vormen om een SBDM op de MDU-markt als gevolg van niet-gecoördineerde verticale effecten uit te sluiten.

274 De Commissie, daarin ondersteund door Vodafone, betwist verzoeksters argumenten.

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

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

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

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

279 Ter ondersteuning van het tweede onderdeel van het onderhavige middel voert verzoekster verschillende elementen aan om aan te tonen dat de Commissie in het bestreden besluit kennelijk ten onrechte heeft besloten dat niet was voldaan aan de derde voorwaarde.

280 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat verzoekster niet opkomt tegen verschillende belangrijke elementen waarop de Commissie zich heeft gebaseerd om aan te tonen dat, indien de uit de concentratie ontstane entiteit een uitdrijvingsstrategie zou hanteren waarbij zij de commerciële voorwaarden voor intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten in het kabelgebied van Unitymedia zou verslechteren voor Tele Columbus (en andere niveau-4-netwerkoperatoren), dit slechts beperkte gevolgen zou hebben voor de mededinging.

281 Verzoekster betwist dus niet dat een dergelijke strategie geen invloed zou hebben op de hoofdactiviteit van Tele Columbus, aangezien deze wordt uitgeoefend buiten het kabelgebied van Unitymedia. Zij komt evenmin op tegen verschillende elementen die de Commissie hebben doen besluiten dat een eventuele marktafschermingsstrategie hoe dan ook geen significante negatieve gevolgen voor de concurrentie benedenwaarts zou hebben, zoals het feit dat Tele Columbus niet kon deelnemen aan aanbestedingen waarvoor updates van het niveau-3-netwerk nodig waren, het minimale relevante marktaandeel [0-5] % van Tele Columbus en de beperkte deelname van laatstgenoemde aan aanbestedingen in het kabelgebied van Unitymedia.

282 Daarnaast moeten de andere argumenten van verzoekster worden onderzocht.

283 Wat in de eerste plaats verzoeksters bewering betreft dat Tele Columbus slechts tijdelijk – in afwachting van de uitrol van haar eigen niveau-3-netwerk – gebruikmaakte van de intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten van Unitymedia, moet worden opgemerkt dat zij in wezen stelt dat de beoordelingen van de Commissie waren gebaseerd op het antwoord van Vodafone op de mededeling van punten van bezwaar en dat de Commissie niet uitlegt waarom dit antwoord geloofwaardiger zou zijn dan de verklaringen van Tele Columbus zelf.

284 Uit overweging 798 en figuur 20 van het bestreden besluit, waarnaar de Commissie in overweging 1504 van dat besluit verwijst, blijkt echter dat haar beoordelingen zowel op het antwoord op de mededeling van punten van bezwaar als op de cijfers van Tele Columbus zelf zijn gebaseerd. Uit het bewijs dat in overweging 744, onder a), en in de overwegingen 797 tot en met 799 van het bestreden besluit wordt gepresenteerd, blijkt dat Tele Columbus in de jaren vóór de vaststelling van dat besluit niet daadwerkelijk is overgegaan tot duplicering van het kabelnetwerk van een andere operator, wat verzoekster trouwens niet betwist. In het bijzonder blijkt uit figuur 20 van het bestreden besluit, die is opgenomen in overweging 798 daarvan, dat het aantal

huishoudens dat tussen 2012 en 2018 werd aangesloten op het Tele Columbus-netwerk niet aanzienlijk is toegenomen, behalve dan als gevolg van overnames van reeds bestaande activa van andere ondernemingen. Verzoekster legt geen enkel bewijs over ter weerlegging van de conclusie dat Tele Columbus „de laatste jaren zeer weinig [had] gedaan om haar niveau-3-infrastructuur te ontwikkelen”.

285 Verzoekster stelt verder ook dat een investering in de niveau-3-infrastructuur niet automatisch zou leiden tot een toename van het aantal daadwerkelijk aangesloten huishoudens (anders dan uit overweging 799 van het bestreden besluit bleek). Bovendien was volgens verzoekster de stagnatie van het totale aantal aangesloten huishoudens onvoldoende om het belang van Tele Columbus in termen van mededinging aan te tonen, aangezien de werving van nieuwe klanten dankzij de uitbreiding van het netwerk had kunnen worden gecompenseerd door een tijdelijk verlies van andere klanten.

286 In dit verband moet worden benadrukt dat het feit dat het aantal daadwerkelijk door Tele Columbus aangesloten huishoudens niet was toegenomen, een serieuze aanwijzing was dat er geen aanzienlijke investeringen in de uitbreiding van haar netwerk waren gedaan, of in elk geval dat een eventuele uitbreiding van het netwerk niet succesvol of rendabel was. Bovendien stelt verzoekster geen andere methoden voor het meten van het mededingingseffect van een netwerkuitbreiding dan een toename van het aantal aangesloten huishoudens voor.

287 Ten slotte betoogt verzoekster dat andere concurrenten, zoals zijzelf, gebruik hadden kunnen maken van de (tijdelijke) toegang tot de niveau-3-infrastructuur van de partijen bij de concentratie om te kunnen concurreren op de MDU-markt, alvorens hun eigen niveau-3-(glasvezel)netwerken op permanente basis in te zetten.

288 Zoals de Commissie in wezen in overweging 1479 van het bestreden besluit heeft aangegeven, spelen onafhankelijke niveau-4-operatoren echter slechts een zeer beperkte rol in de concurrentieverhoudingen. Bovendien had verzoekster, zoals de Commissie aanvoert zonder daarbij door verzoekster te worden tegengesproken, op de datum van het bestreden besluit nog nooit gebruikgemaakt van de toegang tot de niveau-3-infrastructuur van de partijen bij de concentratie om te kunnen concurreren op de MDU-markt, alvorens haar eigen glasvezelnetwerk permanent in te zetten. Ten slotte heeft verzoekster geen enkel gegeven aangedragen waaruit blijkt dat zij erop rekende in de nabije toekomst toegang tot de niveau-3-infrastructuur van de partijen bij de concentratie te verkrijgen teneinde te kunnen concurreren op de MDU-markt, alvorens haar eigen glasvezelnetwerk permanent in te zetten.

289 Wat in de tweede plaats verzoeksters bewering betreft dat Tele Columbus concurrentiedruk op Unitymedia uitoefende, ondanks het feit dat zij niet méér deed dan het product van Unitymedia in het kabelgebied van deze laatste door te verkopen, moet worden vastgesteld dat naast deze eenvoudige bewering niets wordt aangevoerd dat kan afdoen aan de in de punten 264 en 265 hierboven in herinnering gebrachte uitleg die in de overwegingen 1501 en 1503 van het bestreden besluit is verstrekt.

290 Hieruit volgt dat de door verzoekster aangevoerde argumenten niet aantonen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de gegevens waarover zij beschikte aantoonden dat de verzwakking van Tele Columbus in het kabelgebied van Unitymedia een beperkte impact zou hebben op de mededinging op de MDU-markt.

291 Betreffende in de derde plaats de onherroepelijke aanbiedingen van Vodafone aan Tele Columbus en verzoeksters bewering dat de Commissie daarmee geen rekening mocht houden, moet worden opgemerkt dat uit die twee aanbiedingen blijkt dat Vodafone duidelijk te kennen heeft gegeven dat zij de voorwaarden van Tele Columbus in het kabelgebied van Unitymedia niet wilde verslechteren, waarmee de Commissie rekening mocht houden bij haar onderzoek naar de gevolgen van de transactie. Niets in verordening nr. 139/2004 belette de Commissie immers om dit feit in aanmerking te nemen ter ondersteuning van haar conclusie dat de transactie de daadwerkelijke mededinging op de MDU-markt en op de regionale potentiële markt die overeenkomt met het kabelgebied van Unitymedia, niet op significante wijze zou belemmeren als gevolg van niet-gecoördineerde verticale effecten.

292 Zoals uit het bestreden besluit blijkt, heeft de Commissie de onherroepelijke aanbiedingen van Vodafone enkel als aanvullend feit mee in aanmerking genomen voor haar conclusie. Zij heeft die aanbiedingen immers niet verplicht gesteld in de zin van artikel 8, lid 2, van verordening nr. 139/2004.

293 Bijgevolg moet worden geoordeeld dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te overwegen dat een eventuele afschermingsstrategie de concurrentie benedenwaarts niet aanzienlijk zou schaden.

294 Bovendien vormen de mogelijkheid om de toegang tot voorzieningsbronnen in hoge mate af te schermen, de prikkel om dit te doen en de schade van de afschermingsstrategie voor de concurrentie benedenwaarts drie cumulatieve voorwaarden, zodat het niet vervuld zijn van één daarvan volstaat om het risico op concurrentieverstorende bronafscherming uit te sluiten (zie punt 277 hierboven en aldaar aangehaalde rechtspraak).

295 Aangezien verzoekster niet aantoont dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt bij haar beoordeling van de potentiële gevolgen van een uitsluitingsstrategie voor de concurrentie benedenwaarts (te weten de derde voorwaarde), moet het tweede onderdeel van het derde middel worden afgewezen. Bijgevolg hoeft niet te worden onderzocht of het eerste onderdeel gegrond is, waarmee wordt aangevoerd dat de redenering van de Commissie in de punten 1494 tot en met 1496 van het bestreden besluit, op basis waarvan zij tot de conclusie is gekomen dat de uit de concentratie ontstane entiteit er in het specifieke kader van de concentratie geen belang bij had om Tele Columbus te verdrijven van de MDU-markt (de tweede voorwaarde), onjuist is.

296 Gelet op het voorgaande moeten het tweede onderdeel van het derde middel en het derde middel in zijn geheel worden afgewezen, zonder dat de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid hoeft te worden onderzocht.

E. Vierde middel: kennelijke beoordelingsfouten van de Commissie met betrekking tot de gevolgen van de transactie voor de wholesalemarkt voor de aankoop van televisiekanalen en de markt voor de terugkoop van televisiesignalen

297 Ter ondersteuning van haar vierde middel betoogt verzoekster dat de door de Commissie in het bestreden besluit verrichte analyse van de gevolgen van de transactie voor de wholesalemarkt voor de aankoop van televisiezenders en de markt voor de terugkoop van televisiesignalen kennelijke beoordelingsfouten bevat.

1. Overwegingen vooraf

298 Zoals uiteengezet in de punten 25 en 26 hierboven, leverden de televisieomroepen (aanbieders) op de wholesalemarkt voor het aanbieden en aankopen van televisiekanalen, televisiekanalen die retailaanbieders van televisiediensten (afnemers), zoals Vodafone, Unitymedia of verzoekster, aankochten om audiovisuele diensten aan eindgebruikers aan te bieden. Op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen gebruikten diezelfde retailaanbieders van televisiediensten (aanbieders) hun infrastructuur om aan diezelfde televisieomroepen (afnemers) tegen een terugkoopvergoeding een televisiesignaaltransmissiedienst aan te bieden voor hun zenders. Met andere woorden, de spelers op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen waren dezelfde als op de wholesalemarkt voor het aanbieden en aankopen van televisiekanalen, maar de aanbieders van televisiediensten, zoals de partijen bij de concentratie, behoorden tot de aanbodzijde op die eerste markt en tot de vraagzijde op die tweede markt. De Commissie was in het bestreden besluit van mening dat deze twee wholesalemarkten nauw met elkaar verbonden waren, aangezien de onderhandelingen tussen de televisieomroepen en de retailaanbieders van televisiediensten gewoonlijk beide aspecten betroffen (transmissie van signalen enerzijds en aankoop van zenders anderzijds).

299 Op basis van haar analyse van deze markten was de Commissie van oordeel dat de transactie de daadwerkelijke mededinging op de wholesalemarkt voor het aanbieden en aankopen van televisiekanalen niet op significante wijze zou belemmeren.

300 Wat de markt voor de terugkoop van televisiesignalen betreft is de Commissie enerzijds tot de conclusie gekomen dat er een SBDM bestond als gevolg van de mogelijkheid en de prikkel van de uit de concentratie ontstane entiteit om ten eerste de contractuele en financiële voorwaarden die zij aan de televisieomroepen oplegde, te verslechteren, en ten tweede de opkomst en ontwikkeling van innovatieve televisiediensten zoals OTT en HBBTV te belemmeren, en heeft zij geoordeeld dat dit negatieve gevolgen zou hebben voor de televisiekijker in Duitsland (zie de overwegingen 1205-1265 alsmede de overwegingen 1266-1292 van het bestreden besluit).

301 Anderzijds was de Commissie van mening dat niet kon worden geoordeeld dat de uit de concentratie ontstane entiteit, door haar grotere marktmacht op die markt, waarschijnlijk van televisieomroepen en televisierechtenhouders voorwaarden in de vorm van exclusiviteitsovereenkomsten zou verkrijgen die de toegang van concurrerende televisiedetailaanbieders tot televisiezenders of -content negatief zouden beïnvloeden.

302 Dienaangaande heeft de Commissie om te beginnen in punt 1164 van het bestreden besluit opgemerkt dat die markt in Duitsland niet werd gekenmerkt door dergelijke exclusiviteitsovereenkomsten tussen televisieomroepen en televisierechtenhouders enerzijds en retailaanbieders van televisiediensten anderzijds.

303 Vervolgens heeft de Commissie onderzocht of de uit de concentratie ontstane entiteit, dankzij haar grotere marktmacht als detailaanbieder van televisiesignalen, in staat zou zijn om televisieomroepen en televisierechtenhouders te dwingen om haar exclusiviteitsovereenkomsten voor televisiezenders of -content te verlenen. De Commissie heeft daarbij aangegeven dat zij haar analyse had toegespitst op de Duitse voetballiga (Bundesliga) – het belangrijkste sportevenement in Duitsland – met dien verstande dat haar overwegingen ook golden voor andere sportevenementen en andere populaire televisiecontent, waarvoor zij in het dossier geen rechtstreeks bewijs had gevonden (zie overweging 1165 van het bestreden besluit).

304 Ten eerste heeft de Commissie in de punten 1173 tot en met 1176 van het bestreden besluit onderzocht of Sky – die het merendeel van de exclusieve uitzendrechten van de Bundesliga bezit – bereid zou zijn om exclusiviteitsovereenkomsten te sluiten met de uit de concentratie ontstane entiteit. De Commissie is tot de conclusie gekomen dat dit weinig waarschijnlijk was, aangezien Sky weliswaar afhankelijk was van die entiteit voor de distributie van haar content, maar deze omroep evenzeer of nog méér afhankelijk was van andere uitzendmiddelen en met name van de satelliettelevisie-operator Astra, met als gevolg dat zij een groot deel van haar inkomsten zou verliezen indien zij een exclusiviteitsovereenkomst met de uit de concentratie ontstane entiteit zou sluiten. De Commissie heeft er ook rekening mee gehouden dat Sky – internationale speler en belangrijkste aanbieder van betaaltelevisiediensten in Duitsland – over een zekere compenserende afnemersmacht beschikte.

305 Ten tweede is de Commissie in de overwegingen 1177 tot en met 1183 van het bestreden besluit nagegaan of de uit de concentratie ontstane entiteit redelijkerwijs een strategie zou kunnen volgen die bedoeld zou zijn om met name van televisieomroepen of televisierechtenhouders met minder compenserende afnemersmacht dan Sky exclusieve toegang tot andere televisiezenders of -content te verkrijgen. Op basis van interne documenten van de partijen bij de concentratie en hun antwoord op de mededeling van punten van bezwaar was de Commissie van mening dat, zelfs indien de uit de concentratie ontstane entiteit de mogelijkheid zou hebben om een dergelijke strategie op poten te zetten, het twijfelachtig was of zij de prikkel had om dit te doen, aangezien een dergelijke strategie hoge implementatiekosten zou meebrengen en slechts onzekere resultaten in termen van winst.

306 Ten derde heeft de Commissie in de overwegingen 1184 tot en met 1197 van het bestreden besluit haar analyse van de prikkel voor de uit de concentratie ontstane entiteit om haar concurrenten uit te sluiten door exclusieve rechten op bepaalde televisiecontent te verwerven, verdiept door de interne documenten van de partijen te onderzoeken die over die strategie gingen. Volgens de Commissie bleek uit deze documenten dat elk van de partijen bij de concentratie reeds de mogelijkheid had overwogen om sportzenders of -content exclusief te verwerven, maar uiteindelijk van dergelijke projecten had afgezien, hetgeen deze partijen in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar hebben uitgelegd met behulp van bewijsmateriaal. De Commissie heeft daaruit afgeleid dat niet kon worden geconcludeerd dat de uit de concentratie ontstane entiteit de prikkel zou hebben om haar grotere klantenbasis te gebruiken om met de televisieomroepen te onderhandelen over exclusieve overeenkomsten voor „premiumcontent” teneinde concurrerende retailaanbieders van televisiediensten uit te sluiten.

307 Tot slot heeft de Commissie volledigheidshalve in de overwegingen 1198 tot en met 1203 van het bestreden besluit onderzocht of een hypothetische exclusiviteitsstrategie van de uit de concentratie ontstane entiteit significante mededingingsbeperkende gevolgen zou kunnen hebben die met name zouden kunnen leiden tot de uitsluiting van concurrerende retailaanbieders van televisiediensten, met nadelige gevolgen voor de consument.

308 Op basis van gegevens waaruit bleek dat de overgrote meerderheid van de Duitse televisiekijkers niet van retailaanbieder van televisiediensten zou veranderen om toegang te krijgen tot exclusieve sportcontent, was de Commissie van mening dat zelfs indien de uit de concentratie ontstane entiteit een exclusiviteitsstrategie zou toepassen, dit de concurrerende aanbieders geen aanzienlijke klantenbasis zou ontnemen. De Commissie heeft ook rekening gehouden met het feit dat zelfs in een dergelijk geval de uit de concentratie ontstane entiteit zou worden geconfronteerd met concurrentie van Sky, waarvan de strategie erop gericht was om haar televisiecontent op niet-exclusieve wijze op verschillende platformen te distribueren, waardoor

concurrerende aanbieders in elk geval toegang zouden hebben tot haar „premiumcontent". De Commissie heeft daaruit afgeleid dat het onwaarschijnlijk was dat een exclusiviteitsstrategie van de uit de concentratie ontstane entiteit significante mededingingsverstorende gevolgen kon hebben.

309 Om al deze redenen is de Commissie in punt 1204 van het bestreden besluit tot de conclusie gekomen dat zelfs indien de uit de concentratie ontstane entiteit na deze transactie een grotere marktmacht zou hebben, niet kon worden geoordeeld dat zij waarschijnlijk van televisieomroepen en televisierechtenhouders voorwaarden zou verkrijgen in de vorm van exclusiviteitsovereenkomsten, die een negatieve impact zouden hebben op de toegang van concurrerende televisiedetailaanbieders tot televisiezenders of -content.

310 Het door verzoekster ter ondersteuning van het onderhavige middel ontwikkelde betoog valt uiteen in twee onderdelen. In het eerste onderdeel betoogt zij dat de conclusie van de Commissie dat de televisieomroepen en de televisierechtenhouders de uit de concentratie ontstane entiteit ondanks de toegenomen marktmacht van deze laatste geen exclusiviteitsovereenkomsten zouden willen verlenen, onjuist is en berust op een onvolledige en kennelijk onjuiste beoordeling van de gevolgen van de concentratie voor de mededinging op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen. Bij de onderbouwing van het tweede onderdeel verwijt verzoekster de Commissie dat zij enkel heeft onderzocht of de uit de concentratie ontstane entiteit de mogelijkheid en de prikkel zou hebben om de opkomst en de ontwikkeling van OTT-televisie en HBBTV te belemmeren, maar geen rekening heeft gehouden met de gevolgen van de transactie voor andere, even innovatieve televisiediensten, zoals IPTV.

2. Eerste onderdeel: kennelijke beoordelingsfouten wat betreft de marktafscherming bij wege van overeenkomsten voor (gedeeltelijke of volledige) exclusiviteit

311 Ter ondersteuning van het eerste onderdeel van het onderhavige middel voert verzoekster ten eerste aan dat de beoordeling die in het bestreden besluit is verricht van de prikkel voor de uit de concentratie ontstane entiteit om volledige-exclusiviteitsovereenkomsten te sluiten, onjuist en onvolledig is.

312 Ten tweede stelt verzoekster dat de beoordeling in het bestreden besluit van de prikkel voor die entiteit om een gedeeltelijke-exclusiviteitsstrategie toe te passen, onvolledig is.

313 Ten derde betwist verzoekster de conclusie van de Commissie dat een hypothetische volledige of gedeeltelijke contentafscherming geen significante mededingingsverstorende gevolgen zou kunnen hebben.

a) Vermeende onvolledigheid of onjuistheid van het onderzoek van de Commissie naar de prikkel van de uit de concentratie ontstane entiteit om volledige-exclusiviteitsovereenkomsten te sluiten

314 Volgens verzoekster heeft de Commissie ten eerste geen rekening gehouden met het feit dat de kosten die voortvloeien uit het sluiten van volledige-exclusiviteitsovereenkomsten afnemen naarmate het aantal eindafnemers van het platform toeneemt, en heeft zij bijgevolg ten onrechte geconcludeerd dat de uit de concentratie ontstane entiteit geen prikkel zou hebben om dergelijke overeenkomsten te sluiten. Zij voegt daaraan toe dat Unitymedia in het verleden bepaalde rechten

op de Bundesliga had verworven, waaruit bleek dat die strategie reeds was toegepast. Gezien haar door de transactie groter klantenbestand zou exclusiviteit voor de uit de concentratie ontstane entiteit interessanter zijn.

315 Ten tweede betoogt verzoekster dat het onderzoek van de Commissie onvolledig is, aangezien het enkel ziet op de hypothese dat er voor de Bundesliga exclusieve rechten zouden worden verworven, en onjuist is, aangezien zij ten onrechte heeft geoordeeld dat de overwegingen die golden voor de rechten op de Bundesliga ook golden voor andere sportevenementen of populaire content, terwijl in die gevallen de potentiële voordelen van een afschermingsstrategie volgens verzoekster anders waren.

316 Ten derde verwijt verzoekster de Commissie geen rekening te hebben gehouden met het feit dat de voordelen van een exclusiviteitsstrategie voor de uit de concentratie ontstane entiteit (en de geneigdheid van de televisieomroepen om exclusiviteitsovereenkomsten te aanvaarden) in de toekomst konden veranderen omdat de uit de concentratie ontstane entiteit meer mogelijkheden zou hebben om in heel Duitsland multiservicepakketten aan te bieden aan een zeer groot klantenbestand en omdat exclusieve content die entiteit zou kunnen helpen om meer CFM-producten te verkopen aan klanten die deze inhoud op hun mobiele telefoon zouden kunnen bekijken.

317 De Commissie, ondersteund door Vodafone, betwist de argumenten van verzoekster.

318 In dit verband moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat verzoekster niet opkomt tegen de beoordelingen van de Commissie die haar hebben doen besluiten dat het weinig waarschijnlijk was dat de uit de concentratie ontstane entiteit de prikkel zou hebben om een volledige-exclusiviteitsovereenkomst met Sky te sluiten, welke beoordelingen zijn weergegeven in de overwegingen 1173 tot en met 1176 van het bestreden besluit (zie punt 304 hierboven) en met name steunen op het feit dat Sky voor de distributie van haar content evenzeer of zelfs nog méér afhankelijk was van andere marktdeelnemers dan die entiteit. Ter terechtzitting heeft verzoekster trouwens bevestigd dat zij niet betwistte dat de prikkel voor Sky om een volledige-exclusiviteitsovereenkomst met de uit de concentratie ontstane entiteit te sluiten, klein was.

319 Wat voorts de beoordelingen van de Commissie betreft die haar hebben doen besluiten dat het twijfelachtig was of die entiteit de prikkel zou hebben om volledige-exclusiviteitsovereenkomsten met andere contentaanbieders dan Sky te sluiten, welke beoordelingen zijn weergegeven in de overwegingen 1177 tot en met 1183 van het bestreden besluit (zie punt 305 hierboven), stelt verzoekster op algemene wijze dat de kosten van het sluiten van volledige-exclusiviteitsovereenkomsten dalen naarmate het aantal eindafnemers van het platform toeneemt en dat een exclusiviteitsstrategie na de concentratie interessanter zou zijn dan in het verleden het geval was, maar voert zij niets concreets aan dat de uitleg van de Commissie in twijfel kan trekken.

320 Verzoekster toont in het bijzonder niet aan dat er in Duitsland een voldoende sterke correlatie bestond tussen de aanwezigheid van aantrekkelijke zenders of content op het televisieplatform van een operator en diens vermogen om nieuwe televisiekijkers aan te trekken, waardoor de hoge kosten van volledige-exclusiviteitsovereenkomsten met een voldoende mate van waarschijnlijkheid kunnen worden afgeschreven. Verder voert verzoekster niets aan dat afdoende

aantoont dat de uit de concentratie ontstane entiteit de prikkel zou hebben om in de toekomst een commerciële strategie van volledige exclusiviteit te volgen en dat aldus de beoordelingen van de Commissie op dit punt op losse schroeven zou kunnen zetten.

321 Wat ten tweede haar bewering betreft dat het onderzoek van de Commissie naar de prikkel van de uit de concentratie ontstane entiteit om volledige-exclusiviteitsovereenkomsten te sluiten onvolledig is aangezien het beperkt was tot de Bundesliga, en het ook onjuist is, moet worden vastgesteld dat bronafscherming enkel concurrentieproblemen kan opleveren indien het een „belangrijke voorzieningsbron" voor het benedenwaartse product betreft, zoals in punt 34 van de richtsnoeren inzake niet-horizontale fusies is bepaald.

322 Bijgevolg moet worden geoordeeld dat, indien een strategie van volledige afscherming van de meest aantrekkelijke content (zoals de Bundesliga) onvoldoende overstappen naar een andere aanbieder oplevert om rendabel te zijn, dit waarschijnlijk nog minder zou lukken met andere „minder belangrijke" soorten content, met als gevolg dat de uit de concentratie ontstane entiteit minder geneigd zou zijn om voor dit soort inhoud een strategie van volledige afscherming trachten toe te passen. Bijgevolg kan de Commissie niet worden verweten dat zij enkel de hypothetische situatie van een verwerving van exclusieve rechten op de Bundesliga heeft onderzocht en heeft geoordeeld dat haar overwegingen ook golden voor minder populaire content.

323 Bovendien voert verzoekster louter aan dat een afschermingsstrategie minder duur is voor minder aantrekkelijke content, maar legt zij niet uit waarom het voor die entiteit rendabeler zou zijn om een strategie te volgen waarbij exclusieve rechten worden verworven op minder aantrekkelijke inhoud dan de Bundesliga, en evenmin waarom dit soort content voldoende „belangrijk" zou zijn in de zin van punt 34 van de richtsnoeren inzake niet-horizontale fusies opdat een afscherming van deze voorzieningsbron concurrentieproblemen zou kunnen opleveren.

324 Hoe dan ook blijkt – anders dan verzoekster aanvoert – uit de overwegingen 1184 tot en met 1197 van het bestreden besluit (zie punt 306 hierboven) dat de Commissie heeft onderzocht of de uit de concentratie ontstane entiteit de prikkel zou hebben om exclusieve rechten op andere sportevenementen of populaire content dan de Bundesliga te verwerven, en daarbij onder meer rekening heeft gehouden met het feit dat Unitymedia – zoals verzoekster stelt – in 2005 bepaalde rechten op de Bundesliga had verworven.

325 Wat ten derde verzoeksters stelling betreft dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met de grotere mogelijkheden die die entiteit zou hebben om in heel Duitsland multiservicepakketten aan te bieden aan een zeer groot klantenbestand, noch met het feit dat exclusieve content haar zou kunnen helpen om haar verkoop van CFM-producten te verhogen, moet worden opgemerkt dat de Commissie in overweging 149, onder b), iv) tot en met vi), van het bestreden besluit heeft vastgesteld dat in Duitsland slechts weinig CFM-producten werden verkocht, hetgeen de concurrenten van de partijen bij de concentratie tijdens het marktonderzoek hebben bevestigd. Volgens rapporten van derden kocht in 2017 namelijk slechts 8,4 % van de huishoudens of 10,8 % van het breedbandklantenbestand – te weten 3,5 miljoen huishoudens – een CFM-product. De Commissie heeft ook vastgesteld dat in een door een derde tijdens de administratieve procedure overgelegde studie van adviesbureau WIK-Consult werd geconcludeerd dat de gebundelde verkoop van vaste en mobiele producten in de nabije toekomst geen significante veranderingen in de concurrentiedynamiek in Duitsland zou teweegbrengen, aangezien de Duitse consument deze twee soorten producten apart bleef kopen, wat verzoekster niet betwist.

326 Bijgevolg kan de Commissie niet worden verweten niet te hebben onderzocht of de voordelen van een exclusiviteitsstrategie (en de geneigdheid van de televisieomroepen om exclusiviteitsovereenkomsten te aanvaarden) in de toekomst zouden kunnen veranderen als gevolg van de grotere mogelijkheden die de uit de concentratie ontstane entiteit zou hebben om in heel Duitsland multiservicepakketten – en met name CFM-producten – aan te bieden aan een zeer groot klantenbestand.

327 Uit het voorgaande volgt dat verzoeksters grief over de vermeende onvolledigheid en onjuistheid van het onderzoek van de Commissie naar de prikkel van die entiteit om volledige-exclusiviteitsovereenkomsten te sluiten, moet worden afgewezen.

b) Vermeende onvolledigheid van het onderzoek van de Commissie naar de prikkel van de uit de concentratie ontstane entiteit om gedeeltelijke-exclusiviteitsovereenkomsten te sluiten

328 Verzoekster verwijt de Commissie geen rekening te hebben gehouden met het feit dat de uit de concentratie ontstane entiteit de benedenwaartse MDU- en SDU-markten gedeeltelijk kon afschermen voor een of meer individuele concurrenten, zoals verzoekster, waardoor die concurrenten de toegang tot bepaalde zenders en content van televisieomroepen en bepaalde innovatieve televisiefunctionaliteiten, zoals VOD en uitgesteld of inhaalkijken, zou worden ontzegd.

329 Volgens verzoekster is een dergelijke gedeeltelijke-afschermingsstrategie des te waarschijnlijker daar deze voor de uit de concentratie ontstane entiteit minder duur is en voor de televisieomroepen gemakkelijker te aanvaarden is, hoewel zij wel schadelijke gevolgen heeft voor de betrokken concurrenten.

330 De Commissie, daarin ondersteund door Vodafone, betwist verzoeksters argumenten.

331 In dit verband moet worden opgemerkt dat de vaststellingen die de Commissie heeft gedaan in het onderzoek naar een mogelijke prikkel om met Sky volledige-exclusiviteitsovereenkomsten te sluiten (zie de overwegingen 1173-1176 van het bestreden besluit en punt 304 hierboven), volstonden om uit te sluiten dat de uit de concentratie ontstane entiteit een strategie van gedeeltelijke exclusiviteit met die operator zou hanteren. Zoals de Commissie opmerkt was het, gelet op het feit dat Sky volgens haar geen enkele prikkel had om volledige-exclusiviteitsovereenkomsten te sluiten – met name gelet op haar afhankelijkheid van andere operatoren dan die entiteit, waaronder satelliettelevisie-operatoren – hetgeen verzoekster niet betwist, onwaarschijnlijk dat zij die entiteit een exclusiviteit zou verlenen die de vorm zou aannemen van uitsluiting van bepaalde individueel geviseerde operatoren op de MDU- en SDU-markten, te meer daar haar aanbod dan toegankelijk zou blijven op andere platformen of zij er dan mee zou instemmen die operatoren bepaalde innovatieve functionaliteiten te ontzeggen. De Commissie kan dus niet worden verweten dat zij geen rekening heeft gehouden met de mogelijkheid voor de uit de concentratie ontstane entiteit om dergelijke overeenkomsten met Sky te sluiten teneinde sommige van haar concurrenten af te snijden van innovatieve content of functionaliteiten.

332 Voorts moet met betrekking tot de andere televisieomroepen dan Sky worden opgemerkt dat verzoekster niets aanvoert waaruit blijkt dat het ontbreken van bepaalde content of innovatieve functionaliteiten die door hen werden aangeboden in hun aanbod aan een concurrent significant zou zijn in de beslissing om naar een andere aanbieder over te stappen, en dat een mogelijkerwijs groot deel van de woningcorporaties (MDU-markt) of van de Duitse kijkers (SDU-markt)

bijgevolg bereid zou zijn om over te stappen naar het aanbod van de uit de concentratie ontstane entiteit om de enkele reden dat die zenders of functionaliteiten niet door hun huidige leverancier zouden worden aangeboden. Verzoekster toont dus geen aanzienlijke schade aan de concurrentie benedenwaarts aan in de zin van punt 32 van de richtsnoeren inzake niet-horizontale fusies.

333 Hoe dan ook kan het sluiten door een onderneming met een machtspositie van exclusiviteitsovereenkomsten met een leverancier om een of meer individueel aangewezen concurrenten van de benedenwaartse markt te verdrijven, een met het mededingingsrecht strijdige gedraging vormen (zie in die zin arrest van 22 maart 2011, Altstoff Recycling Austria/Commissie, T-419/03, EU:T:2011:102, punt 51). Toen verzoekster daarover ter terechtzitting werd ondervraagd, heeft zij trouwens bevestigd dat indien de uit de concentratie ontstane entiteit een volledige- of gedeeltelijke-exclusiviteitsovereenkomst met een televisieomroep zou sluiten, dit mogelijkerwijs een inbreuk op artikel 101 of artikel 102 VWEU zou vormen.

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

335 Uit het voorgaande volgt dat verzoeksters grief over de vermeende onvolledigheid van het onderzoek van de Commissie naar de prikkel van de uit de concentratie ontstane entiteit om gedeeltelijke-exclusiviteitsovereenkomsten te sluiten, moet worden afgewezen.

336 Bovendien vormen de mogelijkheid om de toegang tot voorzieningsbronnen in hoge mate af te schermen, de prikkel om dit te doen en de aanzienlijke schade van de marktafschermingsstrategie voor de concurrentie benedenwaarts, drie cumulatieve voorwaarden, zodat het niet vervuld zijn van één daarvan volstaat om het risico op concurrentieverstorende bronafscherming uit te sluiten (zie punt 277 hierboven en aldaar aangehaalde rechtspraak).

337 Aangezien verzoekster niet aantoont dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt met betrekking tot de vermeende prikkel voor de uit de concentratie ontstane entiteit om een strategie te volgen om concurrerende retailaanbieders van televisiediensten uit te sluiten (tweede voorwaarde), moet het eerste onderdeel van het vierde middel worden afgewezen, zonder dat de gegrondheid hoeft te worden onderzocht van de derde grief, inzake de vermeende onjuistheid van het onderzoek van de Commissie naar de gevolgen van een strategie van volledige of gedeeltelijke contentafscherming voor de mededinging benedenwaarts (derde voorwaarde).

3. Tweede onderdeel: onvolledige beoordeling van de door de transactie veroorzaakte schade voor de mededinging als gevolg van de beperking van innovatieve televisiediensten

338 Verzoekster geeft allereerst aan dat de Commissie in het bestreden besluit terecht heeft geoordeeld dat de uit de concentratie ontstane entiteit na de transactie de noodzakelijke mogelijkheid en prikkel zou hebben om de opkomst van innovatieve televisiediensten zoals HBBTV en OTT te belemmeren, met als gevolg dat de consument door de verminderde kijkervaring en de beperktere keuze zou worden benadeeld. Zij verwijt de Commissie evenwel geen rekening te hebben gehouden met het feit dat die entiteit ook andere innovatieve televisiediensten, zoals IPTV, zou kunnen ondermijnen.

339 Tot staving van deze bewering stelt verzoekster dat OTT-diensten niet dezelfde kwaliteit boden als IPTV, specifieke apparatuur vereisten en niet even rendabel waren als IPTV. Zij leidt daaruit af dat elke bezorgdheid over verminderde kwaliteit en kijkervaring voor de eindgebruiker in verband met OTT, ook gold voor IPTV.

340 Verzoekster betoogt ook dat de mogelijkheid en de prikkel van de uit de concentratie ontstane entiteit om de distributie van inhoud te beperken, niet minder groot waren voor de IPTV-diensten van haar concurrenten dan voor OTT en HBBTV die door de televisieomroepen werden aangeboden. De Commissie heeft volgens haar geenszins uitgelegd waarom een beperking van de doorgifte van content via IPTV onproblematisch zou zijn en waarom andere innovatieve diensten dan OTT en HBBTV van de televisieomroepen minder relevant of beschermenswaardig zouden zijn. Zij voegt daaraan toe dat er geen enkel bewijs is voor de bewering van de Commissie dat OTT de situatie op middellange termijn ging kunnen veranderen en dat, zelfs indien dit wel zo was, dit niet kon rechtvaardigen dat de negatieve gevolgen van de transactie voor IPTV, die al een grote aantrekkingskracht op de markt had, werden genegeerd. Bovendien had de uit de concentratie ontstane entiteit volgens haar noodzakelijkerwijs een nog grotere prikkel om IPTV te schaden dan OTT, aangezien IPTV een echt substituut was voor kabeltelevisie en de enige alternatieve technologie was die nog groeide op de markt, terwijl OTT enkel in aanvulling op en niet als vervanging van een kabeltelevisiedienst werd gebruikt.

341 In dit verband moet worden opgemerkt dat, zoals de Commissie – daarin gesteund door interveniënte – heeft uitgelegd, IPTV weliswaar een systeem is waarmee televisiediensten kunnen worden geleverd via het internetprotocol, maar dat hiervoor een specifiek en beheerd netwerk nodig is dat wordt gecontroleerd door de aanbieder van televisiediensten, terwijl met de OTT-technologie televisieomroepen rechtstreeks televisiekanalen via het internet kunnen uitzenden, zonder dat de netwerkoperator betrokken is bij de controle of distributie van de content. In tegenstelling tot IPTV maakt OTT-technologie dus een directere interactie mogelijk tussen televisieomroepen (zenders) en eindkijkers.

342 Bovendien heeft de Commissie in het bestreden besluit talrijke elementen aangehaald die aantonen dat OTT wel degelijk een recent gebruikte technologie in volle opmars was.

343 Zo heeft de Commissie in de punten 948 en 950 tot en met 954 van het bestreden besluit, in het kader van haar onderzoek naar eventuele horizontale gevolgen van de transactie voor de retailmarkt voor televisiediensten, een gedetailleerd overzicht gegeven van het destijds actuele, groeiende aanbod aan OTT-televisiediensten.

344 In overweging 948 van het bestreden besluit heeft de Commissie in het bijzonder vastgesteld dat traditionele retailtelevisieaanbieders steeds meer lineaire televisiediensten aanboden via OTT. Zij heeft daarbij opgemerkt dat Vodafone (Giga TV OTT), verzoekster (Magenta TV) en Telefónica (O2 TV) elk een eigen OTT-televisie-aanbod hadden. Zij heeft ook geconstateerd dat andere spelers een OTT-televisie-product aanboden als een extra optie voor hun bestaande tv-abonnees, waaronder Unitymedia (Horizon Go), United Internet (1 & 1 TV app), Tele Columbus (Advance TV app), NetCologne (NetGo app) en M-Net (M-Net TV Plus App).

345 In overweging 950 van het bestreden besluit heeft de Commissie onderstreept dat OTT-dienstenaanbieders, zoals Amazon Prime en Netflix, reeds een groot klantenbestand hadden, aangezien beide in Duitsland al (minstens) meer dan drie miljoen abonnees hadden, en Netflix dat jaar met meer dan 20 % wilde groeien.

346 In overweging 951 van het bestreden besluit heeft de Commissie opgemerkt dat de gespecialiseerde OTT-diensten ook in Duitsland steeds meer ingang vonden, en in overweging 952 van dat besluit dat een aantal televisieomroepen ook was begonnen met het aanbieden van hun eigen OTT-diensten.

347 Daarnaast heeft de Commissie in de overwegingen 1127 tot en met 1132 van het bestreden besluit, in het kader van haar onderzoek van de niet-gecoördineerde horizontale effecten op de wholesalemarkt voor het aanbieden en aankopen van televisiekanalen en op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen, uitleg verschaft over de evolutie van de OTT-diensten en met name van de vraag daarnaar.

348 De Commissie heeft er dienaangaande in overweging 1127 van het bestreden besluit aan herinnerd dat zij bij de afbakening van de relevante markt had opgemerkt dat in Duitsland, net als in vele andere landen, OTT-distributie almaar relevanter werd in de televisiesector.

349 In overweging 1129 van het bestreden besluit heeft zij weliswaar aangegeven dat de meeste televisieomroepen OTT-producten nog steeds als een aanvulling op de basistelevisiediensten beschouwden, maar heeft zij ook – met ondersteunend bewijsmateriaal – benadrukt dat diezelfde gegevens het snel groeiende belang van OTT-distributie in Duitsland aantoonden, aangezien 11,7 % van de ondervraagden had verklaard zich te kunnen voorstellen OTT als exclusief middel te gebruiken om thuis televisie te ontvangen. Voorts heeft de Commissie eraan herinnerd dat bepaalde OTT-distributeurs, zoals Netflix, Amazon en DAZN, reeds zeer populair waren en heeft zij opgemerkt dat verschillende marktonderzoekdeelnemers hadden aangegeven dat OTT-diensten tot op zekere hoogte traditionele televisiediensten konden vervangen.

350 In overweging 1130 van het bestreden besluit heeft de Commissie onder verwijzing naar verschillende in de voetnoot van dat besluit geciteerde documenten uiteengezet dat, zoals de Duitse publieke media-instanties hadden aangegeven, OTT terrein won als belangrijkste middel om audiovisuele content te ontvangen, met een stijging van 6 % tussen 2017 en 2018. In termen van nationaal kijkerspubliek waren OTT-aanbieders gegroeid van 7,3 % in 2015-2016 naar 12,8 % in 2017-2018. Wat specifiek het „premium”-televisiesegment betreft, was OTT gegroeid van 16,8 % in 2015-2016 naar 23 % in 2017-2018. In dezelfde jaren werd een vergelijkbare groei waargenomen in termen van abonnees (van 25,3 % naar 33,4 %) en inkomsten (van 10,6 % naar 19,1 %). De Commissie heeft er ook op gewezen dat in vergelijking daarmee het marktaandeel voor kabeltelevisie in dezelfde periode was gedaald.

351 Tot slot heeft de Commissie in overweging 1132 van het bestreden besluit verwezen naar de snelle evolutie van de situatie. Zij heeft benadrukt dat de ontwikkeling van OTT-diensten de marktmacht van de traditionele televisieplatformen aanzienlijk zou kunnen beperken en de onderhandelingspositie van de verschillende spelers opnieuw in evenwicht zou kunnen brengen, met name onder de juiste marktomstandigheden.

352 Bijgevolg moet worden geconstateerd dat de stelling van de Commissie dat OTT de situatie op middellange termijn zou kunnen veranderen, wel degelijk op tal van bewijzen is gebaseerd, anders dan verzoekster stelt.

353 Verzoekster legt overigens geen enkel bewijs over dat de voorgaande vaststellingen in twijfel kan trekken of waaruit kan worden afgeleid dat IPTV een soortgelijke groei als OTT kende, IPTV een soortgelijk groeipotentieel had of OTT niet dezelfde kwaliteit als IPTV bood, specifieke apparatuur vereiste en niet even rendabel was als IPTV, zodat elke bezorgdheid over de verslechtering van de kwaliteit en de kijkervaring van de eindgebruiker bij OTT ook moest gelden voor IPTV. Tevens moet worden opgemerkt dat verzoekster niet opkomt tegen de verklaring van de Commissie in overweging 291 van het bestreden besluit dat slechts 8 % van de huishoudens in Duitsland een IPTV-abonnement had en dat daaruit het beperkte marktaandeel van deze technologie bleek.

354 Wat vervolgens de prikkel van de uit de concentratie ontstane entiteit betreft om de opkomst van innovatieve televisiediensten te belemmeren, heeft de Commissie in overweging 1275 van het bestreden besluit onderstreept dat OTT- en HBBTV-diensten bedoeld waren om een rechtstreekse verbinding tussen de televisieomroepen en de kijker tot stand te brengen, waarbij de tussenkomst van traditionele televisieplatformen zoals die van de partijen bij de concentratie werd beperkt. De Commissie heeft hieruit afgeleid dat de uit de concentratie ontstane entiteit de prikkel zou kunnen hebben om de opkomst van die diensten te belemmeren en een bedrijfsmodel in stand te willen houden dat gebaseerd was op het controleren van de klant door het televisieplatform en de afwezigheid van interactie tussen de klant en de televisieomroepen, maar dat dit probleem zich niet voordeed bij IPTV, die geen dergelijke interactie bood.

355 In dit verband heeft de Commissie onderstreept dat de door de marktonderzoekdeelnemers genoemde voorbeelden en de interne documenten van de partijen bij de concentratie erop wezen dat deze laatste al een prikkel hadden om de ontwikkeling van OTT- en HBBTV-diensten te beperken, en heeft zij uitgelegd dat die bestaande prikkel na de transactie zou vergroten. Ten eerste zouden de televisieomroepen door de grotere marktmacht van de uit de concentratie ontstane entiteit immers minder kunnen weerstaan aan de poging van Vodafone om dergelijke strategieën toe te passen. Ten tweede zou de uit de concentratie ontstane entiteit geen enkele prikkel hebben om innovatieve interactieve diensten te introduceren als reactie op soortgelijke diensten van de belangrijkste vergelijkbare concurrent, Unitymedia. Ten derde zou de succesvolle verdringing van de concurrentie die uitging van OTT-diensten op retailniveau ten goede komen aan alle bestaande retailaanbieders van televisiediensten, en zouden deze dus een prikkel hebben om mee te surfen (*free-ride*) op de afschermingsinspanningen van hun concurrenten op retailniveau. Door de combinatie Vodafone-Unitymedia zou de uit de concentratie ontstane entiteit echter het voordeel voor beide partijen van de succesvolle uitsluiting van OTT-diensten kunnen internaliseren. De Commissie heeft daaruit afgeleid dat dit de prikkel van die entiteit om een dergelijke strategie te volgen, zou vergroten (zie de overwegingen 1280-1283 van het bestreden besluit).

356 Hieruit volgt dat de Commissie over de nodige bewijzen beschikte om in overweging 1284 van het bestreden besluit te kunnen concluderen dat de partijen bij de concentratie een prikkel zouden kunnen hebben om de opkomst van OTT- en HBBTV-diensten te belemmeren teneinde een bedrijfsmodel in stand te houden waarbij het televisieplatform de relatie met de klant rechtstreeks controleert en de televisieomroepen de tussenkomst van de kabelnetwerken niet kunnen omzeilen.

357 Verzoekster toont echter niet aan dat de uit de concentratie ontstane entiteit dezelfde prikkel zou hebben om de distributie van content via IPTV-technologie te beperken.

358 In dit verband moet worden geoordeeld dat, anders dan verzoekster stelt, uit de verschillende in de punten 342 tot en met 351 hierboven vermelde overwegingen van het bestreden besluit blijkt dat IPTV geen echt substituut voor kabeltelevisie is en niet de enige alternatieve technologie in opmars is, terwijl OTT wel zou kunnen uitgroeien tot een dienst die kabeltelevisie vervangt.

359 Bijgevolg toont verzoekster niet aan dat de Commissie in casu verplicht was om te onderzoeken of de uit de concentratie ontstane entiteit een prikkel had om de contentdistributie die met IPTV-technologie werkt aan banden te leggen, en dus een kennelijke fout heeft gemaakt door dit niet te doen. Bovendien was verzoekster, in het licht van de voorgaande overwegingen, in staat te begrijpen waarom de Commissie geen dergelijke beoordeling heeft verricht, en heeft zij haar rechten kunnen doen gelden, zodat de Commissie haar motiveringsplicht ter zake niet heeft geschonden.

360 Derhalve moet het tweede onderdeel van het vierde middel, en dus het vierde middel in zijn geheel, worden afgewezen.

F. Vijfde middel: kennelijke beoordelingsfout van de Commissie door te oordelen dat de OTT-verbintenis en de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen volstonden om de concentratie verenigbaar te maken met de interne markt

361 Ter ondersteuning van haar vijfde middel betoogt verzoekster dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de OTT-verbintenis, de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen en de HBBTV-verbintenis (hierna samen: „verbintenissen voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen”), die de partijen bij de concentratie waren aangegaan, de op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen vastgestelde SBDM konden wegnemen. Volgens haar waren deze verbintenissen integendeel kennelijk ongeschikt en ontoereikend.

1. Overwegingen vooraf

362 Zoals in de punten 31 en 32 hierboven is uiteengezet, was de Commissie in het bestreden besluit van mening dat de transactie, wegens de grotere marktmacht van de uit de concentratie ontstane entiteit op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen, ten eerste zou kunnen leiden tot een soort van gedeeltelijke afscherming van de vrij te ontvangen of betalende zenders, met name omdat die entiteit haar contractuele en financiële voorwaarden ten aanzien van de televisieomroepen zou kunnen aanscherpen, en bijgevolg tot een kwalitatieve verslechtering van het televisieaanbod voor de televisiekijker in Duitsland, en ten tweede zou kunnen leiden tot de ontwikkeling door die entiteit van een strategie om de opkomst en ontwikkeling van OTT- en

HBBTV- televisiediensten te belemmeren, wat nadelig zou kunnen zijn voor de consument door een slechtere kijkervaring en een beperkter aanbod (zie de overwegingen 1205-1265 alsmede de overwegingen 1266-1292).

363 Om deze op de markt voor de aankoop van televisiesignalen vastgestelde SBDM weg te nemen, heeft de Commissie verschillende verbintenissen van Vodafone aanvaard, te weten de OTT-verbintenis, volgens welke de uit de concentratie ontstane entiteit niets mocht wijzigen aan de mogelijkheid van televisieomroepen waarvan content op haar platform werd uitgezonden, om deze content via een OTT-dienst te distribueren, en dat hun daarvoor voldoende rechtstreekse interconnectiecapaciteit werd gegarandeerd, de HBBTV-verbintenis, volgens welke de uit de concentratie ontstane entiteit het HBBTV-signaal van televisieomroepen van vrij te ontvangen televisiezenders moest blijven uitzenden, en de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen, volgens welke die entiteit de terugkoopvergoedingen die televisieomroepen van vrij te ontvangen zenders aan haar betalen, niet mocht verhogen, zoals blijkt uit de punten 40 en 41 hierboven.

364 In casu kan verzoeksters betoog ter ondersteuning van het onderhavige middel worden opgesplitst in vier onderdelen: 1) toepassing van een onjuist juridisch criterium bij de beoordeling of de verbintenissen voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen passend waren; 2) ondoeltreffendheid van deze verbintenissen, aangezien zij de vastgestelde mededingingsproblemen niet zouden oplossen; 3) tardieve indiening van de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen, en 4) opheffing van de SBDM op geen enkele van de betrokken markten.

365 De Commissie, ondersteund door interveniënte, antwoordt dat het vijfde middel niet ter zake dienend is omdat verzoekster niet opkomt tegen de beoordeling van de „Wholesale Cable Broadband Access”-verbintenis, hoewel deze er eveneens toe heeft bijgedragen de mededingingsproblemen op te lossen die waren vastgesteld op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen.

366 Het Gerecht acht het opportuun om eerst te onderzoeken of de vier door verzoekster ter ondersteuning van het onderhavige middel aangevoerde onderdelen gegrond zijn.

2. Eerste onderdeel: toepassing van een onjuist juridisch criterium bij de beoordeling of de verbintenissen voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen passend waren

367 In de eerste plaats stelt verzoekster dat de Commissie de verbintenissen voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen kennelijk ontoereikend had moeten achten, aangezien deze uitsluitend het gedrag van de uit de concentratie ontstane entiteit betroffen. De mededeling corrigerende maatregelen staat immers in beginsel niet toe dat, om horizontale mededingingsproblemen op te lossen – zoals die welke op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen waren vastgesteld – gedragsverbintenissen worden aanvaard.

368 In de tweede plaats betoogt verzoekster dat de Commissie de geschiktheid van deze verbintenissen heeft beoordeeld aan de hand van een onjuist en te mild juridisch criterium. Zij stelt dat de vage terminologie die de Commissie in het bestreden besluit heeft gebruikt, wijst op de mogelijkheid maar niet op de zekerheid, dat de verbintenissen toereikend en doeltreffend waren om de op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen vastgestelde mededingingsproblemen volledig op te lossen, zodat deze maatregelen niet hadden mogen worden aanvaard.

369 De Commissie, ondersteund door Vodafone, betwist de argumenten van verzoekster.

370 Wat in de eerste plaats haar bewering betreft dat de verbintenissen voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen enkel gedragsverbintenissen betreffen die dan ook ontoereikend zijn om horizontale mededingingsproblemen op te lossen, is het juist dat de Commissie, zoals verzoekster constateert, in punt 15 van de mededeling corrigerende maatregelen aangeeft dat verbintenissen van structurele aard, zoals de verbintenis om een bedrijfsonderdeel te verkopen, vanuit de doelstelling van verordening nr. 139/2004 in de regel te verkiezen zijn, voor zover zij de mededingingsbezwaren die de concentratie in haar aangemelde vorm zou doen rijzen, duurzaam voorkomen en geen toezichtmaatregelen op middellange of lange termijn vergen. Bovendien benadrukt de Commissie, zoals verzoekster in herinnering brengt, in punt 17 van die mededeling dat verbintenissen met betrekking tot het toekomstige handelen van de nieuw geconcentreerde onderneming alleen uitzonderlijk, in zeer specifieke omstandigheden acceptabel kunnen zijn.

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

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

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

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

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

376 Verzoekster kan dus niet op goede gronden stellen dat de Commissie de verbintenissen voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen kennelijk ontoereikend had moeten vinden om de enkele reden dat deze uitsluitend het gedrag van de uit de concentratie ontstane entiteit betroffen, zodat de eerste grief moet worden afgewezen.

377 Wat in de tweede plaats verzoeksters bewering betreft dat uit de door de Commissie in het bestreden besluit gebruikte terminologie blijkt dat zij geen enkele zekerheid had dat de verbintenissen voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen toereikend en doeltreffend waren om de op die markt vastgestelde SBDM op te heffen, moet worden opgemerkt dat de Commissie een concentratie verenigbaar moet verklaren indien het voldoende waarschijnlijk is dat de concentratie, zoals gewijzigd door de verbintenissen die de partijen bij de concentratie hebben voorgesteld, de daadwerkelijke mededinging op de interne markt of een wezenlijk deel daarvan niet op significante wijze zal belemmeren (zie in die zin arrest van 23 mei 2019, KPN/Commissie, T-370/17, EU:T:2019:354, punt 110 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

378 Daarnaast kunnen de verbintenissen die zijn voorgesteld door de partij die de betrokken transactie heeft aangemeld, slechts worden geacht de transactie verenigbaar met de interne markt te kunnen maken voor zover de Commissie met zekerheid kan concluderen dat de uitvoering ervan mogelijk is en dat de daaruit voortvloeiende oplossingen voldoende levensvatbaar en duurzaam zijn om zeker te stellen dat de vastgestelde SBDM, die de verbintenissen moeten voorkomen, zich in de betrekkelijk nabije toekomst niet zal voordoen (zie in die zin arrest van 13 mei 2015, Niki Luftfahrt/Commissie, T-162/10, EU:T:2015:283, punt 294 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

379 Hieruit volgt dat indien de Commissie weliswaar de zekerheid moet hebben dat de voorgestelde verbintenissen zullen kunnen worden uitgevoerd en voldoende levensvatbaar en duurzaam zullen zijn, maar dat zij een concentratie verenigbaar kan verklaren indien het voldoende waarschijnlijk is dat de verbintenissen toereikend en doeltreffend zullen zijn om de vastgestelde SBDM op te heffen.

380 Bovendien kan verzoekster niet op goede gronden stellen dat uit de door de Commissie gebruikte formuleringen blijkt dat zij zich heeft gebaseerd op de enkele mogelijkheid dat de verbintenissen alle vastgestelde negatieve gevolgen van de transactie voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen volledig zouden opheffen.

381 Het is weliswaar juist dat het gedeelte van het bestreden besluit waarin de definitieve verbintenissen worden beoordeeld, bepaalde formuleringen bevat die, op zichzelf beschouwd, als een uiting van twijfel van de Commissie zouden kunnen worden opgevat, maar deze formuleringen moeten worden gelezen in het licht van dat gedeelte van het bestreden besluit in zijn geheel en meer in het bijzonder van de conclusies die de Commissie in de overwegingen 1965, 1972 en 1973 heeft geformuleerd.

382 In dit verband moet worden vastgesteld dat de Commissie bij wijze van algemene conclusie in overweging 1973 van het bestreden besluit heeft aangegeven dat „de definitieve verbintenissen in hun geheel geschikt en toereikend [waren] om de gerezen mededingingsproblemen – namelijk dat de transactie een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging zou creëren – op te lossen” en dat „de definitieve verbintenissen op korte termijn doeltreffend [konden] worden uitgevoerd”.

383 Gelet op het voorgaande moet het eerste onderdeel van het onderhavige middel worden afgewezen.

3. Tweede onderdeel: ondoeltreffendheid van de verbintenissen voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen aangezien deze de vastgestelde mededingingsproblemen niet oplossen

384 Ter ondersteuning van het tweede onderdeel van het onderhavige middel voert verzoekster aan dat de verbintenissen voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen volstrekt ondoeltreffend en ongeschikt waren ter bereiking van de doelstelling van de Commissie om de sterkere onderhandelingspositie van de uit de concentratie ontstane entiteit ten opzichte van de televisieomroepen te compenseren.

385 In de eerste plaats betoogt verzoekster dat de OTT-verbintenis geen bescherming bood aan televisieomroepen die lineaire zenders zonder replaytelevisiediensten op het platform van de uit de concentratie ontstane entiteit distribueerden, noch aan televisieomroepen die niet-lineaire diensten aanboden (VOD-diensten).

386 In de tweede plaats stelt zij dat OTT slechts op middellange termijn de marktmacht van de traditionele televisieplatformen zou kunnen inperken, zoals de Commissie zelf heeft aangegeven in overweging 1132 van het bestreden besluit, zodat de OTT-verbintenis ondoeltreffend was omdat zij pas ná een verdere verslechtering van de mededingingsvoorwaarden op de markt en dus te laat uitwerking zou kunnen krijgen, wat niet strookt met de in punt 9 van de mededeling corrigerende maatregelen gestelde vereisten.

387 In de derde plaats zet verzoekster uiteen dat het tweede aspect van de OTT-verbintenis – namelijk de verbintenis in verband met de interconnectie voor OTT-diensten – ontoereikend was, aangezien in het gehele kabelnetwerkgebied capaciteitsproblemen konden ontstaan, en meer in het bijzonder op het niveau van het aansluitnet, waar alle klanten de beperkte capaciteit van de coaxkabel moesten delen, waaruit blijkt dat het verzekeren van voldoende interconnectie- of aanlegcapaciteit op zich geen garantie zou zijn voor voldoende ontvangstkwaliteit voor OTT-televisieklanten en de concurrentievoorwaarden niet zou verbeteren.

388 In de vierde plaats stelt verzoekster dat de verbintenissen voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen ontoereikend waren aangezien zij de mogelijkheid en de prikkel van de uit de concentratie ontstane entiteit om innovatieve televisiediensten – zoals IPTV – van derden te schaden, niet zouden verminderen. Volgens haar zou die entiteit nog steeds naar eigen goeddunken het gebruik van IPTV-diensten van derden door televisieomroepen kunnen beperken en dus schade kunnen berokkenen aan die omroepen, aan concurrerende retailaanbieders van televisiediensten en aan hun klanten.

389 In de vijfde plaats betoogt verzoekster dat de verbintenissen de uit de concentratie ontstane entiteit niet zouden beletten om de televisieomroepen andere ongunstige voorwaarden op te leggen die identieke of zelfs nog slechtere resultaten zouden kunnen hebben dan die welke de verbintenissen moesten verhelpen. Andere tijdens de multidimensionale onderhandelingen tussen die entiteit en de televisieomroepen besproken elementen zouden dus negatief kunnen worden beïnvloed. Bijgevolg zou de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen altijd zinloos blijven, aangezien voorbij zou worden gegaan aan de verslechtering van andere contractuele voorwaarden ten nadele van de televisieomroepen en zij die entiteit niet zou beletten haar marktmacht te misbruiken.

390 De Commissie, daarin ondersteund door Vodafone, betwist verzoeksters argumenten.

391 Wat in de eerste plaats verzoeksters bewering betreft dat de OTT-verbintenis ondoeltreffend was omdat zij geen bescherming bood aan televisieomroepen die lineaire zenders zonder replaytelevisiediensten op het platform van de uit de concentratie ontstane entiteit distribueerden, noch aan televisieomroepen die niet-lineaire diensten aanboden, moet worden geconstateerd dat verzoekster uitgaat van een onjuiste interpretatie van de OTT-verbintenis.

392 Uit punt 13 van deel B.II van de tekst van de verbintenissen blijkt namelijk dat Vodafone zich er met de OTT-verbintenis toe heeft verbonden geen overeenkomst met een televisieomroep te sluiten of te verlengen betreffende de distributie van lineaire zenders van deze televisieomroep en replaytelevisiediensten voor de content van die lineaire zenders via het televisieplatform van Vodafone, die voorwaarden bevatten die direct of indirect de capaciteit van die televisieomroep beperken om een OTT-dienst, zijn lineaire zenders via een OTT-dienst of zijn content voor opname in een OTT-dienst in Duitsland aan te bieden (zie ook overweging 1924 van het bestreden besluit).

393 Aangezien het begrip „televisieomroep” in de verbintenissen wordt gedefinieerd als elke „aanbieder van een of meer lineaire televisiezenders”, kan de tekst van de OTT-verbintenis niet in de door verzoekster voorgestelde zin worden uitgelegd dat zij niet zou gelden voor televisiezenders die zowel lineaire zenders als replaytelevisiediensten via het platform van de uit de concentratie ontstane entiteit distribueerden, en dus aldus dat de verbintenis inzake de OTT-beperkingen geen bescherming zou bieden aan televisieomroepen die lineaire zenders zonder replaytelevisiediensten distribueren op het platform van de uit de concentratie ontstane entiteit, of aan televisieomroepen die ook niet-lineaire diensten aanbieden.

394 De vermelding, in de tekst van de verbintenissen, van een overeenkomst met een televisieomroep die de distributie van lineaire zenders van deze televisieomroep „en” replaytelevisiediensten voor de inhoud van die lineaire zenders via het TV-platform van Vodafone omvatte, beoogde de reikwijdte van de verbintenis uit te breiden, niet alleen tot de overeenkomsten betreffende de distributie van lineaire zenders, maar ook tot de overeenkomsten die zowel betrekking hadden op de distributie van lineaire zenders als op de met de distributie van lineaire zenders verband houdende diensten, te weten de replaytelevisiediensten voor de inhoud van die lineaire zenders, en niet de overeenkomsten uit te sluiten die waren gesloten of zouden worden gesloten met televisiezenders die lineaire zenders zonder replaytelevisiediensten distribueren op het platform van de uit de concentratie ontstane entiteit, of met de televisieomroepen die ook niet-lineaire producten aanbieden.

395 Hieruit volgt dat de OTT-verbintenis veeleer in die zin moet worden geïnterpreteerd dat zij betrekking had op, ten eerste, de overeenkomsten waarover was onderhandeld met de televisieomroepen en die enkel betrekking hadden op de distributie van de lineaire zenders van die televisieomroepen en, ten tweede, de overeenkomsten waarover was onderhandeld met de televisieomroepen en die betrekking hadden op de distributie van de lineaire zenders van deze omroepen en het aanbieden van replaytelevisiediensten voor de content van die lineaire zenders via het televisieplatform van Vodafone, zodat verzoeksters eerste grief moet worden afgewezen.

396 Hoe dan ook moet worden opgemerkt dat verzoekster niet aangeeft wat de gevolgen voor de doeltreffendheid van de OTT-verbintenis zijn van haar interpretatie van die verbintenis volgens welke deze geen bescherming zou hebben geboden aan televisieomroepen die lineaire zenders zonder replaytelevisiediensten distribueren op het platform van de uit de concentratie ontstane entiteit of aan televisieomroepen die ook niet-lineaire diensten aanbieden. Zij toont in het bijzonder niet aan dat de OTT-verbintenis ontoereikend was om het op de markt voor de

terugkoop van televisiesignalen vastgestelde mededingingsprobleem, dat de toezegging in kwestie rechtvaardigde, op te lossen om de enkele reden dat die verbintenis niet van toepassing zou zijn geweest op televisieomroepen die lineaire zenders zonder replaytelevisiediensten distribueren op het platform van die entiteit, of op televisieomroepen die eveneens niet-lineaire diensten aanbieden. Zij voert in dit verband geen enkel gegeven aan waaruit zou kunnen worden afgeleid hoeveel televisieomroepen in dat geval niet van de OTT-verbintenis zouden hebben kunnen profiteren.

397 Wat in de tweede plaats verzoeksters bewering betreft dat de OTT-verbintenis ondoeltreffend was omdat zij per definitie te laat uitwerking zou krijgen, moet worden opgemerkt dat uit overweging 1266 van het bestreden besluit blijkt dat het vastgestelde mededingingsprobleem, dat met die verbintenis moest worden opgelost, erin bestond dat de uit de concentratie ontstane entiteit meer mogelijkheden had om de opkomst en de ontwikkeling van bepaalde innovatieve televisiediensten, waaronder OTT – waarvan het toenemende belang was vastgesteld en die meer interactie tussen de televisieomroep en de kijker mogelijk maakten – te belemmeren.

398 Ongeacht de vraag vanaf welk tijdstip de OTT-diensten de marktmacht van de traditionele televisieplatformen aanzienlijk zouden hebben kunnen inperken, moet bijgevolg worden geconstateerd dat de OTT-verbintenis, doordat deze vanaf de datum van vaststelling van het bestreden besluit Vodafone niet alleen zou beletten om een overeenkomst met een televisieomroep te sluiten of te verlengen die voorwaarden bevatte die direct of indirect de mogelijkheid van die televisieomroep beperkten om een OTT-dienst in Duitsland aan te bieden, maar haar ook zou verplichten om dergelijke reeds bestaande clausules niet verder uit te voeren en soortgelijke beperkingen te verwijderen uit bestaande overeenkomsten, van dien aard was dat daarmee Vodafone onmiddellijk kon worden verhinderd om de opkomst en de ontwikkeling van OTT-diensten te belemmeren, en dus het vastgestelde mededingingsprobleem waarvoor die verbintenis was aangegaan, kon worden verholpen. Hieruit volgt dat de OTT-verbintenis overeenkomstig punt 9 van de mededeling corrigerende maatregelen daadwerkelijk en snel kon worden uitgevoerd, zodat verzoeksters tweede grief moet worden afgewezen.

399 Wat in de derde plaats verzoeksters bewering betreft dat de verbintenis in verband met de interconnectie voor OTT-diensten ontoereikend was omdat in het gehele kabelnetwerkgebied capaciteitsproblemen konden ontstaan en dat het verzekeren van voldoende interconnectie- of aanlegcapaciteit dus geen garantie bood voor voldoende ontvangstkwaliteit voor OTT-televisieklanten, moet worden opgemerkt dat uit punt 15 van deel B.II van de tekst van de verbintenissen blijkt dat die toezegging ertoe strekte in Duitsland minstens drie ongehinderde routes naar het IP-netwerk van de uit de concentratie ontstane entiteit in stand te houden. Hetgeen werd beoogd was met andere woorden het bieden van voldoende interconnectiecapaciteit om de breedbandklanten van die entiteit in Duitsland toegang te geven tot alle OTT-diensten, hetzij via de interconnectiepunten beschreven in punt 16 van deel B.II van de tekst van de verbintenissen, hetzij op een andere manier.

400 Daartoe bevatte punt 16 van deel B.II van de tekst van de verbintenissen met name de volgende verplichtingen. Ten eerste moest Vodafone ervoor zorgen dat het dagelijkse piekgebruik op alle interconnectiepunten van de uit de concentratie ontstane entiteit met elk van de groepen van minstens drie bekende interconnectieaanbieders die bereid waren transitdiensten te verkopen, niet meer dan 80 % bedroeg, zodat er boven op de dagelijkse piek minstens 20 % capaciteit beschikbaar bleef. Ten tweede moest Vodafone ervoor zorgen dat er boven op de dagelijkse piek

minstens 20 Gbit/s capaciteit beschikbaar zou zijn. Dit cijfer zou jaarlijks worden herzien volgens een in de tekst van de verbintenissen beschreven procedure. Verzoekster legt niet concreet uit waarom dit ontoereikend zou zijn geweest.

401 In dit verband moet ook worden opgemerkt dat de Commissie en interveniënte hebben uitgelegd – zonder te zijn tegengesproken – dat de uit de concentratie ontstane entiteit in essentie een grote prikkel zou hebben om congestie op het niveau van het aansluitnetwerk tot een minimum te beperken omdat een dergelijke congestie voor haar een aanzienlijk risico zou inhouden dat zij op de markt voor vaste internettoegang klanten zou verliezen aan andere aanbieders.

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

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

404 Wat in de vierde plaats verzoeksters bewering betreft dat de verbintenissen voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen ontoereikend waren omdat deze de mogelijkheid en de prikkel van de uit de concentratie ontstane entiteit om innovatieve televisiediensten – zoals IPTV – van derden te benadelen, niet zouden verminderen, zij eraan herinnerd dat, zoals uit het onderzoek van het tweede onderdeel van het vierde middel blijkt, de Commissie in het bestreden besluit weliswaar heeft geoordeeld dat die entiteit de mogelijkheid en de prikkel zou hebben om de opkomst en de ontwikkeling van innovatieve televisiediensten zoals HBBTV en OTT te belemmeren en dat Vodafone OTT- en HBBTV-verbintenissen had aangeboden om dit mededingingsprobleem op te lossen, maar dat dit volgens haar niet het geval zou zijn voor IPTV, aangezien dit product, anders dan OTT, met een beperkt marktaandeel van 8 % haars inziens op de terugweg was (zie overweging 291 van het bestreden besluit), hetgeen verzoekster niet betwist.

405 Bovendien blijkt uit de punten 338 tot en met 360 hierboven dat verzoekster niet aantoont dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door niet te onderzoeken of de uit de concentratie ontstane entiteit de mogelijkheid en een belang had om de opkomst en ontwikkeling van andere innovatieve diensten, zoals IPTV, te belemmeren, en dat op dit punt dus geen verbintenis hoefde te worden opgelegd, zodat de vierde grief moet worden afgewezen.

406 Wat in de vijfde plaats verzoeksters bewering betreft dat de verbintenissen voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen de uit de concentratie ontstane entiteit niet zouden beletten om de televisieomroepen andere ongunstige voorwaarden op te leggen die identieke of zelfs nog slechtere effecten konden sorteren dan die welke de verbintenissen moesten verhelpen, dient te worden geconstateerd dat verzoekster en interveniënte het erover eens zijn dat de onderhandelingen tussen de televisieomroepen en de televisieplatformen niet beperkt waren tot

de inkomstenstromen van die omroepen naar de uit de concentratie ontstane entiteit – de zogenaamde terugkoopvergoedingen – maar ook zagen op betalingen voor content en betalingen voor technische kwaliteit of extra functionaliteiten en diensten die deze entiteit verrichtte ten behoeve van de televisieomroepen.

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

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

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

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

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

412 Uit het voorgaande volgt dat de vijfde grief, anders dan de Commissie stelt, voldoende begrijpelijk en dus ontvankelijk is, maar ongegrond is. Bijgevolg moet deze grief, evenals het tweede onderdeel van het onderhavige middel, worden afgewezen.

4. Derde onderdeel: tardieve indiening van de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen

413 Ter ondersteuning van het derde onderdeel van het onderhavige middel betoogt verzoekster dat de verbintenis inzake de terugkoopvergoedingen is ingediend na het verstrijken van de termijn voor de indiening van corrigerende maatregelen, met als gevolg dat de Commissie de marktdeelnemers niet opnieuw heeft kunnen raadplegen. Uit de mededeling corrigerende maatregelen blijkt dat enkel verbintenissen die de vastgestelde mededingingsproblemen volledig oplossen en elke dubbelzinnigheid wegnemen, tardief mogen worden aanvaard, wat niet het geval is voor de voormelde verbintenis, gelet op de argumenten die in de eerste twee onderdelen van het vijfde middel zijn aangevoerd. De Commissie had de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen dan ook moeten afwijzen.

414 De Commissie, ondersteund door Vodafone, betwist de argumenten van verzoekster.

415 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat uit artikel 19, lid 2, van verordening nr. 802/2004 blijkt dat de verbintenissen die de betrokken ondernemingen overeenkomstig artikel 8, lid 2, van verordening nr. 139/2004 voorstellen, binnen 65 werkdagen na de datum van inleiding van de procedure bij de Commissie moeten worden ingediend. Wanneer de periode voor het nemen van een besluit overeenkomstig artikel 8, lid 2, van verordening nr. 139/2004 wordt verlengd, wordt de termijn van 65 werkdagen automatisch met hetzelfde aantal werkdagen verlengd.

416 Verder blijkt uit punt 94 van de mededeling corrigerende maatregelen dat wanneer de partijen de voorgestelde verbintenissen na de termijn van 65 werkdagen wijzigen, de Commissie deze gewijzigde verbintenissen alleen accepteert indien zij – op basis van haar beoordeling van de gegevens die zij in de loop van het onderzoek reeds heeft ontvangen, daaronder begrepen de uitkomsten van eerdere markttests, en zonder dat een verdere markttest hoeft plaats te vinden – duidelijk kan vaststellen dat met de tenuitvoerlegging van deze verbintenissen de geconstateerde mededingingsbezwaren zonder twijfel en volledig worden weggenomen, én wanneer er voldoende tijd wordt gelaten voor een passende beoordeling door de Commissie en een passend overleg met lidstaten. Ook blijkt uit voetnoot 107 van die mededeling, die bij punt 94 hoort, dat deze raadpleging normaal gesproken vereist dat de Commissie een ontwerp van het eindbesluit, daaronder begrepen een beoordeling van de gewijzigde verbintenissen, aan de lidstaten moet kunnen zenden uiterlijk 10 werkdagen vóór de bijeenkomst van het Raadgevend comité.

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

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

419 Wat de eerste voorwaarde betreft, blijkt uit het onderzoek van het eerste en het tweede onderdeel van het onderhavige middel dat de argumenten van verzoekster over de ondoeltreffendheid en de ontoereikendheid van de verbintenissen, en met name van de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen, zijn afgewezen. Bijgevolg moet worden geoordeeld dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de Commissie op basis van haar beoordeling van de gegevens die zij in de

loop van het onderzoek reeds had ontvangen, daaronder begrepen de uitkomsten van eerdere markttests, en zonder dat een verdere markttest hoefde plaats te vinden, niet duidelijk kon vaststellen dat met de tenuitvoerlegging van de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen de geconstateerde mededingingsbezwaren zonder twijfel en volledig zouden worden weggenomen.

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

421 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie rekening mocht houden met de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen ondanks de tardieve indiening ervan, zodat het derde onderdeel van het onderhavige middel moet worden afgewezen.

5. Vierde onderdeel: de SBDM is niet op alle betrokken markten weggewerkt

422 Verzoekster betoogt dat, gelet op de eerdere argumenten die zij in het kader van het eerste, het tweede en het vierde middel heeft aangevoerd, de verbintenissen ontoereikend waren omdat zij geen einde zouden maken aan de SBDM op de MDU- en de SDU-markt en evenmin aan de afschermingseffecten ten nadele van de concurrenten van de uit de concentratie ontstane entiteit op de wholesaletelevisiemarkten, te weten de problemen die de Commissie in het bestreden besluit niet heeft gesignaleerd.

423 De Commissie betwist verzoeksters argumenten.

424 In dit verband kan worden volstaan met de vaststelling dat de argumenten waarnaar verzoekster verwijst en die zij ter ondersteuning van haar eerste, tweede en vierde middel heeft aangevoerd, hierboven zijn afgewezen om de redenen die in het kader van het onderzoek van deze middelen zijn uiteengezet. Bijgevolg toont zij niet aan dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de transactie geen enkele SBDM op de MDU- en de SDU-markt creëerde en geen enkel significant nadelig gevolg had voor de mededinging op de wholesalemarkt voor de verwerving van televisiekanalen of de markt voor de terugkoop van televisiesignalen, zodat het vierde onderdeel van het onderhavige middel niet kan slagen.

425 Gelet op het voorgaande moet het vijfde middel hoe dan ook ongegrond worden verklaard.

G. Verzoeksters verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang

426 In haar opmerkingen van 2 juni 2023 heeft verzoekster het Gerecht verzocht de Commissie te gelasten bepaalde nog niet openbaar gemaakte vertrouwelijke documenten over te leggen, teneinde na te gaan of deze wel degelijk de conclusie ondersteunden waartoe de Commissie was gekomen met betrekking tot het ontbreken van een concurrentieverhouding tussen de partijen bij de concentratie op de MDU-markt.

427 Uit met name de punten 71 tot en met 167 hierboven volgt echter dat een dergelijke maatregel tot organisatie van de procesgang niet noodzakelijk is om uitspraak te doen op het beroep.

428 Bijgevolg dient dit verzoek van verzoekster te worden afgewezen.

429 Uit een en ander volgt dat het beroep moet worden verworpen.

IV. Kosten

430 Volgens artikel 134, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vorderingen van de Commissie en Vodafone te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Zevende kamer – uitgebreid)

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Deutsche Telekom AG wordt verwezen in de kosten.

van der Woude da Silva Passos Reine

Truchot Sampol Pucurull

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 november 2024.

ondertekeningen

Inhoudstafel

I. Voorgeschiedenis van het geding . . . 2

A. Betrokken ondernemingen . . . 2

B. Administratieve procedure . . . 3

C. Bestreden besluit . . . 3

1. Beoordeling van de gevolgen van de concentratie voor de mededinging in Duitsland . . . 3

a) Horizontale effecten . . . 4

1) Niet-gecoördineerde horizontale effecten op de markt voor vaste internettoegang . . . 4

2) Niet-gecoördineerde horizontale effecten op de markt voor het aanbieden van televisiesignaaltransmissiediensten op retailniveau . . . 4

3) Niet-gecoördineerde horizontale effecten op de eventuele retailmarkten voor multiserviceaanbiedingen . . . 5

4) Niet-gecoördineerde horizontale effecten op de markt voor het aanbieden van televisiediensten op retailniveau . . . 6

5) Niet-gecoördineerde horizontale effecten op de wholesalemarkt voor het aanbieden en aankopen van televisiekanalen en op de markt voor de terugkoop van televisiesignalen . . . 6

b) Verticale effecten . . . 8

c) Conglomeraateffecten . . . 8

d) Conclusie over de gevolgen van de concentratie in Duitsland . . . 8

2. Met het bestreden besluit verplicht geworden verbintenissen . . . 8

II. Procedure en conclusies van partijen . . . 9

III. In rechte . . . 10

A. Toepasselijke beginselen uit de rechtspraak . . . 10

1. Omvang van de rechterlijke toetsing . . . 10

2. Bewijsregels . . . 11

B. Eerste middel: schending van artikel 2, leden 2 en 3, van verordening nr. 139/2004 en kennelijke beoordelingsfouten in verband met de MDU-markt . . . 12

1. Overwegingen vooraf . . . 12

2. Tweede onderdeel: kennelijke beoordelingsfouten . . . 13

a) Kennelijke beoordelingsfouten aangaande de concurrentieverhouding tussen de partijen bij de concentratie . . . 13

1) Directe concurrentie . . . 13

2) Indirecte concurrentie . . . 16

3) Potentiële concurrentie . . . 20

4) Collectieve machtspositie als gevolg van stilzwijgende afspraken tussen de partijen bij de concentratie . . . 27

b) Kennelijke beoordelingsfouten in verband met de mededingingseffecten van de transactie op de MDU-markt . . . 28

1) Grotere marktmacht van de uit de concentratie ontstane entiteit en uitschakeling van de concurrentiedruk tussen de partijen . . . 29

2) Vermindering van de door de resterende concurrenten uitgeoefende concurrentiedruk . . . 29

3. Eerste onderdeel: onjuiste rechtsopvatting en schending van artikel 2, leden 2 en 3, van verordening nr. 139/2004 . . . 31

C. Tweede middel: kennelijke beoordelingsfout wat betreft de concurrentieverhouding tussen de partijen bij de concentratie op de SDU-markt . . . 33

1. Overwegingen vooraf . . . 34

2. Eerste onderdeel: onjuiste rechtsopvatting en kennelijke beoordelingsfout omdat de Commissie niet heeft geoordeeld dat de transactie een machtspositie en dientengevolge een SBDM zou creëren . . . 36

3. Tweede onderdeel: kennelijke beoordelingsfout omdat de Commissie niet heeft geoordeeld dat de transactie de daadwerkelijke en potentiële concurrentie tussen de partijen bij de concentratie zou uitschakelen . . . 37

4. Derde onderdeel: kennelijke beoordelingsfout omdat de Commissie niet heeft geoordeeld dat de transactie de resterende concurrenten zou verzwakken . . . 40

D. Derde middel: kennelijke beoordelingsfout met betrekking tot de verticale effecten van de transactie op de intermediaire televisiesignaaltransmissiediensten . . . 41

1. Overwegingen vooraf . . . 41

2. Tweede onderdeel: kennelijke fouten van de Commissie bij haar beoordeling van de potentiële gevolgen van een uitsluitingsstrategie voor de concurrentie benedenwaarts . . . 44

E. Vierde middel: kennelijke beoordelingsfouten van de Commissie met betrekking tot de gevolgen van de transactie voor de wholesalemarkt voor de aankoop van televisiekanalen en de markt voor de terugkoop van televisiesignalen . . . 47

1. Overwegingen vooraf 48

2. Eerste onderdeel: kennelijke beoordelingsfouten wat betreft de marktafscherming bij wege van overeenkomsten voor (gedeeltelijke of volledige) exclusiviteit 50

a) Vermeende onvolledigheid of onjuistheid van het onderzoek van de Commissie naar de prikkel van de uit de concentratie ontstane entiteit om volledige-exclusiviteitsovereenkomsten te sluiten 50

b) Vermeende onvolledigheid van het onderzoek van de Commissie naar de prikkel van de uit de concentratie ontstane entiteit om gedeeltelijke-exclusiviteitsovereenkomsten te sluiten 53

3. Tweede onderdeel: onvolledige beoordeling van de door de transactie veroorzaakte schade voor de mededinging als gevolg van de beperking van innovatieve televisiediensten 55

F. Vijfde middel: kennelijke beoordelingsfout van de Commissie door te oordelen dat de OTT-verbintenis en de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen volstonden om de concentratie verenigbaar te maken met de interne markt 58

1. Overwegingen vooraf 58

2. Eerste onderdeel: toepassing van een onjuist juridisch criterium bij de beoordeling of de verbintenissen voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen passend waren 59

3. Tweede onderdeel: ondoeltreffendheid van de verbintenissen voor de markt voor de terugkoop van televisiesignalen aangezien deze de vastgestelde mededingingsproblemen niet oplossen 62

4. Derde onderdeel: tardieve indiening van de verbintenis in verband met de terugkoopvergoedingen 67

5. Vierde onderdeel: de SBDM is niet op alle betrokken markten weggewerkt 68

G. Verzoeksters verzoek om maatregelen tot organisatie van de procesgang 68

IV. Kosten 69