Zbiór Orzeczeń

WYROK SĄDU (siódma izba w składzie powiększonym)

z dnia 13 listopada 2024 r.*

Konkurencja – Koncentracje – Niemieckie rynki usług telewizyjnych i usług telekomunikacyjnych – Decyzja uznająca koncentrację za zgodną z rynkiem wewnętrznym i z porozumieniem EOG – Zobowiązania – Ocena horyzontalnych i wertykalnych skutków koncentracji w zakresie konkurencji – Stosunek konkurencji między stronami koncentracji – Zmiana specyficzna dla koncentracji – Oczywisty błąd w ocenie

W sprawie T-64/20

Deutsche Telekom AG, z siedzibą w Bonn (Niemcy), którą reprezentowali Ch. von Köckritz, U. Soltész, M. Wirtz, M. Schulz, P. Lohs i S. Zinndorf, adwokaci,

strona skarżąca,

przeciwko

Komisji Europejskiej, którą reprezentowali G. Conte, J. Szczodrowski i C. Urraca Caviedes, w charakterze pełnomocników,

strona pozwana,

popieranej przez

Vodafone Group plc, z siedzibą w Newbury (Zjednoczone Królestwo), którą reprezentowali V. Vollmann, solicitor, C. Jeffs, A. Chadd i D. Seeliger, adwokaci,

interwenient,

SĄD (siódma izba w składzie powiększonym),

w składzie: M. van der Woude, prezes, R. da Silva Passos (sprawozdawca), I. Reine, L. Truchot i M. Sampol Pucurull, sędziowie,

sekretarz: S. Jund, administratorka,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 21 września 2023 r.,

* Język postępowania: angielski.

wydaje następujący

Wyrok

1 W skardze opartej na art. 263 TFUE skarżąca, Deutsche Telekom AG, wnosi o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji C(2019) 5187 final z dnia 18 lipca 2019 r. uznającej za zgodną z rynkiem wewnętrznym i z porozumieniem EOG koncentrację zmierzającą do nabycia przez Vodafone Group plc niektórych aktywów Liberty Global plc (sprawa COMP/M.8864 – Vodafone/Certain Liberty Global Assets) (zwanej dalej „zaskarżoną decyzją").

I. Okoliczności powstania sporu

A. Omawiane przedsiębiorstwa

2 Vodafone Group plc (zwana dalej „interwenientem" lub „spółką Vodafone"), z siedzibą w Zjednoczonym Królestwie, prowadzi działalność głównie w zakresie eksploatacji ruchomych sieci telekomunikacyjnych i świadczenia ruchomych usług telekomunikacyjnych, takich jak ruchome usługi głosowe, przesyłania wiadomości i transmisji danych. Niektóre z jej spółek operacyjnych świadczą również usługi telewizji kablowej, telefonii stacjonarnej, szerokopasmowego Internetu i telewizji wykorzystującej protokół internetowy (Internet Protocole Television, IPTV). W Unii Europejskiej spółka Vodafone jest obecna w dwunastu państwach członkowskich, w tym w Republice Czeskiej, w Niemczech, na Węgrzech i w Rumunii. W Niemczech spółka Vodafone posiada koncentryczną sieć kablową w trzynastu z szesnastu krajów związkowych (Bawaria, Berlin, Brandenburgia, Brema, Hamburg, Meklemburgia-Pomorze Przednie, Dolna Saksonia, Nadrenia-Palatynat, Saara, Saksonia, Saksonia-Anhalt, Szlezwik-Holsztyn i Turyngia), umożliwiającą jej oferowanie szerokopasmowych usług telewizyjnych i internetowych. W tym państwie członkowskim spółka Vodafone prowadzi również działalność w zakresie świadczenia detalicznych usług telefonii ruchomej na poziomie krajowym i oferuje ogólnokrajowe stacjonarne usługi telekomunikacyjne za pośrednictwem hurtowego dostępu do sieci stacjonarnej skarżącej.

3 Liberty Global plc, również mająca siedzibę w Zjednoczonym Królestwie, oferuje usługi telewizyjne, Internetu szerokopasmowego, telefonii stacjonarnej oraz usługi ruchome w różnych państwach Unii. Spółka Liberty Global jest właścicielem i operatorem sieci kablowych oferujących usługi telewizyjne, Internetu szerokopasmowego i telefonii głosowej w Republice Czeskiej, Niemczech, na Węgrzech i w Rumunii. Liberty Global prowadzi działalność w Niemczech pod nazwą Unitymedia GmbH oraz w Republice Czeskiej, na Węgrzech i w Rumunii pod nazwą UPC. W Niemczech spółka Unitymedia posiada koncentryczną sieć kablową znajdującą się w trzech krajach związkowych, których nie obejmuje sieć kablowa Vodafone, mianowicie Nadrenii Północnej-Westfalii, Hesji i Badenii-Wirtembergii, umożliwiającą jej oferowanie usług telewizyjnych i Internetu szerokopasmowego. Ponadto spółka Liberty Global prowadzi działalność jako wirtualny operator sieci ruchomej w Niemczech i na Węgrzech.

4 Skarżąca, mająca siedzibę w Niemczech, oferuje między innymi usługi IPTV, Internetu szerokopasmowego, telefonii stacjonarnej, głównie w oparciu o swoją miedzianą sieć telefoniczną i sieć światłowodową, a także usługi ruchome w różnych państwach Unii.

B. Postępowanie administracyjne

5 W dniu 19 października 2018 r., zgodnie z art. 4 ust. 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenia WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dz.U. 2004, L 24, s. 1), Komisja Europejska otrzymała zgłoszenie planowanej koncentracji, w którym spółka Vodafone zawiadamiała o zamiarze przejęcia wyłącznej kontroli nad działalnością telekomunikacyjną spółki Liberty Global w Republice Czeskiej, w Niemczech, na Węgrzech i w Rumunii. Koncentracja ta (zwana dalej „koncentracją") polegała na umowie kupna i sprzedaży, na mocy której spółka Vodafone zamierzała nabyć 100 % akcji spółek prowadzących przedmiotową działalność telekomunikacyjną spółki Liberty Global. W Niemczech koncentracja polegała na nabyciu 100 % akcji spółki Unitymedia.

6 W dniu 11 grudnia 2018 r., po wstępnym zbadaniu zgłoszenia i na podstawie pierwszego etapu badania rynku, Komisja wyraziła poważne wątpliwości co do zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym i podjęła decyzję o wszczęciu postępowania na podstawie art. 6 ust. 1 lit. c) rozporządzenia nr 139/2004.

7 W dniu 25 marca 2019 r. Komisja skierowała do spółki Vodafone pismo w sprawie przedstawienia zarzutów.

8 W dniu 8 kwietnia 2019 r. spółka Vodafone przedłożyła uwagi na piśmie w przedmiocie pisma w sprawie przedstawienia zarzutów.

9 W dniu 6 maja 2019 r. spółka Vodafone zaproponowała zobowiązania na podstawie art. 8 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 w celu rozwiązania problemów w zakresie konkurencji wskazanych przez Komisję. W dniu 7 maja Komisja rozpoczęła konsultacje z uczestnikami rynku dotyczące tych zobowiązań.

10 W dniu 11 czerwca 2019 r., w następstwie pewnych zmian, spółka Vodafone przedstawiła ostateczny zestaw zobowiązań (zwanych dalej „ostatecznymi zobowiązaniami").

11 W dniu 18 lipca 2019 r. Komisja, na podstawie art. 8 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004, wydała zaskarżoną decyzję.

C. Zaskarżona decyzja

12 W zaskarżonej decyzji Komisja w pierwszej kolejności dokonała oceny skutków koncentracji, w szczególności w Niemczech. W drugiej kolejności Komisja sprawdziła, czy zobowiązania zaproponowane przez stronę, która zgłosiła koncentrację, mogły uczynić ją zgodną z rynkiem wewnętrznym i Porozumieniem o Europejskim Obszarze Gospodarczym (EOG).

1. Ocena wpływu koncentracji na konkurencję w Niemczech

13 Co się tyczy Niemiec, Komisja najpierw przeanalizowała skutki horyzontalne koncentracji, a mianowicie skutki wynikające z okoliczności, że strony wspomnianej koncentracji były rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami na rynku właściwym. Następnie Komisja zbadała wertykalne skutki koncentracji, a mianowicie skutki wynikające z okoliczności, że strony wspomnianej koncentracji działały na różnych poziomach łańcucha dostaw. Wreszcie Komisja

oceniła skutki konglomeracyjne koncentracji, a mianowicie skutki wynikające z okoliczności, że strony wspomnianej koncentracji pozostawały w stosunku, który nie był ani horyzontalny, ani wertykalny, lecz prowadziły działalność na rynkach ściśle powiązanych ze sobą, a w szczególności dostarczały komplementarne produkty lub usługi.

a) Skutki horyzontalne

14 W szczególności Komisja zbadała nieskoordynowane skutki horyzontalne na następujących rynkach: rynku świadczenia detalicznych usług stacjonarnego dostępu do Internetu w Niemczech (zwanym dalej „rynkiem dostępu stacjonarnego do Internetu"), rynku świadczenia detalicznych usług transmisji sygnału telewizyjnego, rynku udostępniania detalicznych pakietów wielousługowych (multiple play), rynku świadczenia detalicznych usług telewizyjnych, rynku hurtowego udostępniania i nabywania kanałów telewizyjnych oraz rynku hurtowej transmisji sygnału telewizyjnego w Niemczech (zwanym dalej „rynkiem zakupu sygnału telewizyjnego").

1) Nieskoordynowane skutki horyzontalne na rynku stacjonarnego dostępu do Internetu

15 Z zaskarżonej decyzji wynika, że na rynku stacjonarnego dostępu do Internetu operatorzy telekomunikacyjni (strona podażowa) udostępniają abonamenty umożliwiające użytkownikom końcowym (stronie popytowej) dostęp do Internetu poprzez stacjonarne łącze telekomunikacyjne. W niniejszym przypadku Komisja uznała, że na potrzeby jej decyzji rynkiem właściwym jest ogólny rynek detalicznych dostaw stacjonarnego dostępu do Internetu (obejmujący wszystkie rodzaje usług, sposoby rozpowszechniania oraz prędkości i przepustowości) na rzecz gospodarstw domowych i małych przedsiębiorstw, z wyłączeniem świadczenia usług stacjonarnego dostępu do Internetu poprzez infrastrukturę sieci ruchomej. Jeśli chodzi o zasięg geograficzny rynku, Komisja uznała, że rynek ma zasięg krajowy.

16 Po przeprowadzeniu analizy Komisja uznała, że koncentracja znacząco przeszkodzi skutecznej konkurencji na rynku stacjonarnego dostępu do Internetu ze względu między innymi na eliminację istotnej presji konkurencyjnej wywieranej wzajemnie na siebie przez strony koncentracji przed jej dokonaniem, w szczególności w zasięgu kablowym spółki Unitymedia, i na utworzenie podmiotu z udziałem w rynku wynoszącym w odniesieniu do abonentów ponad 30 % (który przekraczałby 40 % zasięgu kablowego spółki Unitymedia, a nawet byłby jeszcze wyższy w niektórych krajach związkowych i dzielnicach).

2) Nieskoordynowane skutki horyzontalne na rynku świadczenia detalicznych usług transmisji sygnału telewizyjnego

17 Z zaskarżonej decyzji wynika, że na rynku świadczenia detalicznych usług transmisji sygnału telewizyjnego posiadacze infrastruktury (strona podażowa) dostarczali sygnał telewizyjny klientom (stronie popytowej), głównie drogą kablową, satelitarną i drogą naziemną, zgodnie ze standardem nadawania naziemnej telewizji cyfrowej (Digital Video Broadcasting – Terrestrial, DVB-T) i IPTV.

18 Co się tyczy wyodrębnienia rynku produktowego, Komisja zauważyła, że cechą charakterystyczną niemieckiego rynku świadczenia usług transmisji sygnału telewizyjnego jest znaczenie wynajmu mieszkań i spółdzielni mieszkaniowych. Te ostatnie negocjują i zawierają umowy o świadczenie podstawowych usług telewizyjnych na rzecz swoich lokatorów, a następnie przenoszą koszty w ramach miesięcznego czynszu zgodnie z szczególną instytucją prawa niemieckiego o nazwie

„Nebenkostenprivileg” (przywilej dotyczący kosztów dodatkowych). Komisja wyjaśniła, że większość gospodarstw domowych, które odbierają telewizję detaliczną w Niemczech, znajduje się w budynkach wielomieszkaniowych (multi dwelling units, MDU). Owe MDU należą do spółdzielni mieszkaniowych lub właścicieli prywatnych (zwanych dalej „klientami MDU”). Co się tyczy mieszkań indywidualnych lub domów jednorodzinnych (single-dwelling units, SDU), konsumenci końcowi (zwani dalej „klientami SDU”) wybierali zazwyczaj własnych dystrybutorów telewizyjnych i płacili bezpośrednio za abonament.

19 Dla potrzeb zaskarżonej decyzji Komisja, biorąc pod uwagę wyniki badania rynku i specyfikę rynku świadczenia detalicznych usług transmisji sygnału telewizyjnego na rzecz klientów zamieszkałych w budynkach wielomieszkaniowych w Niemczech (zwanego dalej „rynkiem MDU”), uznała, że należy rozróżnić rynek MDU i rynek świadczenia detalicznych usług transmisji sygnału telewizyjnego na rzecz klientów SDU (zwany dalej „rynkiem SDU”). Ponadto uznała ona, że kwestia geograficznego określenie rynków MDU i SDU może pozostać otwarta.

20 Po przeprowadzeniu analizy Komisja uznała, że koncentracja prawdopodobnie znacząco nie przeszkodzi skutecznej konkurencji ani na rynku MDU, ani na rynku SDU, w wyniku nieskoordynowanych skutków horyzontalnych.

*3) **Nieskoordynowane skutki horyzontalne na ewentualnych rynkach udostępniania detalicznych pakietów wielousługowych***

21 Komisja wyjaśniła, że termin „wielousługowy” odnosi się do pakietów obejmujących dwie lub więcej z usług świadczonych detalicznie przez tego samego dostawcę na rzecz konsumentów na podstawie jednej lub wielu umów, a mianowicie usługi telekomunikacji ruchomej, usługi telefonii stacjonarnej, usługi stacjonarnego dostępu do Internetu i usługi telewizyjnej. Pakiety wielousługowe obejmujące dwie, trzy lub cztery z tych usług nazywane są, odpowiednio, pakietem podwójnym, potrójnym lub poczwórnym (double play lub „2P”; triple play lub „3P” i quadruple play lub „4P”). Pakiety wielousługowe obejmujące jedną lub więcej z tych usług stacjonarnych w połączeniu z komponentem ruchomym określano jako „wielousługowe pakiety stacjonarno-ruchome” (fixed-mobile multiple play) lub „konwergencję telefonii stacjonarnej i ruchomej” (fixed-mobile convergence, FMC). Komisja uznała, że dla celów jej decyzji kwestia istnienia jednego lub kilku rynków wielousługowych, odrębnych od każdego z rynków poszczególnych podstawowych usług telekomunikacyjnych, może pozostać otwarta.

22 Po przeprowadzeniu analizy Komisja uznała, że koncentracja prawdopodobnie znacząco przeszkodzi skutecznej konkurencji na rynku udostępniania detalicznych pakietów „double play” obejmujących usługi telefonii stacjonarnej i usługi stacjonarnego dostępu do Internetu w Niemczech w wyniku nieskoordynowanych skutków horyzontalnych. Komisja doszła natomiast do wniosku, że koncentracja znacząco nie przeszkodzi skutecznej konkurencji, po pierwsze, na ewentualnym rynku udostępniania detalicznych pakietów „potrójnych” (triple play) obejmujących usługi telefonii stacjonarnej, usługi stacjonarnego dostępu do Internetu i usługi telefonii ruchomej w Niemczech, po drugie, na ewentualnym rynku detalicznych dostaw pakietów „potrójnych” (triple play) obejmujących usługi telefonii stacjonarnej, usługi stacjonarnego dostępu do Internetu i usługi telewizyjne w Niemczech, oraz po trzecie, ewentualnego rynku udostępniania detalicznych pakietów „poczwórnych” (quadruple play) w Niemczech, w wyniku nieskoordynowanych skutków horyzontalnych. Komisja podkreśliła, że nie przesądza to oceny skutków konglomeracyjnych koncentracji w odniesieniu do udostępniania różnych komponentów ofert pakietowych.

4) Nieskoordynowane skutki horyzontalne na rynku świadczenia detalicznych usług telewizyjnych

23 Z zaskarżonej decyzji wynika, że na rynku świadczenia detalicznych usług telewizyjnych podmiotami po stronie podażowej byli dostawcy linearnych usług telewizyjnych, czyli przesyłania linearnego programów, których godzina nadawania była ustalana przez kanał telewizyjny, i nielinearnych, czyli przesyłania programów dostarczanych na żądanie użytkownika końcowego. Strona podażowa obsługiwała klientów końcowych pragnących skorzystać z takich usług (stronę popytową). Usługi telewizyjne świadczone przez dystrybutorów telewizyjnych użytkownikom końcowym obejmowały pakiety linearnych kanałów telewizji niekodowanej lub linearnych kanałów telewizji kodowanej, a także treści zagregowane w ramach usług nielinearnych, takich jak wideo na żądanie (Video on demand, VOD). Treści telewizyjne mogły być dostarczane użytkownikom końcowym za pośrednictwem szeregu środków technicznych, w tym kabla, satelity, telewizji naziemnej (DVB-T) i IPTV. Strona podażowa oferująca usługi telewizyjne z pominięciem sieci lub „ponad siecią dostawcy stałego dostępu do Internetu" (over the top, OTT) dostarczała kanały i treści zarówno w sposób linearny, jak i nielinearny za pośrednictwem Internetu. W niniejszym przypadku Komisja uznała, dla potrzeb zaskarżonej decyzji, że rynek ma zasięg krajowy i że z materialnego punktu widzenia kwestia dokładnego określenia rynku może pozostać otwarta.

24 Po przeprowadzeniu analizy Komisja uznała, że koncentracja prawdopodobnie znacząco nie przeszkodzi skutecznej konkurencji na rynku świadczenia detalicznych usług telewizyjnych w Niemczech w wyniku nieskoordynowanych skutków horyzontalnych.

*5) **Nieskoordynowane skutki horyzontalne na rynku hurtowego dostarczania i nabywania kanałów telewizyjnych oraz na rynku zakupu sygnału telewizyjnego***

25 Z zaskarżonej decyzji wynika, że na rynku hurtowego dostarczania i nabywania kanałów telewizyjnych nadawcy telewizyjni (strona podażowa) dostarczali kanały linearne (niekodowane lub kodowane), które detaliczni dostawcy usług telewizyjnych (strona popytowa) nabywali w celu świadczenia usług audiowizualnych użytkownikom końcowym. W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że rynek ten jest ograniczony do Niemiec i że należy go podzielić na niekodowane kanały telewizyjne i kodowane kanały telewizyjne.

26 Na rynku zakupu sygnału telewizyjnego detaliczni dostawcy usług telewizyjnych (strona podażowa) korzystali ze swojej infrastruktury, aby oferować nadawcom telewizyjnym (stronie popytowej) usługę transmisji sygnału telewizyjnego dla ich kanałów. W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że rynek właściwy należy określić jako rynek hurtowej transmisji sygnału telewizyjnego drogą kablową, którego zasięg geograficzny stanowi zasięg każdej sieci kablowej, i wyjaśniła, że uwzględni ona rynek produktowy obejmujący IPTV. Dodała, że oceni skutki koncentracji na poziomie krajowym.

27 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że rynek hurtowego dostarczania i nabywania kanałów telewizyjnych oraz rynek zakupu sygnału telewizyjnego są ze sobą ściśle powiązane w zakresie, w jakim negocjacje między nadawcami telewizyjnymi a platformami telewizyjnymi (detalicznymi dostawcami usług telewizyjnych) obejmują zazwyczaj oba aspekty (transmisję sygnału i nabywanie kanałów). Dlatego też Komisja wskazała, że przeanalizuje ona skutki koncentracji na tych dwóch rynkach w tej samej sekcji zaskarżonej decyzji.

28 Po przeprowadzeniu analizy Komisja uznała, że koncentracja znacząco nie przeszkodzi skutecznej konkurencji na rynku hurtowego dostarczania kanałów telewizyjnych w Niemczech.

29 Na rynku zakupu sygnału telewizyjnego Komisja zbadała, czy podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie mógł, ze względu na zwiększenie jego siły rynkowej jako detalicznego dostawcy usług telewizyjnych, po pierwsze, uzyskać od nadawców telewizyjnych warunki, które ostatecznie będą miały negatywny wpływ na dostęp do treści telewizyjnych dla konkurencyjnych dostawców detalicznych usług telewizyjnych, po drugie, negatywnie wpłynąć na zakres i jakość treści programów oferowanych w Niemczech, po trzecie, przeszkodzić pojawieniu się innowacyjnych usług telewizyjnych, i po czwarte, przeszkodzić powstaniu ukierunkowanych lub segmentowanych aplikacji reklamowych (telewizji adresowalnej, ATV).

30 Przede wszystkim Komisja wyjaśniła, że nawet jeśli koncentracja może powodować zwiększenie siły rynkowej podmiotu powstałego w wyniku jej dokonania na rynku zakupu sygnału telewizyjnego, to nie można wyciągnąć wniosku, iż w konsekwencji tego zwiększenia siły rynkowej wspomniany podmiot będzie mógł uzyskać od nadawców telewizyjnych i posiadaczy praw telewizyjnych warunki, w postaci umów na wyłączność, mające negatywny wpływ na dostęp konkurencyjnych detalicznych dostawców usług telewizyjnych do kanałów lub do treści.

31 Następnie Komisja uznała, że ze względu na zwiększoną siłę rynkową podmiotu powstałego w wyniku koncentracji podmiot ten będzie miał zdolność i motywację do wprowadzenia na rynku zakupu sygnału telewizyjnego strategii mogącej szkodzić konsumentom na niższym szczeblu ze względu na niższą jakość wrażeń telewidza, ograniczony wybór i mniejsze inwestycje nadawców telewizyjnych w treści. W szczególności ze względu na wzrost siły rynkowej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji dokonanie tej koncentracji będzie mogło doprowadzić do pewnego rodzaju częściowego utrudniania dostępu do kanałów niekodowanych lub kodowanych, w szczególności poprzez zaostrzenie warunków umownych i finansowych nałożonych przez ten podmiot na nadawców telewizyjnych, a w konsekwencji do pogorszenia jakościowego oferty telewizyjnej dla telewidzów końcowych w Niemczech.

32 Ponadto Komisja uznała, że podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie miał – ze względu na jego zwiększoną siłę rynkową – zdolność i motywację do wprowadzenia na rynku zakupu sygnału telewizyjnego strategii mającej przeszkodzić powstaniu i rozwojowi innowacyjnych usług telewizyjnych, takich jak transmisja hybrydowego sygnału telewizyjnego o wysokiej przepustowości (Hybrid Broadcast Broadband TV, HbbTV) oraz oferowanie usług telewizyjnych OTT. Taka przeszkoda będzie zaś mogła działać na niekorzyść konsumentów znajdujących się na rynku niższego szczebla ze względu na niższą jakość wrażeń telewidza i ograniczony wybór.

33 Wreszcie Komisja uznała, że koncentracja znacząco nie przeszkodzi skutecznej konkurencji, co się tyczy możliwości zapobieżenia lub przeszkodzenia przez podmiot powstały w wyniku koncentracji powstaniu i rozwojowi aplikacji ATV.

b) Skutki wertykalne

34 Jeśli chodzi o wertykalne skutki koncentracji, Komisja zbadała w szczególności prawdopodobieństwo wykluczenia detalicznych dostawców usług transmisji sygnału telewizyjnego na rzecz klientów MDU.

35 Na pośrednim rynku transmisji sygnału telewizyjnego (zwanym dalej „rynkiem pośrednim”) operatorzy sieci na poziomie trzecim (strona podażowa), czyli sieci, która biegnie od stacji czołowej sieci kablowej do granicy nieruchomości, przekazują sygnał telewizyjny operatorom sieci poziomu czwartego (strona popytowa), czyli sieci, która biegnie przez nieruchomość. W niniejszym przypadku Komisja uznała dla potrzeb swojej decyzji, że kabel i światłowód do

gospodarstwa domowego (fibre to the home, FTTH) lub do budynku (fibre to the building, FTTB) wchodzą w zakres tego samego rynku właściwego oraz że z geograficznego punktu widzenia jest to rynek regionalny, mianowicie ograniczony do zasięgu kablowego operatora poziomu trzeciego.

36 Po przeprowadzeniu analizy Komisja doszła do wniosku, że koncentracja znacząco nie przeszkodzi skutecznej konkurencji na rynku MDU określonym na poziomie krajowym, a także na potencjalnym rynku regionalnym odpowiadającym zasięgowi kablowemu spółki Unitymedia, ze względu na nieskoordynowane skutki wertykalne.

c) Skutki konglomeracyjne

37 Ze względu na to, że – jak Komisja wyjaśniła wcześniej – nie można było stwierdzić istnienia jednego rynku ofert wielousługowych w Niemczech, zbadała ona również, czy koncentracja wywoła skutki konglomeracyjne poprzez utrudnianie dostępu konkurentom na rynku detalicznym usług telefonii ruchomej, na rynku detalicznym usług telefonii stacjonarnej, na rynku stacjonarnego dostępu do Internetu i na rynku detalicznym usług telewizyjnych.

38 Po przeprowadzeniu analizy Komisja doszła do wniosku, że koncentracja znacząco nie przeszkodzi skutecznej konkurencji ze względu na skutki konglomeracyjne w Niemczech.

d) Wniosek dotyczący skutków koncentracji w Niemczech

39 W zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła zatem „znaczącą przeszkodę w skutecznej konkurencji” (zwaną dalej „ZPSK”) na rynku stacjonarnego dostępu do Internetu oraz na rynku zakupu sygnału telewizyjnego.

2. Zobowiązania uznane za wiążące w zaskarżonej decyzji

40 W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że zobowiązania podjęte przez spółkę Vodafone mogły uczynić koncentrację zgodną z rynkiem wewnętrznym i porozumieniem EOG. Komisja doszła do wniosku, że koncentracja w postaci zmienionej w następstwie zobowiązań zaproponowanych przez spółkę Vodafone znacząco nie przeszkodzi skutecznej konkurencji na rynkach, na których zostały stwierdzone problemy w zakresie konkurencji.

41 Zobowiązania podjęte przez spółkę Vodafone były następujące:

– uprzednie zobowiązanie do umożliwienia nowemu operatorowi sieci kablowej, czyli Telefónice, dostępu do sieci kablowej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji w celu umożliwienia jej oferowania detalicznych usług stacjonarnego dostępu do Internetu (oraz, jeśli sobie tego życzy, usług telefonii głosowej stacjonarnej) i jej własnych usług telewizyjnych OTT lub usług stron trzecich (zobowiązanie „Wholesale Cable Broadband Access”);

– zobowiązanie dotyczące usług telewizyjnych OTT (zwane dalej „zobowiązaniem OTT”), które obejmowało dwa aspekty, a mianowicie, po pierwsze, zobowiązanie do nieograniczania w drodze umowy, bezpośrednio lub pośrednio, możliwości nadawców telewizyjnych, których treści są rozpowszechniane na platformie telewizyjnej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, w zakresie rozpowszechniania tych treści za pośrednictwem usługi OTT, oraz po drugie, zobowiązania, by utrzymywać wystarczającą bezpośrednią przepustowość połączeń

wzajemnych między siecią internetową obejmującą Niemcy a zewnętrznymi dostawcami usług przepustowości internetowej (usług tranzytu);

– zobowiązanie do niepodnoszenia kwot taryf gwarantowanych płaconych przez nadawców telewizyjnych nadających w systemie telewizji niekodowanej (zwane dalej „zobowiązaniem dotyczącym taryf gwarantowanych”);

– zobowiązanie, by w dalszym ciągu nadawać sygnał HbbTV nadawców telewizyjnych nadających w systemie telewizji niekodowanej (zwane dalej „zobowiązaniem HbbTV”).

42 Tak oto w art. 1 zaskarżonej decyzji zostało stwierdzone, że koncentracja jest zgodna z rynkiem wewnętrznym i porozumieniem EOG na podstawie art. 8 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 i art. 57 porozumienia EOG. Ponadto w art. 2 i 3 owej decyzji przewidziano, odpowiednio, warunki i obowiązki w celu zagwarantowania, że spółka Vodafone wywiąże się ze zobowiązań podjętych wobec Komisji.

II. Postępowanie i żądania stron

43 Postanowieniem z dnia 30 czerwca 2022 r. Sąd wezwał Komisję do przedstawienia pewnych dokumentów.

44 Postanowieniem z dnia 30 marca 2023 r., wydanym na podstawie art. 103 § 3 regulaminu postępowania przed Sądem, Sąd nakazał Komisji przedstawienie, po pierwsze, nowej jawnej wersji zaskarżonej decyzji z niektórymi załącznikami, zawierającej kilka utajnionych fragmentów, do przekazania skarżącej, a po drugie, nowej poufnej wersji zaskarżonej decyzji z jednym z jej załączników, zawierającej inne utajnione fragmenty, do przekazania jedynie przedstawicielom skarżącej, którzy uprzednio podpisali zobowiązanie do zachowania poufności.

45 Pismem z dnia 16 maja 2023 r. Sąd zadał skarżącej, Komisji i interwenientowi szereg pytań na piśmie w celu uzyskania odpowiedzi na piśmie oraz odpowiedzi na rozprawie.

46 Pismem złożonym w sekretariacie w dniu 2 czerwca 2023 r. skarżąca przedstawiła swoje uwagi w przedmiocie dokumentów przedstawionych przez Komisję zgodnie z postanowieniem z dnia 30 marca 2023 r.

47 Na rozprawie w dniu 21 września 2023 r. wysłuchano wystąpień stron oraz ich odpowiedzi na pytania zadane ustnie przez Sąd.

48 Strona skarżąca wnosi do Sądu o:

– stwierdzenie nieważności zaskarżonej decyzji;

– obciążenie Komisji kosztami postępowania.

49 Komisja oraz interwenient wnoszą do Sądu o:

– oddalenie skargi;

– obciążenie skarżącej kosztami postępowania.

III. Co do prawa

50 Na poparcie skargi skarżąca podnosi pięć zarzutów, z których pierwszy dotyczy naruszenia art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004 i oczywistych błędów w ocenie w odniesieniu do rynku MDU, drugi – oczywistego błędu w ocenie w odniesieniu do stosunku konkurencji między uczestnikami koncentracji na rynku SDU, trzeci – oczywistego błędu w ocenie skutków wertykalnych dla usług pośrednich transmisji sygnału telewizyjnego, czwarty – oczywistych błędów w ocenie skutków koncentracji na rynkach hurtowego nabywania kanałów telewizyjnych i transmisji sygnału telewizyjnego, a piąty – oczywistego błędu w ocenie ze względu na to, że Komisja uznała, iż zobowiązania w dziedzinie telewizji OTT i taryf gwarantowanych wystarczają do uznania koncentracji za zgodną z rynkiem wewnętrznym.

A. Wynikające z orzecznictwa zasady znajdujące zastosowanie w sprawie

1. W przedmiocie dogłębność kontroli sądowej

51 Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem przepisy materialnoprawne rozporządzenia nr 139/2004, a w szczególności jego art. 2, przyznają Komisji pewne uprawnienia dyskrecjonalne, zwłaszcza w zakresie oceny natury ekonomicznej, a w konsekwencji kontrola wykonywania tychże uprawnień przez sąd – istotnych dla określenia reguł w dziedzinie koncentracji – powinna być dokonywana z uwzględnieniem granic uznania, które wyznaczają nomy o charakterze ekonomicznym stanowiące część przepisów dotyczących koncentracji (wyroki: z dnia 18 grudnia 2007 r., Cementbouw Handel & Industrie/Komisja, C-202/06 P, EU:C:2007:814, pkt 53; z dnia 13 maja 2015 r., Niki Luftfahrt/Komisja, T-162/10, EU:T:2015:283, pkt 85).

52 Kontrola przez sąd Unii złożonych ocen gospodarczych dokonywanych przez Komisję w ramach swobodnego uznania, przyznanego jej przez rozporządzenie nr 139/2004, powinna ograniczać się do sprawdzenia, czy przestrzegano przepisów proceduralnych oraz czy akt został uzasadniony, a także czy dokonano prawidłowych ustaleń faktycznych, czy nie popełniono oczywistych błędów w ocenie oraz nie nadużyto władzy (wyroki: z dnia 13 lipca 2023 r., Komisja/CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, pkt 84; z dnia 9 lipca 2007 r., Sun Chemical Group i in./Komisja, T-282/06, EU:T:2007:203, pkt 60).

53 W szczególności Sąd nie może zastąpić oceny dokonanej przez Komisję własną oceną ekonomiczną (wyroki: z dnia 7 czerwca 2013 r., Spar Österreichische Warenhandels/Komisja, T-405/08, niepublikowany, EU:T:2013:306, pkt 51; z dnia 23 maja 2019 r., KPN/Komisja, T-370/17, EU:T:2019:354, pkt 107).

54 Niemniej jednak, chociaż Sąd nie może zastąpić oceny dokonanej przez Komisję własną oceną ekonomiczną w celu stosowania materialnoprawnych przepisów rozporządzenia nr 139/2004, to nie oznacza to, że sąd Unii powinien powstrzymać się od kontroli dokonanej przez Komisję wykładni danych o charakterze ekonomicznym. Sąd Unii powinien bowiem w szczególności nie tylko zbadać materialną prawdziwość przytoczonych dowodów, ich wiarygodność i spójność, ale także sprawdzić, czy te dowody stanowią zbiór istotnych danych, które należy wziąć pod uwagę w celu oceny złożonej sytuacji, i czy mogą one stanowić poparcie dla wniosków wyciągniętych na ich podstawie (zob. podobnie wyroki: z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 145; z dnia 23 maja 2019 r., KPN/Komisja, T-370/17, EU:T:2019:354, pkt 60).

2. W przedmiocie zasad dowodowych

55 Prospektywna analiza, taka jak analizy niezbędne w dziedzinie kontroli koncentracji, winna być dokonana z dużą ostrożnością, gdyż nie chodzi o zbadanie wydarzeń, które zaszły w przeszłości i co do których dysponujemy zwykle licznymi materiałami pozwalającymi na zrozumienie ich przyczyn, ani nawet o zbadanie wydarzeń aktualnych, ale o dokonanie prognozy wydarzeń, które dopiero nastąpią w przyszłości, zgodnie z większym lub mniejszym prawdopodobieństwem, gdy nie została jeszcze wydana żadna decyzja zakazująca lub określająca warunki takiej planowanej koncentracji (wyrok z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 42).

56 Ponadto prospektywny charakter analizy ekonomicznej, jaką powinna przeprowadzić Komisja, stoi na przeszkodzie temu, by w celu wykazania, że koncentracja znacząco przeszkodzi skutecznej konkurencji, lub przeciwnie – że jej nie przeszkodzi – Komisja była zobowiązana do przestrzegania szczególnie wysokiego standardu dowodowego. W tych okolicznościach, biorąc pod uwagę w szczególności symetryczną strukturę art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004 oraz prospektywny charakter analiz ekonomicznych dokonanych przez Komisję w dziedzinie kontroli koncentracji, należy uznać, że aby stwierdzić, iż koncentracja jest niezgodna lub zgodna z rynkiem wewnętrznym, wystarczy, że Komisja wykaże za pomocą wystarczająco istotnych i spójnych dowodów, iż jest bardziej prawdopodobne niż nieprawdopodobne, że dana koncentracja znacząco przeszkodzi skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub jego znacznej części – lub też że jej nie przeszkodzi (wyrok z dnia 13 lipca 2023 r., Komisja/CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, pkt 86, 87).

57 Co się tyczy wymogów dowodowych, z pkt 50–53 wyroku z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), wynika, że co do zasady Komisja jest zobowiązana wydać rozstrzygnięcie albo zezwalając na koncentrację, która została jej zgłoszona, albo jej zakazując, stosownie do swojej oceny zmian gospodarczych mogących wyniknąć z danej koncentracji, których prawdopodobieństwo jest największe. Chodzi zatem o ocenę prawdopodobieństwa, nie zaś o ciążący na Komisji obowiązek wykazania, że dana koncentracja nie powoduje problemów w zakresie konkurencji (zob. podobnie wyrok z dnia 11 grudnia 2013 r., Cisco Systems i Messagenet/Komisja, T-79/12, EU:T:2013:635, pkt 47).

58 W tym kontekście do Komisji należy całościowa ocena tego, co wynika ze zbioru poszlak wykorzystanego do oceny stanu konkurencji. Może się przy tym zdarzyć, że niektóre dowody zostaną potraktowane jako ważniejsze, a inne nie zostaną uwzględnione. Owo badanie oraz związane z nim uzasadnienie są przedmiotem kontroli legalności sprawowanej przez Sąd w zakresie decyzji Komisji w sprawach koncentracji przedsiębiorstw (zob. podobnie wyrok z dnia 6 lipca 2010 r., Ryanair/Komisja, T-342/07, EU:T:2010:280, pkt 136).

59 Wreszcie należy zauważyć, że żadna zasada prawa Unii nie stoi na przeszkodzie temu, by Komisja oparła się na jednym dowodzie z dokumentów, pod warunkiem że jego moc dowodowa nie budzi wątpliwości [zob. podobnie wyrok z dnia 5 października 2020 r., HeidelbergCement i Schwenk Zement/Komisja, T-380/17, EU:T:2020:471, pkt 460 (niepublikowany)].

60 To właśnie w świetle tych uwag należy rozpatrzyć podniesione na poparcie skargi zarzuty, o których mowa w pkt 50 powyżej.

B. W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego naruszenia art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004 i oczywistych błędów w ocenie w odniesieniu do rynku MDU

61 Na poparcie zarzutu pierwszego skarżąca podnosi, że przeprowadzona przez Komisję w zaskarżonej decyzji analiza dotycząca nieskoordynowanych skutków horyzontalnych koncentracji na rynku MDU jest obarczona naruszeniem prawa i oczywistymi błędami w ocenie.

1. Rozważania wstępne

62 W sekcji VIII.C.2.4 zaskarżonej decyzji Komisja zbadała nieskoordynowane skutki horyzontalne koncentracji na rynku MDU. Jak wskazano w pkt 19 powyżej, Komisja uznała, że kwestia rozgraniczenia geograficznego tego rynku może pozostać otwarta.

63 Po przedstawieniu w motywach 683–701 zaskarżonej decyzji pewnych szczególnych cech rynku MDU Komisja zbadała w motywach 702–712 tej samej decyzji udziały rynkowe stron koncentracji zarówno na poziomie krajowym, jak i na poziomie ich odpowiednich zasięgów kablowych, a także poziomy koncentracji na rynku MDU, zanim stwierdziła w motywach 718–720 tej decyzji, że chociaż rynek ten był bardzo skoncentrowany, a każda ze stron posiadała bardzo silną pozycję w swoim odpowiednim zasięgu kablowym, to koncentracja nie powoduje żadnych specyficznych zmian (merger-specific change), ponieważ strony nie są konkurentami na tym rynku ze względu na brak znacznego pokrywania się ich działalności.

64 Następnie w motywach 721–764 zaskarżonej decyzji Komisja zbadała presję konkurencyjną wywieraną przez strony. W ramach tej analizy Komisja uznała, że ani spółka Vodafone (zob. motywy 723–746), ani spółka Unitymedia (zob. motywy 747–764) nie wywierają presji konkurencyjnej w zasięgu kablowym drugiej strony, że nic nie wskazuje, aby miało to nastąpić w przypadku braku koncentracji, i że zatem nie były one potencjalnymi konkurentami.

65 W motywach 765–785 zaskarżonej decyzji Komisja przeanalizowała presję konkurencyjną wywieraną na siebie nawzajem przez strony i doszła do wniosku, że nie są one ani rzeczywistymi bezpośrednimi konkurentami (zob. motywy 766–772), ani rzeczywistymi pośrednimi konkurentami (zob. motywy 773–785).

66 Wreszcie w motywach 786–831 zaskarżonej decyzji Komisja zbadała i porównała presję konkurencyjną wywieraną przez konkurentów, a w szczególności przez spółkę Tele Columbus, przez skarżącą, a także przez innych mniejszych uczestników rynku przed koncentracją (zob. motywy 787–820) i po jej dokonaniu (zob. motywy 821–831), zanim stwierdziła, że istnieje prawdopodobieństwo, iż presja ta pozostanie niezmieniona.

67 Mając na uwadze brak zmian specyficznych dla koncentracji oraz fakt, że koncentracja nie eliminuje żadnej bezpośredniej, pośredniej lub potencjalnej konkurencji między stronami i nie osłabia presji konkurencyjnej wywieranej przez ich konkurentów, Komisja doszła do wniosku, że owa koncentracja nie powoduje żadnego nieskoordynowanego skutku horyzontalnego, a zatem żadnej ZPSK na tym rynku (zob. motywy 832–835 zaskarżonej decyzji).

68 W niniejszym przypadku argumentację skarżącej przedstawioną na poparcie rozpatrywanego zarzutu, odnoszącą się do tego przeprowadzonego przez Komisję w zaskarżonej decyzji badania dotyczącego nieskoordynowanych skutków horyzontalnych koncentracji na rynku MDU, można podzielić na dwie części, z których pierwsza dotyczy naruszenia prawa i naruszenia art. 2 ust. 2

i 3 rozporządzenia nr 139/2004 ze względu na to, że Komisja nie uznała, iż koncentracja doprowadzi do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, zaś druga – oczywistych błędów w ocenie.

69 W tym względzie Sąd uważa za właściwe zacząć od zbadania części drugiej zarzutu pierwszego.

2. W przedmiocie części drugiej zarzutu, dotyczącej oczywistych błędów w ocenie

70 Skarżąca podnosi w istocie, że w zaskarżonej decyzji Komisja popełniła oczywiste błędy w ocenie w odniesieniu do, po pierwsze, stosunku konkurencji między stronami koncentracji, a po drugie, wynikających z koncentracji skutków dla konkurencji na rynku MDU.

a) W przedmiocie oczywistych błędów w ocenie w odniesieniu do stosunku konkurencji między stronami koncentracji

71 Skarżąca podnosi, że Komisja popełniła oczywiste błędy w ocenie, uznając w zaskarżonej decyzji, że strony koncentracji nie były przed jej dokonaniem ani rzeczywistymi konkurentami (bezpośrednio lub pośrednio), ani potencjalnymi konkurentami. Ponadto skarżąca twierdzi, że Komisja niewystarczająco zbadała istnienie milczącej zmowy między stronami przed koncentracją.

1) W przedmiocie konkurencji bezpośredniej

72 Skarżąca podnosi, że strony koncentracji były bezpośrednimi konkurentami przed dokonaniem tej koncentracji.

73 Na wstępie należy przypomnieć, że w zaskarżonej decyzji Komisja uznała, iż strony koncentracji nie były bezpośrednimi konkurentami, po tym, jak wcześniej stwierdziła, że każda z nich prowadziła działalność niemal wyłącznie w swoim odpowiednim zasięgu kablowym, co powodowało, że klienci na rynku MDU nie mogli przechodzić (switch) od jednej strony koncentracji do drugiej (zob. motyw 766).

74 Jeśli chodzi o kilka umów zawartych przez strony koncentracji poza ich zasięgiem kablowym, Komisja wskazała, że strony wyjaśniły, iż umowy te nie były wynikiem aktywnej konkurencji z ich strony, lecz zostały zawarte wyjątkowo, albo ze względu na to, że chodziło o szczególne umowy odziedziczone, albo ze względu na to, że chodziło o umowy ze spółdzielniami mieszkaniowymi działającymi na szczeblu krajowym, będącymi już klientami jednej ze stron i pragnącymi współpracować z nią w odniesieniu do wszystkich swoich nieruchomości (zob. motyw 768 zaskarżonej decyzji).

75 Komisja dodała, że ten brak bezpośredniej konkurencji między stronami został potwierdzony przez odpowiedzi udzielone przez konkurentów i spółdzielnie mieszkaniowe w ramach badania rynku, a także przez dane stron dotyczące ich uczestnictwa w przetargach na rynku MDU (zob. motywy 769–771 zaskarżonej decyzji).

76 W niniejszym przypadku w pierwszej kolejności skarżąca podnosi, że gdyby rynek MDU należało uznać za rynek o zasięgu krajowym przed koncentracją, obie strony musiały być rzeczywistymi konkurentami. Bez znaczenia w tym względzie jest to, czy strony „aktywnie konkurują" na tym rynku, czy też ograniczają swoją działalność do pewnych (geograficznych) segmentów rynku,

mianowicie do swojego odpowiedniego zasięgu kablowego. Ani rozporządzenie nr 139/2004, ani orzecznictwo sądów Unii nie wymagają bowiem wyeliminowania „aktywnej” konkurencji między dwoma przedsiębiorstwami, aby stwierdzić wystąpienie ZPSK.

77 W drugiej kolejności skarżąca utrzymuje, że nawet jeśli właściwe rynki geograficzne ograniczały się do zasięgów kablowych stron koncentracji, to zaskarżona decyzja zawiera wskazania, zgodnie z którymi przed koncentracją istniała między nimi przynajmniej pewna bezpośrednia interakcja konkurencyjna. Jak bowiem jasno wynika z tabeli nr 16 (zob. motyw 710) i tabeli nr 17 (zob. motyw 714) zaskarżonej decyzji, ograniczone, lecz wcale nie nieznaczne pokrywanie się działalności stron koncentracji miało miejsce przynajmniej w zasięgu kablowym spółki Unitymedia. Ponadto w motywach 767 i nast. zaskarżonej decyzji wspomniane są szczególne przypadki „umów odziedziczonych” lub „umów dzielonych” zawartych przez strony koncentracji poza swoim zasięgiem kablowym.

78 Z tego zdaniem skarżącej wynika, że wniosek Komisji, zgodnie z którym strony koncentracji nie były bezpośrednimi konkurentami przed jej dokonaniem, jest oczywiście błędny.

79 Komisja, popierana przez spółkę Vodafone, kwestionuje argumenty skarżącej.

80 W tym względzie należy wyjaśnić, że bezpośrednia konkurencja między przedsiębiorstwami istnieje, gdy walczą one o tych samych klientów.

81 W niniejszym przypadku bezsporne jest, że sieci kablowe stron koncentracji nie pokrywają się i że w rzeczywistości, gdy klient MDU zamierza zawrzeć umowę z dostawcą sygnału telewizyjnego, ma on co do zasady jedynie możliwość wyboru między stroną koncentracji, w zasięgu kablowym której położony jest przyłączany budynek, a jednym z jej konkurentów, takich jak skarżąca. To, czy rynek MDU przed koncentracją miał zasięg krajowy, czy też był ograniczony do zasięgów kablowych stron koncentracji, niczego w tym względzie nie zmienia, ponieważ stwierdzenie to ma zastosowanie w obu przypadkach.

82 Jak z tego wynika, produkty sprzedawane przez strony koncentracji nie były w praktyce konkurencyjne, a zatem Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie, stwierdzając, że strony te nie były bezpośrednimi konkurentami przed koncentracją.

83 Argumenty przedstawione przez skarżącą nie pozwalają wykazać, że jest inaczej.

84 W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w odpowiedzi na zadane przez Sąd w dniu 16 maja 2023 r. pytanie wymagające odpowiedzi na piśmie Komisja potwierdziła, że istnieją poważne poszlaki wskazujące na to, iż przed koncentracją rynek MDU był ograniczony pod względem geograficznym do zasięgu kablowego każdej ze stron, lecz że ze względu na istnienie dostawców i klientów działających na szczeblu krajowym oraz na okoliczność, iż ewentualne różnice w cenach w kraju nie były związane z tymi zasięgami, nie mogła ona całkowicie wykluczyć możliwości istnienia rynku MDU o zasięgu krajowym.

85 Tak więc okoliczność, że Komisja brała pod uwagę, iż rynek może mieć zasięg krajowy, nie oznacza, że uznała ona, iż na takim hipotetycznym rynku strony koncentracji pozostawały w stosunku konkurencji bezpośredniej. Dopiero w drugiej kolejności, w ramach badania wpływu koncentracji na rynek MDU, Komisja oceniła, czy koncentracja na ewentualnym rynku krajowym doprowadziłaby, przy uwzględnieniu działalność stron, do zaniku bezpośredniej konkurencji między nimi. Okoliczność, że w zaskarżonej decyzji Komisja wzięła pod uwagę, iż rynek MDU

mógł mieć zasięg krajowy jeszcze przed koncentracją, nie pozwala zatem na wyciągnięcie wniosku, że strony koncentracji musiały być rzeczywistymi konkurentami na takim rynku, jak podnosi skarżąca. Wreszcie, nie jest wykluczone, że dwa przedsiębiorstwa prowadzą działalność wraz z innymi przedsiębiorstwami na tym samym rynku geograficznym, przy czym te dwa przedsiębiorstwa nie zabiegają o tych samych klientów, w szczególności ze względu na ograniczenia geograficzne ich sieci kablowych.

86 Należy dodać, że ustalenie dokonane przez Komisję w motywie 768 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym strony nie prowadziły „aktywnej konkurencji", miało na celu wyłącznie wyjaśnienie, że jedynie w odpowiedzi na złożone z własnej inicjatywy wnioski klientów MDU strony zawierały, przy bardzo rzadkich okazjach, umowy dotyczące dostarczania sygnału telewizyjnego w zasięgu kablowym drugiej strony. Aby odpowiedzieć na takie wnioski, strony musiały wówczas nabywać usługi pośrednie transmisji sygnału telewizyjnego od innego operatora. W ten sposób Komisja bynajmniej nie uznała, że wyeliminowanie „aktywnej" konkurencji jest konieczne, aby stwierdzić istnienie ZPSK.

87 W drugiej kolejności, chociaż sieci kablowe stron koncentracji nie pokrywały się, czego skarżąca nie kwestionuje, prawdą jest, że w zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, iż ich działalność w pewnym stopniu pokrywała się, ponieważ operatorzy ci nabywali w tym przypadku pośrednie usługi transmisji sygnału telewizyjnego od drugiej strony lub od innego operatora sieci poziomu trzeciego, aby móc dotrzeć do odnośnych klientów MDU.

88 Należy zaś zaznaczyć, że skarżąca nie podważa ujawnionych przez Komisję w toku postępowania przed Sądem samych danych liczbowych dotyczących umów zawartych przez strony koncentracji poza ich zasięgami kablowymi i liczby odnośnych klientów, choć kwestionuje ich nieznaczny charakter. W tym względzie należy zauważyć, że dane te pokazują, iż owe umowy dotyczyły bardzo ograniczonej liczby klientów MDU w odniesieniu do przyłączonych gospodarstw domowych i udziału w rynku mniejszego niż 1 %, a zatem tak nieznacznego, że nie mógłby on stanowić konkurencji rezydualnej, która powinna być chroniona.

89 Takie umowy poza ich zasięgami kablowymi były ponadto zawierane przez strony koncentracji jedynie wyjątkowo, co sama skarżąca potwierdziła podczas badania rynku, jak wynika z motywu 770 zaskarżonej decyzji.

90 W konsekwencji skarżąca nie wykazała, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, uznając, że strony koncentracji nie były bezpośrednimi konkurentami przed koncentracją.

2) W przedmiocie konkurencji pośredniej

91 Skarżąca podnosi, że strony koncentracji były bezpośrednimi konkurentami przed jej dokonaniem.

92 Na wstępie należy przypomnieć, że w zaskarżonej decyzji Komisja sprawdziła, czy pomiędzy stronami koncentracji istniała pośrednia presja konkurencyjna przed koncentracją. W tym kontekście Komisja wyjaśniła, że aby doszło do powstania ZPSK, każda istniejąca pośrednia presja konkurencyjna, która zostałaby wyeliminowana w wyniku koncentracji, powinna być szczególnie silna (zob. motyw 776) Po dokonaniu tej analizy Komisja w oparciu o szereg elementów doszła do wniosku, że strony koncentracji nie są konkurentami pośrednimi.

93 Po pierwsze, Komisja uwzględniła fakt, że nieliczne osoby, które odpowiedziały na badanie rynku i które twierdziły, że między stronami koncentracji istnieje pośrednia konkurencja, same przyznały, że cena na rynku MDU zależała od czynników lokalnych i nie była porównywalna między różnymi odnośnymi regionami (zob. motyw 774 zaskarżonej decyzji).

94 Po drugie, Komisja wskazała, że podczas badania rynku zidentyfikowane zostały trzy możliwe mechanizmy transmisji, które mogły powodować pośrednią konkurencję między stronami, z których pierwszy pochodzi od konkurentów działających na szczeblu krajowym, takich jak skarżąca, drugi – od klientów działających na poziomie krajowym, a trzeci – od wyspecjalizowanych pośredników, takich jak kancelarie prawne lub firmy doradcze (zob. motyw 775 zaskarżonej decyzji). Komisja wyjaśniła następnie, że nie znalazła żadnego dowodu wykazującego, iż owe mechanizmy transmisji mogły prowadzić do powstania pośredniej konkurencji między stronami, lub dowodu na istnienie takiej pośredniej konkurencji (zob. motyw 777 zaskarżonej decyzji).

95 I tak, większość spółdzielni mieszkaniowych, które wzięły udział w badaniu rynku, odpowiedziała, że nie korzystały one nigdy (w przypadku spółdzielni lokalnych, które mogłyby mieć wpływ na trzeci mechanizm transmisji) lub korzystały rzadko (w przypadku spółdzielni o zasięgu krajowym, które mogłyby mieć wpływ na drugi mechanizm transmisji) z pośrednich analiz porównawczych (benchmarking). Jeśli chodzi o konkurujących operatorów, jedynie skarżąca i spółka Tele Columbus wskazały, że często korzystały z takich analiz porównawczych (zob. motywy 778–780 zaskarżonej decyzji). Żaden z tych dwóch konkurentów nie mógł jednak przedstawić Komisji konkretnych przykładów wykazujących istnienie stosunku pośredniej konkurencji między stronami, takich jak dowód na ujednolicenie warunków na rynku MDU w całych Niemczech (zob. motyw 781 zaskarżonej decyzji).

96 Po trzecie, Komisja zbadała wewnętrzne dokumenty stron koncentracji i nie znalazła żadnego dowodu na to, że spółki Vodafone lub Unitymedia uwzględniały warunki drugiej strony w swoich negocjacjach na rynku MDU (zob. motyw 782 zaskarżonej decyzji). Komisja uwzględniła również dostarczone przez strony koncentracji dowody wykazujące brak ujednolicenia na poziomie krajowym warunków mających zastosowanie do umów zawartych na rynku MDU (zob. motyw 783 zaskarżonej decyzji).

97 Wreszcie Komisja wzięła pod uwagę okoliczność, że ten rodzaj międzyregionalnych analiz porównawczych nie może w żadnym razie stanowić skutecznego środka nacisku, biorąc pod uwagę brak rzeczywistej konkurencji między stronami, a tym samym brak możliwości przejścia spółdzielni mieszkaniowych od jednej strony koncentracji do drugiej (zob. motyw 784 zaskarżonej decyzji).

98 W niniejszym przypadku w pierwszej kolejności skarżąca utrzymuje, że Komisja błędnie zastosowała art. 2 rozporządzenia nr 139/2004, gdy uznała w motywie 776 zaskarżonej decyzji, iż aby doszło do powstania ZPSK, każda istniejąca pośrednia presja konkurencyjna, która zostanie wyeliminowana w wyniku koncentracji, powinna być szczególnie silna. Zdaniem skarżącej konkurencja pośrednia stanowi istotną formę rzeczywistej konkurencji, chronioną rozporządzeniem nr 139/2004, i to bez względu na stopień takiej konkurencji. Według niej, zważywszy, że obie strony koncentracji zajmowały przed jej dokonaniem pozycję dominującą w swoim odpowiednim zasięgu kablowym, nawet ograniczony wzrost siły rynkowej polegający na wyeliminowaniu presji konkurencyjnej (bezpośredniej lub pośredniej) doprowadzi do ZPSK, jak przyznała sama Komisja w odniesieniu do pozycji stron koncentracji na hurtowych rynkach telewizyjnych.

99 W drugiej kolejności skarżąca wskazuje, że w zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła istotne elementy pośredniej konkurencji, a mianowicie fakt, że strony koncentracji monitorowały wzajemnie swoją działalność i porównywały swoje oferty produktowe, że duże spółdzielnie mieszkaniowe porównują oferty stron koncentracji i że między stronami koncentracji istnieje konkurencja w zakresie infrastruktury. Zdaniem skarżącej dla udowodnienia istnienia pośredniej presji konkurencyjnej istotne jest, aby przy ustalaniu własnej strategii handlowej strony koncentracji brały pod uwagę warunki oferowane przez drugą stronę.

100 Wynika z tego według skarżącej, że wniosek Komisji, zgodnie z którym koncentracja nie powoduje zmniejszenia pośredniej konkurencji między stronami, jest oczywiście błędny.

101 Komisja, popierana przez spółkę Vodafone, kwestionuje argumenty skarżącej.

102 Na wstępie należy wyjaśnić, że przedsiębiorstwa, które nie pozostają w stosunku konkurencji bezpośredniej, mogą jednak znajdować się w stosunku konkurencji pośredniej, w szczególności gdy doznają podobnej presji konkurencyjnej ze strony innych przedsiębiorstw, z którymi każde z nich konkuruje bezpośrednio, lub gdy inne czynniki, takie jak wymagania narzucone przez klientów, ograniczają w porównywalny sposób ich możliwości ustalania swoich cen i warunków handlowych.

103 W pierwszej kolejności, jeśli chodzi o wzajemne monitorowanie przez strony koncentracji swojej działalności i porównywanie swoich ofert produktowych, należy zauważyć, że sama skarżąca przyznaje, iż motywy 460 i nast. oraz motywy 892 i nast. zaskarżonej decyzji, na które się powołuje, dotyczą rynku stałego dostępu do Internetu i rynku SDU, ale nie rynku MDU.

104 Ponadto Komisja wyjaśniła, że te przypadki analiz porównawczych nie wykraczały poza „zwykłe komercyjne analizy porównawcze mające na celu monitorowanie i ewentualne naśladowanie najlepszych praktyk sektorowych”. Jak zaś słusznie podnosi Komisja, ta forma porównania, która polega na analizie wyników rynku lub najlepszych praktyk sektorowych, w tym w innych państwach członkowskich lub w państwach trzecich, nie może zostać uznana za pośrednią presję konkurencyjną w rozumieniu pkt 102 powyżej.

105 W odpowiedzi na zadane przez Sąd pytanie wymagające odpowiedzi na piśmie Komisja wyjaśniła bowiem, że aby bezpośrednia analiza porównawcza mogła powodować pośrednią presję konkurencyjną, powinny jej zdaniem istnieć elementy świadczące o tym, że zebrane w ten sposób przez jedną ze stron informacje dotyczące drugiej strony zostały rzeczywiście uwzględnione przez tę pierwszą stronę w ramach podejmowania przez nią decyzji handlowych i że w związku z tym informacje te wywierały na nią presję, wywołując z jej strony reakcję konkurencyjną. W niniejszej zaś sprawie Komisja nie znalazła żadnego elementu, który wskazywałby, że taka sytuacja istniała na rynku MDU w odniesieniu do analiz porównawczych, na które powołuje się skarżąca, i należy stwierdzić, iż skarżąca nie wykazała, że było inaczej lub że rozumując w ten sposób, Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie.

106 Jak z tego wynika, nie istniała żadna pośrednia presja konkurencyjna, której wyeliminowanie mogłoby powodować zwiększenie, choćby ograniczone, siły rynkowej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, co odróżnia rynek MDU od hurtowych rynków telewizyjnych, na których Komisja stwierdziła istnienie ZPSK na skutek zwiększonej siły rynkowej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji (zob. pkt 31, 32 powyżej).

107 Wreszcie, jak wynika z zaskarżonej decyzji (zob. w szczególności motyw 697), i czego skarżąca nie kwestionuje, wiele umów z klientami MDU było wynikiem negocjacji, przetargów lub formalnych postępowań przetargowych. Umowy wynikające z tych negocjacji lub postępowań zawierały liczne wymogi dotyczące w szczególności infrastruktury, świadczonych usług i konserwacji. Ponadto Komisja wskazała, że badanie rynku wykazało zgodność co do tego, że ceny zmieniały się nie w zależności od obszaru geograficznego jako takiego, lecz raczej w zależności od stopnia konkurencji, kosztów infrastruktury (na przykład kosztów inżynierii cywilnej) i połączenia obsługiwanych budynków. Ponadto, jak przyznały podmioty trzecie, „ustalanie cen w umowach dotyczących MDU [było] specyficzne dla czynników lokalnych i nie [mogło] być porównywane pomiędzy poszczególnymi obszarami". Umowy zawarte z klientami MDU nie były zatem standardowymi umowami, które mogłyby z łatwością zostać poddane analizie porównawczej na podstawie zwykłej obserwacji praktyk sektorowych.

108 W drugiej kolejności należy wskazać, że wbrew temu, co twierdzi skarżąca, spośród sześciu krajowych spółdzielni mieszkaniowych i 230 000 innych spółdzielni mieszkaniowych, z których część prowadziła działalność w wielu krajach związkowych, jedynie Vonovia odpowiedziała, że często korzystała z analiz porównawczych, ale nie była w stanie dostarczyć istotnych przykładów wskazujących na pośrednią konkurencję pomiędzy stronami koncentracji, jak wynika to z motywu 779 i motywu 781 lit. c) zaskarżonej decyzji.

109 W duplice Komisja wyjaśniła w tym względzie, że zażądała dodatkowych informacji od Vonovii i GdW (będącej organizacją parasolową i konfederacyjną reprezentującą około 3000 spółdzielni mieszkaniowych, które łącznie zarządzały około 6 mln mieszkań w Niemczech) w następstwie ich odpowiedzi na kwestionariusze badania rynku, lecz nie były one w stanie przedstawić dowodów na przeprowadzenie pośredniej analizy porównawczej, stosowanej jakoby przez niektóre stowarzyszenia mieszkaniowe.

110 Wreszcie uwagi przedstawione przez GdW w toku postępowania administracyjnego, przedłożone Sądowi przez skarżącą, nie pozwalają na podważenie takiej oceny, ponieważ nie zawierają one również konkretnych przykładów analiz porównawczych lub, bardziej ogólnie, pośredniej konkurencji między stronami.

111 Dlatego też argumenty podniesione przez skarżącą nie podważają stwierdzenia Komisji, zgodnie z którym krajowe lub lokalne spółdzielnie mieszkaniowe nie uczestniczyły w niniejszym przypadku w wytworzeniu pośredniej presji konkurencyjnej między stronami koncentracji.

112 W trzeciej kolejności, jeśli chodzi o konkurencję w dziedzinie infrastruktury między stronami koncentracji, należy zaznaczyć, że z motywu 441 i motywu 453 lit. b) zaskarżonej decyzji wynika, iż Komisja stwierdziła, że działalność inwestycyjna i innowacyjna w ramach sieci prowadzona przez każdą ze stron koncentracji nie miała żadnego bezpośredniego wpływu na strategię innowacyjną i inwestycyjną w ramach sieci drugiej strony oraz że monitorowanie przez każdą ze stron działań prowadzonych w tym względzie przez drugą stronę nie wykraczało poza „zwykłe porównawcze analizy handlowe mające na celu monitorowanie i ewentualne naśladowanie najlepszych praktyk sektorowych", czego skarżąca nie podważa.

113 Jak zaś wskazano w pkt 104 i 105 powyżej, ta forma porównania, polegająca na analizie wyników rynkowych lub najlepszych praktyk sektorowych, w tym w innych państwach członkowskich lub państwach trzecich, jest jedynie swobodnie wybraną formą porównania, lecz nie stanowi formy pośredniej presji konkurencyjnej, o której mowa w pkt 102 powyżej.

114 W czwartej kolejności należy wskazać, że w zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśniła, po pierwsze, że analiza wewnętrznych dokumentów stron koncentracji nie dostarczyła żadnego elementu sugerującego, iż wspomniane strony brały pod uwagę ich odpowiednie brzmienie i warunki podczas negocjacji dotyczących umów MDU, a po drugie, że strony koncentracji przedstawiły przekonujące dowody zaprzeczające ujednoliceniu umów MDU na całym terytorium Niemiec. Wbrew zaś temu, co twierdzi skarżąca, ustalenia te były istotne dla dokonania oceny, czy każda ze stron koncentracji przy określaniu swojej strategii handlowej brała pod uwagę warunki oferowane przez drugą stronę, a zatem dla dokonania oceny, czy przed koncentracją istniała między nimi pośrednia konkurencja na rynku MDU.

115 Jak wynika z powyższego, skarżąca nie wykazała, iż Komisja w sposób oczywiście błędny stwierdziła w zaskarżonej decyzji, że strony koncentracji nie były konkurentami pośrednimi.

116 W zakresie, w jakim Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie, stwierdzając brak pośredniej konkurencji między stronami koncentracji, nie jest już konieczne badanie zasadności argumentacji dotyczącej kwestii, czy wyeliminowana konkurencja powinna być „szczególnie silna", aby doszło do powstania ZPSK w rozumieniu art. 2 rozporządzenia nr 139/2004.

3) W przedmiocie konkurencji potencjalnej

117 Skarżąca podnosi, że przy założeniu, iż strony koncentracji nie mogły zostać uznane za rzeczywistych konkurentów, były one przed jej dokonaniem przynajmniej potencjalnymi konkurentami.

118 Na wstępie należy przypomnieć, że w zaskarżonej decyzji Komisja zbadała przede wszystkim, czy spółka Vodafone była potencjalnym konkurentem spółki Unitymedia. W tym kontekście Komisja przypomniała, że spółka Vodafone prowadziła działalność głównie we własnym zasięgu kablowym, i zauważyła, że operator ten wskazał, iż nie ma on żadnego planu rozbudowy swojej sieci kablowej, w szczególności w zasięgu kablowym spółki Unitymedia, ze względu na brak rentowności inwestycji bazowej (zob. motyw 726).

119 Ponieważ prawie wszyscy konkurujący operatorzy odpowiedzieli w ramach badania rynku, że oczekiwali, iż spółka Vodafone rozszerzy swoją sieć kablową w zasięgu kablowym spółki Unitymedia, Komisja przeprowadziła następnie dochodzenie dotyczące prawdopodobnej ewolucji presji konkurencyjnej wywieranej przez spółkę Vodafone, gdyby koncentracja nie nastąpiła. W tym względzie Komisja wskazała, że teoretyczna zdolność spółki Vodafone do rozszerzenia sieci w zasięgu kablowym spółki Unitymedia nie jest wystarczająca, ponieważ aby wykazać istnienie potencjalnej konkurencji pomiędzy stronami koncentracji, której wyeliminowanie powoduje ZPSK, owo wyeliminowanie musi być wystarczająco prawdopodobne (zob. motyw 730 zaskarżonej decyzji).

120 W motywach 731–746 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśniła, że nie znalazła spójnego zbioru dowodów sugerujących, iż rozszerzenie sieci spółki Vodafone w zasięgu kablowym spółki Unitymedia byłoby prawdopodobne lub racjonalnie przewidywalne w przypadku braku koncentracji, lecz raczej znalazła szereg elementów świadczących o czymś przeciwnym.

121 Komisja wskazała bowiem, po pierwsze, że w przeszłości spółka Vodafone nigdy nie powieliła sieci kablowej spółki Unitymedia, i stwierdziła, że operator ten jedynie w niewielkim stopniu rozwinął swoją sieć kablową, nawet we własnym zasięgu kablowym i w jego okolicach, chociaż taki rozwój był bardziej opłacalny niż powielenie sieci kablowej. Po drugie, przeprowadzona przez Komisję

analiza wewnętrznych dokumentów spółki Vodafone potwierdziła, że operator ten nie przewidywał projektów powielania sieci kablowej spółki Unitymedia, zważywszy, że podobne projekty nie spełniały jego kryteriów inwestycyjnych. Komisja uwzględniła prognozy sporządzone przez spółkę Vodafone, biorąc pod uwagę infrastrukturę, jaką już dysponował ten operator, które to prognozy potwierdziły ów brak rentowności. Po trzecie, Komisja wskazała, że nie znalazła żadnego elementu, który wskazywałby, iż powielanie sieci kablowej innego operatora stanie się bardziej rentowne w przyszłości.

122 Ponadto Komisja uznała, że prace w zakresie powielania podjęte przez innych operatorów, takich jak spółka Tele Columbus, operatorzy lokalni czy też skarżąca, wynikały ze szczególnych względów handlowych innych niż względy mające na celu rozwój sieci równoległej do sieci operatora konkurencyjnego. W odniesieniu do spółki Tele Columbus Komisja zauważyła, że operator ten nie dokonał żadnych znaczących inwestycji w rozbudowę swojej sieci poziomu trzeciego (zob. motyw 744 zaskarżonej decyzji). Wreszcie Komisja wyjaśniła, że nie dysponuje ona żadną wskazówką, zgodnie z którą było prawdopodobne, iż spółka Vodafone miałaby zamiar wkroczyć w zasięg kablowy spółki Unitymedia przy użyciu środków technicznych lub handlowych, które opóźniłyby rozszerzenie jej własnej sieci kablowej (zob. motyw 742 zaskarżonej decyzji).

123 Następnie Komisja zbadała, czy spółka Unitymedia była potencjalnym konkurentem spółki Vodafone. W tym kontekście Komisja przypomniała, że spółka Unitymedia prowadziła działalność głównie we własnym zasięgu kablowym, i zauważyła, że operator ten wskazał, iż nie ma on żadnego planu rozbudowy swojej sieci kablowej, w szczególności w zasięgu kablowym spółki Vodafone, ze względu na brak rentowności inwestycji bazowej (zob. motyw 726 zaskarżonej decyzji).

124 Zważywszy, że w odpowiedzi na badanie rynku prawie wszyscy konkurujący operatorzy wskazali, iż spodziewali się, że spółka Unitymedia rozszerzy swoją sieć w zasięgu kablowym spółki Vodafone, przyznając jednak, że spółka Unitymedia miała mniejszą motywację do działania w ten sposób niż spółka Vodafone, Komisja przeprowadziła dochodzenie dotyczące prawdopodobnej ewolucji presji konkurencyjnej wywieranej przez spółkę Unitymedia w przypadku braku koncentracji.

125 W motywach 755–764 zaskarżonej decyzji Komisja wyjaśniła, że nie znalazła spójnego zbioru dowodów sugerujących, iż rozszerzenie sieci spółki Vodafone w zasięgu kablowym spółki Unitymedia byłoby prawdopodobne lub racjonalnie przewidywalne w przypadku braku koncentracji, lecz raczej znalazła szereg dowodów stosunkowo podobnych do dowodów odkrytych w odniesieniu do spółki Vodafone, świadczących o czymś przeciwnym.

126 Komisja wskazała bowiem, po pierwsze, że w przeszłości spółka Unitymedia nigdy nie powieliła sieci kablowej spółki Vodafone, i stwierdziła, że operator ten jedynie w niewielkim stopniu rozwinął swoją sieć kablową, nawet we własnym zasięgu kablowym i w jego okolicach, chociaż taki rozwój był bardziej opłacalny niż powielenie sieci kablowej. Po drugie, przeprowadzona przez Komisję analiza wewnętrznych dokumentów spółki Unitymedia potwierdziła, że operator ten nie przewidywał projektów powielania sieci kablowej spółki Vodafone, zważywszy, że podobne projekty nie spełniały jego kryteriów inwestycyjnych. Komisja uwzględniła sporządzoną przez spółkę Unitymedia prognozę potwierdzającą ów brak rentowności. Wreszcie Komisja wskazała, że inne czynniki uwzględnione przy badaniu istnienia potencjalnej konkurencji ze strony spółki Vodafone miały również zastosowanie w przypadku spółki Unitymedia.

127 W niniejszym przypadku w pierwszej kolejności skarżąca utrzymuje, że przedsiębiorstwo jest potencjalnym konkurentem na danym rynku, jeżeli istnieją rzeczywiste i konkretne możliwości wejścia danego przedsiębiorstwa na rynek i konkurowania z działającymi już na nim przedsiębiorstwami. Według niej istotne jest zatem jedynie ustalenie, czy przedsiębiorstwo ma zdolność wejścia na określony rynek. Jej zdaniem zdolność ta, jako taka, stanowi potencjalną konkurencję i jest chroniona na mocy rozporządzenia nr 139/2004, bez konieczności wykazania, że wspomniane przedsiębiorstwo ma konkretnie zamiar wykorzystać skutecznie tę zdolność w przyszłości. Tak więc w opinii skarżącej sytuacja potencjalnej konkurencji powinna być przede wszystkim oceniana w sposób obiektywny, w celu ustalenia, czy wejście na rynek byłoby obiektywnie możliwe, a zatem czy potencjalny nowy podmiot wywierał znaczącą presję na przedsiębiorstwa, które już prowadziły działalność na rynku właściwym. Subiektywne zamiary lub projekty handlowe stron koncentracji, takie jak plany inwestycyjne i wewnętrzne progi rentowności, nie mają zdaniem skarżącej decydującego znaczenia w tym względzie.

128 W drugiej kolejności skarżąca podnosi, że badanie przeprowadzone wśród przedsiębiorstw już prowadzących działalność na danych rynkach wyraźnie potwierdziło, że strony koncentracji mogły, w sposób realistyczny, rozszerzyć swoją infrastrukturę sieci kablowej (lub światłowodowej) w zasięgu kablowym drugiej strony. Według skarżącej uczestnicy rynku oświadczyli ponadto, że strony koncentracji prawdopodobnie staną się bardziej agresywnymi konkurentami w swoich odpowiednich zasięgach kablowych w ciągu najbliższych dwóch lub trzech lat.

129 W trzeciej kolejności zaskarżona decyzja zawiera zdaniem skarżącej szereg konkretnych przykładów świadczących o obiektywnej wykonalności i opłacalności ekspansji na obszarze zasięgu innego operatora sieci kablowej. Sama skarżąca, podobnie jak spółka Tele Columbus i inni operatorzy w Europie, dokonała powielenia sieci kablowych, co świadczy o tym, że takie działanie jest ekonomicznie opłacalne. Ponadto według skarżącej Komisja niesłusznie ograniczyła się do zbadania prawdopodobieństwa potencjalnej konkurencji poprzez powielenie sieci kablowej drugiej strony, podczas gdy strony koncentracji znakomicie mogły obsługiwać klientów MDU poza swoimi odpowiednimi zasięgami kablowymi w oparciu o usługi pośrednie transmisji sygnału telewizyjnego świadczone przez innego operatora. Zdaniem skarżącej Komisja nie wzięła też pod uwagę istnienia „białych stref", w których żaden operator nie był obecny, w związku z czym kwestia powielania sieci nie pojawiła się.

130 W czwartej kolejności skarżąca podnosi, że Komisja niesłusznie oparła się na kryteriach inwestycyjnych stron, aby stwierdzić brak rentowności powielania sieci kablowej drugiej strony, podczas gdy takie kryteria mogą być zmienione w każdej chwili, a nawet zmanipulowane, zaś „opłacalność ekonomiczna" jest pojęciem obiektywnym. W swoich uwagach z dnia 2 czerwca 2023 r. skarżąca podnosi ponadto, że kryteria inwestycyjne stron koncentracji, takie jak wspomniane w zaskarżonej decyzji, w żaden sposób nie odpowiadają praktyce sektorowej ani kryteriom inwestycyjnym innych uczestników rynku, a ponadto były znacznie wyższe od jej własnych, co według skarżącej świadczy o tym, że zostały one ustalone celowo, tak aby ukazać projekt powielania sieci kablowej drugiej strony jako nierentowny.

131 W piątej kolejności według skarżącej Komisja nie uwzględniła okoliczności, że Bundeskartellamt (federalny urząd antykartelowy, Niemcy) uznał, iż strony były przynajmniej potencjalnymi konkurentami.

132 Jak z tego wynika, zdaniem skarżącej Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, uznając, że strony koncentracji nie były przed jej dokonaniem potencjalnymi konkurentami.

133 Komisja, popierana przez spółkę Vodafone, kwestionuje argumenty skarżącej.

134 W tym względzie w pierwszej kolejności należy przypomnieć, że w dziedzinie kontroli koncentracji, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, badanie warunków konkurencji opiera się nie tylko na rzeczywistej konkurencji między przedsiębiorstwami już obecnymi na rynku właściwym, lecz także na konkurencji potencjalnej, tak aby stwierdzić, czy uwzględniając strukturę rynku i kontekst gospodarczy i prawny regulujący jego funkcjonowanie, istnieją rzeczywiste i konkretne możliwości, by dane przedsiębiorstwa mogły ze sobą konkurować lub by na rynek właściwy mógł wejść nowy uczestnik i konkurować z już działającymi na nim przedsiębiorstwami (zob. wyrok z dnia 4 lipca 2006 r., easyJet/Komisja, T-177/04, EU:T:2006:187, pkt 116 i przytoczone tam orzecznictwo).

135 W celu ustalenia, czy dane przedsiębiorstwo może zostać zakwalifikowane jako potencjalny konkurent na rynku, Komisja ma obowiązek sprawdzić, czy w razie braku rozpatrywanej koncentracji istniałyby realne i konkretne możliwości, że wejdzie ono na ów rynek i będzie konkurować z działającymi już na nim przedsiębiorstwami. Dowód taki nie może opierać się na zwykłym założeniu, lecz powinien być wsparty okolicznościami faktycznymi lub analizą struktur rynku właściwego. Tak więc przedsiębiorstwo nie może zostać uznane za potencjalnego konkurenta, jeżeli jego wejście na rynek nie stanowi opłacalnej strategii gospodarczej (zob. analogicznie wyrok z dnia 29 czerwca 2012 r., E.ON Ruhrgas i E.ON/Komisja, T-360/09, EU:T:2012:332, pkt 86 i przytoczone tam orzecznictwo).

136 Ponadto opłacalność ekonomiczna strategii wejścia na rynek nie może być utożsamiana ze zwykłą rentownością takiej strategii. Gdyby tak było, sama teoretyczna zdolność do wejścia na rynek mogłaby zostać uznana za wystarczającą do stwierdzenia istnienia potencjalnej konkurencji. Wobec tego Komisja może uwzględnić interes handlowy lub gospodarczy, jaki ma w wejściu na rynek przedsiębiorstwo, którego status potencjalnego konkurenta jest analizowany (zob. podobnie wyroki: z dnia 21 września 2005 r., EDP/Komisja, T-87/05, EU:T:2005:333, pkt 177, 185, 187, 188, 191, 195; z dnia 4 lipca 2006 r., easyJet/Komisja, T-177/04, EU:T:2006:187, pkt 123), a zatem może ona oprzeć się na jego kryteriach inwestycyjnych. Komisja nie może zatem uznać przedsiębiorstwa za potencjalnego konkurenta na podstawie ogólnych i abstrakcyjnych względów, nie biorąc pod uwagę interesów handlowych tego przedsiębiorstwa, jego krótko- i średnioterminowej strategii rozwoju oraz kryteriów rentowności, które ono samo sobie w tym celu ustaliło.

137 Jak z tego wynika, jeżeli Komisja stwierdzi, po pierwsze, że dane przedsiębiorstwo nie podjęło żadnych kroków w celu wejścia na rynek w wystarczająco krótkim przedziale czasu, obliczonym w świetle właściwości rynku, po drugie, że owo przedsiębiorstwo nie uważa wejścia na rynek za racjonalne z ekonomicznego punktu widzenia i interesujące dla niego, a zatem, po trzecie, że przedsiębiorstwo to nie rozważa znaczącego wejścia na rynek w przyszłości, może ona, nie popełniając oczywistego błędu w ocenie, dojść do wniosku, że dane przedsiębiorstwo nie jest potencjalnym konkurentem drugiej strony koncentracji.

138 W drugiej kolejności, jeśli chodzi o punkt widzenia przedsiębiorstw już działających na rynku właściwym przedstawiony w trakcie badania rynku, należy stwierdzić, że z motywów 727, 728, 752 i 753 zaskarżonej decyzji wynika, iż Komisja uwzględniła opinie konkurencyjnych operatorów, ponieważ z motywów tych wynika, że przeprowadziła ona pogłębioną analizę istnienia potencjalnej konkurencji pomiędzy stronami koncentracji, w szczególności ze względu na sformułowane przez nich uwagi.

139 W tym względzie należy podkreślić, że o ile Komisja ma prawo uwzględnić punkt widzenia przedsiębiorstw działających na rynku, o tyle ów punkt widzenia nie może jednak być decydujący dla dokonania oceny istnienia potencjalnej konkurencji.

140 Choć bowiem opinie konkurentów mogą stanowić ważne źródło informacji o przewidywalnym wpływie koncentracji na rynek, to nie mogą one wiązać Komisji przy dokonywaniu przez nią własnej oceny wpływu koncentracji na ten rynek [zob. podobnie wyroki: z dnia 25 marca 1999 r., Gencor/Komisja, T-102/96, EU:T:1999:65, pkt 290, 291; z dnia 5 października 2020 r., HeidelbergCement i Schwenk Zement/Komisja, T-380/17, EU:T:2020:471, pkt 673 (niepublikowany)].

141 W trzeciej kolejności, co się tyczy elementów, które zdaniem skarżącej świadczą o obiektywnej wykonalności i opłacalności ekspansji na obszarze zasięgu innego operatora sieci kablowej, aby oddalić ten zarzut szczegółowy, wystarczy przypomnieć, że – jak wynika z orzecznictwa przytoczonego w pkt 136 powyżej – opłacalności strategii wejścia na rynek nie można utożsamiać ze zwykłą rentownością takiej strategii oraz że należy wziąć pod uwagę interes handlowy lub gospodarczy, jaki ma w wejściu na rynek przedsiębiorstwo, którego status potencjalnego konkurenta jest analizowany.

142 W konsekwencji, nawet jeśli elementy i przykłady przedstawione przez skarżącą świadczą o tym, że ekspansja w obszarze zasięgu kablowego drugiej strony koncentracji była obiektywnie wykonalna i rentowna z ekonomicznego punktu widzenia, to jednak Komisja wyjaśniła w zaskarżonej decyzji w sposób szczegółowy, opierając się między innymi na dokumentach wewnętrznych stron koncentracji, że przed koncentracją żadna z tych stron nie miała zamiaru powielania sieci drugiej strony ani nie miała w tym interesu gospodarczego, zważywszy, że inwestycje bazowe nie spełniały ich odpowiednich kryteriów inwestycyjnych. Ponadto Komisja wzięła również pod uwagę okoliczność, że strony koncentracji nie powielały nigdy w przeszłości swoich odpowiednich sieci. Należy stwierdzić, że powyższe rozważania wystarczą, aby oddalić trzeci zarzut szczegółowy podniesiony przez skarżącą.

143 Ponadto elementy podnoszone przez skarżącą nie pozwalają wykazać, że dla stron koncentracji obiektywnie wykonalne i ekonomicznie rentowne byłoby rozszerzenie ich działalności na rynek MDU w obszarze zasięgu kablowego drugiej strony.

144 Tak więc, po pierwsze, jeśli chodzi o okoliczność, że inni konkurenci byli gotowi rozszerzyć swoją sieć, Komisja wyjaśniła w zaskarżonej decyzji powody, dla których strategie te nie miały zastosowania do stron innej koncentracji.

145 Co się tyczy w szczególności przypadku skarżącej, jak wynika między innymi z motywu 744 lit. c) zaskarżonej decyzji, jej sytuacja różniła się bardzo od sytuacji stron koncentracji, ze względu na to, że skarżąca posiadała już bardzo rozległą sieć światłowodową i że korzystała z tej sieci w celu świadczenia usług dostępu szerokopasmowego za pomocą technologii cyfrowej linii abonenckiej (Digital Subscriber Line, DSL). Wobec tego, aby rozszerzyć na nowe obszary swoją ofertę skierowaną do klientów MDU, skarżąca mogła oprzeć się na własnych łączach światłowodowych lub swoich istniejących rurach i potrzebowała co do zasady budowy jedynie krótkich części sieci poziomu trzeciego.

146 Jeśli chodzi o spółkę Tele Columbus, dowody przedstawione w motywie 744 lit. a) i w motywach 797–799 zaskarżonej decyzji, które nie zostały zakwestionowane przez skarżącą, wskazują, że spółka ta w rzeczywistości nie przedsięwzięła powielenia sieci kablowej innego

operatora w latach poprzedzających wydanie zaskarżonej decyzji. W szczególności rycina 20, przedstawiona w motywie 798 zaskarżonej decyzji, pokazuje, że liczba gospodarstw domowych podłączonych do sieci spółki Tele Columbus nie wzrosła znacząco w latach 2012–2018, chyba że z powodu nabycia wcześniej istniejących aktywów innych spółek.

147 Co się tyczy przywołanych przez skarżącą przypadków powielania sieci kablowych w innych państwach członkowskich, jak wskazuje Komisja w swoich pismach, zjawiska te można wytłumaczyć czynnikami historycznymi lub niskimi kosztami budowy sieci w tych państwach członkowskich. Ponadto Komisja wymieniła przed Sądem przykłady państw członkowskich, w których sieci kablowe nie pokrywały się. Komisja stwierdziła również w sposób uzasadniony, że okoliczność, iż operatorzy co do zasady nie rozszerzają swoich sieci kablowych, stanowi w Europie ogólną tendencję. Jak z tego wynika, przypadki powielania sieci, na które powołuje się skarżąca, nie pozwalają na podważenie oceny dokonanej przez Komisję w przedmiocie potencjalnej konkurencji pomiędzy stronami koncentracji.

148 Po drugie, wbrew twierdzeniom skarżącej Komisja nie ograniczyła się do zbadania prawdopodobieństwa potencjalnej konkurencji w wyniku powielenia sieci kablowej drugiej strony koncentracji, jak wynika z motywu 745 zaskarżonej decyzji w odniesieniu do spółki Vodafone i z motywu 763 tej decyzji w odniesieniu do spółki Unitymedia. W tym kontekście Komisja uznała, że jest również mało prawdopodobne, aby strona wkraczała w zasięg kablowy drugiej strony za pomocą środków nieopartych na infrastrukturze, takich jak w szczególności łącza dzierżawione, infrastruktura satelitarna lub sieci poziomu czwartego.

149 Ponadto Komisja wyjaśniła przed Sądem – czemu skarżąca nie zaprzeczyła – że chociaż teoretycznie możliwe było świadczenie usług transmisji sygnału telewizyjnego na rzecz klientów MDU bez korzystania z własnej infrastruktury poziomu trzeciego, to w praktyce z punktu widzenia konkurencyjnego nie była to możliwość interesująca. W tym względzie należy również wskazać, że w motywie 820 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, iż operatorzy poziomu czwartego byli całkowicie zależni od woli oferowania przez strony usług pośredniej transmisji sygnału telewizyjnego na konkurencyjnych warunkach, czego skarżąca nie kwestionuje. Następnie w motywie 1479 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, że sami operatorzy poziomu czwartego wyjaśnili, iż prowadzą działalność w segmencie niszowym rynku, podczas gdy stowarzyszenia mieszkaniowe stwierdziły, że operatorzy ci często nie spełniają wymogów w zakresie poziomu usług i nie są w stanie zapewnić obsługi aktualizacji sieci poziomu trzeciego, czego również skarżąca nie kwestionuje. Okoliczności te potwierdzają zaś stwierdzenie Komisji, zgodnie z którym jest mało prawdopodobne, aby strony koncentracji rozszerzyły swoją działalność w obszarze zasięgu kablowego drugiej strony za pomocą środków nieopartych na infrastrukturze.

150 Po trzecie, co się tyczy istnienia „białych stref”, których Komisja jakoby nie wzięła pod uwagę, nawet bez konieczności wypowiadania się w przedmiocie kwestionowanej przez Komisję dopuszczalności tego argumentu należy stwierdzić, że jeżeli żaden operator nie rozbudował dotychczas sieci kablowej na tych obszarach, to było bardzo mało prawdopodobne, że strony koncentracji zdecydują się tam wejść. W tym względzie należy również zauważyć, że dochodzenie Komisji nie wykazało żadnego elementu wskazującego na to, iż w braku koncentracji strony rozbudowałyby się w tej samej białej strefie, zaś skarżąca nie przedstawiła żadnego dowodu, iż jest inaczej.

151 W czwartej kolejności, co się tyczy twierdzenia skarżącej, zgodnie z którym Komisja nie mogła oprzeć się na kryteriach inwestycyjnych stron koncentracji, ponieważ kryteria te mogły zostać zmienione w każdej chwili, a nawet zmanipulowane, oraz nie odpowiadały one praktyce przyjętej

w sektorze, należy przypomnieć, że opłacalność gospodarcza strategii wejścia na rynek nie może być utożsamiana ze zwykłą rentownością takiej strategii oraz że Komisja może oprzeć się na interesie handlowym lub gospodarczym, jaki ma w wejściu na rynek przedsiębiorstwo, którego status potencjalnego konkurenta jest analizowany (zob. pkt 135, 136 powyżej), a zatem na kryteriach inwestycyjnych.

152 W tym względzie należy zauważyć, że Komisja musi oprzeć się na wszystkich elementach, aby ocenić, czy potencjalna konkurencja istnieje. Komisja nie może przy tym pominąć strategii inwestycyjnych danych przedsiębiorstw. Dotyczy to w szczególności dużych grup międzynarodowych, takich jak spółka Vodafone, które muszą mieć możliwość dokonywania wyboru między projektami inwestycyjnymi dotyczącymi kilku rynków krajowych, opierając się w tym celu na najlepszych stopach zwrotu. Ponadto należy stwierdzić, że elementy dostarczone przez skarżącą nie wystarczają, aby dojść do wniosku, że Komisja była w posiadaniu poszlak świadczących o nieścisłości danych liczbowych przedstawionych przez stronę, która zgłosiła koncentrację.

153 Należy ponadto podkreślić, że przepisy mające zastosowanie do kontroli koncentracji przewidują różne środki, których celem jest zniechęcenie do dostarczania błędnych bądź mylnych informacji oraz karanie takich zachowań. Strony zgłaszające koncentrację podlegają bowiem, na podstawie art. 4 ust. 1 i art. 6 ust. 2 rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 (Dz.U. 2004, L 133, s. 1), wyraźnemu obowiązkowi przedstawienia Komisji faktów i okoliczności istotnych dla decyzji w sprawie zgodności ze wspólnym rynkiem, zaś niewypełnienie tego obowiązku zagrożone jest karami określonymi w art. 14 rozporządzenia nr 139/2004. Ponadto Komisja może także, na podstawie art. 6 ust. 3 lit. a) i art. 8 ust. 6 lit. a) rozporządzenia nr 139/2004, odwołać decyzję uznającą koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem, jeżeli została ona podjęta w oparciu o nieprawidłowe informacje, za które odpowiedzialne jest jedno z odnośnych przedsiębiorstw, lub jeśli została ona uzyskana w wyniku oszustwa (wyrok z dnia 7 maja 2009 r., NVV i in./Komisja, T-151/05, EU:T:2009:144, pkt 185).

154 Wreszcie należy stwierdzić z jednej strony, że w szczególności z motywu 742 i z przypisu 553 zaskarżonej decyzji wynika, iż Komisja zweryfikowała prognozy przedstawione przez strony koncentracji, w ramach których zbadały one, z uwzględnieniem swoich kryteriów inwestycyjnych, rentowność szeregu projektów budowy infrastruktury, i uznała, że prognozy te były wystarczająco solidne, a z drugiej strony, iż Komisja nie oparła się wyłącznie na kryteriach inwestycyjnych stron koncentracji, aby stwierdzić brak potencjalnej konkurencji między nimi, lecz w szczególności wzięła ona pod uwagę fakt, że w praktyce ani spółka Vodafone, ani spółka Unitymedia nigdy nie powielały sieci kablowej drugiej strony i że strony te jedynie w nieznacznym stopniu rozszerzyły swoją sieć w swoim własnym zasięgu kablowym, chociaż takie wewnętrzne rozszerzenie było bardziej rentowne.

155 W piątej kolejności, co się tyczy decyzji federalnego urzędu antymonopolowego, których Komisja nie uwzględniła, należy zaznaczyć, że ze względu na ścisły podział kompetencji, na którym opiera się rozporządzenie nr 139/2004, decyzje organów krajowych nie mogą wiązać Komisji w ramach postępowań w sprawie kontroli koncentracji (zob. podobnie wyroki: z dnia 18 grudnia 2007 r., Cementbouw Handel & Industrie/Komisja, C-202/06 P, EU:C:2007:814, pkt 56; z dnia 7 maja 2009 r., NVV i in./Komisja, T-151/05, EU:T:2009:144, pkt 139), tym bardziej gdy dotyczą one stron innej koncentracji i innego okresu.

156 Jak wynika z powyższego, skarżąca nie zdołała wykazać, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, uznając w zaskarżonej decyzji, iż jest mało prawdopodobne, by strony koncentracji, gdyby do niej nie doszło, rozszerzyły swoją działalność na rynek MDU w zasięgu kablowym drugiej strony, przez co istniałaby między nimi potencjalna konkurencja, którą wyeliminowałaby koncentracja, powodując w ten sposób ZPSK.

4) W przedmiocie zbiorowej pozycji dominującej wynikającej z milczącej zmowy między stronami koncentracji

157 Skarżąca wielokrotnie podnosi, że chociaż strony koncentracji nie konkurowały ze sobą i nigdy nie powielały swoich sieci kablowych, było tak dlatego, że zajmowały zbiorową pozycję dominującą wynikającą z milczącej zmowy między nimi, w przedmiocie której Komisja nie przeprowadziła wystarczającego dochodzenia.

158 Skarżąca podnosi zatem, że brak aktywnej konkurencji między stronami koncentracji nie oznacza, iż nie są one konkurentami, lecz raczej wskazuje, iż zajmują zbiorową pozycję dominującą wynikającą z milczącej zmowy między nimi, mającej na celu podział rynku niemieckiego i uniknięcie powstania wrażenia istnienia stosunku konkurencji między nimi w celu ułatwienia zatwierdzenia planowanej od dawna koncentracji. Na poparcie tego twierdzenia skarżąca powołuje się na szereg decyzji federalnego urzędu antykartelowego, który stwierdził istnienie zbiorowej pozycji dominującej między stronami, i podnosi, że rynek MDU posiada wszystkie właściwości rynku znajdującego się pod zbiorową dominacją oraz że nie istnieje żadne inne wiarygodne wyjaśnienie braku aktywnej konkurencji między stronami koncentracji.

159 Komisja, popierana przez spółkę Vodafone, kwestionuje argumenty skarżącej.

160 W tym względzie należy zauważyć, że skarżąca nie twierdzi, iż koncentracja stworzy lub umocni zbiorową pozycję dominującą na rynku MDU, znacząco przeszkadzając w ten sposób skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, lecz raczej podnosi, że strony koncentracji znajdowały się, przed jej dokonaniem i z powodu milczącej zmowy między nimi, w sytuacji zbiorowej pozycji dominującej.

161 Przy założeniu, że argument skarżącej zmierza do ujawnienia kartelu, z art. 21 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004 wynika, że owo rozporządzenie ma wyłączne zastosowanie do koncentracji określonych w art. 3 tego rozporządzenia, w odniesieniu do których rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. [101] i [102 TFUE] (Dz.U. 2003, L 1, s. 1) co do zasady nie znajduje zastosowania. Natomiast to ostatnie rozporządzenie jako jedyne ma zastosowanie w przypadku zachowań przedsiębiorstw, które, nie będąc koncentracjami w rozumieniu rozporządzenia nr 139/2004, mogą jednak skutkować prowadzeniem przez nie sprzecznej z art. 101 TFUE współpracy i które z tego względu podlegają kontroli ze strony Komisji czy też krajowych organów ochrony konkurencji (wyrok z dnia 7 września 2017 r., Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, pkt 32, 33).

162 Jak z tego wynika, zarzut szczegółowy skarżącej oparty na podnoszonej milczącej zmowie między stronami koncentracji przed jej dokonaniem jest bezskuteczny, ponieważ nie dotyczy on przedmiotu zaskarżonej decyzji, czyli koncentracji objętej rozporządzeniem nr 139/2004, lecz raczej praktyk objętych potencjalnie zakresem stosowania art. 101 lub 102 TFUE i rozporządzenia nr 1/2003. Tak więc nawet gdyby twierdzenia skarżącej były zasadne, to znaczy nawet przy założeniu, że przed koncentracją istniała między stronami koncentracji dorozumiana

lub milcząca zmowa wyjaśniająca, jak podnosi skarżąca, brak rzeczywistej lub potencjalnej konkurencji między nimi na rynku MDU, nie pozwoliłoby to na podważenie wniosku, do którego doszła Komisja w odniesieniu do tego rynku, a mianowicie wniosku o braku konkurencji między stronami koncentracji, której wyeliminowanie mogło powodować ZPSK.

163 Natomiast jeżeli argument skarżącej zmierza do wykazania istnienia zbiorowej pozycji dominującej, to należy przypomnieć, że w zaskarżonej decyzji Komisja uznała, iż twierdzenia podmiotów trzecich dotyczące zbiorowej pozycji dominującej stron koncentracji oparte na milczącej zmowie między nimi nie zostały potwierdzone analizą dokumentów wewnętrznych wspomnianych stron i zostały podważone przez znajdujące się w aktach sprawy dowody dotyczące niewystarczającej rentowności powielania sieci kablowej drugiej strony (zob. przypisy 534, 566). Argumenty przedstawione przez skarżącą nie umożliwiają podważenia tego stwierdzenia Komisji.

164 W istocie, co się tyczy w pierwszej kolejności decyzji federalnego urzędu antykartelowego, należy przypomnieć, że nie mogą one wiązać Komisji.

165 Co się tyczy w drugiej kolejności rynku MDU, który zdaniem skarżącej posiada wszystkie właściwości rynku znajdującego się pod zbiorową dominacją, należy zauważyć, że większość umów na tym rynku jest zawierana po przeprowadzeniu negocjacji, przetargów lub formalnych postępowań przetargowych ogłaszanych przez klientów (zob. motyw 697 zaskarżonej decyzji), czego skarżąca nie kwestionuje, w związku z czym jest mało prawdopodobne, by rynek ten spełniał warunek przejrzystości konieczny do tego, aby umożliwić przedsiębiorstwom zajmującym zbiorową pozycję dominującą ujednolicenie ich zachowań na tym rynku (zob. podobnie wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 121).

166 Co się tyczy w trzeciej kolejności twierdzenia skarżącej, zgodnie z którym jedynie milcząca zmowa między stronami koncentracji mogła tłumaczyć brak aktywnej konkurencji między nimi, należy przypomnieć, że jak wynika z analizy wcześniejszych zarzutów szczegółowych podniesionych przez skarżącą na poparcie części drugiej rozpatrywanego zarzutu, Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie, uznając, że ten brak konkurencji między stronami wynikał głównie z niepokrywania się ich odpowiednich zasięgów kablowych i z istotnych kosztów infrastruktury wynikających z powielenia sieci kablowej drugiej strony, co nie spełniało kryteriów inwestycyjnych stron koncentracji. Należy ponadto stwierdzić, że skarżąca nie przedstawiła żadnego dowodu na poparcie takiego twierdzenia.

167 Jak wynika z powyższego, skarżąca nie wykazała, że Komisja w sposób oczywiście błędny doszła w zaskarżonej decyzji do wniosku, iż twierdzenia podmiotów trzecich oparte na milczącej zmowie między stronami koncentracji nie były zasadne.

b) W przedmiocie oczywistych błędów w ocenie w odniesieniu do wynikających z koncentracji skutków dla konkurencji na rynku MDU

168 Skarżąca utrzymuje, że ponieważ strony koncentracji były przed jej dokonaniem rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami, Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, dochodząc do wniosku, że jej dokonanie nie spowoduje żadnej zmiany specyficznej dla koncentracji. Przeciwnie, w tym kontekście koncentracja doprowadziłaby do związanego z nią wzrostu siły rynkowej spółki Vodafone i do wyeliminowania presji konkurencyjnej pomiędzy stronami

koncentracji. Ponadto skarżąca podnosi, że koncentracja jeszcze bardziej osłabiłaby presję konkurencyjną wywieraną przez pozostałych konkurentów podmiotu powstałego w wyniku koncentracji.

1) W przedmiocie zwiększenia siły rynkowej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji i wyeliminowania presji konkurencyjnej między stronami

169 Skarżąca podnosi, że w następstwie koncentracji jedno tylko przedsiębiorstwo, a mianowicie podmiot powstały w wyniku koncentracji, będzie decydowało o strategii handlowej i polityce cenowej na całym terytorium Niemiec, co stanowi zmianę warunków konkurencji na rynku MDU specyficzną dla koncentracji, ponieważ przed koncentracją każda ze stron podejmowała swoje decyzje strategiczne w sposób indywidualny, nie mając pewności co do zachowania, jakie przyjmie druga strona. Skarżąca dodaje, że owa presja konkurencyjna pomiędzy stronami została po dokonaniu koncentracji ostatecznie wyeliminowana. Skarżąca podnosi, że taka zmiana warunków konkurencji na rynku wystarczy do stwierdzenia istnienia ZPSK, a ponadto, że Komisja naruszyła prawo, uznając, iż zmiana ta nie była bezpośrednią i natychmiastową konsekwencją koncentracji.

170 Komisja, popierana przez spółkę Vodafone, kwestionuje argumenty skarżącej.

171 W tym względzie należy podkreślić, że argument skarżącej dotyczący tego, iż koncentracja doprowadziłaby do związanego z nią wzrostu siły rynkowej Vodafone i do wyeliminowania presji konkurencyjnej pomiędzy stronami koncentracji, opiera się na założeniu, iż strony koncentracji były przed jej dokonaniem rzeczywistymi lub przynajmniej potencjalnymi konkurentami, a w każdym razie, że strony te znajdowały się w sytuacji milczącej zmowy.

172 Tymczasem, jak wynika z przeprowadzonego powyżej badania części drugiej rozpatrywanego zarzutu, skarżąca nie wykazała, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, uznając, że strony koncentracji nie były rzeczywistymi lub potencjalnymi konkurentami na rynku MDU. Ponadto argumenty skarżącej dotyczące podnoszonej milczącej zmowy między stronami koncentracji przed jej dokonaniem zostały oddalone z powodów przedstawionych w pkt 157–167 powyżej.

173 Jak z tego wynika, ten argument skarżącej opiera się na błędnym założeniu, w związku z czym nie może zostać uwzględniony.

2) W przedmiocie osłabienia presji konkurencyjnej wywieranej przez pozostałych konkurentów

174 Skarżąca podnosi, że transakcja osłabiła również presję konkurencyjną wywieraną na rynku MDU przez pozostałych konkurentów stron koncentracji, co wystarcza, aby stwierdzić istnienie ZPSK.

175 W pierwszej kolejności skarżąca podnosi, że w następstwie koncentracji to już spółka Vodafone, nie zaś spółka Unitymedia, określała, w szczególności w zasięgu kablowym tej drugiej spółki, strategię handlową, w tym politykę w zakresie ustalania cen, podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, wobec spółki Tele Columbus, czyli najsilniejszego konkurenta stron, a także wobec innych operatorów sieci poziomu czwartego, w odniesieniu do pośrednich usług transmisji sygnału telewizyjnego. Po dokonaniu koncentracji operatorzy ci byli zatem zależni, również

w zasięgu kablowym spółki Unitymedia, od spółki Vodafone, znanej zdaniem skarżącej z chęci szkodzenia mniejszym konkurentom poprzez nieopłacalne ekonomicznie warunki, co nie miało miejsca przed koncentracją.

176 W drugiej kolejności skarżąca podnosi, że inni konkurenci (tacy jak ona sama i mniejsi lokalni uczestnicy rynku) nie byli w stanie wywierać znaczącej presji konkurencyjnej na spółki Unitymedia i Vodafone już przed koncentracją, w szczególności ze względu na „Nebenkostenprivileg" (przywilej dotyczący kosztów dodatkowych), faworyzujący operatorów sieci kablowych, ponieważ mechanizm ten umożliwiał spółdzielniom mieszkaniowym pobieranie bezpośrednio od lokatorów kosztów rozpowszechniania telewizji kablowej jako kosztów dodatkowych, co zmniejszyło ich motywację do zmiany dostawcy.

177 W trzeciej kolejności skarżąca utrzymuje, że zwiększona siła rynkowa podmiotu powstałego w wyniku koncentracji w stosunku do nadawców telewizyjnych oznacza, że podmiot ten będzie miał zdolność i motywację do dalszego osłabiania swoich pozostałych konkurentów w dziedzinie infrastruktury telewizyjnej na rynku MDU, usuwając ich (przynajmniej częściowo) lub pogarszając ich warunki dostępu do kanałów telewizyjnych lub treści audiowizualnych bądź do istotnych z punktu widzenia konkurencji właściwości tych kanałów lub treści audiowizualnych. Komisja nie uwzględniła zaś tych możliwości „częściowego utrudniania dostępu" i ich wpływu na sytuację konkurencyjną na rynku MDU.

178 Komisja, popierana przez spółkę Vodafone, kwestionuje argumenty skarżącej.

179 W tym względzie prawdą jest, że sytuacja, w której presja konkurencyjna wywierana przez konkurentów uległaby znacznemu zmniejszeniu w wyniku koncentracji, może powodować ZPSK.

180 W niniejszym zaś przypadku należy zaznaczyć, że skarżąca wyraźnie przyznaje, iż inni konkurenci na rynku MDU, tacy jak ona i mniejsi lokalni uczestnicy rynku, jeszcze przed koncentracją nie byli w stanie wywierać znaczącej presji konkurencyjnej na spółki Unitymedia i Vodafone, w szczególności ze względu na „Nebenkostenprivileg" (przywilej dotyczący kosztów dodatkowych), który jej zdaniem stanowił istotną przeszkodę w wejściu na ten rynek i w ekspansji na tym rynku.

181 Dlatego też inni konkurenci nie wywierali, jak przyznała sama skarżąca, żadnej presji konkurencyjnej na strony koncentracji przed jej dokonaniem. Jest zatem mało prawdopodobne, by koncentracja ta mogła skutkować znacznym zmniejszeniem presji konkurencyjnej wywieranej przez tych innych konkurentów, a tym samym powodować ZPSK. Jak z tego wynika, rozpatrywany zarzut szczegółowy, oparty na oczywistym błędzie w ocenie popełnionym przez Komisję w odniesieniu do wynikających z koncentracji skutków dla konkurencji na rynku MDU, polegającym na nieuwzględnieniu przez Komisję okoliczności, że koncentracja jeszcze bardziej osłabi presję konkurencyjną wywieraną przez pozostałych konkurentów podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, należy oddalić.

182 Ponadto argumenty skarżącej trudno oddzielić od argumentów podniesionych przez nią w ramach zarzutu trzeciego. Należy bowiem stwierdzić, że kiedy skarżąca podnosi zmianę motywacji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji dotyczącą ustalania cen i utrudniania dostępu w odniesieniu do spółki Tele Columbus i innych operatorów, powołuje się ona na nieskoordynowane skutki wertykalne, które polegają na wykluczeniu detalicznych dostawców

usług transmisji sygnału telewizyjnego na rzecz klientów MDU w Niemczech. Skutki te zostały zbadane przez Komisję w motywach 1467–1506 zaskarżonej decyzji, zakwestionowanych przez skarżącą w ramach zarzutu trzeciego, który zostanie zbadany poniżej.

183 Podobnie należy podkreślić, że kwestia zwiększonej siły rynkowej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji na hurtowym rynku transmisji sygnału telewizyjnego w Niemczech i jej skutków wobec nadawców telewizyjnych i dostawców detalicznych usług telewizyjnych została poruszona przez Komisję w motywach 1006 i nast. zaskarżonej decyzji, w jej części poświęconej ewentualnym nieskoordynowanym skutkom horyzontalnym koncentracji na przedmiotowym rynku hurtowym. Skarżąca kwestionuje te oceny w ramach zarzutu czwartego, który zostanie zbadany poniżej.

184 Z powyższego wynika, że skarżąca nie wykazała, iż Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie ze względu na to, że nie stwierdziła osłabienia konkurencji ze strony innych konkurentów w związku z tą koncentracją, powodującego ZPSK.

3. W przedmiocie części pierwszej zarzutu, dotyczącej naruszenia prawa i naruszenia art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004

185 Skarżąca utrzymuje w istocie, że Komisja naruszyła art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004 ze względu na to, iż nie uznała, że stworzenie pozycji dominującej spółki Vodafone na rynku MDU stanowiło strukturalną zmianę warunków rynkowych specyficzną dla koncentracji, powodującą ZPSK.

186 W pierwszej kolejności skarżąca przypomina, że w zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, iż obie strony koncentracji zajmowały pozycję dominującą na rynku MDU w swoich odpowiednich zasięgach kablowych. Na tej podstawie skarżąca dochodzi do wniosku, że połączenie tych dwóch zasięgów, które łącznie obejmowały całe Niemcy, w sposób nieunikniony dało podmiotowi powstałemu w wyniku koncentracji pozycję dominującą na poziomie krajowym, której żadna ze stron koncentracji z osobna nie posiadała przed koncentracją, co stanowiłoby bardzo istotną strukturalną zmianę warunków rynkowych specyficzną dla koncentracji, powodującą ZPSK. Zdaniem skarżącej Komisja błędnie uznała, że taka zmiana nie była specyficzna dla koncentracji, ponieważ strony zajmowały pozycję dominującą w swoich odpowiednich zasięgach kablowych już przed koncentracją.

187 W odpowiedzi na zadane przez Sąd pismem z dnia 16 maja 2023 r. pytanie wymagające odpowiedzi na piśmie skarżąca wyjaśniła w tym względzie, że jej zdaniem stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej stanowi samo w sobie typowy przykład ZPSK i że w związku z tym, jeżeli dochodzi do tworzenia lub umacniania pozycji dominującej, to jest to wystarczające, aby stwierdzić istnienie ZPSK. Skarżąca uważa zatem, że w niniejszym przypadku Komisja niesłusznie zbadała, czy koncentracja spowoduje, po pierwsze, specyficzne dla koncentracji zmniejszenie konkurencji między stronami, a po drugie, specyficzne dla koncentracji skutki dla konkurentów, podczas gdy powinna była poprzestać na stwierdzeniu, że koncentracja ta stworzy krajową pozycję dominującą w wyniku połączenia dwóch uczestników rynku zajmujących pozycję dominującą na szczeblu regionalnym. Stworzenie takiej krajowej pozycji dominującej jest według skarżącej specyficzne dla koncentracji i stanowi cechę konstytutywną ZPSK, co powinna była wskazać Komisja.

188 W drugiej kolejności skarżąca podnosi, że jeżeli strony koncentracji miały być uznane za dominujące zbiorowo na rynku MDU przed koncentracją, to przejście od zbiorowej pozycji dominującej do indywidualnej pozycji dominującej stanowiło również istotną zmianę

strukturalną warunków konkurencji na tym rynku, ponieważ ostatecznie eliminowało wszelką możliwość zburzenia tajnej równowagi charakteryzującej zbiorową pozycję dominującą, a tym samym – poprawy sytuacji konkurencyjnej na rynku.

189 W trzeciej kolejności skarżąca utrzymuje, że Komisja narusza prawo poprzez uznanie, iż dla stwierdzenia ZPSK konieczne jest stwierdzenie zniesienia „istotnej presji konkurencyjnej", jaką strony koncentracji wywierały na siebie nawzajem przed jej dokonaniem. Zdaniem skarżącej z motywu 25 rozporządzenia nr 139/2004 wynika, że eliminacja „znacznej presji konkurencyjnej" pomiędzy stronami koncentracji dotyczy wyłącznie koncentracji na rynkach oligopolistycznych i jest wymagana wyłącznie w celu stwierdzenia ZPSK opartej o nieskoordynowane skutki w przypadkach, które nie wiążą się ze stworzeniem lub umocnieniem pozycji dominującej.

190 Komisja, popierana przez spółkę Vodafone, kwestionuje argumenty skarżącej.

191 W tym względzie w pierwszej kolejności należy przypomnieć, że zgodnie z art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004 jedynie koncentracje, które znacząco przeszkadzają skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub znacznej jego części, w szczególności w wyniku stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, uznaje się za niezgodne z rynkiem wewnętrznym. Jak wynika z brzmienia tych przepisów, zasadnicze kryterium dla zbadania zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym opiera się na stworzeniu ZPSK na tym rynku. Użycie wyrażenia „w szczególności" wskazuje, że stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej stanowi jeden z przypadków, w jakich taka przeszkoda może zostać stwierdzona.

192 Co więcej, Sąd orzekł już, że okoliczność, iż koncentracja wywołuje skutki antykonkurencyjne, nie jest sama w sobie wystarczająca, aby uznać, iż koncentracja ta jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym, jeżeli nie przeszkadza ona znacząco skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub jego znacznej części (zob. podobnie i analogicznie wyrok z dnia 20 października 2021 r., Polskie Linie Lotnicze „Lot"/Komisja, T-296/18, EU:T:2021:724, pkt 107).

193 W konsekwencji okoliczność, że koncentracja stworzyłaby lub umocniła pozycję dominującą, nie jest sama w sobie wystarczająca, aby uznać, że koncentracja ta jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym, jeżeli znacząco nie przeszkadza ona skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub znacznej jego części, wobec czego argument skarżącej, zgodnie z którym, jeżeli dochodzi do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, to jest to wystarczające, aby stwierdzić istnienie ZPSK, nie może zostać uwzględniony.

194 Następnie należy wskazać, że celem rozporządzenia nr 139/2004 jest ustanowienie skutecznej kontroli wszystkich koncentracji, które przeszkadzałyby znacząco skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub na znacznej jego części, w tym koncentracji powodujących nieskoordynowane skutki (wyrok z dnia 13 lipca 2023 r., Komisja/CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, pkt 109, 113).

195 Ponadto należy zaznaczyć, że w dziedzinie kontroli koncentracji Komisja jest zobowiązana do przeprowadzenia analizy prospektywnej polegającej na zbadaniu, w jaki sposób taka koncentracja mogłaby zmienić czynniki wpływające na stan konkurencji na danym rynku, w celu sprawdzenia, czy wynikłaby z niej ZPSK (wyrok z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 43; zob. także podobnie wyrok z dnia 10 lipca 2008 r., Bertelsmann i Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, pkt 47).

196 Nie można zatem zarzucić Komisji, że w niniejszym przypadku przeprowadziła ona prospektywną analizę dotyczącą w szczególności nieskoordynowanych skutków horyzontalnych koncentracji na rynku MDU. Ponieważ w ramach tej analizy Komisja mogła, nie popełniając oczywistego błędu w ocenie, stwierdzić, jak wynika z powyższej analizy części drugiej rozpatrywanego zarzutu, że koncentracja nie wyeliminowałaby presji konkurencyjnej między stronami ani też nie osłabiłaby presji konkurencyjnej wywieranej przez pozostałych konkurentów, mogła ona stwierdzić brak ZPSK. Komisja nie musiała zatem ponadto badać, czy koncentracja ta stworzyłaby lub umocniłaby pozycję dominującą, w szczególności ze względu na pokrycie o zasięgu krajowym, po dokonaniu koncentracji, przez połączone sieci kablowe stron koncentracji.

197 Ponadto nie można uznać w sposób abstrakcyjny, że zasięg sieci kablowej stron koncentracji może stanowić czynnik wpływający na stan konkurencji na rynku MDU w rozumieniu orzecznictwa przytoczonego w pkt 195 powyżej, którego zmiana powoduje ZPSK. Zatem samo rozszerzenie geograficzne sieci kablowej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, niezależnie od tego, czy jest ono specyficzne dla tej koncentracji, czy też takie nie jest, nie musi powodować zmiany czynnika wpływającego na stan konkurencji na rynku MDU, a zatem nie musi powodować ZPSK.

198 W drugiej kolejności z pkt 163–166 powyżej wynika, po pierwsze, że Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie, uznając w zaskarżonej decyzji, iż nie ma żadnej wskazówki co do tego, że strony koncentracji zajmowały przed jej dokonaniem zbiorową pozycję dominującą na rynku MDU wynikającą z milczącej zmowy między nimi, a po drugie, że argumenty przedstawione w tym względzie przez skarżącą nie pozwalają wykazać, że było inaczej.

199 W trzeciej kolejności argument skarżącej, zgodnie z którym Komisja naruszyła prawo, uznając, że presja konkurencyjna wyeliminowana w wyniku koncentracji powinna być wystarczająco „znaczna", aby mogła powodować ZPSK, nie może zostać uwzględniony.

200 Z analizy drugiej części rozpatrywanego zarzutu wynika bowiem, że w niniejszym przypadku pomiędzy stronami koncentracji nie istniała presja konkurencyjna na rynku MDU przed dokonaniem koncentracji. W konsekwencji, nawet jeśli Komisja powinna była uznać, że jedynie wyeliminowanie „znacznej" presji konkurencyjnej mogło ewentualnie powodować ZPSK, to nie miałoby to wpływu na zgodność z prawem zaskarżonej decyzji.

201 Jak wynika z powyższego, skarżąca nie wykazała, że Komisja naruszyła prawo lub naruszyła art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004, w związku z czym część pierwszą zarzutu pierwszego należy oddalić.

202 W świetle wszystkich powyższych rozważań zarzut pierwszy należy oddalić.

C. W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego oczywistego błędu w ocenie w odniesieniu do stosunku konkurencji między stronami koncentracji na rynku SDU

203 Na poparcie zarzutu drugiego skarżąca podnosi, że przeprowadzona przez Komisję w zaskarżonej decyzji analiza dotycząca nieskoordynowanych skutków horyzontalnych koncentracji na rynku SDU jest obarczona naruszeniem prawa i oczywistymi błędami w ocenie.

1. Rozważania wstępne

204 W sekcji VIII.C.2.5 zaskarżonej decyzji Komisja zbadała nieskoordynowane skutki horyzontalne koncentracji na rynku SDU. Jak wskazano w pkt 19 powyżej, Komisja uznała, że kwestia rozgraniczenia geograficznego tego rynku może pozostać otwarta.

205 Po przedstawieniu w motywach 843–848 zaskarżonej decyzji pewnych szczególnych cech rynku SDU Komisja zbadała w motywach 849–859 owej decyzji udziały w rynku stron koncentracji zarówno na poziomie krajowym, jak i na poziomie ich odpowiednich zasięgów kablowych, a także poziomy koncentracji na rynku SDU, a następnie stwierdziła w motywach 860–862 tejże decyzji, że chociaż rynek ten był bardzo skoncentrowany, koncentracja nie powodowała żadnych zmian specyficznych dla koncentracji (merger-specific change), ponieważ strony konkurowały ze sobą na tym rynku jedynie w sposób bardzo ograniczony, a ich działalność nie pokrywała się w sposób znaczący.

206 Następnie w motywach 863–885 zaskarżonej decyzji Komisja zbadała presję konkurencyjną wywieraną przez strony, która zostałaby wyeliminowana przez koncentrację, a także prawdopodobny rozwój tej presji w przypadku braku koncentracji.

207 Jeśli chodzi o spółkę Vodafone, Komisja przypomniała, że w przedmiocie świadczenia detalicznych usług transmisji sygnału telewizyjnego na rzecz klientów MDU doszła do wniosku, iż dowody zawarte w aktach sprawy nie pozwalają na poparcie twierdzeń podmiotów trzecich co do zaniku potencjalnej konkurencji ze strony tej spółki. Podkreśliła ona, że dowody zawarte w aktach sprawy sugerowały, iż produkty IPTV i OTT spółki Vodafone miały bardzo ograniczoną pozycję na rynku SDU. Na tej podstawie Komisja wywiodła, że spółka Vodafone nie jest znaczącym podmiotem w zasięgu kablowym spółki Unitymedia i że ani jej oferta IPTV, ani jej nowa platforma OTT nie stanowiły presji konkurencyjnej wobec tej drugiej spółki (zob. motywy 865–880 zaskarżonej decyzji).

208 Jeśli chodzi o spółkę Unitymedia, Komisja podkreśliła, że niezależnie od sposobu wyznaczenia rynku jej udział w rynku wynikał wyłącznie z obecności w jej własnym zasięgu kablowym. Ponadto Komisja przypomniała, że w przedmiocie świadczenia detalicznych usług transmisji sygnału telewizyjnego na rzecz klientów MDU doszła ona do wniosku, iż dowody zawarte w aktach sprawy nie pozwalają na poparcie twierdzeń podmiotów trzecich co do zaniku potencjalnej konkurencji ze strony tej spółki (zob. motywy 881–885 zaskarżonej decyzji).

209 W motywach 886–896 zaskarżonej decyzji Komisja przeanalizowała presję konkurencyjną wywieraną na siebie nawzajem przez strony i doszła do wniosku, że nie są one ani rzeczywistymi bezpośrednimi konkurentami (zob. motywy 887–891), ani rzeczywistymi pośrednimi konkurentami (zob. motywy 892–896).

210 Jeśli chodzi o bezpośrednią konkurencję, Komisja wskazała, że strony koncentracji świadczyły detaliczne usługi transmisji sygnału telewizyjnego na rzecz klientów SDU prawie wyłącznie wewnątrz swoich odpowiednich zasięgów kablowych, które nie pokrywały się. Chociaż w zasięgu kablowym spółki Unitymedia Komisja stwierdziła ograniczone pokrywanie się wynikające z produktów IPTV i OTT spółki Vodafone, to jednak uznała, że koncentracja nie spowoduje zniknięcia znaczącej bezpośredniej konkurencji między stronami koncentracji. Komisja doszła do tego stwierdzenia, uwzględniając, po pierwsze, ograniczony udział spółki Vodafone w rynku w tym obszarze, po drugie, okoliczność, że strony te nie były bliskimi konkurentami, ponieważ korzystały

z różnych technologii transmisji, i po trzecie, okoliczność, że w produktach IPTV i OTT spółki Vodafone nie było nic wyjątkowego, w związku z czym można było z łatwością zastąpić je innymi produktami.

211 Jeśli chodzi o konkurencję pośrednią, Komisja wyjaśniła, że dokumenty wewnętrzne, które zidentyfikowała w odniesieniu do rynku stałego dostępu do Internetu i które sugerowały, iż strony porównywały się do siebie, dotyczyły również w pewnym stopniu rynku SDU. W następstwie wyjaśnień przedstawionych przez strony Komisja uznała jednak, że dokumenty te nie świadczą o przeprowadzeniu analizy porównawczej (benchmarkingu) wykraczającej poza zwykłe porównania handlowe mające na celu monitorowanie i ewentualne naśladowanie najlepszych praktyk w sektorze. Następnie Komisja podkreśliła, że analiza cen detalicznych nie wskazywała na to, że spółki Vodafone i Unitymedia wywierały na siebie pośrednio presję poprzez mechanizm sekwencyjnego ustalania cen przenoszący zmiany cen jednego przedsiębiorstwa w obręb zasięgu kablowego drugiego przedsiębiorstwa w wyniku dostosowania swoich cen przez konkurentów działających na szczeblu krajowym.

212 Wreszcie w motywach 897–903 zaskarżonej decyzji Komisja zbadała presję konkurencyjną wywieraną przez pozostałych konkurentów na rynku SDU, a w szczególności przez skarżącą, przez spółkę Tele Columbus, przez operatorów miejskich (city carriers), takich jak spółka NetCologne, oraz przez operatorów usług satelitarnych, i uznała, że po dokonaniu koncentracji ci liczni konkurenci pozostaną aktywni na tym rynku. Komisja stwierdziła również, że dowody zawarte w aktach sprawy świadczą o tym, iż konkurenci obecni na tym rynku mierzyli się z rosnącą presją konkurencyjną ze strony nowych operatorów, a także licznych dostawców usług telewizyjnych OTT, i uznała, że koncentracja nie osłabi konkurencji prowadzonej przez konkurentów.

213 W związku z tym Komisja stwierdziła, że owa koncentracja nie powoduje żadnej ZPSK na rynku SDU wynikającej z nieskoordynowanych skutków horyzontalnych (zob. motyw 907 zaskarżonej decyzji).

214 W niniejszym przypadku argumentację skarżącej przedstawioną na poparcie niniejszego zarzutu, dotyczącą tego przeprowadzonego przez Komisję w zaskarżonej decyzji badania nieskoordynowanych skutków horyzontalnych koncentracji na rynku SDU, można podzielić na trzy części, z których pierwsza dotyczy naruszenia prawa i oczywistego błędu w ocenie ze względu na to, że Komisja nie uznała, iż koncentracja powoduje stworzenie pozycji dominującej powodującej ZPSK, druga – oczywistego błędu w ocenie polegającego na tym, że Komisja nie stwierdziła w zaskarżonej decyzji, iż koncentracja eliminuje rzeczywistą i potencjalną konkurencję między uczestnikami koncentracji, zaś trzecia – oczywistego błędu w ocenie ze względu na to, że Komisja nie uznała, iż koncentracja osłabia pozostałych konkurentów.

2. W przedmiocie części pierwszej zarzutu, opartej na naruszeniu prawa i oczywistym błędzie w ocenie ze względu na to, że Komisja nie uznała, iż koncentracja prowadzi do stworzenie pozycji dominującej powodującej ZPSK

215 Skarżąca utrzymuje, że jeśli rynek właściwy jest rozumiany jako obejmujący wyłącznie telewizję kablową i IPTV, to koncentracja prowadzi do bardzo wysokich łącznych udziałów w rynku zarówno na poziomie krajowym, jak i w zasięgu kablowym spółki Unitymedia, co wskazuje na istnienie pozycji dominującej. Przy uwzględnieniu bardzo solidnej pozycji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji samo wyeliminowanie niewielkiego pokrywania się mogło prowadzić do ZPSK.

216 Komisja kwestionuje argumenty skarżącej.

217 W tym względzie należy przypomnieć, że koncentracja tworząca lub umacniająca pozycję dominującą nie prowadzi automatycznie do ZPSK, jak wynika z art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004.

218 W niniejszym zaś przypadku, po pierwsze, skarżąca nie wykazała, w jaki sposób koncentracja – w przypadku gdyby doprowadziła do stworzenia pozycji dominującej na rynku SDU o zasięgu krajowym lub do umocnienia pozycji dominującej na rynku SDU ograniczonej do zasięgu kablowego spółki Unitymedia – spowodowałaby ZPSK.

219 Po drugie, skarżąca odnosi się wyłącznie do „bardzo wysokich łącznych udziałów w rynku" i wywodzi z tego, że „te łączne udziały w rynku wskazują jako takie na istnienie pozycji dominującej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji" na rynku SDU. Tymczasem wbrew takiemu twierdzeniu te udziały w rynku nie wystarczą, aby wykazać, że podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie miał po jej dokonaniu pozycję dominującą.

220 W tym względzie z jednej strony należy zaznaczyć, że z tabeli nr 20 przedstawionej w motywie 850 zaskarżonej decyzji, którego treść nie jest kwestionowana przez skarżącą, wynika, iż na rynku SDU o wymiarze krajowym obejmującym telewizję kablową, IPTV, telewizję satelitarną i telewizję naziemną (DVB-T) każda ze stron koncentracji posiadała udział w rynku w wysokości [10–20] % przed koncentracją i że posiadałyby one łączny udział w rynku wynoszący [20–30] % po dokonaniu koncentracji, oraz że na rynku SDU o wymiarze krajowym ograniczonym do telewizji kablowej i IPTV każda ze stron posiadała udział w rynku w wysokości [20–30] % przed koncentracją, a ich łączny udział w rynku będzie wynosił [40–50] % po dokonaniu koncentracji. Takie udziały w rynku nie mogą zaś same w sobie skutkować tym, że koncentracja stwarza lub umacnia pozycję dominującą.

221 Z drugiej strony należy również zaznaczyć, że Komisja stwierdziła, iż podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie musiał stawić czoła silnej konkurencji, w szczególności ze strony skarżącej i spółki Tele Columbus, ponieważ oba te podmioty posiadają znaczne udziały w rynku SDU, niezależnie od tego, czy ma on zasięg krajowy, czy też ogranicza się do zasięgu kablowego spółki Unitymedia, czego skarżąca nie kwestionuje, co powoduje, że podmiot ten nie będzie miał możliwości zachowywania się na tym rynku z niezależnością, która charakteryzuje pozycję dominującą, pod groźbą odejścia jego klientów SDU do tych dwóch konkurentów, do operatorów miejskich, a nawet do dostawców usług satelitarnych.

222 W konsekwencji, jako że Komisja nie popełniła żadnego błędu w odniesieniu do braku stworzenia pozycji dominującej na rynku SDU w następstwie koncentracji, założenie, na którym opiera się skarżąca w celu wykazania istnienia ZPSK (zob. pkt 215 powyżej), jest błędne.

223 Z powyższego wynika, że część pierwsza zarzutu drugiego jest wystarczająco zrozumiała, a zatem jest dopuszczalna, wbrew temu, co twierdzi Komisja, lecz że skarżąca nie wykazała, iż Komisja naruszyła prawo lub popełniła oczywisty błąd w ocenie, nie stwierdzając, że koncentracja doprowadzi do stworzenia pozycji dominującej powodującej ZPSK na rynku SDU, w związku z czym ta część zarzutu jest bezzasadna.

3. W przedmiocie części drugiej zarzutu, opartej na oczywistym błędzie w ocenie, polegającym na tym, że Komisja nie doszła do wniosku, iż koncentracja wyeliminuje rzeczywistą i potencjalną konkurencję pomiędzy stronami koncentracji

224 Skarżąca podnosi, że z powodów przedstawionych w odniesieniu do rynku MDU opinia Komisji, zgodnie z którą koncentracja nie doprowadzi do zmniejszenia rzeczywistej (bezpośredniej lub pośredniej) lub potencjalnej konkurencji pomiędzy stronami koncentracji na rynku SDU, narusza prawo i zawiera oczywiste błędy w ocenie.

225 W szczególności w pierwszej kolejności skarżąca kwestionuje twierdzenie Komisji, zgodnie z którym analizy porównawcze pomiędzy stronami koncentracji nie dowodzą istnienia stosunku konkurencji pośredniej i nie wykraczają poza „zwykłe handlowe analizy porównawcze mające na celu monitorowanie i ewentualne naśladowanie najlepszych praktyk w sektorze". Zdaniem skarżącej Komisja nie oceniła, z jakiego powodu istnienie „zwykłych analiz porównawczych" nie wystarczyłoby, aby stanowić istotną rzeczywistą konkurencję między stronami koncentracji przed jej dokonaniem, w szczególności jeśli uznaje się, że na rynku SDU istniała bezpośrednia (choćby ograniczona) konkurencja.

226 W drugiej kolejności skarżąca podnosi, że Komisja nie wyjaśnia, dlaczego pośrednia presja konkurencyjna między stronami koncentracji wynikająca z przenoszenia zmian cen za pośrednictwem krajowych uczestników rynku, takich jak spółka Tele Columbus lub skarżąca, wymagałaby „mechanizmu sekwencyjnego ustalania cen", ani dlaczego mechanizm ten wymagałby, aby „zmiany elementów cenowych" były „systematycznie stosowane przez spółki Vodafone lub Unitymedia w wystarczająco zbliżonym czasie i w tej samej kolejności". Sama okoliczność, że spółka Tele Columbus i skarżąca stosują jednolitą politykę krajową w dziedzinie cen oraz że konkurują z obiema stronami koncentracji w ich zasięgach kablowych, jest zdaniem skarżącej wystarczająca do stworzenia pośredniej konkurencji między stronami koncentracji.

227 W trzeciej kolejności skarżąca kwestionuje twierdzenie Komisji zawarte w motywie 890 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym spółki Vodafone i Unitymedia nie są bliskimi konkurentami, jako że korzystają z różnych technologii. Twierdzenie to jest bowiem jej zdaniem sprzeczne z dokonaną przez Komisję oceną pozycji spółki Vodafone na rynku stacjonarnego dostępu do Internetu, w wyniku której to oceny stwierdziła ona ZPSK w szczególności ze względu na wyeliminowanie silnej presji konkurencyjnej między stronami, pomimo wykorzystywania tych samych różnych technologii, a mianowicie telewizji kablowej w przypadku spółki Unitymedia i technologii DSL w przypadku spółki Vodafone. Skarżąca dodaje, że spółka Vodafone posiada 800 000 klientów szerokopasmowego DSL w zasięgu kablowym spółki Unitymedia i że wszyscy ci abonenci DSL mogliby korzystać z oferty IPTV spółki Vodafone w perspektywie krótkoterminowej i bez znacznych inwestycji. Skarżąca wywodzi z tego, że spółka Vodafone miała co najmniej możliwość szybkiego i znacznego zwiększenia swojej bazy klientów IPTV w zasięgu kablowym spółki Unitymedia.

228 Komisja, popierana przez spółkę Vodafone, kwestionuje argumenty skarżącej.

229 W tym względzie należy przypomnieć, że argumenty skarżącej oparte na naruszeniach prawa i oczywistych błędach w ocenie podniesione w ramach jej zarzutu pierwszego, odnoszącego się do rynku MDU, zostały oddalone (zob. pkt 72–90 powyżej w odniesieniu do konkurencji bezpośredniej, pkt 91–116 powyżej w odniesieniu do konkurencji pośredniej i pkt 117–156 powyżej w odniesieniu do konkurencji potencjalnej). Skarżąca nie może zatem skutecznie oprzeć się na odwołaniu się do tych argumentów na poparcie drugiej części zarzutu drugiego.

230 Jeśli chodzi o konkretne argumenty, które skarżąca podnosi w ramach części drugiej rozpatrywanego zarzutu, należy dokonać następujących ocen.

231 Co się tyczy w pierwszej kolejności okoliczności, że strony koncentracji monitorowały swoją działalność i porównywały swoje oferty produktowe, należy zauważyć, iż Komisja wyjaśniła, że te przypadki analiz porównawczych nie wykraczały poza „zwykłe handlowe analizy porównawcze mające na celu monitorowanie i ewentualne naśladowanie najlepszych praktyk w sektorze" oraz że ta forma porównania, polegająca na analizie wyników rynku lub najlepszych praktyk w sektorze, również w innych państwach członkowskich lub państwach trzecich, sama w sobie nie może powodować najmniejszej presji konkurencyjnej między dwoma przedsiębiorstwami, której zniknięcie z powodu dokonania koncentracji mogłoby powodować ZPSK. Jak słusznie wskazuje Komisja, jeśli europejski operator sieci kablowej monitoruje, a nawet naśladuje najlepsze praktyki operatora sieci kablowej ze Stanów Zjednoczonych odnotowującego znaczny sukces, to nie oznacza to jednak, że ci dwaj operatorzy znajdują się w sytuacji rzeczywistej, choć pośredniej konkurencji.

232 Komisja wskazała ponadto, w odpowiedzi na pytanie zadane przez Sąd, że w niniejszym przypadku nie ma dowodów na to, iż te analizy porównawcze zostały opracowane w celu ukierunkowania decyzji handlowych strony, która je przeprowadziła w reakcji na zachowanie handlowe drugiej strony, lub że rzeczywiście doprowadziły one do jakiejkolwiek reakcji jednej ze stron w ramach jej strategii handlowej. Ponadto z motywu 894 zaskarżonej decyzji, którego treść nie jest kwestionowana przez skarżącą, wynika, że omawiane dokumenty pochodziły od zespołów zajmujących się relacjami publicznymi (public affairs), komunikacją i relacjami z inwestorami, bez wpływu na strategię handlową stron.

233 Pierwszy zarzut szczegółowy skarżącej przedstawiony na poparcie części drugiej rozpatrywanego zarzutu należy zatem oddalić.

234 Co się tyczy w drugiej kolejności argumentów skarżącej dotyczących mechanizmu sekwencyjnego ustalania cen, nie można zarzucać Komisji, że zbadała ona, czy w niniejszym przypadku strony koncentracji ustalały swoje ceny w taki sposób, że mogłoby to świadczyć o istnieniu związku pośredniej konkurencji między nimi.

235 Jak bowiem wynika z analizy części pierwszej rozpatrywanego zarzutu, Komisja nie dysponowała dowodami wystarczającymi, aby wykazać, że strony koncentracji monitorowały i porównywały swoje odpowiednie oferty w takim stopniu, że porównanie to miało wpływ na ich strategię handlową. W tych okolicznościach badanie mechanizmu przenoszenia w postaci sekwencyjnego ustalania cen pozwalało sprawdzić, czy istniał mimo wszystko związek między praktykami cenowymi stron, a tym samym – czy istniała pośrednia presja konkurencyjna między nimi.

236 W tym względzie twierdzenie skarżącej, zgodnie z którym pośrednia presja konkurencyjna pomiędzy stronami koncentracji wynikała już z faktu, że spółka Tele Columbus i skarżąca stosowały jednolitą krajową politykę cenową i konkurowały z obiema stronami koncentracji w ich zasięgach kablowych, nie jest niczym poparte. Ponadto gdyby tak było, zmiana cen przez jedną ze stron koncentracji spowodowałaby, poprzez reakcję na tę zmianę spółki Tele Columbus lub skarżącej, zmianę cen drugiej strony. Właśnie tego poszukiwała zaś – i nie znalazła – Komisja w ramach badania istnienia mechanizmu sekwencyjnego ustalania cen, jak wynika z motywu 896 zaskarżonej decyzji.

237 Drugi zarzut szczegółowy skarżącej przedstawiony na poparcie części drugiej rozpatrywanego zarzutu należy zatem oddalić.

238 Co się tyczy w trzeciej kolejności kwestionowanego przez skarżącą twierdzenia Komisji zawartego w motywie 890 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym spółki Vodafone i Unitymedia nie były bliskimi konkurentami ze względu na to, że korzystały z różnych technologii, należy przede wszystkim odrzucić istnienie podnoszonej sprzeczności między tym twierdzeniem a dokonaną przez Komisję oceną pozycji spółki Vodafone na rynku stacjonarnego dostępu do Internetu.

239 Analiza porównawcza uzasadnienia zaskarżonej decyzji dotyczącego rynku stałego dostępu do Internetu z uzasadnieniem tej decyzji odnoszącym się do rynku SDU pokazuje bowiem, że na tych rynkach sytuacja spółki Vodafone była odmienna.

240 Na rynku stacjonarnego dostępu do Internetu, jak wynika z motywu 413 zaskarżonej decyzji, spółka Vodafone posiadała istotny udział [5–10] % w zasięgu kablowym spółki Unitymedia. Ponadto z motywu 417 wspomnianej decyzji wynika, że Komisja stwierdziła, iż baza klientów spółki Vodafone w tym obszarze gwałtownie rośnie. Wreszcie, co się tyczy oferty stałego dostępu do Internetu za pomocą technologii DSL w zasięgu kablowym spółki Unitymedia, Komisja wskazała w motywie 454 zaskarżonej decyzji, że spółka Vodafone była w stanie działać w sposób bardziej konkurencyjny niż inni dostawcy dostępu działający w oparciu o dostęp hurtowy ze względu na swoją szczególną sytuację, a dokładniej na posiadanie szczególnych aktywów. Jak z tego wynika, Komisja posiadała szereg dowodów, które wykazywały znaczenie pozycji spółki Vodafone na rynku stacjonarnego dostępu do Internetu w zasięgu kablowym spółki Unitymedia.

241 Dla porównania na rynku SDU, z tabeli nr 21, przedstawionej w motywie 853 zaskarżonej decyzji, wynika, że pokrywanie się działalności spółki Vodafone i działalności spółki Unitymedia w zasięgu kablowym tej ostatniej było nieistotne, ponieważ udział spółki Vodafone w rynku był prawie zerowy (niezależnie od tego, czy rynek ten był ograniczony do telewizji kablowej i IPTV, czy obejmował także telewizję satelitarną i telewizję naziemną), jak wyjaśniła Komisja w toku postępowania przed Sądem. Ponadto z pierwszego zdania motywu 873 zaskarżonej decyzji, ujawnionego przez Komisję zgodnie z postanowieniem z dnia 30 marca 2023 r., wynika, że Komisja zauważyła, iż liczba abonentów IPTV spółki Vodafone w zasięgu kablowym spółki Unitymedia zmalała w ciągu dwóch lat poprzedzających koncentrację.

242 Jak z tego wynika, pozycja spółki Vodafone na tych dwóch rynkach była odmienna, w związku z czym Komisja mogła, nie zaprzeczając sobie, dokonać w odniesieniu do rynku SDU oceny odmiennej od tej odnoszącej się do rynku stałego dostępu do Internetu i dojść do wniosku, że na tym ostatnim rynku istnieje ZPSK, w szczególności ze względu na wyeliminowanie silnej presji konkurencyjnej między stronami, pomimo stosowania tych samych różnych technologii.

243 Wreszcie, jeśli chodzi o twierdzenie skarżącej, zgodnie z którym spółka Vodafone mogła przekształcić swoich klientów szerokopasmowego DSL w zasięgu kablowym spółki Unitymedia w klientów IPTV, z pierwszego zdania motywu 874 zaskarżonej decyzji, ujawnionego przez Komisję zgodnie z postanowieniem z dnia 30 marca 2023 r., wynika, że w marcu 2019 r. spółka Vodafone zaprzestała sprzedaży swojego produktu IPTV opartego na technologii DSL nowym klientom, czego skarżąca nie kwestionuje. Komisja nie popełniła zatem oczywistego błędu w ocenie, nie uwzględniając w badaniu istnienia potencjalnej konkurencji ze strony spółki Vodafone w zasięgu kablowym spółki Unitymedia na rynku SDU wskazanej przez skarżącą możliwości, że spółka Vodafone przekształci tych klientów DSL w klientów SDU.

244 Trzeci zarzut szczegółowy skarżącej przedstawiony na poparcie części drugiej rozpatrywanego zarzutu należy zatem oddalić.

245 Jak wynika z powyższego, skarżąca nie wykazała, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie ze względu na niestwierdzenie, iż koncentracja wyeliminuje rzeczywistą i potencjalną konkurencję pomiędzy stronami koncentracji na rynku SDU, w związku z czym część drugą zarzutu drugiego należy oddalić.

4. W przedmiocie części trzeciej zarzutu, dotyczącej oczywistego błędu w ocenie ze względu na nieuznanie przez Komisję, że koncentracja osłabi pozostałych konkurentów

246 Powołując się na zarzuty pierwszy, trzeci i czwarty, skarżąca podnosi, że Komisja nie wzięła pod uwagę okoliczności, iż ogromna siła rynkowa podmiotu powstałego w wyniku koncentracji względem nadawców telewizyjnych na hurtowych rynkach telewizyjnych dodatkowo osłabi presję konkurencyjną wywieraną przez pozostałych konkurentów, co powinno było jej zdaniem wystarczyć do stwierdzenia ZPSK na rynku SDU.

247 Zdaniem skarżącej pogorszenie warunków konkurencji dotknęłoby jeszcze większej liczby uczestników rynku niż na rynku MDU, ponieważ istniała większa liczba konkurentów działających na rynku SDU, z których wszyscy mieli do czynienia z nowym podmiotem zdolnym i chętnym do zawierania umów na wyłączność (całkowitą lub częściową) z kanałami telewizyjnymi dostarczającymi treści i do pogarszania dostępu konkurentów do hurtowych rynków telewizyjnych wyższego szczebla.

248 Komisja kwestionuje argumenty skarżącej.

249 W tym względzie w celu wykazania osłabienia presji konkurencyjnej wywieranej przez pozostałych konkurentów na rynku SDU skarżąca podnosi ten sam argument, który podniosła w tym celu w ramach zarzutu pierwszego dotyczącego rynku MDU, do którego zresztą odwołuje się ona na poparcie części trzeciej rozpatrywanego zarzutu. Argument ten został zaś oddalony z powodów przedstawionych w pkt 174–184 powyżej, w szczególności ze względu na okoliczność, że mniejsi konkurenci już przed koncentracją nie byli w stanie, zgodnie z twierdzeniem skarżącej, wywierać presji konkurencyjnej na strony koncentracji, wobec czego ta część trzecia zarzutu nie może zostać uwzględniona.

250 W każdym razie należy stwierdzić, że skarżąca nie podważa sformułowanego w motywach 897–901 zaskarżonej decyzji stwierdzenia Komisji, zgodnie z którym liczni konkurenci, tacy jak skarżąca, Tele Columbus i szereg operatorów miejskich (city carriers), a nawet operatorzy usług satelitarnych, nadal prowadzą działalność na rynku SDU po dokonaniu koncentracji, i nie kwestionuje również istnienia na tym rynku rosnącej presji konkurencyjnej ze strony nowych operatorów oraz licznych dostawców usług telewizyjnych OTT (zob. motyw 903), co umożliwiło Komisji dojście do wniosku, że koncentracja nie osłabi presji konkurencyjnej wywieranej przez pozostałych konkurentów na rynku SDU.

251 Wobec tego skarżąca nie wykazała, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, uznając, że koncentracja nie spowoduje osłabienia presji konkurencyjnej wywieranej przez konkurentów stron koncentracji na rynku SDU, w związku z czym część trzecią zarzutu drugiego należy oddalić.

252 W świetle wszystkich powyższych rozważań zarzut drugi należy oddalić.

D. W przedmiocie zarzutu trzeciego, dotyczącego oczywistego błędu w ocenie wertykalnych skutków koncentracji w odniesieniu do usług pośrednich transmisji sygnału telewizyjnego

253 Na poparcie zarzutu trzeciego skarżąca podnosi, że przeprowadzona przez Komisję w zaskarżonej decyzji analiza dotycząca skutków wertykalnych koncentracji w odniesieniu do usług pośrednich transmisji sygnału telewizyjnego jest obarczona oczywistymi błędami w ocenie.

1. Rozważania wstępne

254 Jak wskazano w pkt 35 powyżej, na rynku pośrednim operatorzy sieci poziomu trzeciego, tacy jak spółki Vodafone i Unitymedia, udostępniają za pośrednictwem dostępu hurtowego operatorom sieci poziomu czwartego, takim jak spółka Tele Columbus, sygnał telewizyjny w celu umożliwienia tym ostatnim świadczenia detalicznych usług transmisji sygnału telewizyjnego, w szczególności na rzecz klientów MDU.

255 W zaskarżonej decyzji Komisja, w odpowiedzi na skargi otrzymane w tym względzie, przeanalizowała wertykalne skutki koncentracji i zbadała w szczególności prawdopodobieństwo wykluczenia tych operatorów przez podmiot powstały w wyniku koncentracji, co przybrałoby formę pogorszenia ich warunków na pośrednim rynku wyższego szczebla w zasięgu kablowym spółki Unitymedia (zob. motywy 1476–1506).

256 Na wstępie Komisja przede wszystkim zauważyła w motywie 1476 zaskarżonej decyzji, że koncentracja nie stworzy żadnego nowego powiązania wertykalnego między rynkiem pośrednim wyższego szczebla a rynkiem MDU niższego szczebla, zważywszy, że zarówno spółka Vodafone, jak i spółka Unitymedia prowadziły już działalność na tych dwóch rynkach w swoich odpowiednich zasięgach kablowych. W związku z tym Komisja uznała, że koncentracja nie spowoduje żadnej specyficznej zmiany w strukturze właściwych rynków, zarówno wyższego, jak i niższego szczebla. Komisja wyjaśniła również, że biorąc pod uwagę, iż spółka Tele Columbus jest jedynym ważnym konkurentem zaopatrującym się na rynku pośrednim u stron koncentracji, w swojej analizie skupiła się ona na prawdopodobnych skutkach, jakie w odniesieniu do presji konkurencyjnej wywieranej przez tego operatora miałoby pogorszenie się jego warunków handlowych (zob. motywy 1478–1480).

257 Następnie, co się tyczy, po pierwsze, zdolności podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do wykluczenia spółki Tele Columbus, Komisja sprawdziła, czy podmiot ten miałby zdolność techniczną do zaprzestania zapewniania spółce Tele Columbus hurtowego dostępu lub do pogorszenia, w odniesieniu do tej spółki, warunków dotyczących tego dostępu na rynku pośrednim (zob. motywy 1483–1491 zaskarżonej decyzji).

258 W tym kontekście Komisja wskazała, że między spółkami Unitymedia i Tele Columbus istnieje umowa ramowa stanowiąca, że ten drugi operator jest na mocy umowy chroniony w średnim okresie w odniesieniu do części swoich klientów obsługiwanych dzięki sygnałowi pośredniemu dostarczanemu przez spółkę Unitymedia. Komisja wywiodła z tego, że podmiot powstały w wyniku koncentracji miałby zdolność pogorszenia warunków handlowych mających zastosowanie do usług pośrednich transmisji sygnału telewizyjnego świadczonych przez spółkę Tele Columbus jedynie w odniesieniu do części jej klientów MDU w zasięgu kablowym spółki Unitymedia.

259 Komisja dodała następnie, że aby podmiot powstały w wyniku koncentracji mógł mieć techniczną zdolność do wykluczenia spółki Tele Columbus z rynku MDU, musi on korzystać ze znaczącej pozycji rynkowej na pośrednim rynku wyższego szczebla. Biorąc pod uwagę niewielką liczbę wiarygodnych alternatyw dostępnych na tym rynku, Komisja uznała, że po dokonaniu koncentracji taka sytuacja będzie miała miejsce, ale dodała, że działo się tak już przed jej dokonaniem, ponieważ w swoim zasięgu kablowym spółka Unitymedia posiadała już taką siłę w stosunku do spółki Tele Columbus. Na tej podstawie Komisja wywiodła, że koncentracja w żaden sposób tego nie zmieni, w związku z czym jej dokonanie nie będzie miało żadnego wpływu na zdolność podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do wykluczenia operatorów sieci poziomu czwartego w zasięgu kablowym każdej ze stron koncentracji.

260 Po drugie, co się tyczy interesu, jaki podmiot powstały w wyniku koncentracji miałby w wykluczeniu spółki Tele Columbus, Komisja sprawdziła, czy po dokonaniu koncentracji ów podmiot może mieć motywację, aby swoje warunki dostępu do swojej sieci poziomu trzeciego, uznawane przez spółkę Tele Columbus za mniej korzystne niż warunki stosowane przez spółkę Unitymedia, stosować również w zasięgu kablowym tej ostatniej (zob. motywy 1492–1496 zaskarżonej decyzji).

261 W tym kontekście Komisja uznała, że nawet gdyby warunki dostępu spółki Vodafone należało uznać za mniej korzystne i nawet gdyby podmiot powstały w wyniku koncentracji miał motywację, aby po dokonaniu koncentracji stosować je w zasięgu kablowym spółki Unitymedia, taka zmiana w strategii handlowej tego podmiotu nie wynikałaby w żaden sposób ze zmiany struktury rynku spowodowanej przez koncentrację. Innymi słowy, ewentualne pogorszenie warunków dostępu do jego sieci poziomu trzeciego oferowanych przez podmiot powstały w wyniku koncentracji operatorom sieci poziomu czwartego wynikałoby według opinii Komisji wyrażonej w zaskarżonej decyzji jedynie ze zwykłej zmiany podejścia handlowego tego podmiotu, która mogła nastąpić niezależnie od koncentracji i która w związku z tym nie byłaby specyficzna dla koncentracji.

262 Komisja doszła na tej podstawie do wniosku, że podmiot powstały w wyniku koncentracji nie będzie miał żadnego interesu w wykluczeniu spółki Tele Columbus z rynku MDU, który to interes byłby specyficzny dla koncentracji.

263 Po trzecie, Komisja zbadała skutki, jakie miałby w odniesieniu do konkurencji scenariusz, w którym po dokonaniu koncentracji spółka Vodafone miałaby zdolność do rozszerzenia rzekomo mniej korzystnych warunków na rynku pośrednim w zasięgu kablowym spółki Unitymedia i miałaby w tym interes, i doszła do wniosku, z następujących powodów, że takie skutki byłyby ograniczone (zob. motywy 1497–1505 zaskarżonej decyzji).

264 Przede wszystkim doszła ona do tego wniosku, ponieważ stwierdziła, że osłabienie spółki Tele Columbus w zasięgu kablowym spółki Unitymedia nie wpłynie na główną działalność tego operatora, mianowicie na oferowanie detalicznych usług transmisji sygnału telewizyjnego na rynku MDU za pośrednictwem jego własnej sieci poziomu trzeciego, znajdującej się w dużej mierze w zasięgu kablowym spółki Vodafone (zob. motyw 1501 zaskarżonej decyzji).

265 Następnie Komisja uznała również, że spółka Tele Columbus nie wywierała znaczącej presji konkurencyjnej na rynku MDU w zasięgu kablowym spółki Unitymedia. Komisja stwierdziła bowiem, że spółka Tele Columbus nie mogła uczestniczyć w przetargach organizowanych przez klientów MDU wymagających aktualizacji sieci poziomu trzeciego, że udział spółki Tele Columbus w rynku wynosił jedynie [0–5] % oraz że spółka Tele Columbus nie brała udziału

w znacznej liczbie przetargów w zasięgu kablowym spółki Unitymedia. Na tej podstawie Komisja wywnioskowała, że utrudnianie dostępu spółce Tele Columbus mogło oddziaływać na bardzo niewiele istniejących lub nowych możliwości. W każdym razie, nawet gdyby dostęp spółki Tele Columbus do czynników produkcji został zablokowany w zasięgu kablowym spółki Unitymedia, Komisja wskazała, że takie utrudnianie dotyczyłoby jedynie jej działalności jako sprzedawcy produktu tej ostatniej spółki, która to działalność nie wywierała znacznej presji konkurencyjnej (zob. motywy 1502, 1503 zaskarżonej decyzji).

266 Wreszcie Komisja wyjaśniła, że spółka Tele Columbus rozbudowała swoją sieć poziomu trzeciego jedynie w bardzo ograniczonym zakresie w latach poprzedzających wydanie zaskarżonej decyzji i że nie ma dowodów na to, iż operator ten, gdyby koncentracja nie miała miejsca, wykorzystałby sygnał spółki Unitymedia do budowy własnej infrastruktury (zob. motyw 1504 zaskarżonej decyzji).

267 W każdym razie Komisja przyjęła do wiadomości okoliczność, że spółka Vodafone złożyła spółce Tele Columbus dwie nieodwołalne oferty gwarantujące jej, że jej warunki handlowe mające zastosowanie do usług pośrednich transmisji sygnału telewizyjnego pozostaną w wyniku koncentracji niezmienione w zasięgu kablowym spółki Unitymedia (zob. motyw 1505 zaskarżonej decyzji).

268 Na tej podstawie Komisja doszła do wniosku, że koncentracja nie zakłóci znacząco skutecznej konkurencji na rynku MDU ze względu na nieskoordynowane skutki wertykalne (zob. motyw 1506 zaskarżonej decyzji).

269 W niniejszym przypadku argumentację skarżącej przedstawioną na poparcie rozpatrywanego zarzutu można podzielić na dwie części. W ramach części pierwszej zarzutu skarżąca podnosi, że Komisja niesłusznie zaprzecza, iż prawdopodobne przeniesienie przez spółkę Vodafone mniej korzystnych warunków handlowych mających zastosowanie do usług pośrednich transmisji sygnału telewizyjnego w odniesieniu do operatorów sieci poziomu czwartego, w zasięgu kablowym spółki Unitymedia, po dokonaniu koncentracji, byłoby specyficzne dla koncentracji. Na poparcie tej części pierwszej zarzutu skarżąca podważa rozumowanie przyjęte przez Komisję w motywach 1494–1496 zaskarżonej decyzji. W ramach części drugiej zarzutu skarżąca kwestionuje wniosek, do którego doszła Komisja co do skutków, jakie dla konkurencji na rynku MDU niższego szczebla miałoby pogorszenie się, w odniesieniu do spółki Tele Columbus, warunków na rynku pośrednim w zasięgu kablowym spółki Unitymedia.

270 W tym względzie Sąd uważa za właściwe zacząć od zbadania części drugiej zarzutu.

2. W przedmiocie części drugiej zarzutu, dotyczącej oczywistych błędów popełnionych przez Komisję przy ocenie potencjalnych skutków strategii wykluczającej na konkurencję na rynku niższego szczebla

271 W pierwszej kolejności skarżąca podnosi, że w ramach badania potencjalnych skutków pogorszenia się warunków mających zastosowanie na rynku pośrednim, w odniesieniu do konkurencji na rynku niższego szczebla, Komisja nie wzięła pod uwagę istniejących dowodów, mianowicie oświadczeń spółki Tele Columbus, zgodnie z którymi spółka ta jedynie tymczasowo oparła się na usługach pośrednich transmisji sygnału telewizyjnego świadczonych przez spółkę Unitymedia przed koncentracją, oczekując na rozbudowanie swojej własnej sieci poziomu trzeciego. Ponadto zdaniem skarżącej Komisja zaniżyła też znaczenie okoliczności, że inni

operatorzy sieci poziomu czwartego mogliby również tymczasowo korzystać z dostępu do sieci poziomu trzeciego stron koncentracji w celu dotarcia do klientów MDU, zanim rozbudowaliby swoją własną sieć poziomu trzeciego.

272 W drugiej kolejności skarżąca utrzymuje, że Komisja błędnie uznała, iż wykluczenie spółki Tele Columbus nie osłabiło presji konkurencyjnej wywieranej przez tę ostatnią na rynku MDU, ponieważ podobne wykluczenie oddziaływało jedynie na jej działalność polegającą na odsprzedaży produktu spółki Unitymedia. Zdaniem zaś skarżącej, zważywszy, że spółka Tele Columbus mogła swobodnie decydować o cenach i warunkach mających zastosowanie do odsprzedaży tego produktu, wywierała ona presję konkurencyjną na spółkę Unitymedia.

273 W trzeciej kolejności skarżąca podnosi, że Komisja nie powinna była, w ramach swojej analizy wertykalnych skutków koncentracji, uwzględnić nieodwołalnej oferty spółki Vodafone dotyczącej niepogarszania warunków umownych mających zastosowanie wobec spółki Tele Columbus w zasięgu kablowym spółki Unitymedia. Taka oferta w oczywisty sposób nie spełniała bowiem wymogów zawiadomienia Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzeń nr 139/2004 i nr 802/2004 (Dz.U. 2008, C 267, s. 1, zwanego dalej „zawiadomieniem w sprawie środków zaradczych") i z tego względu nie mogła stanowić wystarczającej podstawy do wykluczenia istnienia ZPSK na rynku MDU ze względu na nieskoordynowane skutki wertykalne.

274 Komisja, popierana przez spółkę Vodafone, kwestionuje argumenty skarżącej.

275 W tym względzie należy stwierdzić, że z pkt 31 wytycznych w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. 2008, C 265, s. 6; zwanych dalej „wytycznymi w sprawie koncentracji niehoryzontalnych") wynika, że utrudnianie dostępu do czynników produkcji zachodzi, gdy w wyniku danej koncentracji nowy podmiot prawdopodobnie ograniczy dostęp do produktów lub usług, które by dostarczał i świadczył, gdyby nie doszło do rzeczonej koncentracji, w szczególności gdy podmiot ten może zwiększyć koszty swoich konkurentów działających na rynku niższego szczebla poprzez utrudnienie im pozyskiwania czynników produkcji po podobnych cenach i na podobnych warunkach, które obowiązywałyby, gdyby nie doszło do tej koncentracji.

276 Zgodnie z pkt 32 wytycznych w sprawie koncentracji niehoryzontalnych Komisja, oceniając prawdopodobieństwo zaistnienia scenariusza antykonkurencyjnego obejmującego utrudnianie dostępu do czynników produkcji, rozważy, po pierwsze, czy podmiot powstały w wyniku koncentracji byłby w stanie znacząco zablokować dostęp do czynników produkcji, po drugie – czy miałby on do tego motywację, a po trzecie – czy strategia wykluczenia miałaby znaczący szkodliwy wpływ na konkurencję wśród przedsiębiorstw działających na rynku niższego szczebla.

277 Należy zauważyć, że te trzy przesłanki mają charakter kumulatywny, co oznacza, że brak jednej z nich jest wystarczający, aby wykluczyć prawdopodobieństwo antykonkurencyjnego utrudniania dostępu do czynników produkcji (wyroki: z dnia 23 maja 2019 r., KPN/Komisja, T-370/17, EU:T:2019:354, pkt 118, 119; z dnia 27 stycznia 2021 r., KPN/Komisja, T-691/18, niepublikowany, EU:T:2021:43, pkt 111, 112). Ponadto, co się tyczy w szczególności trzeciej z tych przesłanek, należy zaznaczyć, że aby została ona spełniona, należy wykazać znaczący negatywny wpływ na konkurencję na rynku niższego szczebla, co wynika z pkt 32 wytycznych w sprawie koncentracji niehoryzontalnych.

278 Należy stwierdzić, że pomimo braku wynikającego z koncentracji nowego wertykalnego związku między rynkiem pośrednim wyższego szczebla a rynkiem MDU niższego szczebla Komisja w motywach 1476–1506 zaskarżonej decyzji zbadała te trzy przesłanki, przy czym podejście to jako takie nie jest krytykowane przez skarżącą.

279 Na poparcie drugiej części rozpatrywanego zarzutu skarżąca przedstawia szereg elementów w celu wykazania, że Komisja w zaskarżonej decyzji stwierdziła w sposób oczywiście błędny, iż trzecia przesłanka nie została spełniona.

280 W tym względzie należy wskazać, że w tym kontekście skarżąca nie podważa szeregu istotnych elementów, na których oparła się Komisja w celu wykazania ograniczonego charakteru skutków, jakie będzie mieć dla konkurencji strategia wykluczenia wprowadzona przez podmiot powstały w wyniku koncentracji, polegająca na pogorszeniu w odniesieniu do spółki Tele Columbus (i innych operatorów sieci poziomu czwartego) warunków handlowych mających zastosowanie do pośrednich usług transmisji sygnału telewizyjnego w zakresie kablowym spółki Unitymedia.

281 I tak, skarżąca nie kwestionuje, że taka strategia nie wpłynie na główną działalność spółki Tele Columbus, ponieważ działalność ta prowadzona jest poza zasięgiem kablowym spółki Unitymedia. Ponadto skarżąca nie podważa szeregu elementów, które doprowadziły Komisję do wniosku, że ewentualna strategia wykluczenia nie miałaby w każdym razie znaczącego negatywnego wpływu na konkurencję na rynku niższego szczebla, a mianowicie okoliczności, że spółka Tele Columbus nie mogła uczestniczyć w przetargach wymagających aktualizacji sieci poziomu trzeciego, minimalnego, bo wynoszącego zaledwie [0–5] %, odnośnego udziału w rynku spółki Tele Columbus oraz jej ograniczonego udziału w przetargach w zasięgu kablowym spółki Unitymedia.

282 W tych okolicznościach należy zbadać pozostałe argumenty przedstawione przez skarżącą.

283 W pierwszej kolejności, jeśli chodzi o twierdzenie skarżącej, zgodnie z którym spółka Tele Columbus jedynie tymczasowo oparła się na usługach pośrednich transmisji sygnału telewizyjnego świadczonych przez spółkę Unitymedia, oczekując na rozbudowanie swojej własnej sieci poziomu trzeciego, należy zauważyć, że skarżąca podnosi w istocie, iż ocena Komisji opierała się na odpowiedzi spółki Vodafone na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, i utrzymuje, iż Komisja nie wyjaśnia, dlaczego odpowiedź ta miałaby być bardziej wiarygodna niż własne oświadczenia samej spółki Tele Columbus.

284 Tymczasem z motywu 798 i z ryciny 20 zaskarżonej decyzji, do których odwołuje się Komisja w motywie 1504 tej decyzji, wynika, że dokonane przez Komisję oceny są oparte jednocześnie na odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów i na własnych danych liczbowych przekazanych przez samą spółkę Tele Columbus. Dowody przedstawione w motywie 744 lit. a) i w motywach 797–799 zaskarżonej decyzji wskazują, że spółka Tele Columbus w rzeczywistości nie przedsięwzięła powielenia sieci kablowej innego operatora w latach poprzedzających wydanie zaskarżonej decyzji, czego zresztą skarżąca nie kwestionuje. W szczególności rycina 20 zaskarżonej decyzji, zawarta w motywie 798 tej decyzji, pokazuje, że liczba gospodarstw domowych podłączonych do sieci spółki Tele Columbus nie wzrosła znacząco w latach 2012–2018, chyba że z powodu nabycia wcześniej istniejących aktywów innych spółek. Skarżąca nie przedstawiła zaś żadnego dowodu podważającego wniosek, zgodnie z którym spółka Tele Columbus „tylko w niewielkim stopniu rozwinęła swoją infrastrukturę poziomu trzeciego w ostatnich latach”.

285 Skarżąca podnosi ponadto, że inwestycja w infrastrukturę poziomu trzeciego nie doprowadziłaby automatycznie do zwiększenia liczby rzeczywiście podłączonych gospodarstw domowych (wbrew temu, co jej zdaniem wynika z motywu 799 zaskarżonej decyzji). Ponadto zdaniem skarżącej stagnacja całkowitej liczby podłączonych gospodarstw domowych nie wystarcza do wykazania znaczenia spółki Tele Columbus z punktu widzenia konkurencji, ponieważ nabycie nowych klientów dzięki rozwojowi sieci mogło zostać zrównoważone tymczasową utratą innych klientów.

286 W tym względzie należy podkreślić, że brak zwiększenia liczby gospodarstw domowych rzeczywiście podłączonych przez spółkę Tele Columbus stanowi istotną wskazówkę co do braku znaczących inwestycji w rozbudowę jej sieci lub przynajmniej co do braku sukcesu lub rentowności ewentualnego rozwoju sieci. Ponadto w celu pomiaru skutku w odniesieniu do konkurencji wynikającego z rozszerzenia sieci skarżąca nie proponuje metod innych niż metoda dotycząca zwiększenia liczby podłączonych gospodarstw domowych.

287 Wreszcie skarżąca utrzymuje, że inni konkurenci, tacy jak ona, mogli skorzystać z dostępu (tymczasowego) do należącej do stron koncentracji infrastruktury poziomu trzeciego, aby móc konkurować na rynku MDU, zanim stopniowo rozbudują swoje własne sieci (światłowody) na poziomie trzecim.

288 Jednakże, jak wskazała w istocie Komisja w motywie 1479 zaskarżonej decyzji, niezależni operatorzy poziomu czwartego odgrywają jedynie bardzo ograniczoną rolę w stosunkach konkurencji. Ponadto, jak podnosi Komisja, i czemu skarżąca nie zaprzecza, skarżąca w dniu wydania zaskarżonej decyzji nie korzystała z dostępu do należącej do stron koncentracji infrastruktury poziomu trzeciego, aby móc konkurować na rynku MDU, zanim stopniowo rozbuduje swoją własną sieć światłowodową. Wreszcie skarżąca nie przedstawiła żadnego dowodu, że w niedalekiej przyszłości zamierzała ona uzyskać dostęp do należącej do stron koncentracji infrastruktury poziomu trzeciego, aby móc konkurować na rynku MDU, zanim stopniowo rozbuduje swoją własną sieć światłowodową.

289 Jeśli chodzi w drugiej kolejności o twierdzenie skarżącej, zgodnie z którym spółka Tele Columbus wywierała presję konkurencyjną na spółkę Unitymedia, mimo że ta pierwsza odsprzedawała jedynie produkt tej drugiej w jej zasięgu kablowym, należy stwierdzić, że temu zwykłemu twierdzeniu nie towarzyszą dowody pozwalające podważyć wyjaśnienia zawarte w motywach 1501 i 1503 zaskarżonej decyzji, przypomniane w pkt 264 i 265 powyżej.

290 Jak z tego wynika, argumenty przedstawione przez skarżącą nie wykazują, iż Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, uznając, że dowody, którymi dysponowała, świadczą o tym, iż osłabienie pozycji spółki Tele Columbus w zasięgu kablowym spółki Unitymedia miałoby ograniczone skutki w odniesieniu do konkurencji na rynku MDU.

291 Jeśli chodzi w trzeciej kolejności o nieodwołalne oferty złożone spółce Tele Columbus przez spółkę Vodafone i o twierdzenie skarżącej, zgodnie z którym Komisja nie mogła ich uwzględnić, z tych dwóch ofert wynika, że spółka Vodafone jasno zasygnalizowała swoją wolę niepogarszania warunków spółki Tele Columbus w zasięgu kablowym spółki Unitymedia, co Komisja miała prawo uwzględnić przy badaniu skutków. Żaden przepis rozporządzenia nr 139/2004 nie uniemożliwiał bowiem Komisji uwzględnienia tej okoliczności faktycznej w celu wzmocnienia wyciągniętego przez nią wniosku, zgodnie z którym koncentracja nie utrudni znacząco skutecznej konkurencji na rynku MDU, a także na potencjalnym rynku regionalnym odpowiadającym zasięgowi kablowemu spółki Unitymedia, ze względu na nieskoordynowane skutki wertykalne.

292 Jak wynika z zaskarżonej decyzji, Komisja jedynie miała na uwadze nieodwołalne oferty spółki Vodafone jako dodatkową okoliczność faktyczną na poparcie wyciągniętego przez siebie wniosku. Komisja nie uczyniła bowiem z tych ofert obowiązku w rozumieniu art. 8 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004.

293 Należy zatem uznać, że Komisja nie popełniła oczywistego błędu w ocenie, uznając, iż ewentualna strategia utrudniania dostępu nie będzie miała znaczącego negatywnego wpływu na konkurencję na rynku niższego szczebla.

294 Ponadto zdolność do znacznego utrudnienia dostępu do czynników produkcji, interes w uczynieniu tego i negatywne skutki w odniesieniu do konkurencji na rynku niższego szczebla strategii utrudniania dostępu do rynku stanowią trzy przesłanki kumulatywne, w związku z czym brak jednej z nich jest wystarczający, aby wykluczyć ryzyko antykonkurencyjnego utrudniania dostępu do czynników produkcji (zob. pkt 277 powyżej i przytoczone tam orzecznictwo).

295 W konsekwencji w zakresie, w jakim skarżąca nie wykazała, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie przy ocenianiu potencjalnych skutków strategii wykluczenia w odniesieniu do konkurencji na rynku niższego szczebla (czyli trzeciej z tych przesłanek), część drugą zarzutu trzeciego należy oddalić. Nie ma zatem potrzeby badania zasadności części pierwszej zarzutu, dotyczącej rzekomo błędnego charakteru rozumowania przeprowadzonego przez Komisję w motywach 1494–1496 zaskarżonej decyzji, w wyniku którego Komisja doszła do wniosku, że podmiot powstały w wyniku koncentracji nie będzie miał wcale interesu w wykluczeniu spółki Tele Columbus z rynku MDU, który to interes byłby specyficzny dla koncentracji (co stanowi drugą z tych przesłanek).

296 W świetle powyższego należy oddalić część drugą zarzutu trzeciego i zarzut trzeci w całości, bez konieczności badania zarzutu niedopuszczalności podniesionego przez Komisję.

E. W przedmiocie zarzutu czwartego, dotyczącego oczywistych błędów w ocenie popełnionych przez Komisję w odniesieniu do skutków koncentracji na hurtowym rynku nabywania kanałów telewizyjnych i na rynku zakupu sygnału telewizyjnego

297 Na poparcie zarzutu czwartego skarżąca podnosi, że przeprowadzona przez Komisję w zaskarżonej decyzji analiza dotycząca skutków koncentracji na hurtowym rynku nabywania kanałów telewizyjnych i na rynku zakupu sygnału telewizyjnego jest dotknięta oczywistymi błędami w ocenie.

1. Rozważania wstępne

298 Jak zostało wskazane w pkt 25 i 26 powyżej, na rynku hurtowego dostarczania i nabywania kanałów telewizyjnych nadawcy telewizyjni (strona podażowa) dostarczali kanały telewizyjne, które detaliczni dostawcy usług telewizyjnych (strona popytowa), tacy jak spółki Vodafone, Unitymedia lub skarżąca, nabywali w celu świadczenia usług audiowizualnych użytkownikom końcowym. Na rynku zakupu sygnału telewizyjnego ci sami dostawcy detalicznych usług telewizyjnych (strona podażowa) korzystali ze swojej infrastruktury, aby oferować tymże nadawcom telewizyjnym (stronie popytowej), w zamian za zapłatę taryf gwarantowanych, usługę transmisji sygnału telewizyjnego dla ich kanałów. Innymi słowy, uczestnikami rynku zakupu sygnału telewizyjnego byli uczestnicy hurtowego rynku dostarczania i nabywania kanałów telewizyjnych, ale dostawcy usług telewizyjnych, tacy jak strony koncentracji, sytuowali się po

stronie podaży na pierwszym rynku, a po stronie popytu na drugim rynku. W zaskarżonej decyzji Komisja uznała, że te dwa rynki hurtowe są ze sobą ściśle powiązane w zakresie, w jakim negocjacje między nadawcami telewizyjnymi a detalicznymi dostawcami usług telewizyjnych obejmują zazwyczaj oba aspekty (transmisję sygnału z jednej strony i nabycie kanałów z drugiej strony).

299 Po przeprowadzeniu analizy tych rynków Komisja uznała, że koncentracja znacząco nie przeszkodzi skutecznej konkurencji na rynku hurtowego dostarczania i zakupu kanałów telewizyjnych.

300 Na rynku zakupu sygnału telewizyjnego Komisja stwierdziła istnienie ZPSK wynikającej z możliwości i motywacji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, po pierwsze, do zaostrzenia warunków umownych i finansowych nałożonych przez ten podmiot na nadawców telewizyjnych, a po drugie, do utrudniania powstawania i rozwoju innowacyjnych usług telewizyjnych, takich jak OTT i HbbTV, i uznała, że będzie to miało negatywne skutki dla telewidzów w Niemczech (zob. z jednej strony motywy 1205–1265, a z drugiej strony motywy 1266–1292 zaskarżonej decyzji).

301 Komisja natomiast uznała, że nie można wyciągnąć wniosku, iż w wyniku zwiększenia siły rynkowej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji na tym rynku wspomniany podmiot prawdopodobnie uzyska od nadawców telewizyjnych i posiadaczy praw telewizyjnych warunki mające postać umów na wyłączność, które będą miały negatywny wpływ na dostęp konkurencyjnych detalicznych dostawców telewizyjnych do kanałów lub do treści telewizyjnych.

302 W tym względzie Komisja przede wszystkim zauważyła w motywie 1164 zaskarżonej decyzji, że tego rodzaju umowy na wyłączność między nadawcami telewizyjnymi a posiadaczami praw telewizyjnych z jednej strony a dostawcami detalicznych usług telewizyjnych z drugiej strony nie są w Niemczech cechą charakterystyczną tego rynku.

303 Następnie Komisja zbadała, czy podmiot powstały w wyniku połączenia miałby – ze względu na zwiększenie jego siły rynkowej jako detalicznego dostawcy sygnału telewizyjnego – możliwość zmuszenia nadawców telewizyjnych i posiadaczy praw telewizyjnych do udzielania mu umów na wyłączność dotyczących kanałów lub treści telewizyjnych. W tym kontekście Komisja wskazała w szczególności, że skoncentrowała swoją analizę na niemieckiej lidze piłki nożnej (Bundesliga), czyli najważniejszym wydarzeniu sportowym w Niemczech, wyjaśniając jednocześnie, że te same względy odnoszą się do innych wydarzeń sportowych lub popularnych treści telewizyjnych, w odniesieniu do których nie znalazła ona bezpośrednich dowodów w aktach sprawy (zob. motyw 1165 zaskarżonej decyzji).

304 Po pierwsze, w motywach 1173–1176 zaskarżonej decyzji Komisja zbadała, czy jest prawdopodobne, że spółka Sky, będąca posiadaczem większości wyłącznych praw do transmisji Bundesligi, wyrazi zgodę na zawarcie umów na wyłączność z podmiotem powstałym w wyniku koncentracji. Komisja doszła do wniosku, że jest mało prawdopodobne, aby tak było, ponieważ choć prawdą jest, że spółka Sky była zależna od podmiotu powstałego w wyniku koncentracji w odniesieniu do rozpowszechniania swoich treści, to ów nadawca telewizyjny był w tym samym lub nawet większym stopniu zależny od innych sposobów nadawania, w szczególności od operatora telewizji satelitarnej Astra, co powoduje, że spółka Sky straciłaby znaczną część swoich dochodów, gdyby zawarła umowę na wyłączność z podmiotem powstałym w wyniku koncentracji.

Komisja wzięła również pod uwagę okoliczność, że spółka Sky, będąca podmiotem międzynarodowym i głównym dostawcą płatnych usług telewizyjnych w Niemczech, dysponowała niewątpliwą siłą nabywczą o charakterze wyrównawczym.

305 Po drugie, w motywach 1177–1183 zaskarżonej decyzji Komisja zbadała, czy podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie mógł racjonalnie stosować strategię zmierzającą do uzyskania wyłącznego dostępu do innych kanałów lub treści telewizyjnych, w szczególności w stosunku do nadawców telewizyjnych lub posiadaczy praw telewizyjnych o mniejszej wyrównawczej sile nabywczej niż spółka Sky. Opierając się na dokumentach wewnętrznych stron koncentracji oraz na ich odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów, Komisja uznała, że nawet gdyby podmiot powstały w wyniku koncentracji był w stanie wdrożyć taką strategię, wątpliwe jest, czy miałby do tego motywację, zważywszy, że koszty implementacji takiej strategii byłyby wysokie, ale jej wyniki pod względem zysków – niepewne.

306 Po trzecie, w motywach 1184–1197 zaskarżonej decyzji Komisja, badając wewnętrzne dokumenty stron związane z taką strategią, pogłębiła swoją analizę dotyczącą motywacji, jaką podmiot powstały w wyniku koncentracji miałby do wykluczenia swoich konkurentów poprzez nabycie wyłącznych praw do niektórych treści telewizyjnych. Zdaniem Komisji z dokumentów tych wynika, że każda ze stron koncentracji rozważała już możliwość nabycia kanałów lub treści sportowych na zasadzie wyłączności, ale ostatecznie zrezygnowała z takich projektów, co strony te wyjaśniły, popierając to dowodami, w odpowiedzi na pismo w sprawie przedstawienia zarzutów. Na tej podstawie Komisja wywiodła, że nie można dojść do wniosku, iż podmiot powstały w wyniku koncentracji miałby motywację do wykorzystywania swojej bazy klientów, aby negocjować z nadawcami telewizyjnymi pewne umowy na wyłączność dotyczące treści „premium”, w celu wykluczenia konkurencyjnych detalicznych dostawców usług telewizyjnych.

307 Wreszcie, w trosce o kompletność wywodu Komisja zbadała w motywach 1198–1203 zaskarżonej decyzji, czy hipotetyczna strategia wyłączności wprowadzona przez podmiot powstały w wyniku koncentracji mogłaby wywołać znaczące skutki antykonkurencyjne prowadzące w szczególności do wykluczenia konkurencyjnych detalicznych dostawców usług telewizyjnych, co miałoby negatywne skutki dla konsumentów.

308 Opierając się na danych świadczących o tym, że znaczna większość niemieckich telewidzów nie zmieniłaby dostawcy detalicznego usług telewizyjnych w celu uzyskania dostępu do treści sportowych objętych wyłącznością, Komisja uznała, że nawet w przypadku, gdyby podmiot powstały w wyniku koncentracji wdrożył strategię wyłączności, nie pozbawiłoby to konkurencyjnych dostawców dużej bazy klientów. Komisja wzięła również pod uwagę okoliczność, że nawet w takim przypadku podmiot powstały w wyniku koncentracji mierzyłby się z konkurencją ze strony spółki Sky, która realizuje strategię niewyłącznego rozpowszechniania swoich treści telewizyjnych na różnych platformach, co w każdym razie pozwoliłoby konkurencyjnym dostawcom uzyskać dostęp do treści „premium”. Komisja wywiodła z tego, że jest mało prawdopodobne, by wdrożenie strategii wyłączności przez podmiot powstały w wyniku koncentracji mogło wywołać znaczące skutki antykonkurencyjne.

309 Ze wszystkich tych względów Komisja stwierdziła w motywie 1204 zaskarżonej decyzji, że nawet gdyby podmiot powstały w wyniku koncentracji korzystał ze zwiększonej siły rynkowej po dokonaniu tej koncentracji, nie można uznać, iż prawdopodobnie uzyskałby on od nadawców telewizyjnych i posiadaczy praw telewizyjnych warunki mające postać umów na wyłączność, które miałyby negatywny wpływ na dostęp konkurencyjnych detalicznych dostawców telewizyjnych do kanałów lub treści telewizyjnych.

310 W niniejszym przypadku argumentację skarżącej przedstawioną na poparcie rozpatrywanego zarzutu można podzielić na dwie części. W ramach części pierwszej zarzutu skarżąca podnosi, że wniosek, do którego doszła Komisja, mianowicie że jest mało prawdopodobne, pomimo wzrostu siły rynkowej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, aby nadawcy telewizyjni i posiadacze praw telewizyjnych zawarli z nim umowy na wyłączność, jest błędny i opiera się na niepełnej i oczywiście błędnej ocenie wpływu koncentracji na konkurencję na rynku zakupu sygnału telewizyjnego. Na poparcie części drugiej zarzutu skarżąca podnosi, że Komisja poprzestała na zbadaniu, czy podmiot powstały w wyniku koncentracji miałby zdolność i motywację, aby utrudniać powstanie i rozwój telewizji OTT i HbbTV, lecz nie wzięła pod uwagę wpływu koncentracji na inne równie innowacyjne usługi telewizyjne, takie jak IPTV.

2. W przedmiocie części pierwszej zarzutu, dotyczącej oczywistych błędów w ocenie w odniesieniu do utrudniania dostępu do rynku za pomocą umów na wyłączność (częściową lub całkowitą)

311 Na poparcie części pierwszej rozpatrywanego zarzutu skarżąca w pierwszej kolejności podnosi, że dokonana w zaskarżonej decyzji ocena motywacji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do zawierania umów na wyłączność całkowitą jest błędna i niekompletna.

312 W drugiej kolejności skarżąca utrzymuje, że dokonana w zaskarżonej decyzji ocena motywacji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do wdrożenia strategii wyłączności częściowej jest niekompletna.

313 W trzeciej kolejności skarżąca kwestionuje wywiedziony przez Komisję wniosek, zgodnie z którym hipotetyczne całkowite lub częściowe utrudnianie dostępu do treści nie może mieć znaczących skutków antykonkurencyjnych.

a) W przedmiocie rzekomo niekompletnego i błędnego charakteru przeprowadzonego przez Komisję badania dotyczącego motywacji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do zawierania umów na wyłączność całkowitą

314 Zdaniem skarżącej, po pierwsze, Komisja nie wzięła pod uwagę okoliczności, że koszty wynikające z zawierania umów na wyłączność całkowitą maleją w miarę wzrostu liczby odbiorców końcowych platformy, i w związku z tym błędnie doszła do wniosku, że podmiot powstały w wyniku koncentracji nie miałby motywacji do zawierania takich umów. Skarżąca dodaje, że spółka Unitymedia nabyła w przeszłości pewne prawa do Bundesligi, co świadczy o tym, że taka strategia już istniała. Biorąc zaś pod uwagę wzrost liczby klientów wynikający z koncentracji, wyłączność byłaby bardziej interesująca dla podmiotu powstałego w wyniku koncentracji.

315 Po drugie, skarżąca podnosi, że badanie przeprowadzone przez Komisję jest niekompletne, ponieważ dotyczyło jedynie przypadku nabycia wyłącznych praw odnoszących się do Bundesligi, i błędne, ponieważ Komisja niesłusznie uznała, że rozważania mające zastosowanie do praw dotyczących Bundesligi mają zastosowanie również do innych wydarzeń sportowych lub popularnych treści, gdy tymczasem zdaniem skarżącej potencjalne korzyści płynące ze strategii utrudniania dostępu do takich treści są rozmaite.

316 Po trzecie, skarżąca zarzuca Komisji nieuwzględnienie okoliczności, że korzyści płynące ze strategii wyłączności dla podmiotu powstałego w wyniku koncentracji (i skłonność nadawców telewizyjnych do akceptowania umów na wyłączność) prawdopodobnie ulegną zmianie

w przyszłości z powodu zwiększonych możliwości, jakie będzie miał podmiot powstał w wyniku koncentracji, aby oferować wielousługowe pakiety bardzo szerokiej bazie klientów w całych Niemczech, oraz okoliczności, że treści objęte wyłącznością będą mogły pomóc podmiotowi powstałemu w wyniku koncentracji zwiększyć sprzedaż ofert CFM klientom, którzy będą mogli oglądać te treści na swoim telefonie komórkowym.

317 Komisja, popierana przez spółkę Vodafone, kwestionuje argumenty skarżącej.

318 W tym względzie, po pierwsze, należy wskazać, że skarżąca nie podważa dokonanej przez Komisję oceny, która pozwoliła tej instytucji na wyciągnięcie wniosku, iż było mało prawdopodobne, aby podmiot powstały w wyniku koncentracji miał motywację do zawarcia ze spółką Sky umowy na wyłączność całkowitą, i która to ocena została przedstawiona w motywach 1173–1176 zaskarżonej decyzji (zob. pkt 304 powyżej) i opiera się w szczególności na okoliczności, że spółka Sky, aby móc rozpowszechniać swoje treści, zależała w tym samym lub nawet większym stopniu od podmiotów innych niż podmiot powstały w wyniku koncentracji. Na rozprawie skarżąca potwierdziła zresztą, że nie kwestionuje okoliczności, iż motywacja Sky do zawarcia umowy na wyłączność całkowitą z podmiotem powstałym w wyniku koncentracji była ograniczona.

319 Ponadto, jeśli chodzi o dokonaną przez Komisję ocenę, która pozwoliła tej instytucji dojść do wniosku, że wątpliwe jest, aby podmiot powstały w wyniku koncentracji miał motywację do zawierania umów na wyłączność całkowitą z dostawcami treści innymi niż Sky, przedstawioną w motywach 1177–1183 zaskarżonej decyzji (zob. pkt 305 powyżej), skarżąca podnosi w sposób ogólny, że koszty wynikające z zawierania umów na wyłączność całkowitą maleją w miarę wzrostu liczby odbiorców końcowych platformy lub że strategia wyłączności jest bardziej interesująca po koncentracji niż była w przeszłości, ale nie przedstawia konkretnych dowodów, które mogłyby podważyć wyjaśnienia Komisji.

320 W szczególności skarżąca nie wykazała, że w Niemczech istniała wystarczająco silna korelacja między obecnością atrakcyjnych kanałów lub treści na platformie telewizyjnej danego operatora a jego zdolnością do przyciągnięcia nowych telewidzów, co pozwoliłoby z wystarczającym prawdopodobieństwem na amortyzację wysokich kosztów umów na całkowitą wyłączności. Ponadto skarżąca nie przedstawia żadnego dowodu, który wykazywałby w sposób wystarczający, że podmiot powstały w wyniku koncentracji miałby motywację do przyjęcia strategii handlowej opartej na całkowitej wyłączności w przyszłości, i który pozwoliłby w ten sposób podważyć ocenę Komisji w tym względzie.

321 Po drugie, w odniesieniu do twierdzenia skarżącej, zgodnie z którym badanie przez Komisję motywacji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do zawierania umów na wyłączność całkowitą jest niekompletne – ponieważ ograniczone do Bundesligi – i błędne, należy stwierdzić, że utrudnianie dostępu do rynku czynników produkcji może powodować problemy w zakresie konkurencji tylko wtedy, gdy dotyczy „czynników produkcji ważnych” dla produktu na rynku niższego szczebla, jak wskazano w pkt 34 wytycznych w sprawie koncentracji niehoryzontalnych.

322 W konsekwencji należy uznać, że jeżeli strategia całkowitego utrudnienia dostępu dotycząca najbardziej atrakcyjnych treści (takich jak Bundesliga) jest opłacalna, nawet gdy nie powoduje dostatecznych zmian dostawcy, to prawdopodobnie szansa, aby to osiągnąć, byłaby jeszcze mniejsza w przypadku innego rodzaju treści „mniej ważnych”, w związku z czym podmiot powstały w wyniku koncentracji miałby mniejszą motywację do podejmowania próby wdrożenia

strategii całkowitego utrudniania dostępu do takich treści. Nie można zatem zarzucać Komisji, że zbadała jedynie hipotetyczną sytuację nabycia praw wyłącznych dotyczących Bundesligi i uznała, iż jej rozważania odnoszą się również do mniej popularnych treści.

323 Ponadto skarżąca ogranicza się do powołania się na mniej kosztowną strategię utrudniania dostępu do mniej atrakcyjnych treści, ale nie przedstawia ani powodów, dla których dla podmiotu powstałego w wyniku koncentracji bardziej opłacalne byłoby prowadzenie strategii nabywania praw wyłącznych do treści mniej atrakcyjnych niż Bundesliga, ani powodów, dla których takie treści byłyby wystarczająco „ważne" w rozumieniu pkt 34 wytycznych w sprawie koncentracji niehoryzontalnych, aby utrudnienie dostępu do tego czynnika produkcji mogło prowadzić do problemów w zakresie konkurencji.

324 W każdym razie, wbrew temu, co twierdzi skarżąca, z motywów 1184–1197 zaskarżonej decyzji (zob. pkt 306 powyżej) wynika, że Komisja zbadała kwestię, czy podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie miał motywację do nabycia wyłącznych praw dotyczących wydarzeń sportowych lub treści popularnych innych niż Bundesliga, z uwzględnieniem w szczególności okoliczności, że spółka Unitymedia, jak podniosła skarżąca, nabyła w 2005 r. pewne prawa dotyczące Bundesligi.

325 Po trzecie, jeśli chodzi o twierdzenie skarżącej, zgodnie z którym Komisja nie wzięła pod uwagę zwiększonych możliwości, jakie będzie miał podmiot powstały w wyniku koncentracji, aby oferować wielousługowe pakiety bardzo szerokiej bazie klientów w całych Niemczech, oraz tego, że treści objęte wyłącznością będą mogły pomóc mu zwiększyć sprzedaż ofert CFM, należy zauważyć, że w motywie 149 lit. b) ppkt (iv)–(vi) zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła niską penetrację ofert CFM w Niemczech, co zostało potwierdzone przez konkurentów stron koncentracji podczas badania rynku. Zgodnie bowiem ze sprawozdaniami podmiotów trzecich w 2017 r. jedynie 8,4 % gospodarstw domowych lub 10,8 % bazy klientów stacjonarnych usług szerokopasmowych, czyli 3,5 mln gospodarstw domowych, kupowało produkt CFM. Komisja stwierdziła również, że w przedstawionym przez podmiot trzeci w toku postępowania administracyjnego badaniu kancelarii doradczej WIK-Consult stwierdzono, iż w najbliższej przyszłości nie nastąpią istotne zmiany w dynamice konkurencyjnej w Niemczech dzięki sprzedaży pakietowej produktów stacjonarnych i ruchomych, zważywszy, że konsumenci niemieccy nadal będą kupowali odrębnie te dwa rodzaje produktów, czego skarżąca nie kwestionuje.

326 Nie można zatem zarzucać Komisji, że nie zbadała ona, czy było prawdopodobne, że korzyści płynące ze strategii wyłączności (i skłonność nadawców telewizyjnych do akceptowania umów na wyłączność) ulegną zmianie w przyszłości z powodu zwiększonych możliwości, jakie będzie miał podmiot powstały w wyniku koncentracji, aby oferować wielousługowe pakiety, w szczególności oferty CFM, bardzo szerokiej bazie klientów w całych Niemczech.

327 Z powyższego wynika, że zarzut szczegółowy skarżącej oparty na rzekomo niekompletnym i błędnym charakterze przeprowadzonego przez Komisję badania dotyczącego motywacji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do zawierania umów na wyłączność całkowitą należy oddalić.

b) W przedmiocie rzekomo niekompletnego i błędnego charakteru przeprowadzonego przez Komisję badania dotyczącego motywacji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do zawierania umów na wyłączność częściową

328 Skarżąca zarzuca Komisji, że nie wzięła ona pod uwagę możliwości zaangażowania się podmiotu powstałego w wyniku koncentracji w częściowe utrudnianie dostępu dotyczące indywidualnie jednego lub kilku konkurentów na rynkach MDU i SDU niższego szczebla, takich jak skarżąca, w wyniku którego to utrudniania nadawcy telewizyjni nie mogliby dostarczać im swoich kanałów i swoich treści na tych rynkach lub w wyniku którego owi konkurenci zostaliby pozbawieni dostępu do niektórych innowacyjnych funkcji telewizyjnych, takich jak VOD i odtwarzanie z przesunięciem czasowym lub Catch Up TV.

329 Tymczasem zdaniem skarżącej taka strategia częściowego utrudniania dostępu jest tym bardziej prawdopodobna, że jest ona mniej kosztowna dla podmiotu powstałego w wyniku koncentracji i jest łatwiejsza do zaakceptowania przez nadawców telewizyjnych, powodując jednocześnie szkodliwe skutki dla danych konkurentów.

330 Komisja, popierana przez spółkę Vodafone, kwestionuje argumenty skarżącej.

331 W tym względzie należy wskazać, że ustalenia dokonane przez Komisję w ramach badania ewentualnej motywacji do zawierania umów na wyłączność całkowitą ze spółką Sky (zob. motywy 1173–1176 zaskarżonej decyzji i pkt 304 powyżej) były wystarczające, aby umożliwić wykluczenie po stronie podmiotu powstałego w wyniku koncentracji strategii opartej na częściowej wyłączności w stosunku do tego operatora. Jak bowiem podnosi Komisja, skoro stwierdziła ona, że spółka Sky nie ma żadnej motywacji, aby zawierać umowy na wyłączność całkowitą, w szczególności ze względu na swoją zależność od operatorów innych niż podmiot powstały w wyniku koncentracji, w tym operatorów telewizji satelitarnej, czego skarżąca nie kwestionuje, jest mało prawdopodobne, by przyznała ona temu podmiotowi wyłączność, która przybrałaby postać wykluczenia dotyczącego indywidualnie niektórych operatorów działających na rynkach MDU i SDU, zwłaszcza że jej oferta byłaby dostępna na innych platformach, lub że zgodziłaby się na pozbawienie ich niektórych innowacyjnych funkcji. Nie można zatem zarzucać Komisji, że ta nie uwzględniła możliwości zawarcia przez podmiot powstały w wyniku koncentracji takich umów ze spółką Sky w celu pozbawienia niektórych swoich konkurentów innowacyjnych treści lub funkcji.

332 Ponadto, co się tyczy nadawców innych niż spółka Sky, należy stwierdzić, że skarżąca nie przedstawiła żadnego dowodu, który wskazywałby na to, że brak w ofercie konkurenta niektórych oferowanych przez tych nadawców treści lub innowacyjnych funkcji miałby istotny wpływ na zmiany dostawcy i że wobec tego potencjalnie duży odsetek spółdzielni mieszkaniowych w przypadku rynku MDU lub niemieckich telewidzów w przypadku rynku SDU byłby skłonny przejść na ofertę podmiotu powstałego w wyniku koncentracji z tego tylko powodu, że owe kanały lub funkcje nie będą oferowane przez ich obecnego dostawcę. Skarżąca nie wykazała zatem znaczącego negatywnego wpływu na konkurencję na rynku niższego szczebla w rozumieniu pkt 32 wytycznych w sprawie koncentracji niehoryzontalnych.

333 W każdym razie zawarcie przez przedsiębiorstwo zajmujące pozycję dominującą umów na wyłączność z dostawcą w celu wykluczenia z rynku niższego szczebla jednego lub kilku konkurentów wskazanych indywidualnie może stanowić zachowanie sprzeczne z prawem konkurencji (zob. podobnie wyrok z dnia 22 marca 2011 r., Altstoff Recycling Austria/Komisja, T-419/03, EU:T:2011:102, pkt 51). Skarżąca, zapytana o to na rozprawie, potwierdziła zresztą, że

gdyby podmiot powstały w wyniku koncentracji zawarł z nadawcą telewizyjnym umowę na wyłączność całkowitą lub częściową, stanowiłoby to potencjalnie naruszenie art. 101 lub 102 TFUE.

334 W konsekwencji należy uznać, że jest mało prawdopodobne, aby podmiot powstały w wyniku koncentracji miał motywację do zawierania takich umów po dokonaniu tej koncentracji, co dotyczy również nadawców telewizyjnych. Z orzecznictwa wynika bowiem, że o ile należy uwzględnić czynniki motywujące do przyjęcia antykonkurencyjnych zachowań, o tyle należy również wziąć pod uwagę fakt, że wspomniane czynniki motywujące mogłyby zostać ograniczone, a nawet wyeliminowane ze względu na bezprawność przedmiotowych zachowań, prawdopodobieństwo ich wykrycia, wszczęcia postępowania przez właściwe organy zarówno na poziomie Unii, jak i na poziomie krajowym, oraz kar pieniężnych, które mogłyby z tego wyniknąć (zob. podobnie wyroki: z dnia 25 października 2002 r., Tetra Laval/Komisja, T-5/02, EU:T:2002:264, pkt 159; z dnia 14 grudnia 2005 r., General Electric/Komisja, T-210/01, EU:T:2005:456, pkt 303–311). Nie można zatem zarzucać Komisji, że nie uwzględniła możliwości – nieprawdopodobnej, zważywszy na jej potencjalnie bezprawny charakter – że podmiot powstały w wyniku koncentracji zawrze z nadawcą telewizyjnym umowę na wyłączność, pozbawiającą jednego lub wielu z konkurentów na rynkach niższego szczebla, których dotyczyłoby to indywidualnie, dostępu do niektórych treści lub do niektórych innowacyjnych funkcji.

335 Z powyższego wynika, że zarzut szczegółowy skarżącej oparty na rzekomo niekompletnym i błędnym charakterze przeprowadzonego przez Komisję badania dotyczącego motywacji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do zawierania umów na wyłączność częściową należy oddalić.

336 Ponadto zdolność do znacznego utrudnienia dostępu do czynników produkcji, interes w uczynieniu tego i znaczący negatywny wpływ na konkurencję na rynku niższego szczebla strategii utrudniania dostępu do rynku stanowią trzy przesłanki kumulatywne, w związku z czym brak jednej z nich jest wystarczający, aby wykluczyć ryzyko antykonkurencyjnego utrudniania dostępu do czynników produkcji (zob. pkt 277 powyżej i przytoczone tam orzecznictwo).

337 W konsekwencji w zakresie, w jakim skarżąca nie wykazała, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie w odniesieniu do rzekomej motywacji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, aby wdrożyć strategię wykluczenia konkurencyjnych detalicznych dostawców usług telewizyjnych (to znaczy drugiej z tych przesłanek), pierwszą część zarzutu czwartego należy oddalić bez konieczności badania zasadności trzeciego zarzutu szczegółowego, opartego na rzekomo błędnym charakterze przeprowadzonego przez Komisję badania wpływu strategii całkowitego lub częściowego utrudniania dostępu do treści na konkurencję na rynku niższego szczebla (czyli trzeciej z tych przesłanek).

3. W przedmiocie części drugiej zarzutu, dotyczącej niekompletnej oceny szkód dla konkurencji spowodowanych przez koncentrację z powodu ograniczenia innowacyjnych usług telewizyjnych

338 Na wstępie skarżąca wyjaśnia, że w zaskarżonej decyzji Komisja słusznie uznała, iż po dokonaniu koncentracji podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie miał zdolność i motywację niezbędne do utrudniania powstawania innowacyjnych usług telewizyjnych, takich jak HbbTV i OTT, co zaszkodzi konsumentom, obniżając jakości wrażeń przy odbiorze i ograniczając

dostępny im wybór. Skarżąca zarzuca jednak Komisji, że ta nie wzięła pod uwagę okoliczności, iż podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie mógł również niekorzystnie wpływać na inne innowacyjne usługi telewizyjne, takie jak IPTV.

339 Na poparcie tego twierdzenia skarżąca podnosi, że usługi OTT nie oferują takiej samej jakości jak IPTV, że wymagają one szczególnych urządzeń i że nie są tak rentowne, jak IPTV. Na tej podstawie wywodzi ona, że wszelkie obawy związane z pogorszeniem się jakości i wrażeń przy odbiorze oferowanych konsumentom końcowym w odniesieniu do OTT dotyczą również IPTV.

340 Skarżąca podnosi również, że zdolność i motywacja podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, aby ograniczyć rozpowszechnianie treści, nie były mniejsze w odniesieniu do usługi IPTV jego konkurentów niż w przypadku OTT i HbbTV oferowanych przez nadawców telewizyjnych. Zdaniem skarżącej Komisja w żaden sposób nie wyjaśniła, dlaczego ograniczenie transmisji treści za pośrednictwem IPTV nie powinno stanowić problemu i dlaczego innowacyjne usługi inne niż OTT i HbbTV nadawców telewizyjnych mają mniejsze znaczenie lub mniej zasługują na ochronę. Skarżąca dodaje, że po pierwsze, twierdzenie Komisji, zgodnie z którym OTT mogło zmienić sytuację w średnim okresie, nie opiera się na żadnym dowodzie i że nawet gdyby tak było, nie mogłoby to uzasadniać pominięcia negatywnych skutków koncentracji dla IPTV, które cieszyło się już na rynku znacznym zainteresowaniem. Po drugie, zdaniem skarżącej podmiot powstały w wyniku koncentracji powinien mieć jeszcze większą motywację, aby działać na szkodę IPTV niż na szkodę OTT, ponieważ IPTV jest prawdziwym substytutem telewizji kablowej i jedyną alternatywną technologią rozwijającą się na rynku, podczas gdy OTT jest wykorzystywane wyłącznie jako uzupełnienie usługi telewizji kablowej, ale nie zamiast niej.

341 W tym względzie należy wskazać, że – jak wyjaśniła Komisja, popierana przez interwenienta – chociaż IPTV jest systemem umożliwiającym świadczenie usług telewizyjnych przy użyciu protokołu internetowego, to wchodzi on w zakres dedykowanej i zarządzanej sieci, która jest kontrolowana przez dostawcę usług telewizyjnych, podczas gdy technologia OTT umożliwia bezpośrednie rozpowszechnianie przez nadawców telewizyjnych kanałów telewizyjnych przez Internet, bez ingerencji operatora sieci w kontrolę lub rozpowszechnianie treści. W przeciwieństwie do IPTV technologia OTT umożliwia zatem bardziej bezpośrednią interakcję między nadawcami telewizyjnymi (kanałami) a końcowymi telewidzami.

342 Ponadto w zaskarżonej decyzji Komisja przedstawiła liczne dowody świadczące o tym, że OTT jest technologią, której wykorzystanie jest zjawiskiem nowym i rosnącym.

343 I tak, w motywach 948 i 950–954 zaskarżonej decyzji, w ramach badania ewentualnych skutków horyzontalnych koncentracji na detalicznym rynku usług telewizyjnych, Komisja przedstawiła w sposób szczegółowy nową i rosnącą ofertę usług telewizyjnych OTT.

344 W szczególności w motywie 948 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że tradycyjni detaliczni dostawcy telewizyjni oferują coraz więcej usług telewizji liniowej poprzez OTT. W tym względzie wskazała ona, że spółka Vodafone (Giga TV OTT), skarżąca (Magenta TV) i spółka Telefónica (O2 TV) oferują, każda z osobna, niezależną ofertę telewizyjną OTT. Komisja stwierdziła również, że inne podmioty, w tym spółka Unitymedia (Horizon Go), spółka United Internet (1 & 1 TV app), spółka Tele Columbus (Advance TV app), spółka NetCologne (NetGo app) i spółka M-Net (M-Net TV Plus App), oferują produkt telewizyjny OTT jako dodatkową opcję jedynie dla swoich istniejących abonentów telewizyjnych.

345 W motywie 950 zaskarżonej decyzji Komisja podkreśliła, że dostawcy usług OTT, tacy jak spółki Amazon Prime i Netflix, dysponowali już dużą bazą klientów, ponieważ każdy z nich miał już (co najmniej) ponad 3 mln abonentów w Niemczech, a spółka Netflix planowała wzrost o ponad 20 % rocznie.

346 W motywie 951 zaskarżonej decyzji Komisja stwierdziła, że wyspecjalizowane usługi OTT są również coraz bardziej rozpowszechnione w Niemczech, zaś w motywie 952 tej decyzji zauważyła, że wielu nadawców telewizyjnych również zaczęło oferować swoje własne usługi OTT.

347 Ponadto w motywach 1127–1132 zaskarżonej decyzji, w ramach badania nieskoordynowanych skutków horyzontalnych na hurtowym rynku dostarczania i nabywania kanałów telewizyjnych oraz na rynku zakupu sygnału telewizyjnego, Komisja przedstawiła wyjaśnienia dotyczące ewolucji usług OTT, a w szczególności ewolucji popytu na takie usługi.

348 W tym względzie Komisja przypomniała w motywie 1127 zaskarżonej decyzji, że w ramach wyznaczania granic rynku właściwego wskazała ona, iż rozpowszechnianie OTT staje się coraz bardziej istotne w sektorze telewizyjnym w Niemczech, podobnie jak w wielu innych państwach.

349 W motywie 1129 zaskarżonej decyzji, choć Komisja wskazała, że większość nadawców telewizyjnych nadal uważa produkty OTT za komplementarne w stosunku do podstawowych usług telewizji linearnej, podkreśliła ona również, popierając to dowodami, że te same dane wskazują na szybko rosnące znaczenie rozpowszechniania OTT w Niemczech, ponieważ 11,7 % respondentów oświadczyło, iż jest w stanie wyobrazić sobie OTT jako wyłączny sposób odbierania telewizji domowej. Ponadto Komisja przypomniała, że niektórzy dystrybutorzy OTT, tacy jak spółki Netflix, Amazon i DAZN, są już bardzo popularni, i wskazała, że wielu uczestników badania rynku twierdziło, iż usługi OTT mogą w pewnym stopniu zastąpić tradycyjne usługi telewizyjne.

350 W motywie 1130 zaskarżonej decyzji, odnosząc się do różnych dokumentów przytoczonych w przypisie do zaskarżonej decyzji, Komisja wyjaśniła, że – jak sygnalizowały niemieckie władze publiczne w dziedzinie mediów – OTT umacniało swoją pozycję jako główny sposób odbioru treści audiowizualnych, ze wzrostem wynoszącym 6 % w latach 2017–2018. Ponadto, jeśli chodzi o odbiorców krajowych, udział dostawców OTT wzrósł z 7,3 % w latach 2015–2016 do 12,8 % w latach 2017–2018. Jeśli chodzi konkretnie o segment telewizji „premium”, udział OTT wzrósł z 16,8 % w latach 2015–2016 do 23 % w latach 2017–2018. Ponadto w tych samych latach zaobserwowano podobną stopę wzrostu pod względem abonentów (z 25,3 do 33,4 %) i dochodów (z 10,6 do 19,1 %). Komisja wskazała również, że dla porównania udziały w rynku telewizji kablowej w tym samym okresie zmniejszyły się.

351 Wreszcie w motywie 1132 zaskarżonej decyzji Komisja wspomniała o szybkim ewoluowaniu sytuacji. W tym względzie Komisja podkreśliła, że rozwój usług OTT będzie mógł istotnie ograniczyć siłę rynkową tradycyjnych platform telewizyjnych i przywrócić równowagę pozycji negocjacyjnej różnych podmiotów, w szczególności w przypadku istnienia odpowiednich warunków rynkowych.

352 Należy zatem stwierdzić, że twierdzenie Komisji, zgodnie z którym OTT może zmienić sytuację w średnim okresie, jest oparte na licznych dowodach, wbrew temu, co twierdzi skarżąca.

353 Ponadto skarżąca nie przedstawia żadnego dowodu pozwalającego z jednej strony podważyć powyższe stwierdzenia, a z drugiej strony wykazać, że IPTV odnotowywało wzrost podobny do OTT, że IPTV miało podobny potencjał wzrostu lub że OTT nie miało takiej samej jakości jak IPTV, wymagało szczególnego sprzętu i nie było tak rentowne, jak IPTV, w związku z czym wszelkie obawy związane z pogorszeniem jakości i wrażeń przy oglądaniu oferowanych konsumentom końcowym w odniesieniu do OTT powinny mieć również zastosowanie do IPTV. Należy również wskazać, że skarżąca nie kwestionuje wyjaśnienia przedstawionego przez Komisję w motywie 291 zaskarżonej decyzji, zgodnie z którym jedynie 8 % gospodarstw domowych wykupiło IPTV w Niemczech, co świadczy o ograniczonym udziale w rynku tej technologii.

354 Następnie, jeśli chodzi o motywację podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do przeciwdziałania powstawaniu innowacyjnych usług telewizyjnych, Komisja podkreśliła w motywie 1275 zaskarżonej decyzji, że usługi OTT i HbbTV mają na celu stworzenie bezpośredniego połączenia między nadawcami telewizyjnymi a telewidzami, ograniczając w ten sposób pośrednictwo tradycyjnych platform telewizyjnych, takich jak platformy stron koncentracji. Komisja wywiodła z tego, że podmiot powstały w wyniku koncentracji mógłby mieć motywację do utrudniania pojawienia się takich usług w celu zachowania modelu biznesowego opartego na kontroli bazy klientów poprzez platformę telewizyjną i braku interakcji między tymi klientami a nadawcami telewizyjnymi, który to problem nie pojawia się w odniesieniu do IPTV, które nie umożliwia takiej interakcji.

355 W tym względzie Komisja podkreśliła, że przykłady przytoczone przez uczestników badania rynku oraz wewnętrzne dokumenty stron koncentracji wskazywały, iż te ostatnie miały już motywację do ograniczenia rozwoju usług OTT i HbbTV, oraz wyjaśniła, że istniejąca motywacja wzrośnie w następstwie koncentracji. Przede wszystkim zdaniem Komisji zwiększona siła rynkowa podmiotu powstałego w wyniku koncentracji ograniczy bowiem możliwość oparcia się przez nadawców telewizyjnych próbie przyjęcia takich strategii przez spółkę Vodafone. Następnie według Komisji podmiot powstały w wyniku koncentracji nie będzie miał żadnej motywacji do wprowadzania innowacyjnych usług interaktywnych, aby reagować na podobne usługi oferowane przez porównywalnego głównego konkurenta, czyli spółkę Unitymedia. Wreszcie, zważywszy, że udane wyeliminowanie usług OTT z konkurencji na poziomie sprzedaży detalicznej przyniosłoby korzyść wszystkim istniejącym detalicznym dostawcom usług telewizyjnych, dostawcy ci mieliby motywację do darmowego skorzystania (free-ride) z wysiłków swoich konkurentów zmierzających do utrudniania dostępu na poziomie świadczenia usług detalicznych. Jednakże połączenie spółek Vodafone i Unitymedia umożliwiłoby podmiotowi powstałemu w wyniku koncentracji zinternalizowanie korzyści dla obu stron z udanego wykluczenia usług OTT. Na tej podstawie Komisja wywiodła, że wzmocniłoby to motywację podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do zaangażowania się w taką strategię (zob. motywy 1280–1283 zaskarżonej decyzji).

356 Jak z tego wynika, Komisja dysponowała dowodami pozwalającymi jej stwierdzić w motywie 1284 zaskarżonej decyzji, że strony koncentracji mogły mieć motywację do utrudniania rozwoju usług OTT i HbbTV, aby zachować model gospodarczy, w którym platforma telewizyjna bezpośrednio kontroluje relację z klientem, a nadawcom telewizyjnym uniemożliwia się obejście pośrednictwa sieci kablowych.

357 Skarżąca nie wykazała zaś, że podmiot powstały w wyniku koncentracji miałby taką samą motywację do ograniczenia rozpowszechniania treści za pomocą technologii IPTV.

358 W tym względzie należy stwierdzić, że wbrew temu, co twierdzi skarżąca, z różnych motywów zaskarżonej decyzji wymienionych w pkt 342–351 powyżej wynika, że IPTV nie jest prawdziwym substytutem telewizji kablowej i nie jest jedyną rozwijającą się technologią alternatywną, podczas gdy OTT może stać się usługą stosowaną w celu zastąpienia telewizji kablowej.

359 Skarżąca nie wykazała zatem, że Komisja była zobowiązana w niniejszym przypadku dokonać oceny zachęty podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do ograniczenia rozpowszechniania treści za pomocą technologii IPTV, a tym samym, że nie przeprowadzając takiej analizy, Komisja popełniła oczywisty błąd. Ponadto w świetle powyższych rozważań skarżąca była w stanie, po pierwsze, zrozumieć powody, dla których Komisja nie dokonała takiej oceny, a po drugie, dochodzić swych praw, wobec czego Komisja nie naruszyła w tym względzie ciążącego na niej obowiązku uzasadnienia.

360 W konsekwencji należy oddalić część drugą zarzutu czwartego, jak również zarzut czwarty w całości.

F. W przedmiocie zarzutu piątego, dotyczącego oczywistego błędu w ocenie popełnionego przez Komisję ze względu na to, że uznała, iż zobowiązania dotyczące OTT i taryf gwarantowanych wystarczają do uznania koncentracji za zgodną z rynkiem wewnętrznym

361 Na poparcie zarzutu piątego skarżąca podnosi, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie, uznając, iż zobowiązanie OTT, zobowiązanie dotyczące taryf gwarantowanych oraz zobowiązanie HbbTV (zwane dalej łącznie „zobowiązaniami dotyczącymi rynku zakupu sygnału telewizyjnego") zaproponowane przez strony koncentracji mogły wyeliminować ZPSK stwierdzoną na rynku zakupu sygnału telewizyjnego. Zdaniem skarżącej, przeciwnie, zobowiązania te były oczywiście nieodpowiednie i niewystarczające.

1. Rozważania wstępne

362 Jak wyjaśniono w pkt 31 i 32 powyżej, Komisja uznała w zaskarżonej decyzji, że ze względu na zwiększoną siłę rynkową podmiotu powstałego w wyniku koncentracji na rynku zakupu sygnału telewizyjnego koncentracja mogłaby doprowadzić, po pierwsze, do pewnego rodzaju częściowego utrudnienia dostępu do niekodowanych lub kodowanych kanałów, w szczególności poprzez zaostrzenie warunków umownych i finansowych nałożonych przez ten podmiot na nadawców telewizyjnych, oraz, w konsekwencji, do jakościowego pogorszenia oferty telewizyjnej dla telewidzów końcowych w Niemczech, a po drugie, do wprowadzenia przez ten podmiot strategii mającej na celu utrudnienie powstawania i rozwoju usług telewizyjnych OTT i HbbTV, co mogłoby szkodzić konsumentom ze względu na niższą jakość wrażeń telewidza i ograniczony wybór (zob., po pierwsze, motywy 1205–1265, a po drugie, motywy 1266–1292).

363 W celu wyeliminowania tej ZPSK stwierdzonej na rynku zakupu sygnału telewizyjnego Komisja zaakceptowała szereg zobowiązań zaproponowanych przez spółkę Vodafone, a mianowicie zobowiązanie OTT, które uniemożliwiało podmiotowi powstałemu w wyniku koncentracji ograniczanie nadawcom telewizyjnym, których treści były rozpowszechniane na jego platformie, możliwości rozpowszechniania tych treści za pośrednictwem usługi OTT i które gwarantowało im w tym celu wystarczającą bezpośrednią możliwość połączeń wzajemnych, zobowiązanie HbbTV, które obligowało podmiot powstały w wyniku koncentracji do dalszego nadawania sygnału HbbTV nadawców niekodowanych, oraz zobowiązanie dotyczące taryf gwarantowanych, które

uniemożliwiało podmiotowi powstałemu w wyniku koncentracji podniesienie taryf gwarantowanych uiszczanych na jego rzecz przez niekodowanych nadawców telewizyjnych, jak wynika to z pkt 40 i 41 powyżej.

364 W niniejszym przypadku argumentację skarżącej przedstawioną na poparcie rozpatrywanego zarzutu można podzielić na cztery części, z których pierwsza jest oparta na zastosowaniu błędnego kryterium prawnego przy ocenie odpowiedniego charakteru zobowiązań dotyczących rynku zakupu sygnału telewizyjnego, druga – na nieskuteczności tych zobowiązań ze względu na to, że nie wyeliminowały one stwierdzonych problemów w zakresie konkurencji, trzecia – na zbyt późnym przedstawieniu zobowiązania dotyczącego taryf gwarantowanych, zaś czwarta – na niewyeliminowaniu ZPSK na wszystkich rynkach właściwych.

365 Komisja, popierana przez interwenienta, odpowiada, że zarzut piąty jest bezskuteczny, ponieważ skarżąca nie kwestionuje oceny zobowiązania „Wholesale Cable Broadband Access", podczas gdy ono również przyczyniało się do wyeliminowania problemów w zakresie konkurencji stwierdzonych na rynku zakupu sygnału telewizyjnego.

366 W tym względzie Sąd uważa za właściwe rozpocząć od zbadania zasadności czterech części rozpatrywanego zarzutu podniesionych przez skarżącą na jego poparcie.

2. W przedmiocie części pierwszej zarzutu, opartej na zastosowaniu błędnego kryterium prawnego przy ocenie odpowiedniego charakteru zobowiązań dotyczących rynku zakupu sygnału telewizyjnego

367 W pierwszej kolejności skarżąca utrzymuje, że Komisja powinna była uznać zobowiązania dotyczące rynku zakupu sygnału telewizyjnego za oczywiście niewystarczające, ponieważ dotyczyły one wyłącznie zachowania podmiotu powstałego w wyniku koncentracji. Zdaniem skarżącej zawiadomienie w sprawie środków zaradczych nie pozwalał bowiem co do zasady zatwierdzić zobowiązań dotyczących zachowań mających zaradzić horyzontalnym problemom w zakresie konkurencji, takim jak problemy stwierdzone na rynku zakupu sygnału telewizyjnego.

368 W drugiej kolejności skarżąca utrzymuje, że Komisja oceniła właściwy charakter tych zobowiązań na podstawie błędnego i zbyt łagodnego kryterium prawnego. W tym względzie skarżąca podnosi, że nieprecyzyjna terminologia zastosowana przez Komisję w zaskarżonej decyzji wskazuje na możliwość, ale nie na pewność, że zobowiązania te były wystarczające i skuteczne, aby całkowicie wyeliminować problemy w zakresie konkurencji stwierdzone na rynku zakupu sygnału telewizyjnego, w związku z czym środki te nie powinny były zostać zaakceptowane.

369 Komisja, popierana przez spółkę Vodafone, kwestionuje argumenty skarżącej.

370 Co się tyczy w pierwszej kolejności twierdzenia skarżącej, zgodnie z którym zobowiązania dotyczące rynku zakupu sygnału telewizyjnego odnoszą się wyłącznie do zachowań, a zatem są niewystarczające, aby zaradzić problemom z zakresu konkurencji o charakterze horyzontalnym, prawdą jest, że – jak twierdzi skarżąca – Komisja wyjaśnia w pkt 15 zawiadomienia w sprawie środków zaradczych, iż zobowiązania o charakterze strukturalnym, takie jak zobowiązanie do sprzedaży przedsiębiorstwa, są zasadniczo preferowane z punktu widzenia celu określonego w rozporządzeniu nr 139/2004, ponieważ trwale rozwiązują problemy w zakresie konkurencji, jakie mogłaby spowodować koncentracja w zgłoszonej formie, i nie wymagają średnio- ani długoterminowych środków monitorowania Ponadto, jak przypomina skarżąca, Komisja

podkreśla w pkt 17 tego komunikatu, że zobowiązania dotyczące przyszłego zachowania podmiotu powstałego w wyniku koncentracji mogą być zatwierdzone tylko wyjątkowo, w bardzo szczególnych okolicznościach.

371 Następnie, Komisja jest uprawniona do przyjęcia tylko takich zobowiązań, które mogą uczynić koncentrację zgodną z rynkiem wewnętrznym. Innymi słowy, zobowiązania zaproponowane przez odnośne przedsiębiorstwa muszą umożliwiać Komisji stwierdzenie, że przedmiotowa koncentracja znacząco nie przeszkodzi skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub znacznej jego części, w szczególności w wyniku stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej w rozumieniu art. 2 ust. 2 tego rozporządzenia (zob. wyrok z dnia 23 lutego 2006 r., Cementbouw Handel & Industrie/Komisja, T-282/02, EU:T:2006:64, pkt 294 i przytoczone tam orzecznictwo).

372 Zobowiązania podjęte w toku fazy II mają w szczególności na celu zaradzenie problemom z zakresu konkurencji stwierdzonym przez Komisję w fazie I, które skłoniły tę instytucję do otwarcia fazy II. W konsekwencji, jeżeli Sąd ma zbadać, czy zobowiązania podjęte w fazie II, przez wzgląd na ich zakres i treść, mogą umożliwić Komisji wydanie decyzji zatwierdzającej koncentrację, to Sąd ma obowiązek sprawdzenia, czy Komisja mogła uznać, bez popełnienia przy tym oczywistego błędu w ocenie, że wspomniane zobowiązania stanowią bezpośrednią i wystarczającą odpowiedź na problemy z zakresu konkurencji stwierdzone w toku fazy I (zob. podobnie wyrok z dnia 13 maja 2015 r., Niki Luftfahrt/Komisja, T-162/10, EU:T:2015:283, pkt 298).

373 Wreszcie zobowiązania dotyczące zachowań nie są ze swej natury niewystarczające, aby uniemożliwić ZPSK na rynku wewnętrznym lub jego znacznej części, w szczególności ze względu na stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej, i powinny być oceniane indywidualnie na tej samej podstawie co zobowiązania strukturalne (zob. wyrok z dnia 21 września 2005 r., EDP/Komisja, T-87/05, EU:T:2005:333, pkt 100 i przytoczone tam orzecznictwo).

374 W związku z tym w pkt 15 zawiadomienia w sprawie środków zaradczych Komisja podkreśla, że nie można automatycznie wykluczyć, iż inne rodzaje zobowiązań niż zobowiązania o charakterze strukturalnym mogłyby również uniemożliwić powstanie ZPSK.

375 Jak wynika z powyższego, prawdą jest, iż w zawiadomieniu w sprawie środków zaradczych Komisja wyraża preferencję w odniesieniu do zobowiązań strukturalnych, w szczególności ze względu na łatwość ich wdrożenia. Należy jednak stwierdzić, że to głównie odpowiedni i wystarczający charakter zobowiązań dla rozwiązania stwierdzonego problemu w zakresie konkurencji oraz pewność, że owe zobowiązania będą mogły zostać wykonane, decyduje o ich zaaprobowaniu.

376 Skarżąca nie ma zatem podstaw, by twierdzić, że Komisja powinna była odrzucić zobowiązania dotyczące rynku zakupu sygnału telewizyjnego jako oczywiście niewystarczające z tego tylko powodu, że dotyczyły one wyłącznie zachowania podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, co pozwala oddalić pierwszy zarzut szczegółowy.

377 Co się tyczy w drugiej kolejności twierdzenia skarżącej, zgodnie z którym terminologia zastosowana przez Komisję w zaskarżonej decyzji wskazuje na to, że Komisja nie miała żadnej pewności, iż zobowiązania dotyczące rynku zakupu sygnału telewizyjnego byłyby wystarczające i skuteczne, aby zaradzić ZPSK stwierdzonej na rynku zakupu sygnału telewizyjnego, należy zauważyć, że Komisja musi uznać koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem, jeżeli jest wystarczająco prawdopodobne, że ta koncentracja, w postaci zmienionej zobowiązaniami

zaproponowanymi przez strony koncentracji, znacząco nie przeszkodzi skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym lub jego znacznej części (zob. podobnie wyrok z dnia 23 maja 2019 r., KPN/Komisja, T-370/17, EU:T:2019:354, pkt 110 i przytoczone tam orzecznictwo).

378 Ponadto zobowiązania zaproponowane przez stronę, która zgłosiła przedmiotową koncentrację, mogą zostać uznane za mogące uczynić koncentrację zgodną z rynkiem wewnętrznym jedynie w zakresie, w jakim Komisja jest w stanie stwierdzić z pewnością, że możliwe będzie ich wdrożenie oraz że środki zaradcze, które z nich wynikają, będą wystarczająco solidne i trwałe, aby stwierdzona ZPSK, której uniemożliwienie mają na celu zobowiązania, nie będzie mogła wystąpić w relatywnie bliskiej przyszłości (zob. podobnie wyrok z dnia 13 maja 2015 r., Niki Luftfahrt/Komisja, T-162/10, EU:T:2015:283, pkt 294 i przytoczone tam orzecznictwo).

379 Jak z tego wynika, choć Komisja musi mieć pewność, że zaproponowane zobowiązania będą mogły zostać wdrożone oraz że będą wystarczająco solidne i trwałe, to może uznać koncentrację za zgodną ze wspólnym rynkiem, jeżeli jest wystarczająco prawdopodobne, że owe zobowiązania będą wystarczające i skuteczne dla wyeliminowania stwierdzonej ZPSK.

380 Ponadto skarżąca bezzasadnie utrzymuje, że zastosowane przez Komisję sformułowania świadczą o tym, iż instytucja ta oparła się na zwykłej możliwości całkowitego wyeliminowania przez zobowiązania wszystkich stwierdzonych negatywnych skutków koncentracji na rynku zakupu sygnału telewizyjnego.

381 W istocie prawdą jest, że część zaskarżonej decyzji poświęcona ocenie ostatecznych zobowiązań zawiera pewne sformułowania, które, rozpatrywane odrębnie, mogłyby być interpretowane jako wyraz wątpliwości Komisji. Sformułowania te należy jednak interpretować w świetle całości tej części zaskarżonej decyzji, a w szczególności wniosków, które zostały sformułowane przez Komisję w motywach 1965, 1972 i 1973 zaskarżonej decyzji.

382 W tym względzie należy stwierdzić, iż jako ogólny wniosek Komisja wskazała w motywie 1973 zaskarżonej decyzji, że „ostateczne zobowiązania w całości są odpowiednie i wystarczające do wyeliminowania podniesionych problemów w zakresie konkurencji, zgodnie z którymi koncentracja skutkowałaby znaczącym zakłóceniem skutecznej konkurencji” oraz że „ostateczne zobowiązania można skutecznie wdrożyć w krótkim czasie”.

383 Z powyższego wynika, że część pierwszą rozpatrywanego zarzutu należy oddalić.

3. W przedmiocie części drugiej zarzutu, opartej na nieskutecznym charakterze zobowiązań dotyczących rynku zakupu sygnału telewizyjnego ze względu na to, że nie eliminują one stwierdzonych problemów w zakresie konkurencji

384 Na poparcie części drugiej rozpatrywanego zarzutu skarżąca podnosi, że zobowiązania dotyczące rynku zakupu sygnału telewizyjnego były całkowicie nieskuteczne i nieodpowiednie do osiągnięcia celu Komisji, jakim jest zrekompensowanie zwiększonej siły negocjacyjnej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji w stosunku do nadawców telewizyjnych.

385 W pierwszej kolejności skarżąca utrzymuje bowiem, że zobowiązanie OTT nie chroni nadawców telewizyjnych rozpowszechniających kanały linearne bez usług Catch Up TV na platformie podmiotu powstałego w wyniku koncentracji ani nadawców telewizyjnych proponujących oferty nielinearne (usługi VOD).

386 W drugiej kolejności skarżąca podnosi, że ze względu na to, iż OTT może dopiero w perspektywie średnioterminowej ograniczyć siłę rynkową tradycyjnych platform telewizyjnych, zgodnie z tym, co wskazuje sama Komisja w motywie 1132 zaskarżonej decyzji, zobowiązanie OTT jest nieskuteczne, ponieważ odniosłoby skutek zbyt późno, dopiero po tym, jak warunki konkurencji na rynku uległyby dalszemu pogorszeniu, co jest sprzeczne z wymogami określonymi w pkt 9 zawiadomienia w sprawie środków zaradczych.

387 W trzeciej kolejności skarżąca wyjaśnia, że drugi aspekt zobowiązania OTT, mianowicie zobowiązanie dotyczące połączenia wzajemnego w odniesieniu do usług OTT, był niewystarczający, ponieważ problemy z przepustowością mogą wystąpić w odniesieniu do całego zasięgu sieci kablowej, a w szczególności na poziomie lokalnej pętli abonenckiej, na którym wszyscy klienci muszą dzielić ograniczoną przepustowość kabla koncentrycznego, co świadczy o tym, że zapewnienie wystarczającej przepustowości połączeń wzajemnych lub peeringu nie zapewnia samo w sobie wystarczającej jakości odbioru klientom telewizji OTT i nie poprawia warunków konkurencji.

388 W czwartej kolejności skarżąca twierdzi, że zobowiązania dotyczące rynku zakupu sygnału telewizyjnego były niewystarczające, ponieważ nie zmniejszyłyby zdolności i motywacji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do działania na szkodę innowacyjnych usług telewizyjnych, takich jak IPTV podmiotów trzecich. Zdaniem skarżącej podmiot powstały w wyniku koncentracji może więc ograniczyć korzystanie przez nadawców telewizyjnych z usług IPTV podmiotów trzecich, a tym samym działać na szkodę tych nadawców, konkurencyjnych dostawców detalicznych usług telewizyjnych i ich klientów.

389 W piątej kolejności skarżąca podnosi, że zobowiązania nie uniemożliwią podmiotowi powstałemu w wyniku koncentracji narzucenia nadawcom telewizyjnym innych niekorzystnych warunków mogących prowadzić do identycznych, a nawet gorszych rezultatów niż te, które zobowiązania te miały wyeliminować. Jej zdaniem może to mieć negatywny wpływ na inne elementy omawiane podczas wielowymiarowych negocjacji między podmiotem powstałym w wyniku koncentracji a nadawcami telewizyjnymi. W konsekwencji zobowiązanie dotyczące taryf gwarantowanych zostałoby pozbawione skuteczności, ponieważ nie obejmowałoby pogorszenia się innych warunków umownych ze szkodą dla nadawców telewizyjnych i nie przeszkodziłoby podmiotowi powstałemu w wyniku koncentracji w nadużywaniu jego siły rynkowej.

390 Komisja, popierana przez spółkę Vodafone, kwestionuje argumenty skarżącej.

391 W tym względzie, co się tyczy w pierwszej kolejności twierdzenia skarżącej, zgodnie z którym zobowiązanie OTT jest nieskuteczne, ponieważ nie chroni nadawców telewizyjnych rozpowszechniających kanały linearne bez usług Catch Up TV na platformie podmiotu powstałego w wyniku koncentracji i nadawców telewizyjnych, którzy oferują oferty nielinearne, należy stwierdzić, że takie twierdzenie oparte jest na błędnej interpretacji zobowiązania OTT.

392 Z pkt 13 części B.II tekstu zobowiązań wynika bowiem, że poprzez zobowiązanie OTT spółka Vodafone zobowiązała się do niezawierania lub nieodnawiania umowy z nadawcą telewizyjnym dotyczącej rozpowszechniania kanałów linearnych tego nadawcy telewizyjnego i usług Catch Up TV dotyczących treści na tych kanałach linearnych za pośrednictwem platformy TV spółki Vodafone, która to umowa zawierałaby sformułowania ograniczające bezpośrednio lub pośrednio zdolność tego nadawcy telewizyjnego do oferowania usługi OTT lub swoich kanałów linearnych poprzez usługę OTT, lub swoich treści w celu włączenia do usługi OTT w Niemczech (zob. motyw 1924 zaskarżonej decyzji).

393 Zważywszy zaś, że pojęcie „nadawcy telewizyjnego” zostało zdefiniowane w zobowiązaniach jako każdy „dostawca co najmniej jednego kanału telewizji linearnej”, treści zobowiązania OTT nie można interpretować w sposób proponowany przez skarżącą, jako mającego zastosowanie wyłącznie do nadawców telewizyjnych, którzy rozpowszechniają jednocześnie kanały linearne i usługi Catch Up TV za pośrednictwem platformy podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, a zatem w ten sposób, że zobowiązanie dotyczące ograniczeń OTT nie chroniłoby nadawców telewizyjnych rozpowszechniających kanały linearne bez usługi Catch Up TV na platformie podmiotu powstałego w wyniku koncentracji ani nadawców telewizyjnych oferujących również oferty nielinearne.

394 Zawarta w tekście zobowiązań wzmianka o umowie z nadawcą telewizyjnym, która obejmowała rozpowszechnianie kanałów linearnych tego nadawcy „i” usług Catch Up TV związanych z treścią tych kanałów linearnych za pośrednictwem platformy TV spółki Vodafone, miała raczej na celu rozszerzenie zakresu zobowiązania nie tylko na umowy dotyczące rozpowszechniania kanałów linearnych, lecz również na umowy dotyczące zarówno rozpowszechniania kanałów linearnych, jak i usług związanych z rozpowszechnianiem kanałów linearnych, jakimi były usługi Catch Up TV odnoszące się do treści tych kanałów linearnych, niż wykluczenie umów zawieranych z nadawcami telewizyjnymi oferującymi platformy linearne bez usług Catch Up TV na platformie podmiotu powstałego w wyniku koncentracji lub z nadawcami telewizyjnymi proponującymi również oferty nielinearne.

395 Jak z tego wynika, zobowiązanie OTT należy raczej interpretować w ten sposób, że dotyczyło ono, po pierwsze, umów negocjowanych z nadawcami telewizyjnymi, które dotyczyły wyłącznie rozpowszechniania kanałów linearnych danego nadawcy telewizyjnego, a po drugie, umów negocjowanych z nadawcami telewizyjnymi, które dotyczyły rozpowszechniania kanałów linearnych tego nadawcy telewizyjnego i świadczenia usług Catch Up TV związanych z treścią tych kanałów liniowych za pośrednictwem platformy TV spółki Vodafone, co pozwala na oddalenie tego pierwszego zarzutu szczegółowego skarżącej.

396 W każdym razie należy wskazać, że skarżąca nie przedstawiła żadnej wskazówki na temat wpływu, jaki proponowana przez nią interpretacja zobowiązania OTT mogłaby mieć na skuteczność tego zobowiązania, zgodnie z którą to interpretacją zobowiązanie to nie chroni nadawców telewizyjnych rozpowszechniających kanały linearne bez usług Catch Up TV na platformie podmiotu powstałego w wyniku koncentracji lub nadawców telewizyjnych proponujących również oferty nielinearne. W szczególności skarżąca nie wykazała, że zobowiązanie OTT jest niewystarczające, aby zaradzić stwierdzonemu na rynku zakupu sygnału telewizyjnego problemowi z zakresu konkurencji uzasadniającemu jego przyjęcie, ze względu na to, że nie ma ono zastosowania do nadawców telewizyjnych rozpowszechniających kanały liniowe bez usług Catch Up TV na platformie podmiotu powstałego w wyniku koncentracji lub do nadawców telewizyjnych proponujących również oferty nielinearne. W tym względzie skarżąca nie przedstawiła żadnego dowodu pozwalającego ocenić liczbę nadawców telewizyjnych, którzy mogliby w tym przypadku skorzystać ze zobowiązania OTT.

397 Co się tyczy w drugiej kolejności twierdzenia skarżącej, zgodnie z którym zobowiązanie OTT jest nieskuteczne, ponieważ odniosłoby skutek zbyt późno, należy wskazać, że jak wynika z motywu 1266 zaskarżonej decyzji, stwierdzony problem z zakresu konkurencji, który środek ten miał rozwiązać, polegał na zwiększonej możliwości, jaką miałby podmiot powstały w wyniku koncentracji, aby utrudniać powstawanie i rozwój pewnych innowacyjnych usług telewizyjnych, których rosnące znaczenie zostało stwierdzone i które umożliwiają więcej interakcji pomiędzy nadawcą telewizyjnym a telewidzami, w tym OTT.

398 W konsekwencji, niezależnie od kwestii ram czasowych, w jakich usługi OTT mogłyby znacząco ograniczyć siłę rynkową tradycyjnych platform telewizyjnych, należy stwierdzić, że zobowiązanie OTT – ze względu na to, że od dnia wydania zaskarżonej decyzji uniemożliwiało ono spółce Vodafone nie tylko zawarcie lub przedłużenie z nadawcą telewizyjnym umowy, która zawierałaby postanowienia ograniczające bezpośrednio lub pośrednio zdolność tego nadawcy do oferowania usługi OTT w Niemczech, ale także zobowiązywało spółkę Vodafone do niewprowadzania w życie takich istniejących wcześniej klauzul i do usunięcia podobnych ograniczeń w istniejących umowach – mogło natychmiast uniemożliwić spółce Vodafone utrudnianie powstawania i rozwoju usług OTT, a tym samym rozwiązać stwierdzony problem w zakresie konkurencji, z powodu którego zobowiązanie to zostało przyjęte. Jak z tego wynika, zobowiązanie OTT może zostać skutecznie i w krótkim czasie zrealizowane, zgodnie z pkt 9 zawiadomienia w sprawie środków zaradczych, co pozwala oddalić drugi zarzut szczegółowy skarżącej.

399 Co się tyczy w trzeciej kolejności twierdzenia skarżącej, zgodnie z którym zobowiązanie dotyczące połączeń wzajemnych w odniesieniu do usług OTT było niewystarczające, ponieważ problemy z przepustowością mogły pojawić się w całym zasięgu sieci kablowej, co skutkowałoby tym, że wystarczająca przepustowość połączeń wzajemnych lub peeringu nie zagwarantowałaby klientom telewizji OTT wystarczającej jakości odbioru, należy zauważyć, że z pkt 15 sekcji B.II tekstu zobowiązań wynika, iż celem tego rozwiązania było utrzymanie w Niemczech co najmniej trzech nieprzeciążonych dróg do sieci IP podmiotu powstałego w wyniku koncentracji. Innymi słowy, celem było zapewnienie przepustowości połączeń wzajemnych wystarczającej, aby umożliwić klientom szerokopasmowym podmiotu powstałego w wyniku koncentracji dostęp do wszystkich usług OTT w Niemczech albo za pośrednictwem punktów połączeń wzajemnych opisanych w pkt 16 sekcji B.II tekstu zobowiązań, albo w inny sposób.

400 W tym celu pkt 16 sekcji B.II tekstu zobowiązań przewidywał w szczególności następujące zobowiązania. Po pierwsze, spółka Vodafone zapewni, aby szczytowe dzienne wykorzystanie we wszystkich punktach połączeń wzajemnych podmiotu powstałego w wyniku koncentracji z każdą z grup co najmniej trzech uznanych dostawców połączeń wzajemnych, gotowych sprzedawać usługi tranzytowe, nie przekraczało 80 %, w związku z czym pozostanie co najmniej 20 % dostępnej przepustowości powyżej dziennego szczytu. Po drugie, spółka Vodafone zapewni, aby dostępna przepustowość powyżej dziennego szczytu wynosiła co najmniej 20 Gbit/s. Liczba ta jest co roku aktualizowana zgodnie z procedurą opisaną w tekście zobowiązań. Skarżąca nie wyjaśnia zaś konkretnie, z jakiego powodu byłoby to niewystarczające.

401 W tym względzie należy również wskazać, że Komisja i interwenient wyjaśnili w istocie, co nie zostało zakwestionowane, że podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie miał silną motywację do ograniczania przeciążenia na poziomie lokalnej pętli abonenckiej, ponieważ takie przeciążenie powodowałoby znaczne ryzyko utraty przez niego klientów na rynku stacjonarnego dostępu do Internetu z korzyścią dla innych dostawców.

402 Ponadto należy stwierdzić, że w motywie 1929 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, iż neutralność Internetu zagwarantowana w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiającego środki dotyczące dostępu do otwartego internetu oraz zmieniającego dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (Dz.U. 2015, L 310, s. 1) powinna uniemożliwić podmiotowi powstałemu

w wyniku koncentracji stosowanie jednostronnych praktyk ograniczających mających na celu obejście zobowiązania, takich jak zmiana definicji priorytetów w zakresie ruchu lub dyskryminacja, czego skarżąca nie kwestionuje.

403 W świetle powyższego należy stwierdzić, że skarżąca nie wykazała, iż zobowiązanie dotyczące połączeń wzajemnych w odniesieniu do usług OTT było niewystarczające, aby zapewnić klientom telewizji OTT wystarczającą jakość odbioru, co pozwala oddalić trzeci zarzut szczegółowy.

404 W czwartej kolejności, jeśli chodzi o twierdzenie skarżącej, zgodnie z którym zobowiązania dotyczące rynku zakupu sygnału telewizyjnego były niewystarczające, ponieważ nie zmniejszały zdolności i motywacji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do działania na szkodę innowacyjnych usług telewizyjnych, takich jak IPTV podmiotów trzecich, należy przypomnieć, że – jak wynika z analizy części drugiej zarzutu czwartego – chociaż Komisja uznała w zaskarżonej decyzji, że podmiot powstały w wyniku koncentracji miałby zdolność i motywację do utrudniania powstawania i rozwoju innowacyjnych usług telewizyjnych, takich jak HbbTV i OTT, oraz że spółka Vodafone zaproponowała zobowiązania OTT i HbbTV w celu rozwiązania tego problemu, to nie uznała, że miałoby to miejsce w przypadku IPTV, zważywszy, że produkt ten, w przeciwieństwie do OTT, znajduje się na etapie spowolnienia, z ograniczonym udziałem w rynku wynoszącym 8 % (zob. motyw 291 zaskarżonej decyzji), czego skarżąca nie kwestionuje.

405 Ponadto z pkt 338–360 powyżej wynika, że skarżąca nie wykazała, iż Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie polegający na niezbadaniu, czy podmiot powstały w wyniku koncentracji będzie miał zdolność do utrudniania powstawania i rozwoju innych innowacyjnych usług, takich jak IPTV, i będzie miał w tym interes, w wyniku czego nałożenie zobowiązania w tym względzie nie było konieczne, wobec czego czwarty zarzut szczegółowy nie może zostać uwzględniony.

406 W piątej kolejności, co się tyczy twierdzenia skarżącej, zgodnie z którym zobowiązania dotyczące rynku zakupu sygnału telewizyjnego nie przeszkodziłyby podmiotowi powstałemu w wyniku koncentracji narzucić nadawcom telewizyjnym innych niekorzystnych warunków mogących prowadzić do identycznych, a nawet gorszych rezultatów niż te, które zobowiązania te miały wyeliminować, należy stwierdzić, że skarżąca i interwenient zgadzają się co do tego, iż negocjacje między nadawcami telewizyjnymi a platformami telewizyjnymi nie ograniczały się do przepływu dochodów nadawców telewizyjnych do podmiotu powstałego w wyniku połączenia, to znaczy do taryf gwarantowanych, lecz obejmowały również płatności związane z treściami oraz płatności z tytułu jakości technicznej lub za dodatkowe funkcje i usługi, świadczone przez podmiot powstały w wyniku koncentracji na rzecz nadawców telewizyjnych.

407 Należy jednak przede wszystkim stwierdzić, że w motywie 1221 zaskarżonej decyzji Komisja wskazała, iż taryfy gwarantowane były bezpośrednio związane z transmisją sygnału telewizji kablowej, a zatem wydawały się głównym elementem przepływu płatności, na który miałaby wpływ zwiększona siła rynkowa podmiotu powstałego w wyniku koncentracji na rynku zakupu sygnału telewizyjnego. Ponadto w motywie 1959 wspomnianej decyzji Komisja wyjaśniła, że chociaż niedawny rozwój usług telewizyjnych o wartości dodanej przyczynił się do wzrostu przepływu dochodów platform telewizyjnych do nadawców telewizyjnych, to taryfy gwarantowane stanowiły zawsze niezwykle istotny element finansowy w stosunkach umownych między nadawcami telewizji niekodowanej a platformami telewizji kablowej. Komisja dodała, że pewne informacje zawarte w aktach sprawy sugerują, iż wpływ koncentracji na przepływ dochodów podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do nadawców telewizyjnych

prawdopodobnie jest ograniczony [zob. sekcja VIII.C.2.11.3.9(ii) zaskarżonej decyzji], natomiast w aktach sprawy nie ma żadnych informacji sugerujących, że tak samo jest w przypadku taryf gwarantowanych (zob. także motyw 1261).

408 Jak z tego wynika, Komisja mogła, nie popełniając przy tym oczywistego błędu, uwzględnić okoliczność, iż zobowiązanie do niepodwyższania taryf gwarantowanych mogło zrównoważyć ryzyko zmniejszenia zakresu i obniżenia jakości oferty telewizyjnej dla klientów detalicznych ze względu na znaczne zaostrzenie warunków umownych nałożonych przez podmiot powstały w wyniku koncentracji na niekodowanych nadawców telewizyjnych.

409 Następnie należy uznać, że Komisja miała podstawy, by uwzględnić uzupełniający charakter zobowiązania dotyczącego taryf gwarantowanych oraz zobowiązania OTT, ponieważ pierwsze z nich ingerowało bezpośrednio w stosunki finansowe między podmiotem powstałym w wyniku koncentracji a przedmiotowymi nadawcami telewizyjnymi w odniesieniu do tradycyjnej i linearnej oferty telewizyjnej, a drugie miało wpływ na świadczenie usług dodatkowych.

410 Ponadto w toku postępowania przed Sądem Komisja podniosła, co nie zostało zakwestionowane przez skarżącą, że gdyby podmiot powstały w wyniku koncentracji zamierzał dodać znaczne płatności inne niż taryfy gwarantowane, stanowiłoby to łatwe do zidentyfikowania obejście zobowiązań.

411 Wreszcie, przy założeniu, że piąty zarzut szczegółowy skarżącej dotyczący obejścia zobowiązań ma zastosowanie również do telewizji kodowanej, skarżąca nie przedstawiła też dowodów podważających twierdzenie Komisji, zgodnie z którym w odniesieniu do kodowanych kanałów telewizyjnych każde zachowanie takie jak to opisane przez skarżącą jest sprzeczne ze zobowiązaniem OTT.

412 Z powyższego wynika, że piąty zarzut szczegółowy jest wystarczająco zrozumiały i w związku z tym dopuszczalny, wbrew temu, co twierdzi Komisja, lecz jest on bezzasadny. W konsekwencji ów zarzut szczegółowy należy oddalić, podobnie jak część drugą rozpatrywanego zarzutu.

4. W przedmiocie części trzeciej zarzutu, opartej na spóźnionym przedstawieniu zobowiązania dotyczącego taryf gwarantowanych

413 Na poparcie części trzeciej rozpatrywanego zarzutu skarżąca podnosi, że zobowiązanie dotyczące taryf gwarantowanych zostało przedstawione po upływie terminu na przedstawienie środków naprawczych, w związku z czym Komisja nie mogła przeprowadzić nowych konsultacji z uczestnikami rynku. Tymczasem z zawiadomienia w sprawie środków zaradczych wynika, że jedynie zobowiązania, które w pełni i jednoznacznie rozwiążą dostrzeżone problemy w zakresie konkurencji, mogą zostać zatwierdzone z opóźnieniem, co zdaniem skarżącej nie ma miejsca w przypadku tego zobowiązania w świetle argumentów przedstawionych w ramach dwóch pierwszych części zarzutu piątego. Według skarżącej Komisja powinna była zatem odrzucić zobowiązanie dotyczące taryf gwarantowanych.

414 Komisja, popierana przez spółkę Vodafone, kwestionuje argumenty skarżącej.

415 W tym względzie należy zaznaczyć, że z art. 19 ust. 2 rozporządzenia nr 802/2004 wynika, iż zobowiązania zaproponowane przez zainteresowane przedsiębiorstwa na podstawie art. 8 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 składane są Komisji w terminie nieprzekraczającym 65 dni

roboczych od dnia wszczęcia postępowania. W przypadku gdy termin wydania decyzji wydawanej na podstawie art. 8 ust. 2 rozporządzenia nr 139/2004 zostaje przedłużony, okres 65 dni roboczych zostaje automatycznie przedłużony o taką samą liczbę dni roboczych.

416 Ponadto z pkt 94 zawiadomienia w sprawie środków zaradczych wynika, że jeżeli strony zmienią proponowane zobowiązania po upływie terminu 65 dni roboczych, to Komisja zatwierdzi te zmienione zobowiązania tylko wtedy, gdy będzie mogła jednoznacznie ustalić – na podstawie oceny informacji już otrzymanych w trakcie postępowania, w tym wyników wcześniejszych testów rynkowych, oraz bez konieczności przeprowadzania kolejnego testu rynkowego – czy zobowiązania takie po ich wdrożeniu w pełni i jednoznacznie rozwiążą dostrzeżone problemy w zakresie konkurencji, oraz gdy będzie dostatecznie dużo czasu na przeprowadzenie przez Komisję odpowiedniej oceny i na należyte konsultacje z państwami członkowskimi. Ponadto z przypisu 107 do tego komunikatu, odnoszącego się do jego pkt 94, wynika, że konsultacje z państwami członkowskimi zwykle wymagają od Komisji wysłania projektu ostatecznej decyzji, w tym oceny zmienionych zobowiązań, państwom członkowskim najpóźniej dziesięć dni przed spotkaniem komitetu doradczego z państwami członkowskimi.

417 Wreszcie należy wskazać, że w orzecznictwie uznano, iż te dwie przesłanki są kumulatywne, i doprecyzowano je w ten sposób, że Komisja może uwzględnić zobowiązania przedstawione z opóźnieniem przez strony zgłoszonej koncentracji, po pierwsze, jeżeli rozwiążą one jednoznacznie i bez konieczności przeprowadzenia dodatkowego dochodzenia stwierdzone uprzednio problemy w zakresie konkurencji, a po drugie, jeżeli jest dostatecznie dużo czasu na konsultacje z państwami członkowskimi w przedmiocie tych zobowiązań (zob. wyrok z dnia 6 lipca 2010 r., Ryanair/Komisja, T-342/07, EU:T:2010:280, pkt 455 i przytoczone tam orzecznictwo).

418 W niniejszym przypadku należy stwierdzić, że te dwie przesłanki są spełnione.

419 Jeśli chodzi, po pierwsze, o przesłankę pierwszą, z analizy części pierwszej i drugiej rozpatrywanego zarzutu wynika, że argumenty skarżącej oparte na nieskutecznym i niewystarczającym charakterze zobowiązań, a w szczególności zobowiązania dotyczącego taryf gwarantowanych, zostały oddalone. Należy zatem stwierdzić, że skarżąca nie wykazała, iż Komisja nie mogła jasno ustalić – na podstawie dokonanej przez siebie oceny informacji już uzyskanych w ramach dochodzenia, w szczególności wyników wcześniejszych konsultacji z uczestnikami rynku – że zobowiązanie dotyczące taryf gwarantowanych po jego wdrożeniu rozwiąże jednoznacznie i bez konieczności przeprowadzenia dodatkowego dochodzenia stwierdzone uprzednio problemy w zakresie konkurencji.

420 Jeśli chodzi, po drugie, o przesłankę drugą, należy zauważyć, że z motywów 25 i 26 zaskarżonej decyzji wynika, iż strona, która zgłosiła koncentrację, przedłożyła zmieniony projekt zobowiązań w dniu 11 czerwca 2019 r. oraz że komitet doradczy omówił projekt decyzji i wydał pozytywną opinię w dniu 28 czerwca. Jak z tego wynika, w niniejszym przypadku Komisja była w stanie wysłać do państw członkowskich projekt decyzji końcowej zawierający ocenę zmienionych zobowiązań co najmniej dziesięć dni roboczych przed posiedzeniem komitetu doradczego, czego skarżąca nie kwestionuje, a zatem miała ona wystarczająco dużo czasu na konsultację z państwami członkowskimi w przedmiocie zobowiązania dotyczącego taryf gwarantowanych.

421 Z powyższego wynika, że Komisja mogła uwzględnić zobowiązanie dotyczące taryf gwarantowanych pomimo jego spóźnionego przedstawienia, w związku z czym część trzecią rozpatrywanego zarzutu należy oddalić.

5. W przedmiocie części czwartej zarzutu, opartej na braku wyeliminowania ZPSK na wszystkich właściwych rynkach

422 Skarżąca podnosi, że w świetle jej wcześniejszych argumentów, przedstawionych w ramach zarzutów pierwszego, drugiego i czwartego, zobowiązania były niewystarczające, ponieważ nie eliminują one ZPSK na rynkach MDU i SDU ani skutków w postaci utrudnienia dostępu ze szkodą dla konkurentów podmiotu powstałego w wyniku koncentracji na hurtowych rynkach telewizyjnych, czyli problemów, których Komisja nie zidentyfikowała w zaskarżonej decyzji.

423 Komisja kwestionuje argumenty skarżącej.

424 W tym względzie wystarczy stwierdzić, że argumenty, do których odsyła skarżąca, przedstawione na poparcie zarzutów pierwszego, drugiego i czwartego, zostały oddalone powyżej z powodów przedstawionych w ramach badania tych zarzutów. Jak z tego wynika, skarżąca nie wykazała, że Komisja popełniła oczywisty błąd w ocenie polegający na uznaniu, iż koncentracja nie powoduje żadnej ZPSK na rynkach MDU i SDU oraz żadnego znaczącego negatywnego skutku w odniesieniu do konkurencji na hurtowym rynku nabywania kanałów telewizyjnych i na rynku zakupu sygnału telewizyjnego, wobec czego część czwarta rozpatrywanego zarzutu nie może zostać uwzględniona.

425 W świetle powyższego należy oddalić zarzut piąty jako w każdym wypadku bezzasadny.

G. W przedmiocie wniosku skarżącej o podjęcie środków organizacji postępowania

426 W swoich uwagach z dnia 2 czerwca 2023 r. skarżąca wniosła do Sądu o nakazanie Komisji przedstawienia pewnych dokumentów poufnych, które jeszcze nie zostały ujawnione, w celu sprawdzenia, czy dokumenty te stanowią poparcie dla wywiedzionego przez nią wniosku co do braku stosunku konkurencji między stronami koncentracji na rynku MDU.

427 Jednakże w szczególności z pkt 71–167 powyżej wynika, że taki środek organizacji postępowania nie jest konieczny do wydania orzeczenia w przedmiocie skargi.

428 W związku z tym ten wniosek skarżącej nie zostaje uwzględniony.

429 W świetle wszystkich powyższych rozważań skargę należy oddalić.

IV. W przedmiocie kosztów

430 Zgodnie z art. 134 § 1 regulaminu postępowania kosztami zostaje obciążona, na żądanie strony przeciwnej, strona przegrywająca sprawę. Ponieważ skarżąca przegrała sprawę, zgodnie z żądaniem Komisji i spółki Vodafone należy obciążyć ją kosztami postępowania.

Z powyższych względów

SĄD (siódma izba w składzie powiększonym)

orzeka, co następuje:

1) Skarga zostaje oddalona.

2) Deutsche Telekom AG zostaje obciążona kosztami postępowania.

van der Woude da Silva Passos Reine

Truchot Sampol Pucurull

Wyrok ogłoszono na posiedzeniu jawnym w Luksemburgu w dniu 13 listopada 2024 r.

Podpisy

Spis treści

I. Okoliczności powstania sporu . . . 2

A. Omawiane przedsiębiorstwa . . . 2

B. Postępowanie administracyjne . . . 3

C. Zaskarżona decyzja . . . 3

1. Ocena wpływu koncentracji na konkurencję w Niemczech . . . 3

a) Skutki horyzontalne . . . 4

1) **Nieskoordynowane skutki horyzontalne na rynku stacjonarnego dostępu do Internetu** . . . 4

2) **Nieskoordynowane skutki horyzontalne na rynku świadczenia detalicznych usług transmisji sygnału telewizyjnego** . . . 4

3) **Nieskoordynowane skutki horyzontalne na ewentualnych rynkach udostępniania detalicznych pakietów wielousługowych** . . . 5

4) **Nieskoordynowane skutki horyzontalne na rynku świadczenia detalicznych usług telewizyjnych** . . . 6

5) **Nieskoordynowane skutki horyzontalne na rynku hurtowego dostarczania i nabywania kanałów telewizyjnych oraz na rynku zakupu sygnału telewizyjnego** . . . 6

b) Skutki wertykalne . . . 7

c) Skutki konglomeracyjne . . . 8

d) Wniosek dotyczący skutków koncentracji w Niemczech . . . 8

2. Zobowiązania uznane za wiążące w zaskarżonej decyzji . . . 8

II. Postępowanie i żądania stron . . . 9

III. Co do prawa . . . 10

A. Wynikające z orzecznictwa zasady znajdujące zastosowanie w sprawie . . . 10

1. W przedmiocie dogłębność kontroli sądowej . . . 10

2. W przedmiocie zasad dowodowych . . . 11

B. W przedmiocie zarzutu pierwszego, dotyczącego naruszenia art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004 i oczywistych błędów w ocenie w odniesieniu do rynku MDU . . . 12

1. Rozważania wstępne . . . 12

2. W przedmiocie części drugiej zarzutu, dotyczącej oczywistych błędów w ocenie 13

a) W przedmiocie oczywistych błędów w ocenie w odniesieniu do stosunku konkurencji między stronami koncentracji 13

1) **W przedmiocie konkurencji bezpośredniej** 13

2) **W przedmiocie konkurencji pośredniej** 15

3) **W przedmiocie konkurencji potencjalnej** 19

4) **W przedmiocie zbiorowej pozycji dominującej wynikającej z milczącej zmowy między stronami koncentracji** 26

b) W przedmiocie oczywistych błędów w ocenie w odniesieniu do wynikających z koncentracji skutków dla konkurencji na rynku MDU 27

1) **W przedmiocie zwiększenia siły rynkowej podmiotu powstałego w wyniku koncentracji i wyeliminowania presji konkurencyjnej między stronami** . . . 28

2) **W przedmiocie osłabienia presji konkurencyjnej wywieranej przez pozostałych konkurentów** 28

3. W przedmiocie części pierwszej zarzutu, dotyczącej naruszenia prawa i naruszenia art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia nr 139/2004 30

C. W przedmiocie zarzutu drugiego, dotyczącego oczywistego błędu w ocenie w odniesieniu do stosunku konkurencji między stronami koncentracji na rynku SDU 32

1. Rozważania wstępne 33

2. W przedmiocie części pierwszej zarzutu, opartej na naruszeniu prawa i oczywistym błędzie w ocenie ze względu na to, że Komisja nie uznała, iż koncentracja prowadzi do stworzenie pozycji dominującej powodującej ZPSK 34

3. W przedmiocie części drugiej zarzutu, opartej na oczywistym błędzie w ocenie, polegającym na tym, że Komisja nie doszła do wniosku, iż koncentracja wyeliminuje rzeczywistą i potencjalną konkurencję pomiędzy stronami koncentracji 36

4. W przedmiocie części trzeciej zarzutu, dotyczącej oczywistego błędu w ocenie ze względu na nieuznanie przez Komisję, że koncentracja osłabi pozostałych konkurentów 39

D. W przedmiocie zarzutu trzeciego, dotyczącego oczywistego błędu w ocenie wertykalnych skutków koncentracji w odniesieniu do usług pośrednich transmisji sygnału telewizyjnego 40

1. Rozważania wstępne 40

2. W przedmiocie części drugiej zarzutu, dotyczącej oczywistych błędów popełnionych przez Komisję przy ocenie potencjalnych skutków strategii wykluczającej na konkurencję na rynku niższego szczebla 42

E. W przedmiocie zarzutu czwartego, dotyczącego oczywistych błędów w ocenie popełnionych przez Komisję w odniesieniu do skutków koncentracji na hurtowym rynku nabywania kanałów telewizyjnych i na rynku zakupu sygnału telewizyjnego 46

1. Rozważania wstępne 46

2. W przedmiocie części pierwszej zarzutu, dotyczącej oczywistych błędów w ocenie w odniesieniu do utrudniania dostępu do rynku za pomocą umów na wyłączność (częściową lub całkowitą) 49

a) W przedmiocie rzekomo niekompletnego i błędnego charakteru przeprowadzonego przez Komisję badania dotyczącego motywacji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do zawierania umów na wyłączność całkowitą . 49

b) W przedmiocie rzekomo niekompletnego i błędnego charakteru przeprowadzonego przez Komisję badania dotyczącego motywacji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji do zawierania umów na wyłączność częściową . 52

3. W przedmiocie części drugiej zarzutu, dotyczącej niekompletnej oceny szkód dla konkurencji spowodowanych przez koncentrację z powodu ograniczenia innowacyjnych usług telewizyjnych 53

F. W przedmiocie zarzutu piątego, dotyczącego oczywistego błędu w ocenie popełnionego przez Komisję ze względu na to, że uznała, iż zobowiązania dotyczące OTT i taryf gwarantowanych wystarczają do uznania koncentracji za zgodną z rynkiem wewnętrznym. 57

1. Rozważania wstępne 57

2. W przedmiocie części pierwszej, opartej na zastosowaniu błędnego kryterium prawnego przy ocenie odpowiedniego charakteru zobowiązań dotyczących rynku zakupu sygnału telewizyjnego 58

3. W przedmiocie części drugiej zarzutu, opartej na nieskutecznym charakterze zobowiązań dotyczących rynku zakupu sygnału telewizyjnego ze względu na to, że nie eliminują one stwierdzonych problemów w zakresie konkurencji 60

4. W przedmiocie części trzeciej zarzutu, opartej na spóźnionym przedstawieniu zobowiązania dotyczącego taryf gwarantowanych 65

5. W przedmiocie części czwartej zarzutu, opartej na braku wyeliminowania ZPSK na wszystkich właściwych rynkach 67

G. W przedmiocie wniosku skarżącej o podjęcie środków organizacji postępowania 67

IV. W przedmiocie kosztów 67