Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (sjunde avdelningen i utökad sammansättning)

den 13 november 2024*

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

I mål T-64/20,

Deutsche Telekom AG, Bonn (Tyskland), företrätt av advokaterna C. von Köckritz, U. Soltész, M. Wirtz, M. Schulz, P. Lohs och S. Zinndorf,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, företrädd av G. Conte, J. Szczodrowski och C. Urraca Caviedes, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av

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

intervenient,

meddelar

TRIBUNALEN (sjunde avdelningen i utökad sammansättning)

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

justitiesekreterare: handläggaren S. Jund,

efter den skriftliga delen av förfarandet,

* Rättegångsspråk: engelska.

efter förhandlingen den 21 september 2023,

följande

Dom

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

I. Bakgrund till tvisten

A. De berörda företagen

2 Vodafone Group plc (nedan kallat intervenienten eller Vodafone), Förenade kungariket, är huvudsakligen verksamt inom drift av mobila telekommunikationsnät och tillhandahållande av mobila telekommunikationstjänster, såsom röst-, meddelande- och mobildatatjänster. Vissa av dess bolag tillhandahåller även tjänster avseende kabel-tv, fast telefoni, bredband samt tv-tjänster med IP-baserad teknik (*Internet Protocole Television*, IPTV). Vodafone är inom Europeiska unionen verksamt i tolv medlemsstater, däribland Republiken Tjeckien, Tyskland, Ungern och Rumänien. I Tyskland innehar Vodafone ett koaxialkabelnät i 13 av 16 delstater (Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein och Thüringen), vilket gör det möjligt för Vodafone att tillhandahålla tv- och bredbandstjänster. Vodafone är i Tyskland även verksamt inom tillhandahållande av tjänster för mobil telekommunikation i detaljistledet på nationell nivå och erbjuder tjänster för fast telekommunikation på nationell nivå genom grossisttillträde till sökandens fasta nät.

3 Liberty Global plc, som också finns i Förenade kungariket, tillhandahåller tjänster inom tv, bredband, fast telefoni och mobiltjänster i olika länder i unionen. Liberty Global äger och driver kabelnät som erbjuder tv-tjänster, bredbandstjänster och rösttelefonitjänster i Tjeckien, Tyskland, Ungern och Rumänien. Liberty Global är verksamt i Tyskland under namnet Unitymedia GmbH och i Tjeckien, Ungern och Rumänien under namnet UPC. I Tyskland har Unitymedia ett koaxialkabelnät i de tre delstater som inte omfattas av Vodafones kabelnät, det vill säga Nordrhein-Westfalen, Hessen och Baden-Württemberg, vilket gör det möjligt för Unitymedia att erbjuda tv- och bredbandstjänster. Liberty Global är dessutom verksamt som operatör inom det virtuella mobilnätet i Tyskland och Ungern.

4 Sökanden, som har sitt säte i Tyskland, erbjuder bland annat IP-tv-tjänster, bredbandstjänster och tjänster för fast telefoni, huvudsakligen utifrån sitt koppartelefonnät och sitt fibernät, samt mobiltjänster i olika länder i unionen.

B. Det administrativa förfarandet

5 Europeiska kommissionen mottog den 19 oktober 2018 en anmälan om en planerad koncentration enligt artikel 4.1 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (koncentrationsförordningen) (EUT L 24, 2004, s. 1), genom vilken Vodafone tillkännagav sin avsikt att förvärva ensam kontroll över Liberty Globals telekommunikationsverksamhet i Tjeckien, Tyskland, Ungern och Rumänien. Transaktionen bestod av ett avtal om försäljning och köp enligt vilket Vodafone planerade att förvärva 100 procent av aktierna i de företag som bedrev den berörda telekommunikationsverksamheten i Liberty Global (nedan kallad transaktionen eller koncentrationen). I Tyskland bestod transaktionen i att förvärva 100 procent av aktierna i Unitymedia.

6 Den 11 december 2018, efter en preliminär granskning av anmälan och på grundval av den första fasen av marknadsundersökningen, uttryckte kommissionen allvarliga tvivel beträffande transaktionens förenlighet med den inre marknaden och beslutade att inleda ett förfarande enligt artikel 6.1 c i förordning nr 139/2004.

7 Den 25 mars 2019 tillsände kommissionen Vodafone ett meddelande om invändningar (nedan kallat meddelandet om invändningar).

8 Vodafone inkom med sitt skriftliga svar på meddelandet om invändningar den 8 april 2019.

9 Den 6 maj 2019 erbjöd Vodafone åtaganden enligt artikel 8.2 i förordning nr 139/2004 för att åtgärda de konkurrensproblem som kommissionen hade identifierat. Den 7 maj inledde kommissionen ett marknadstest av de erbjudna åtagandena med tredje parter.

10 Efter vissa ändringar lämnade Vodafone den 11 juni 2019 in ett slutgiltigt antal åtaganden (nedan kallade de slutliga åtagandena).

11 Den 18 juli 2019 antog kommissionen det angripna beslutet med tillämpning av artikel 8.2 i förordning nr 139/2004.

C. Det angripna beslutet

12 I det angripna beslutet bedömde kommissionen inledningsvis koncentrationens effekter, bland annat i Tyskland. Därefter kontrollerade kommissionen om de åtaganden som erbjudits av den part som anmält transaktionen kunde göra koncentrationen förenlig med den inre marknaden och avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

1. Bedömningen av koncentrationens effekter på konkurrensen i Tyskland

13 När det gäller Tyskland analyserade kommissionen först koncentrationens horisontella effekter, det vill säga effekterna av att parterna i koncentrationen var befintliga eller potentiella konkurrenter på den relevanta marknaden. Därefter undersökte kommissionen koncentrationens vertikala effekter, det vill säga effekterna av att parterna i koncentrationen var verksamma på olika nivåer i leveranskedjan. Slutligen bedömde kommissionen koncentrationens konglomerateffekter, det vill säga effekterna av att parterna i koncentrationen hade ett förhållande som varken var horisontellt eller vertikalt, men var verksamma på marknader med nära anknytning till varandra och bland annat tillhandahöll varor eller tjänster som kompletterar varandra.

a) Horisontella effekter

14 Kommissionen undersökte bland annat icke-samordnade horisontella effekter på följande marknader: detaljistmarknaden för tillhandahållande av tjänster för fast internetanslutning i Tyskland (nedan kallad marknaden för fast internetanslutning), detaljistmarknaderna för tillhandahållande av överföring av tv-signaler, detaljisttillhandahållande av flertjänstutbud (*multiple play*), detaljistmarknaden för tillhandahållande av tv-tjänster, marknaden för tillhandahållande och förvärv av tv-kanaler i grossistledet och marknaden för överföring av tv-signaler i grossistledet i Tyskland (nedan kallad marknaden för inmatning av tv-signaler).

1) Horisontella icke-samordnade effekter på marknaden för fast internetanslutning

15 Det framgår av det angripna beslutet att teleoperatörer (tillhandahållare) på marknaden för fast internetanslutning tillhandahåller abonnemang som gör det möjligt för slutkunder (efterfrågande parter) att få tillgång till internet via en fast telekommunikationsanslutning. I förevarande fall ansåg kommissionen att den relevanta marknaden försåvitt avsåg beslutet var den globala detaljistmarknaden för tillhandahållande av fast internetanslutning (vilket inkluderar alla typer av tjänster, distributionssätt och hastigheter och band) till hushållskunder och småföretag, med undantag för tillhandahållande av tjänster för fast internetanslutning via mobilnätsinfrastruktur. När det gäller marknadens geografiska dimension ansåg kommissionen att marknaden var nationell.

16 Efter sin analys ansåg kommissionen att koncentrationen påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens på marknaden för fast internetanslutning, särskilt på grund av att det betydande konkurrenstryck som parterna i koncentrationen utövade på varandra före transaktionen skulle undanröjas, särskilt i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, och på grund av att det skulle skapas en aktör med en marknadsandel vad gäller abonnenter på över 30 procent (som i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät skulle överstiga 40 procent eller ännu mer i vissa delstater och kvarter).

2) Horisontella icke-samordnade effekter på detaljistmarknaden för tillhandahållande av överföring av tv-signaler

17 Det framgår av det angripna beslutet att infrastrukturinnehavarna (tillhandahållare) på detaljistmarknaderna för tillhandahållande av överföring av tv-signaler tillhandahöll tv-signaler till kunder (efterfrågande parter), huvudsakligen via kabel, satellit och på markbunden väg, i enlighet med standarden för marksänd digital-tv (*Digital Video Broadcasting – Terrestrial*, DVB-T) och IP-tv.

18 När det gäller avgränsningen av produktmarknaden noterade kommissionen att den tyska marknaden för tillhandahållande av tjänster för överföring av tv-signaler kännetecknades av bostadsuthyrning och bostadsbolag. Bostadsbolag förhandlade om och ingick avtal om tillhandahållande av bas-tv-tjänster för sina hyresgästers räkning och överförde därefter kostnaderna på månadshyran med tillämpning av en särskild bestämmelse i tysk rätt som kallas *Nebenkostenprivileg* (avgiftsprivilegiet). Kommissionen förklarade att de flesta hushåll som erhöll tv-kanaler för konsumenter i Tyskland bodde i flerfamiljshus (*multi dwelling units*, MDU). Dessa flerfamiljshus tillhörde bostadsbolag eller privata hyresvärdar (nedan kallade

fastighetsägarkunder). När det gäller enskilda hushåll eller enfamiljshus (*single-dwelling units*, SDU) valde slutkonsumenterna (nedan kallade privatkunderna) i allmänhet sin egen tv-distributör och betalade direkt för sitt abonnemang.

19 Med avseende på det angripna beslutet ansåg kommissionen, med beaktande av resultaten av marknadsundersökningen och särdragen på detaljistmarknaden för tillhandahållande av överföring av tv-signaler till kunder boende i flerfamiljshus i Tyskland (nedan kallad fastighetsägarmarknaden), att det var nödvändigt att skilja mellan fastighetsägarmarknaden och detaljistmarknaden för tillhandahållande av överföring av tv-signaler till privatkunder (nedan kallad privatmarknaden). Kommissionen ansåg vidare att den geografiska avgränsningen av fastighetsägarmarknaden och privatmarknaden kunde lämnas öppen.

20 Efter sin analys fann kommissionen att transaktionen inte påtagligt kunde hämma en effektiv konkurrens vare sig på fastighetsägarmarknaden eller på privatmarknaden på grund av horisontella icke-samordnade effekter.

3) Horisontella icke-samordnade effekter på eventuella marknader för detaljisttillhandahållande av flertjänstutbud

21 Kommissionen preciserade att begreppet flertjänst avser erbjudanden som omfattar två eller flera tjänster i detaljistledet som samma leverantör tillhandahåller konsumenter på grundval av enstaka eller flera avtal, nämligen tjänster för mobil telekommunikation, tjänster för fast telefoni, tjänster för fast internetanslutning och tv-tjänster. Flertjänstserbjudanden som omfattar två, tre eller fyra av dessa tjänster kallas dubbla, tredubbla respektive fyrdubbla tjänster (*double play* eller 2P, *triple play* eller 3P och *quadruple play* eller 4P). Flertjänstserbjudanden som omfattar en eller flera av dessa fasta tjänster i kombination med en mobil komponent betecknades som ”fasta och mobila flertjänster” (*fixed-mobile multiple play*) eller ”*Fixed-mobile convergence*” (CFM). Kommissionen ansåg att frågan huruvida det fanns en eller flera särskilda flertjänstemarknader för var och en av de underliggande marknaderna för telekommunikationstjänster kunde lämnas öppen.

22 I slutet av sin analys fann kommissionen att transaktionen påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens på detaljistmarknaden för tillhandahållande av *dubbelplay*-paket innehållande tjänster för fast telefoni och fasta internetanslutning i Tyskland på grund av horisontella icke-samordnade effekter. Kommissionen drog däremot slutsatsen att transaktionen inte påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen på, för det första, en eventuell detaljistmarknad för tillhandahållande av ”*triple play*”-paket som omfattar tjänster för fast telefoni, fasta internetanslutning och mobil telekommunikation i Tyskland, och, för det andra, på en eventuell detaljistmarknad för tillhandahållande av ”*triple play*”-paket (*triple play*) som omfattar tjänster för fast telefoni, fasta internetanslutning och tv-tjänster i Tyskland och, för det tredje, en eventuell detaljistmarknad för tillhandahållande av ”fyra play”-tjänster (*quadruple play*) i Tyskland på grund av horisontella icke-samordnade effekter. Kommissionen påpekade att detta inte påverkade bedömningen av koncentrationens konglomerateffekter vad gäller tillhandahållandet av de olika komponenterna i pakettjänsterna.

4) Horisontella icke-samordnade effekter på detaljistmarknaden för tillhandahållande av tv-tjänster

23 Det framgår av det angripna beslutet att det på detaljistmarknaden för tillhandahållande av tv-tjänster var tillhandahållarna av linjära tv-tjänster, det vill säga linjära programflöden vars sändningstid fastställdes av tv-kanalen, och av icke-linjära tjänster, det vill säga programflöden som tillhandahölls på slutanvändarens begäran, som var tillhandahållande parter. Dessa tillhandahållande parter betjänade de slutkunder som önskade använda sig av sådana tjänster (efterfrågande parter). De tv-tjänster som tv-distributörerna tillhandahöll slutanvändarna bestod av paket med linjära kostnadsfria tv-kanaler eller linjära betal-tv-kanaler samt samlat innehåll i icke-linjära tjänster, såsom *video on demand*. Tv-innehållet kunde tillhandahållas slutanvändarna på ett antal tekniska sätt, bland annat kabel, satellit, markbunden television (DVB-T) och IP-tv. Tillhandahållande parter som tillhandahöll tv-tjänster genom kringgående eller ”utanför utbudet från tillhandahållaren av fast internetanslutning” (*over the top*, OTT) tillhandahöll kanaler och innehåll både linjärt och icke-linjärt via internet. I förevarande fall ansåg kommissionen, med avseende på det angripna beslutet, att marknaden var nationell och att den exakta avgränsningen av marknaden i materiellt hänseende kunde lämnas öppen.

24 Efter sin analys fann kommissionen att transaktionen inte påtagligt kunde hämma en effektiv konkurrens på detaljistmarknaden för tillhandahållande av tv-tjänster i Tyskland på grund av horisontella icke-samordnade effekter.

5) Horisontella icke-samordnade effekter på marknaden för tillhandahållande och förvärv av tv-kanaler i grossistledet och på marknaden för inmatning av tv-signaler

25 Det framgår av det angripna beslutet att på marknaden för tillhandahållande och förvärv av tv-kanaler i grossistledet tillhandahöll programföretag (tillhandahållare) linjära kanaler (gratis eller betal-tv) som detaljistleverantörerna av tv-tjänster (efterfrågande parter) köpte i syfte att tillhandahålla slutanvändarna audiovisuella tjänster. I det angripna beslutet ansåg kommissionen att denna marknad var begränsad till Tyskland och att den borde delas upp i gratis-tv-kanaler och betal-tv-kanaler.

26 På marknaden för inmatning av tv-signaler använde detaljistleverantörerna av tv-tjänster (tillhandahållare) sin infrastruktur för att erbjuda programföretagen (efterfrågande parter) en tjänst för överföring av tv-signaler för sina kanaler. I det angripna beslutet fann kommissionen att den relevanta marknaden skulle avgränsas som marknaden för överföring av kabel-tv-signaler i grossistledet, vars geografiska omfattning var täckningsområdet för varje kabelnät, och preciserade att den skulle beakta en produktmarknad som omfattade IP-tv. Kommissionen tillade att den skulle bedöma transaktionens effekter på nationell nivå.

27 I det angripna beslutet medgav kommissionen att marknaden för tillhandahållande och förvärv av tv-kanaler i grossistledet och marknaden för inmatning av tv-signaler hade ett nära samband med varandra, eftersom förhandlingarna mellan programföretagen och tv-plattformarna (detaljistleverantörer av tv-tjänster) vanligtvis omfattade båda aspekterna (överföring av signaler och förvärv av kanaler). Kommissionen angav således att den skulle bedöma koncentrationens effekter på dessa båda marknader i samma avsnitt i det angripna beslutet.

28 Efter sin analys ansåg kommissionen att transaktionen inte påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen på marknaden för tillhandahållande av tv-kanaler i grossistledet i Tyskland.

29 På marknaden för inmatning av tv-signaler undersökte kommissionen huruvida den sammanslagna enheten, på grund av sitt ökade marknadsinflytande som detaljistleverantör av tv-tjänster, skulle kunna få villkor från programföretagen som slutligen skulle ha en negativ inverkan på detaljistleverantörernas tillgång till tv-innehåll, för det första. För det andra undersökte den om den sammanslagna enheten skulle kunna inverka negativt på omfattningen och kvaliteten på innehållet i det program som erbjuds i Tyskland. För det tredje kontrollerade kommissionen om den sammanslagna enheten kunde hindra uppkomsten av innovativa tv-tjänster. För det fjärde prövades om den kunde hindra uppkomsten av riktade eller segmenterade marknadsföringsapplikationer (*adressable TV*, ATV).

30 Kommissionen förklarade först att även om transaktionen kunde ge upphov till ett ökat marknadsinflytande för den sammanslagna enheten, på marknaden för inmatning av tv-signaler, var det inte möjligt att dra slutsatsen att denna enhet, till följd av det ökade marknadsinflytandet, skulle kunna erhålla villkor av programföretagen och innehavarna av tv-rättigheterna i form av avtal om ensamrätt som skulle ha en negativ inverkan på tillgången till kanaler och innehåll för konkurrerande tv-leverantörer i detaljistledet.

31 Kommissionen ansåg vidare att den sammanslagna enheten, på grund av sitt ökade marknadsinflytande, skulle ha kapacitet och incitament att införa en strategi på marknaden för inmatning av tv-signaler som skulle kunna skada konsumenterna i senare led på grund av försämrad kvalitet för tittarna, ett mer begränsat urval och mindre investeringar i programföretagens innehåll. Särskilt på grund av det ökade marknadsinflytandet för den sammanslagna enheten skulle transaktionen kunna leda till en form av partiella inlåsningseffekter för gratis-tv och betalkanaler, bland annat genom att de avtalsmässiga och ekonomiska villkor som denna enhet skulle uppställa för programföretagen skulle försämras och följaktligen till att kvaliteten på tv-utbudet till de tv-tittare som är slutkunder i Tyskland skulle försämras.

32 Kommissionen ansåg dessutom att den sammanslagna enheten, på grund av sin ökade marknadsstyrka, skulle ha kapacitet och incitament att införa en strategi på marknaden för inmatning av tv-signaler som skulle syfta till att hindra framväxten och utvecklingen av innovativa tv-tjänster, såsom överföring av HbbTV (*Hybrid Broadcast Broadband TV*) och tillhandahållande av OTT-tv-tjänster. Ett sådant hinder skulle kunna skada konsumenter i senare led på grund av försämrad kvalitet för tittarna och färre valmöjligheter.

33 Slutligen ansåg kommissionen att transaktionen inte påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens när det gäller möjligheten för den sammanslagna enheten att hindra framväxten och utvecklingen av ATV-applikationer.

b) Vertikala effekter

34 När det gäller koncentrationens vertikala effekter undersökte kommissionen bland annat sannolikheten för en utträngning av detaljistleverantörer av tjänster för överföring av tv-signaler till fastighetsägarkunder.

35 På den mellanliggande marknaden för överföring av tv-signaler (nedan kallad mellanmarknaden) tillhandahåller operatörerna (tillhandahållare) inom nätet på nivå 3, det vill säga det nät som löper från kabelnätets huvudcentral till fastighetsgränsen, tv-signaler till leverantörer (efterfrågande parter) inom nätet på nivå 4, det vill säga det nät som finns i fastigheter. I förevarande fall ansåg kommissionen, vad gäller beslutet, att kabel och fiber till hushåll (*fiber to the home*, FTTH) eller

till byggnader (*fibre to the building*, FTTB) tillhörde samma relevanta marknad och att marknaden geografiskt sett var regional, det vill säga begränsad till täckningsområdet för kabelnätet hos leverantören på nivå 3.

36 Efter sin analys drog kommissionen slutsatsen att transaktionen inte påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens på den nationella fastighetsägarmarknaden och på den potentiella regionala marknad som motsvarar täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, på grund av vertikala icke-samordnade effekter.

c) Konglomerateffekter

37 Eftersom det, som kommissionen tidigare hade förklarat, inte var möjligt att dra slutsatsen att det fanns en enda marknad för flertjänstserbjudanden i Tyskland, undersökte kommissionen även om koncentrationen skulle få konglomerateffekter genom att avskärma konkurrenter på detaljistmarknaden för mobila telekommunikationstjänster, på detaljistmarknaden för tjänster för fast telefoni, på marknaden för fast internetanslutning och på detaljistmarknaden för tv-tjänster.

38 Efter sin analys drog kommissionen slutsatsen att koncentrationen inte påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens på grund av konglomerateffekter i Tyskland.

d) Slutsats om koncentrationens effekter i Tyskland

39 I det angripna beslutet konstaterade kommissionen således att en effektiv konkurrens påtagligt hämmades på marknaden för fast internetanslutning och på marknaden för inmatning av tv-signaler.

2. Åtaganden som gjorts bindande genom det angripna beslutet

40 I det angripna beslutet fann kommissionen att Vodafones åtaganden var ägnade att göra transaktionen förenlig med den inre marknaden och EES-avtalet. Kommissionen drog härav slutsatsen att koncentrationen, i dess ändrade form till följd av de åtaganden som Vodafone hade erbjudit sig att göra, inte påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen på de marknader där konkurrensproblem hade identifierats.

41 Vodafones åtaganden var följande:

– ett förhandsåtagande om att göra det möjligt för en ny kabeloperatör, det vill säga Telefónica, att få tillträde till den sammanslagna enhetens kabelnät så att det företaget kan erbjuda tjänster för fast internetanslutning i detaljistledet (och, om det så önskar, tjänster för fast rösttelefoni) och sina egna OTT-tv-tjänster eller OTT-tv-tjänster som tillhandahålls av tredje part (”*Wholesale Cable Broadband Access*”-åtagandet),

– ett åtagande avseende OTT-tv (nedan kallat OTT-åtagandet) som omfattade två aspekter, nämligen, för det första, ett åtagande att inte avtalsmässigt begränsa, vare sig direkt eller indirekt, möjligheten för programföretag som sänder via den sammanslagna enhetens tv-plattform att distribuera sitt innehåll via en OTT-tjänst, och, för det andra, ett åtagande om att upprätthålla tillräcklig direkt sammanlänkningskapacitet mellan sitt internetnät som täcker Tyskland och tredjepartsleverantörer av internetsammanlänkningstjänster (transittjänster),

– ett åtagande att inte höja de inmatningsavgifter som betalas av programföretag som sänder gratis-tv-program (nedan kallat åtagandet avseende inmatningsavgifter), och

– ett åtagande om att fortsätta att hysa HbbTV-signaler från programföretag som sänder gratis-tv-program (nedan kallat HbbTV-åtagandet).

42 Det anges således i artikel 1 i det angripna beslutet att transaktionen var förenlig med den inre marknaden och EES-avtalet enligt artikel 8.2 i förordning nr 139/2004 och artikel 57 i EES-avtalet. I artiklarna 2 och 3 i samma beslut föreskrevs vidare villkor respektive skyldigheter för att säkerställa att Vodafone uppfyllde de åtaganden Vodafone hade åtagit sig gentemot kommissionen.

II. Förfarande och parternas yrkanden

43 Genom beslut av den 30 juni 2022 anmodade tribunalen kommissionen att förete vissa handlingar.

44 Genom beslut av den 30 mars 2023, vilket fattades med stöd av artikel 103.3 i tribunalens rättegångsregler, förelade tribunalen kommissionen att inkomma med dels en ny icke-konfidentiell version av det angripna beslutet och vissa av dess bilagor, som skulle tillsändas sökanden, innehållande flera avsnitt som dittills hade dolts, dels en ny konfidentiell version av det angripna beslutet och en av dess bilagor endast till de företrädare för sökanden som tidigare hade undertecknat ett åtagande om konfidentiell behandling, som innehöll andra avsnitt som dittills hade dolts.

45 Genom handling av den 16 maj 2023 ställde tribunalen flera skriftliga frågor till sökanden, kommissionen och intervenienten för skriftliga svar och svar vid förhandlingen.

46 Genom handling som inkom till tribunalens kansli den 2 juni 2023 yttrade sig sökanden över de handlingar som kommissionen ingett i enlighet med beslutet av den 30 mars 2023.

47 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens muntliga frågor vid förhandlingen den 21 september 2023.

48 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

– ogiltigförklara det angripna beslutet, och

– förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

49 Kommissionen och intervenienten har yrkat att tribunalen ska

– ogilla talan, och

– förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

III. Rättslig bedömning

50 Sökanden har åberopat fem grunder till stöd för sin talan. Den första grunden avser åsidosättande av artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004 och uppenbart oriktig bedömning vad gäller fastighetsägarmarknaden. Den andra grunden avser en uppenbart oriktig bedömning vad gäller konkurrensförhållandet mellan parterna i koncentrationen på privatmarknaden. Den tredje grunden avser en uppenbart oriktig bedömning av koncentrationens vertikala effekter på mellanliggande tjänster för överföring av tv-signaler. Den fjärde grunden avser uppenbart oriktig bedömning avseende koncentrationens effekter på marknaderna för förvärv av tv-kanaler och överföring av tv-signaler i grossistledet. Den femte grunden avser en uppenbart oriktig bedömning i den del kommissionen fann att åtagandena avseende OTT-tv och inmatningsavgifter var tillräckliga för att göra koncentrationen förenlig med den inre marknaden.

A. Tillämpliga principer i rättspraxis

1. Domstolsprövningens omfattning

51 Av fast rättspraxis följer att kommissionen genom de materiella reglerna i förordning nr 139/2004, och i synnerhet artikel 2, har getts en viss befogenhet att företa skönsmässig bedömning, bland annat vad gäller ekonomiska bedömningar. Följaktligen ska unionsdomstolens prövning av utövandet av denna befogenhet, som är av väsentlig betydelse för fastställandet av regler i fråga om koncentrationer, göras med beaktande av det bedömningsutrymme som utgör grund för de normer av ekonomisk art som ingår i koncentrationsbestämmelserna (dom av den 18 december 2007, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, C-202/06 P, EU:C:2007:814, punkt 53, och dom av den 13 maj 2015, Niki Luftfahrt/kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, punkt 85).

52 Den prövning som unionsdomstolarna företar av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar vid utövandet av det utrymme för skönsmässig bedömning som den har enligt förordning nr 139/2004 får endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte har förekommit maktmissbruk (dom av den 13 juli 2023, kommissionen/CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, punkt 84, och dom av den 9 juli 2007, Sun Chemical Group m.fl./kommissionen, T-282/06, EU:T:2007:203, punkt 60).

53 Det ankommer i synnerhet inte på tribunalen att ersätta kommissionens ekonomiska bedömning med sin egen (dom av den 7 juni 2013, Spar Österreichische Warenhandels/kommissionen, T-405/08, ej publicerad, EU:T:2013:306, punkt 51, och dom av den 23 maj 2019, KPN/kommissionen, T-370/17, EU:T:2019:354, punkt 107).

54 Även om tribunalen inte får ersätta kommissionens ekonomiska bedömning med sin egen bedömning vid tillämpningen av de materiella reglerna i förordning nr 139/2004, innebär detta dock inte att unionsdomstolen måste avstå från att pröva kommissionens tolkning av ekonomiska uppgifter. Unionsdomstolen ska nämligen inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits (se, för ett liknande resonemang,

dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 145, och dom av den 23 maj 2019, KPN/kommissionen, T-370/17, EU:T:2019:354, punkt 60).

2. Bevisreglerna

55 En prognos, vilken är nödvändig vid kontrollen av koncentrationer, ska upprättas med stor försiktighet, eftersom det inte är fråga om att undersöka tidigare händelser, avseende vilka det ofta förekommer ett stort antal uppgifter som gör det möjligt att förstå orsakerna, eller ens rådande omständigheter, utan om att förutse framtida händelser, vilka kan inträffa, med större eller mindre sannolikhet, såvida det inte antas ett beslut som förbjuder den planerade koncentrationen eller fastställer villkor för att genomföra den (dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 42).

56 Det förhållandet att den ekonomiska analys som kommissionen ska göra är av framåtblickande natur innebär vidare att den bevisnivå denna institution måste iaktta – för att visa att en koncentration påtagligt skulle hämma, eller tvärtom inte skulle hämma den effektiva konkurrensen – inte är alltför hög. Under dessa omständigheter och med beaktande av bland annat den symmetriska strukturen i artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004, samt det förhållandet att den ekonomiska analys som kommissionen ska göra i fråga om företagskoncentrationer är av framåtblickande natur, räcker det att kommissionen, med hjälp av tillräckligt väsentliga och samstämmiga uppgifter, visar att det är mer sannolikt än osannolikt att koncentrationen i fråga påtagligt skulle – eller inte skulle – hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av den, för att nämnda institution ska kunna förklara att koncentrationen är oförenlig respektive förenlig med den inre marknaden (dom av den 13 juli 2023, kommissionen/CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, punkterna 86 och 87).

57 När det gäller beviskraven framgår det av punkterna 50–53 i domen av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), att kommissionen i princip är skyldig att anta ett beslut som innebär antingen att den anmälda koncentrationen godkänns eller att den förbjuds, beroende på vilken ekonomisk utveckling den bedömer vara den troligaste följden av koncentrationen. Det är således fråga om en sannolikhetsbedömning, och inte en skyldighet för kommissionen att utom rimligt tvivel styrka att en koncentration inte ger upphov till konkurrensproblem (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 december 2013, Cisco Systems och Messagenet/kommissionen, T-79/12, EU:T:2013:635, punkt 47).

58 I detta sammanhang ankommer det på kommissionen att göra en helhetsbedömning av resultatet av de samlade indicier som använts för att utvärdera konkurrenssituationen. Det kan därvid tänkas att viss bevisning anses mer betydelsefull medan annan lämnas därhän. Denna prövning och motiveringen av denna omfattas av tribunalens laglighetskontroll av kommissionens beslut på koncentrationsområdet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 juli 2010, Ryanair/kommissionen, T-342/07, EU:T:2010:280, punkt 136).

59 Slutligen ska det påpekas att det inte finns någon unionsrättslig princip som hindrar att kommissionen grundar sin bedömning på en enda bevishandling, förutsatt att det inte råder något tvivel om bevisvärdet av denna handling (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 oktober 2020, HeidelbergCement och Schwenk Zement/kommissionen, T-380/17, EU:T:2020:471, punkt 460 (ej publicerad)).

60 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som de grunder för talan som nämns ovan i punkt 50 ska prövas.

B. Den första grunden: Åsidosättande av artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004 och uppenbart oriktiga bedömningar vad gäller fastighetsägarmarknaden

61 Sökanden har till stöd för sin första grund gjort gällande att kommissionens bedömning i det angripna beslutet av koncentrationens horisontella icke-samordnade effekter på fastighetsägarmarknaden är behäftade med en felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktig bedömningar.

1. Inledande överväganden

62 I avsnitt VIII.C.2.4 i det angripna beslutet undersökte kommissionen transaktionens horisontella icke-samordnade effekter på fastighetsägarmarknaden. Såsom angetts ovan i punkt 19 ansåg kommissionen att den geografiska avgränsningen av denna marknad kunde lämnas öppen.

63 Efter att i skälen 683–701 i det angripna beslutet ha redogjort för vissa särdrag hos fastighetsägarmarknaden, undersökte kommissionen, i skälen 702–712 i samma beslut, de marknadsandelar som parterna i koncentrationen hade såväl på nationell nivå som i sina respektive kabelnäts täckningsområden, samt koncentrationsnivåerna på fastighetsägarmarknaden. Kommissionen drog därefter, i skälen 718–720 i nämnda beslut, slutsatsen att trots att denna marknad var mycket koncentrerad och var och en av parterna hade en dominerande ställning i sina respektive kabelnäts täckningsområden, skulle koncentrationen inte ge upphov till någon särskild förändring (*merger-specific change*), eftersom parterna inte var konkurrenter på denna marknad, mot bakgrund av att det inte fanns någon betydande överlappning mellan deras verksamheter.

64 Kommissionen undersökte därefter, i skälen 721–764 i det angripna beslutet, det konkurrenstryck som parterna utövade. Inom ramen för denna bedömning fann kommissionen att varken Vodafone (se skälen 723–746) eller Unitymedia (se skälen 747–764) utövade något konkurrenstryck på den andra partens kabelnäts täckningsområde, att det inte fanns något som tydde på att så skulle ha varit fallet utan transaktionen och att de därför inte var potentiella konkurrenter.

65 I skälen 765–785 i det angripna beslutet analyserade kommissionen det konkurrenstryck som parterna utövade på varandra och drog slutsatsen att parterna varken var direkta faktiska konkurrenter (se skälen 766–772) eller indirekta faktiska konkurrenter (se skälen 773–785).

66 Slutligen undersökte och jämförde kommissionen i skälen 786–831 i det angripna beslutet det konkurrenstryck som konkurrenterna, särskilt Tele Columbus, sökanden och andra mindre aktörer utövade före koncentrationen (se skälen 787–820) och skulle utöva efter denna (se skälen 821–831), innan den drog slutsatsen att det var troligt att detta konkurrenstryck skulle förbli oförändrat.

67 Med hänsyn till avsaknaden av förändring som beror specifikt på koncentrationen och att koncentrationen inte skulle undanröja någon direkt, indirekt eller potentiell konkurrens mellan parterna eller försvaga konkurrenstrycket från deras konkurrenter, drog kommissionen

slutsatsen att koncentrationen inte skulle ge upphov till någon horisontell icke-samordnad konkurrensbegränsande effekt och således inte heller något betydande hinder för en effektiv konkurrens på denna marknad (se skälen 832–835 i det angripna beslutet).

68 I förevarande fall kan sökandens argument till stöd för den aktuella grunden, som avser den prövning som kommissionen gjorde i det angripna beslutet avseende de horisontella icke-samordnade effekterna av koncentrationen på fastighetsägarmarknaden, delas upp i två delar, varav den första rör felaktig rättstillämpning och åsidosättande av artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004, såtillvida att kommissionen inte ansåg att transaktionen skulle leda till att en dominerande ställning skapades eller förstärktes, och den andra rör uppenbart oriktiga bedömningar.

69 Tribunalen anser att det är lämpligt att inleda med att pröva den första grundens andra del.

2. Den andra grunden: Uppenbart oriktiga bedömningar

70 Sökanden har i huvudsak gjort gällande att kommissionen i det angripna beslutet gjorde uppenbart oriktiga bedömningar vad gäller, för det första, konkurrensförhållandet mellan parterna i koncentrationen, och, för det andra, koncentrationens effekter på konkurrensen på fastighetsägarmarknaden.

a) Uppenbart oriktiga bedömningar vad gäller konkurrensförhållandet mellan parterna i koncentrationen

71 Sökanden har gjort gällande att kommissionen gjorde uppenbart oriktiga bedömningar när den i det angripna beslutet fann att parterna i koncentrationen varken var faktiska konkurrenter eller potentiella konkurrenter före koncentrationen (direkt eller indirekt). Sökanden har vidare gjort gällande att kommissionen gjorde en otillräcklig undersökning av huruvida det förelåg ett tyst samförstånd mellan parterna före koncentrationen.

1) Direkt konkurrens

72 Sökanden har gjort gällande att parterna i koncentrationen var direkta konkurrenter före koncentrationen.

73 Det ska inledningsvis erinras om att kommissionen i det angripna beslutet fann att parterna i koncentrationen inte var direkta konkurrenter, efter att ha konstaterat att dessa nästan var de enda som var verksamma i sina respektive kabelnäts täckningsområden och att de inte överlappade varandra, vilket fick till följd att kunderna på fastighetsägarmarknaden inte kunde gå över (*switch*) från den ena parten i koncentrationen till den andra.

74 När det gäller de få avtal som parterna i koncentrationen hade ingått utanför täckningsområdena för sina kabelnät, angav kommissionen att parterna hade förklarat att dessa avtal inte var ett resultat av en aktiv konkurrens från deras sida, utan att de hade ingåtts undantagsvis, antingen eftersom det rörde sig om särskilda avtal som övertagits från tidigare, eller för att det rörde sig om avtal med bostadsbolag som var verksamma på nationell nivå, vilka redan var kunder till en av parterna och önskade samarbeta med denna beträffande dess samtliga fastigheter (se skäl 768 i det angripna beslutet).

75 Kommissionen tillade att denna avsaknad av direkt konkurrens mellan parterna hade bekräftats av konkurrenternas och bostadsbolagens svar inom ramen för marknadsundersökningen samt av parternas uppgifter om sitt deltagande i anbudsförfaranden på fastighetsägarmarknaden (se skälen 769–771 i det angripna beslutet).

76 I förevarande fall har sökanden för det första gjort gällande att om fastighetsägarmarknaden skulle anses ha haft en nationell dimension före transaktionen, var de båda parterna nödvändigtvis faktiska konkurrenter. Att parterna ”aktivt konkurrerar” på denna marknad eller begränsar sin verksamhet till vissa (geografiska) marknadssegment, nämligen sina respektive kabelnäts täckningsområden, saknar betydelse i detta avseende. Varken förordning nr 139/2004 eller unionsdomstolarnas praxis kräver nämligen att en ”aktiv” konkurrens mellan två företag sätts ur spel för att det ska kunna fastställas att effektiv konkurrens påtagligt hämmas.

77 Sökanden har för det andra gjort gällande att även om de ifrågavarande geografiska marknaderna var begränsade till täckningsområdena för kabelnäten hos parterna i koncentrationen, innehåller det angripna beslutet uppgifter om att det åtminstone fanns en viss direkt konkurrens dem emellan före koncentrationen. Det framgår nämligen klart av tabellerna nr 16 (se skäl 710) och 17 (se skäl 714) i det angripna beslutet att det åtminstone i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät förelåg begränsade men långt ifrån obetydliga överlappningar mellan verksamheterna för parterna i koncentrationen. I skäl 767 och följande skäl i det angripna beslutet nämns dessutom särskilda fall av ”avtal som tagits över från tidigare” eller ”uppdelade avtal” som parterna i koncentrationen ingått utanför sina kabelnäts täckningsområden.

78 Härav följer att kommissionens slutsats att parterna i koncentrationen inte var direkta konkurrenter före koncentrationen är uppenbart felaktig.

79 Kommissionen har, med stöd av Vodafone, bestritt sökandens argument.

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

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

82 Härav följer att de produkter som salufördes av parterna i koncentrationen i praktiken inte konkurrerade med varandra och att kommissionen följaktligen inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning när den fann att dessa parter inte var direkta konkurrenter före koncentrationen.

83 Sökandens argument gör det inte möjligt att bevisa motsatsen.

84 Det ska för det första påpekas att kommissionen, som svar på en fråga som tribunalen ställde skriftligen den 16 maj 2023, bekräftade att det fanns starka indicier på att fastighetsägarmarknaden före transaktionen geografiskt sett var begränsad till varje parts

kabelnäts täckningsområde, men att den, på grund av att det fanns leverantörer och kunder som handlade i hela landet och på grund av att eventuella prisskillnader inom landet inte hade något samband med dessa täckningsområden, inte helt kunde utesluta möjligheten till en fastighetsägarmarknad av nationell omfattning.

85 Den omständigheten att kommissionen ansåg att marknaden kunde ha en nationell dimension innebär således inte att den ansåg att parterna i koncentrationen på en sådan hypotetisk marknad var i direkt konkurrens. Det var först i ett andra skede, inom ramen för sin undersökning av koncentrationens effekter på fastighetsägarmarknaden, som kommissionen bedömde huruvida transaktionen, på en eventuell nationell marknad, med hänsyn till parternas verksamhet, skulle leda till en direkt förlust av konkurrens dem emellan. Den omständigheten att kommissionen i det angripna beslutet ansåg att fastighetsägarmarknaden redan före transaktionen kunde ha en nationell dimension gör det således inte möjligt att dra slutsatsen att parterna i koncentrationen nödvändigtvis var verkliga konkurrenter på en sådan marknad, såsom sökanden har gjort gällande. Slutligen är det inte uteslutet att två företag kan vara verksamma tillsammans med andra företag på samma geografiska marknad, utan att dessa båda företag för den skull vänder sig till samma kunder, bland annat på grund av de geografiska gränserna för deras kabelnät.

86 Det ska tilläggas att det enda syftet med kommissionens konstaterande i skäl 768 i det angripna beslutet om att parterna inte ”aktivt konkurrerade” med varandra var att förklara att det endast var som svar på förfrågningar från fastighetsägarkunder, enbart på kundens initiativ, som parterna vid mycket sällsynta tillfällen hade ingått avtal om tillhandahållande av tv-signaler i täckningsområdet för den andra partens kabelnät. För att besvara sådana förfrågningar var parterna tvungna att förvärva förmedlingstjänster avseende överföring av tv-signaler från en annan operatör. Kommissionen ansåg inte med detta på något sätt att undanröjandet av en ”aktiv” konkurrens var nödvändigt för att fastställa att det förelåg ett betydande hinder för en effektiv konkurrens.

87 Även om det, för det andra, inte förelåg någon överlappning mellan kabelnäten hos parterna i koncentrationen, vilket sökanden inte har ifrågasatt, är det riktigt att kommissionen i det angripna beslutet konstaterade att deras verksamheter i viss mån överlappade varandra, eftersom dessa operatörer i detta fall köpte förmedlingstjänster för överföring av tv-signaler av den andra parten eller av en annan nätoperatör på nivå 3 för att kunna nå de berörda fastighetsägarkunderna.

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

89 Sådana avtal, utanför täckningsområdena för deras kabelnät, ingicks dessutom endast undantagsvis av parterna i koncentrationen, vilket sökanden själv bekräftade under marknadsundersökningen, såsom framgår av skäl 770 i det angripna beslutet.

90 Sökanden har följaktligen inte visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att parterna i koncentrationen inte var direkta konkurrenter före koncentrationen.

2) Indirekt konkurrens

91 Sökanden har gjort gällande att parterna i koncentrationen var indirekta konkurrenter före koncentrationen.

92 Det ska inledningsvis erinras om att kommissionen i det angripna beslutet undersökte huruvida det före koncentrationen förelåg ett indirekt konkurrenstryck mellan parterna i koncentrationen. I detta sammanhang klargjorde kommissionen att befintligt indirekt konkurrenstryck som skulle elimineras till följd av koncentrationen måste vara särskilt starkt för att ge upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens (skäl 776). Efter denna analys drog kommissionen slutsatsen att parterna i koncentrationen inte var indirekta konkurrenter, på grundval av en rad omständigheter.

93 För det första beaktade kommissionen den omständigheten att de få personer som svarat på marknadsundersökningen och som hade gjort gällande att det förekom indirekt konkurrens mellan parterna i koncentrationen själva medgav att priset på fastighetsägarmarknaden berodde på lokala faktorer och inte var jämförbart mellan de olika berörda regionerna (se skäl 774 i det angripna beslutet).

94 För det andra angav kommissionen att tre möjliga överföringsmekanismer hade identifierats under marknadsundersökningen, vilka hade kunnat ge upphov till indirekt konkurrens mellan parterna. Den första mekanismen härrörde från konkurrenter som var verksamma på nationell nivå, såsom sökanden, den andra härrörde från kunder på nationell nivå och den tredje från specialiserade mellanhänder, såsom advokatbyråer och konsultföretag (se skäl 775 i det angripna beslutet). Kommissionen förklarade därefter att den inte hade upptäckt någon bevisning som visade att dessa överföringsmekanismer hade kunnat ge upphov till indirekt konkurrens mellan parterna eller att en sådan indirekt konkurrens hade förekommit (se skäl 777 i det angripna beslutet).

95 Majoriteten av de bostadsbolag som deltog i marknadsundersökningen svarade således att de aldrig (vad gäller lokala bolag, som skulle ha kunnat påverka den tredje överföringsmekanismen) eller sällan (när det gäller nationella bolag, som skulle ha kunnat påverka den andra överföringsmekanismen) använde indirekta jämförande analyser (benchmarking). Vad gäller de konkurrerande operatörerna var det endast sökanden och Tele Columbus som uppgav att de ofta använde sig av sådana jämförande analyser (se skälen 778–780 i det angripna beslutet). Ingen av dessa två konkurrenter har emellertid kunnat ge kommissionen några konkreta exempel som visar att det föreligger ett indirekt konkurrensförhållande mellan parterna, såsom bevis för att villkoren har anpassats till fastighetsägarmarknaden i hela Tyskland (se skäl 781 i det angripna beslutet).

96 För det tredje undersökte kommissionen de interna handlingarna hos parterna i koncentrationen och fann inga bevis för att Vodafone eller Unitymedia skulle ha beaktat den andra partens villkor i sina förhandlingar om fastighetsägarmarknaden (se skäl 782 i det angripna beslutet). Kommissionen beaktade även bevisning som kommit in från parterna i koncentrationen, som visade att villkoren för fastighetsägaravtal inte hade anpassats på nationell nivå (se skäl 783 i det angripna beslutet).

97 Slutligen beaktade kommissionen att denna typ av interregionala jämförande analyser i vart fall inte kunde utgöra en effektiv hävstångseffekt, eftersom det inte förelåg någon direkt faktisk konkurrens mellan parterna och det följaktligen var omöjligt för bostadsbolagen att gå över från en part i koncentrationen till en annan (se skäl 784 i det angripna beslutet).

98 I förevarande fall har sökanden inledningsvis anfört att kommissionen gjorde en felaktig tillämpning av artikel 2 i förordning nr 139/2004 när den i skäl 776 i det angripna beslutet fann att befintligt indirekt konkurrenstryck som skulle elimineras till följd av koncentrationen måste vara särskilt starkt för att ett betydande hinder för en effektiv konkurrens skulle uppstå. Enligt sökanden utgör indirekt konkurrens en relevant form av verklig konkurrens, som skyddas av förordning nr 139/2004, och detta utan att graden av sådan konkurrens är av betydelse. Eftersom de båda parterna i koncentrationen hade en dominerande ställning i sina respektive kabelnäts täckningsområden före koncentrationen, skulle till och med en begränsad ökning av marknadsstyrkan bestående i att undanröja ett (direkt eller indirekt) konkurrenstryck ha lett till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens, vilket kommissionen själv har medgett i fråga om koncentrationens parters ställning på marknaderna för tv-sändningar i grossistledet.

99 Sökanden har vidare angett att kommissionen i det angripna beslutet konstaterade att det förelåg betydande indirekta konkurrensfaktorer, nämligen att parterna i koncentrationen övervakade respektive verksamheter och jämförde sina produkterbjudanden, att de stora bostadsbolagen jämförde erbjudanden från parterna i koncentrationen och att det rådde infrastrukturkonkurrens mellan parterna i koncentrationen. Enligt sökanden är det som är avgörande för att visa att det föreligger ett indirekt konkurrenstryck att parterna i koncentrationen tar hänsyn till de villkor som erbjuds av den andra parten när de fastställer sin egen affärsstrategi.

100 Härav följer enligt sökanden att kommissionens slutsats att transaktionen inte leder till en minskning av den indirekta konkurrensen mellan parterna är uppenbart felaktig.

101 Kommissionen har, med stöd av Vodafone, bestritt sökandens argument.

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

103 Vad för det första gäller den omständigheten att parterna i koncentrationen övervakade sina respektive verksamheter och jämförde sina produkterbjudanden, ska det påpekas att sökanden själv har medgett att skäl 460 och följande skäl samt skäl 892 och följande skäl i det angripna beslutet som sökanden hänvisar till avser marknaden för fast internetanslutning och privatmarknaden, men inte fastighetsägarmarknaden.

104 Kommissionen förklarade vidare att dessa fall av jämförande analyser inte hade gått utöver ”enkla jämförande kommersiella analyser som syftar till att övervaka och eventuellt imitera bästa praxis inom sektorn”. Såsom kommissionen har gjort gällande kan denna form av jämförelse, som består av en analys av resultat på marknaden eller bästa praxis inom sektorn, inbegripet i andra medlemsstater eller tredjeländer, inte kvalificeras som indirekt konkurrenstryck i den mening som avses i punkt 102 ovan.

105 Kommissionen har nämligen, som svar på en skriftlig fråga från tribunalen, preciserat att för att en direkt jämförande analys ska kunna ge upphov till ett indirekt konkurrenstryck måste det enligt kommissionen finnas uppgifter som visar att de upplysningar som den ena parten inhämtat och som rör den andra parten faktiskt beaktades av den förstnämnda parten när den fattade sina affärsbeslut och att dessa upplysningar således utövade påtryckningar på denna part genom att utlösa en reaktion i konkurrenshänseende från den partens sida. I förevarande fall har kommissionen emellertid inte funnit någon omständighet som tyder på att så var fallet på fastighetsägarmarknaden när det gäller de jämförande analyser som sökanden har hänvisat till, och det kan konstateras att sökanden inte har visat motsatsen, eller att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att resonera på detta sätt.

106 Härav följer att det inte förelåg något indirekt konkurrenstryck vars undanröjande skulle ha kunnat leda till en ökning, ens en begränsad sådan, av den sammanslagna enhetens marknadsinflytande, vilket särskiljer fastighetsägarmarknaden från grossistmarknaderna, där kommissionen konstaterade att det förelåg ett betydande hinder för en effektiv konkurrens till följd av den sammanslagna enhetens ökade marknadsinflytande (se punkterna 31 och 32 ovan).

107 Det framgår slutligen av det angripna beslutet (se särskilt skäl 697), och sökanden har inte bestritt detta, att många avtal med fastighetsägarkunder var resultatet av förhandlingar, konkurrensutsättning eller formella anbudsförfaranden. De avtal som var resultatet av dessa förhandlingar eller förfaranden innehöll ett stort antal krav, bland annat i fråga om infrastruktur, tjänster som tillhandahölls och underhåll. Kommissionen påpekade dessutom att man efter marknadsundersökningen var överens om att priserna inte varierade beroende på det geografiska området som sådant, utan snarare beroende på graden av konkurrens, infrastrukturkostnaderna (exempelvis kostnader för civilingenjörsteknik) och var de byggnader som skulle betjänas var belägna. Dessutom var, såsom tredje parter har medgett, ”fastställandet av priser i avtalen avseende MDU specifikt för lokala faktorer och [kunde] inte jämföras från ett område till ett annat”. De avtal som ingicks med fastighetsägarkunderna var således inte standardavtal som lätt hade kunnat bli föremål för en jämförande analys enbart på grundval av en iakttagelse av branschens praxis.

108 Det ska för det andra påpekas att i motsats till vad sökanden har gjort gällande var det endast Vonovia, bland de sex nationella bostadsbolagen och de 230 000 andra bostadsbolagen, varav vissa var verksamma i flera delstater, som svarade att de ofta hade gjort jämförande analyser. Vonovia kunde dock inte ge relevanta exempel som visade på indirekt konkurrens mellan parterna i koncentrationen, såsom framgår av skäl 779 och skäl 781 c i det angripna beslutet.

109 Kommissionen har i detta avseende preciserat i dupliken att den hade begärt kompletterande upplysningar från Vonovia och GdW (GdW var en paraplyorganisation och en sammanslutning som företrädde ungefär 3 000 bostadsbolag som totalt förvaltade cirka sex miljoner bostäder i Tyskland) till följd av deras svar på frågeformulären i marknadsundersökningen, men att de inte hade kunnat lägga fram bevis för den indirekta jämförande analys som påstods ha gjorts av vissa bostadsföreningar.

110 De yttranden som GdW ingav under det administrativa förfarandet och som sökanden ingav till tribunalen föranleder inte någon annan bedömning, eftersom de inte innehåller några ytterligare konkreta exempel på jämförande analyser eller, mer allmänt, på indirekt konkurrens mellan parterna.

111 Sökandens argument påverkar således inte kommissionens konstaterande att de nationella eller lokala bostadsbolagen i förevarande fall inte hade medverkat till att skapa ett indirekt konkurrenstryck mellan parterna i koncentrationen.

112 Vad för det tredje gäller konkurrensen i fråga om infrastruktur mellan parterna i koncentrationen, framgår det av skäl 441 och skäl 453 b i det angripna beslutet att kommissionen konstaterade att de investerings- och innovationsverksamheter i nätet som respektive part i koncentrationen genomförde inte hade någon direkt inverkan på den andra partens innovations- och investeringsstrategi i den andra partens nät och att varje parts övervakning av den andra partens verksamhet i detta sammanhang inte gick utöver ”enkla jämförande kommersiella analyser som syftar till att övervaka och eventuellt imitera bästa praxis inom sektorn”, vilket sökanden inte har bestritt.

113 Såsom angetts ovan i punkterna 104 och 105 är denna form av jämförelse, som består i en analys av marknadens resultat eller bästa praxis inom sektorn, inbegripet i andra medlemsstater eller i tredjeländer, endast en fritt vald form av jämförelse, och att den inte motsvarar den form av indirekt konkurrenstryck som avses i punkt 102 ovan.

114 För det fjärde ska det påpekas att kommissionen i det angripna beslutet förklarade dels att granskningen av de interna handlingarna från parterna i koncentrationen inte hade visat på några uppgifter som tydde på att nämnda parter beaktade varandras villkor vid sina förhandlingar avseende fastighetsägaravtalen, dels att parterna i koncentrationen hade lagt fram övertygande uppgifter för att bestrida anpassningen av fastighetsägaravtalen till hela Tyskland. I motsats till vad sökanden har anfört var dessa konstateranden relevanta för bedömningen av huruvida varje part i koncentrationen beaktade de villkor som den andra parten erbjöd när den bestämde sin affärsstrategi, och således för att bedöma huruvida det förelåg en indirekt konkurrens dem emellan före koncentrationen på fastighetsägarmarknaden.

115 Av det ovan anförda följer att sökanden inte har visat att kommissionen i det angripna beslutet på ett uppenbart felaktigt sätt drog slutsatsen att parterna i koncentrationen inte var indirekta konkurrenter.

116 Eftersom kommissionen inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning när den drog slutsatsen att det inte förelåg någon indirekt konkurrens mellan parterna i koncentrationen, är det inte längre nödvändigt att pröva huruvida det finns fog för argumenten avseende frågan huruvida undanröjandet av denna typ av konkurrens måste vara ”särskilt starkt” för att det ska uppstå ett betydande hinder för en effektiv konkurrens i den mening som avses i artikel 2 i förordning nr 139/2004.

3) Den potentiella konkurrensen

117 Sökanden har gjort gällande att även om det antas att parterna i koncentrationen inte kan betraktas som faktiska konkurrenter, var de åtminstone potentiella konkurrenter före koncentrationen.

118 Tribunalen erinrar inledningsvis om att kommissionen i det angripna beslutet först undersökte huruvida Vodafone var en potentiell konkurrent till Unitymedia. I detta sammanhang erinrade kommissionen om att Vodafone huvudsakligen var verksamt i sitt eget kabelnäts

täckningsområde och påpekade att denna operatör hade uppgett att företaget inte hade några planer på att bygga ut kabelnätet, exempelvis i Unitymedias täckningsområde, på grund av att den underliggande investeringen inte var lönsam (se skäl 726).

119 Eftersom nästan alla konkurrerande operatörer inom ramen för marknadsundersökningen svarade att de förväntade sig att Vodafone skulle utvidga sitt kabelnät i Unitymedias täckningsområde, undersökte kommissionen därefter den sannolika utvecklingen av det konkurrenstryck som Vodafone skulle ha utövat om koncentrationen inte genomförts. Kommissionen angav i detta avseende att Vodafones teoretiska kapacitet i Unitymedias kabelnäts täckningsområde inte var tillräcklig, eftersom den ansåg att det för att visa att det förelåg en potentiell konkurrens mellan parterna i koncentrationen vars undanröjande skulle ha gett upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens krävdes att det var tillräckligt sannolikt att ett sådant hinder skulle uppkomma (se skäl 730 i det angripna beslutet).

120 I skälen 731–746 i det angripna beslutet förklarade kommissionen att den inte hade upptäckt en sammanhängande uppsättning bevis som tydde på att en utvidgning av Vodafone till täckningsområdet för Unitymedias kabelnät skulle ha varit sannolik eller rimligen förutsebar i avsaknad av transaktionen, utan att den snarare hade identifierat en rad omständigheter som visade motsatsen.

121 Kommissionen påpekade nämligen för det första att Vodafone aldrig tidigare hade byggt över Unitymedias kabelnät och konstaterade att denna operatör endast hade utvecklat sitt kabelnät i mycket liten utsträckning, till och med i sitt eget täckningsområde och i närheten av detta, trots att en sådan utveckling var lönsammare än att bygga ett parallellt kabelnät. För det andra bekräftade kommissionens analys av Vodafones interna handlingar att denna operatör inte planerade några projekt för att bygga ett nät parallellt med Unitymedias kabelnät, eftersom liknande projekt inte uppfyllde dess investeringskriterier. Kommissionen beaktade Vodafones prognoser med hänsyn till den infrastruktur som denna operatör redan förfogade över, vilken bekräftade att denna avsaknad av lönsamhet. För det tredje angav kommissionen att den inte hade funnit någon omständighet som visade att det skulle ha blivit lönsammare i framtiden att bygga ett kabelnät parallellt med en annan operatörs kabelnät.

122 Kommissionen ansåg vidare att de arbeten med parallella nät som hade utförts av andra aktörer, såsom Tele Columbus, lokala aktörer eller sökanden, härrörde ur särskilda affärsmässiga överväganden som skilde sig från sådana som syftade till att utveckla ett nätverk parallellt med en konkurrerande operatörs nät. När det gäller Tele Columbus, noterade kommissionen att denna operatör inte hade samtyckt till någon betydande investering för utvidgning av sitt nät på nivå 3 (se skäl 744 i det angripna beslutet). Slutligen preciserade kommissionen att den inte hade några indikationer på att det var sannolikt att Vodafone skulle ha för avsikt att ta sig in i Unitymedias täckningsområde med några andra tekniska eller kommersiella medel än utvidgning av sitt eget kabelnät (se skäl 742 i det angripna beslutet).

123 Därefter undersökte kommissionen huruvida Unitymedia var en potentiell konkurrent till Vodafone. I detta sammanhang erinrade kommissionen om att Unitymedia huvudsakligen var verksamt i täckningsområdet för dess eget kabelnät och påpekade att denna operatör hade uppgett att företaget inte hade några planer på att bygga ut kabelnätet, exempelvis i Vodafones täckningsområde, på grund av att den underliggande investeringen inte var lönsam (se skäl 726 i det angripna beslutet).

124 Mot bakgrund av att nästan alla konkurrerande operatörer som svar på marknadsundersökningen uppgav att de förväntade sig att Unitymedia skulle utvidga sitt nät i täckningsområdet för Vodafones kabelnät, samtidigt som de medgav att Unitymedia hade mindre incitament att agera än Vodafone, undersökte kommissionen den sannolika utvecklingen av det konkurrenstryck som Unitymedia skulle utöva utan koncentrationen.

125 I skälen 755–764 i det angripna beslutet förklarade kommissionen att den inte hade upptäckt en sammanhängande uppsättning bevis som tydde på att en utvidgning av Unitymedia till täckningsområdet för Vodafones kabelnät skulle ha varit sannolik eller rimligen förutsebar i avsaknad av transaktionen, utan att den snarare hade identifierat en rad omständigheter, som var relativt lika dem som upptäckts när det gällde Vodafone, som visade motsatsen.

126 Kommissionen påpekade nämligen för det första att Unitymedia aldrig tidigare hade byggt något kabelnät parallellt med Vodafones kabelnät och konstaterade att denna operatör endast hade utvecklat sitt kabelnät i mycket liten utsträckning, till och med i sitt eget täckningsområde och i närheten av detta, trots att en sådan utveckling var lönsammare än att bygga ett parallellt kabelnät. För det andra bekräftade kommissionens analys av Unitymedias interna handlingar att denna operatör inte planerade några projekt för att bygga ett kabelnät parallellt med Vodafones kabelnät, eftersom liknande projekt inte uppfyllde dess investeringskriterier. Kommissionen beaktade en prognos som Unitymedia hade gjort och som bekräftade denna avsaknad av lönsamhet. Slutligen angav kommissionen att de andra faktorer som beaktades vid bedömningen av huruvida Vodafone bidrog till en potentiell konkurrens även var tillämpliga i Unitymedias fall.

127 I förevarande fall har sökanden för det första hävdat att ett företag är en potentiell konkurrent på en viss marknad om det finns verkliga och konkreta möjligheter för det berörda företaget att komma in på marknaden och konkurrera med de etablerade företagen. Det är således endast relevant huruvida ett företag har förmåga att inträda på en viss marknad. Denna kapacitet utgör i sig en potentiell konkurrens och skyddas av förordning nr 139/2004, utan att det är nödvändigt att fastställa att nämnda företag konkret har för avsikt att utnyttja denna kapacitet på ett effektivt sätt i framtiden. En potentiell konkurrenssituation ska således huvudsakligen bedömas objektivt, i syfte att avgöra huruvida marknadsinträde är objektivt möjligt och således huruvida den potentiella nya aktören utövade ett betydande tryck på de företag som redan var verksamma på den relevanta marknaden. De subjektiva avsikterna eller affärsprojekten hos parterna i koncentrationen, såsom investeringsplaner och interna lönsamhetströsklar, är inte avgörande i detta avseende.

128 Sökanden har för det andra gjort gällande att den undersökning som genomfördes bland de företag som redan var verksamma på de relevanta marknaderna tydligt bekräftade att parterna i koncentrationen på ett realistiskt sätt hade kunnat utvidga sin infrastruktur för kabelnät (eller fibernät) till den andra partens täckningsområde. Marknadsaktörerna har dessutom förklarat att parterna i koncentrationen sannolikt skulle ha blivit mer aggressiva konkurrenter i täckningsområdena för sina respektive kabelnät under de kommande två eller tre åren.

129 För det tredje innehåller det angripna beslutet enligt sökanden flera konkreta exempel som visar att en expansion inom täckningsområdet för en annan kabeloperatör var objektivt genomförbar och ekonomiskt livskraftig. Sökanden själv samt Tele Columbus och andra operatörer i Europa har byggt parallella kabelnät, vilket visar att en sådan transaktion är ekonomiskt lönsam. Kommissionen gjorde dessutom fel när den begränsade sig till att undersöka sannolikheten för en potentiell konkurrens genom att bygga ett nät parallellt med den andra partens kabelnät, trots att parterna i koncentrationen mycket väl hade kunnat betjäna fastighetsägarkunder utanför sina

respektive kabelnäts täckningsområden genom förmedlingstjänster för överföring av tv-signaler som tillhandahölls av en annan operatör. Kommissionen har inte heller tagit hänsyn till förekomsten av ”tomma områden” i vilka ingen aktör var närvarande, varför frågan om att bygga ett parallellt nät inte var aktuell.

130 För det fjärde var det fel av kommissionen att grunda sin bedömning på parternas investeringskriterier för att dra slutsatsen att det inte var lönsamt att bygga ett kabelnät parallellt med den andra partens kabelnät, eftersom sådana kriterier kan ändras när som helst, eller till och med manipuleras, och eftersom ”ekonomisk livskraft” är ett objektivt begrepp. I sitt yttrande av den 2 juni 2023 har sökanden dessutom gjort gällande att de investeringskriterier som parterna i koncentrationen tillämpade, såsom de angetts i det angripna beslutet, inte alls överensstämde med branschpraxis eller de övriga marknadsaktörernas investeringskriterier, och att de för övrigt var klart högre än sökandens, vilket visade att de avsiktligen hade fastställts för att framstå som olönsamma för alla projekt för att bygga ett nät parallellt med den andra partens kabelnät.

131 För det femte beaktade kommissionen inte den omständigheten att Bundeskartellamt (Federala kartellmyndigheten, Tyskland) ansåg att parterna åtminstone var potentiella konkurrenter.

132 Härav följer att kommissionen enligt sökanden gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att parterna i koncentrationen inte var potentiella konkurrenter före den transaktionen.

133 Kommissionen har, med stöd av Vodafone, bestritt sökandens argument.

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

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

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

easyJet/kommissionen, T-177/04, EU:T:2006:187, punkt 123) och följaktligen grunda sin bedömning på dess investeringskriterier. Kommissionen kan således inte kvalificera ett företag som en potentiell konkurrent på grundval av allmänna och abstrakta överväganden utan att beakta företagets affärsintressen, dess utvecklingsstrategi på kort och medellång sikt samt de lönsamhetskriterier som kommissionen har fastställt i detta avseende.

137 Härav följer att när kommissionen konstaterar, för det första, att det berörda företaget under en tillräckligt kort tidsperiod som beräknas mot bakgrund av marknadens särdrag inte har vidtagit några åtgärder för att träda in på marknaden, och, för det andra, att nämnda företag inte anser att det är ekonomiskt rationellt och intressant att träda in på marknaden, och, för det tredje, att nämnda företag inte har för avsikt att i framtiden ge sig in på marknaden på ett påtagligt sätt, kan kommissionen, utan att göra en uppenbart oriktig bedömning, dra slutsatsen att företaget i fråga inte är en potentiell konkurrent till den andra parten i koncentrationen.

138 Vad för det andra gäller uppfattningen hos de företag som redan var verksamma på den relevanta marknaden, såsom den kommit till uttryck i marknadsundersökningen, framgår det av skälen 727, 728, 752 och 753 i det angripna beslutet att kommissionen faktiskt beaktade de konkurrerande aktörernas uppfattning, eftersom det framgår av dessa skäl att den inledde en fördjupad undersökning av huruvida det förelåg potentiell konkurrens mellan parterna i koncentrationen, bland annat på grundval av dessa aktörers yttranden.

139 Även om kommissionen har rätt att beakta uppfattningen hos de företag som är verksamma på marknaden, kan denna uppfattning emellertid inte vara avgörande för en bedömning av huruvida det föreligger potentiell konkurrens.

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

141 Vad för det tredje gäller de omständigheter som enligt sökanden visar att det är objektivt genomförbart och ekonomiskt livskraftigt att expandera inom täckningsområdet för en annan kabeloperatör, räcker det för att underkänna denna invändning att, såsom framgår av den rättspraxis som anges i punkt 136 ovan, erinra om att den ekonomiska lönsamheten för en strategi för inträde på marknaden inte kan likställas med den rena lönsamheten för en sådan strategi, och att det ska tas hänsyn till det kommersiella eller ekonomiska intresset av att träda in på en marknad för det företag vars egenskap av potentiell konkurrent analyseras.

142 Även om de omständigheter och exempel som sökanden har anfört visade att en utvidgning i täckningsområdet för den andra partens kabelnät objektivt sett var genomförbar och ekonomiskt lönsam, förklarade kommissionen i det angripna beslutet på ett detaljerat sätt, bland annat på grundval av sina interna handlingar, att ingen av parterna i koncentrationen före koncentrationen hade för avsikt att bygga ett kabelnät parallellt med den andra partens nät eller hade ett ekonomiskt intresse av att göra det, eftersom de underliggande investeringarna inte uppfyllde deras respektive investeringskriterier. Kommissionen beaktade för övrigt även den omständigheten att parterna i koncentrationen aldrig tidigare hade byggt över varandras nät. Tribunalen anser att det ovan anförda räcker för att sökandens tredje invändning ska kunna underkännas.

143 De omständigheter som sökanden har anfört visar inte heller att det objektivt sett skulle ha varit genomförbart och ekonomiskt lönsamt för parterna i koncentrationen att utvidga sin verksamhet på fastighetsägarmarknaden till den andra partens kabelnäts täckningsområde.

144 Vad för det första gäller den omständigheten att andra konkurrenter var beredda att utvidga sitt nät, förklarade kommissionen i det angripna beslutet varför dessa strategier inte var tillämpliga på parterna i en annan koncentration.

145 Vad särskilt gäller sökanden var sökandens situation, såsom framgår bland annat av skäl 744 c i det angripna beslutet, mycket annorlunda jämfört med situationen för parterna i koncentrationen, eftersom sökanden redan hade ett mycket omfattande fibernät, och sökanden använde detta nät för att tillhandahålla bredbandstjänster via tekniken för digital abonnentanslutning (*Digital Subscriber Line*, DSL). För att utvidga sitt utbud till fastighetsägarkunder till nya områden kunde sökanden följaktligen stödja sig på sina egna fiberanslutningar eller befintliga ledningar och behövde i allmänhet endast bygga korta delar av nätet på nivå 3.

146 Vad gäller Tele Columbus framgår det av den bevisning som lagts fram i skäl 744 a och i skälen 797–799 i det angripna beslutet, vilka inte har bestritts av sökanden, att detta bolag under åren före antagandet av det angripna beslutet faktiskt inte hade byggt över någon annan operatörs kabelnät. I synnerhet framgår det av figur 20, som återges i skäl 798 i det angripna beslutet, att antalet hushåll som var anslutna till Tele Columbus nät inte hade ökat nämnvärt mellan åren 2012 och 2018, förutom på grund av förvärv av redan befintliga tillgångar i andra bolag.

147 När det gäller de fall av parallella kabelnät i andra medlemsstater som sökanden har åberopat kan, såsom kommissionen har angett i sina inlagor, dessa företeelser förklaras av historiska faktorer eller av låga kostnader för utbyggnad i dessa medlemsstater. Kommissionen har dessutom vid tribunalen nämnt exempel på medlemsstater där kabelnäten inte överlappar varandra. Kommissionen angav även på ett underbyggt sätt att den omständigheten att operatörerna i princip inte utvidgar sina kabelnät utgjorde en allmän trend i Europa. Härav följer att de fall av parallella nät som sökanden har åberopat inte gör det möjligt att ifrågasätta kommissionens bedömningar av den potentiella konkurrensen mellan parterna i koncentrationen.

148 För det andra har kommissionen, i motsats till vad sökanden har påstått, inte begränsat sig till att undersöka sannolikheten för en potentiell konkurrens genom byggande av ett kabelnät parallellt med kabelnätet hos den andra parten i koncentrationen, såsom framgår av skäl 745 i det angripna beslutet vad gäller Vodafone och av skäl 763 i nämnda beslut vad gäller Unitymedia. Kommissionen ansåg i detta sammanhang att det även var osannolikt att en part skulle ta sig in på den andra partens kabelnäts täckningsområde med medel som inte var baserade på infrastruktur, såsom bland annat hyrda förbindelser, satellitinfrastruktur eller nät på nivå 4.

149 Kommissionen har dessutom vid tribunalen, utan att motsägas av sökanden, förklarat att även om det teoretiskt sett var möjligt att tillhandahålla tjänster för överföring av tv-signaler till fastighetsägarkunder utan att använda sin egen infrastruktur på nivå 3, var det i praktiken inte någon intressant möjlighet ur konkurrenssynpunkt. Det ska i detta hänseende även påpekas att kommissionen, i skäl 820 i det angripna beslutet, konstaterade att operatörerna på nivå 4 var helt beroende av parternas vilja att erbjuda förmedlingstjänster för överföring av tv-signaler på konkurrenskraftiga villkor, vilket sökanden inte har bestritt. I skäl 1479 i det angripna beslutet påpekade kommissionen vidare att operatörerna på nivå 4 själva hade förklarat att de var verksamma inom ett nischsegment på marknaden, medan bostadsföreningarna hade hävdat att dessa operatörer ofta inte uppfyllde kraven på servicenivå och inte var i stånd att ta ansvar för att

förbättra nätet på nivå 3, vilket sökanden inte heller har bestritt. Dessa omständigheter ger stöd för kommissionens konstaterande att det var föga troligt att parterna i koncentrationen skulle utvidga sin verksamhet till täckningsområdet för den andra partens kabelnät med hjälp av medel som inte var baserade på infrastruktur.

150 Vad för det tredje gäller förekomsten av ”tomma områden” som kommissionen enligt sökanden inte har beaktat, konstaterar tribunalen, utan att det ens är nödvändigt att pröva huruvida detta argument kan tas upp till sakprövning, vilket kommissionen har bestritt att det kan, att om ingen operatör ännu hade byggt ut kabelnät i dessa områden, var det mycket osannolikt att båda parterna i koncentrationen skulle besluta att etablera sig där. Det ska även påpekas att det i kommissionens undersökning inte har framkommit någon omständighet som tyder på att parterna utan transaktionen skulle ha varit verksamma i samma tomma område och sökanden har inte lagt fram några bevis för motsatsen.

151 Vad för det fjärde gäller sökandens påstående att kommissionen inte kunde grunda sin bedömning på koncentrationens parters investeringskriterier, eftersom dessa hade kunnat ändras när som helst, eller rentav manipuleras, och att dessa inte motsvarade praxis inom sektorn, ska det erinras om att den ekonomiska lönsamheten för en strategi för inträde på marknaden inte kan likställas med den rena lönsamheten för en sådan strategi, och att kommissionen kan grunda sin bedömning på det kommersiella eller ekonomiska intresset av att träda in på en marknad för det företag vars egenskap av potentiell konkurrent analyseras (se punkterna 135 och 136 ovan) och således på dess investeringskriterier.

152 Det ska i detta hänseende påpekas att kommissionen måste grunda sin bedömning av huruvida det föreligger en potentiell konkurrens på en rad omständigheter. Vid denna prövning får kommissionen inte bortse från de berörda företagens investeringsstrategier. Detta gäller särskilt stora internationella koncerner såsom Vodafone, vilka måste kunna välja mellan investeringsprojekt som avser flera nationella marknader genom att i detta syfte utgå från den bästa avkastningen. Tribunalen konstaterar för övrigt att de uppgifter som sökanden har lämnat inte räcker för att dra slutsatsen att kommissionen förfogade över uppgifter som tydde på att de sifferuppgifter som den part som anmält koncentrationen hade lämnat var oriktiga.

153 Det ska dessutom understrykas att de bestämmelser som är tillämpliga på kontroll av koncentrationer föreskriver olika åtgärder för att avskräcka från och beivra lämnande av oriktiga eller vilseledande uppgifter. De parter som anmäler en företagskoncentration omfattas nämligen, enligt artiklarna 4.1 och 6.2 i kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 av den 7 april 2004 om tillämpning av förordning nr 139/2004 (EUT L 133, 2004, s. 1, och rättelse i EUT L 172, 2004, s. 9), av en uttrycklig skyldighet att fullständigt och korrekt redovisa för kommissionen de sakförhållanden och omständigheter som är relevanta för beslutet om förenlighet, eftersom sanktionsåtgärder föreskrivs i artikel 14 i förordning nr 139/2004. Kommissionen får dessutom, enligt artiklarna 6.3 a och 8.6 a i förordning nr 139/2004, återkalla ett beslut om att koncentrationen är förenlig med den inre marknaden, om detta grundar sig på oriktiga uppgifter för vilka ett av de berörda företagen är ansvarigt eller om beslutet har utverkats på ett bedrägligt sätt (dom av den 7 maj 2009, NVV m.fl./kommissionen, T-151/05, EU:T:2009:144, punkt 185 och där angiven rättspraxis).

154 Slutligen konstaterar tribunalen dels att det framgår av bland annat skäl 742 och fotnot 553 i det angripna beslutet att kommissionen kontrollerade de prognoser som gjorts av parterna i koncentrationen, inom ramen för vilka dessa parter undersökte lönsamheten, mot bakgrund av sina investeringskriterier, för flera infrastrukturprojekt, och fann att resultaten av dessa projekt

var tillräckligt robusta, dels att kommissionen inte enbart grundade sin bedömning på koncentrationens parters investeringskriterier för att dra slutsatsen att det inte förelåg någon potentiell konkurrens dem emellan. Kommissionen beaktade nämligen bland annat den omständigheten att varken Vodafone eller Unitymedia i praktiken någonsin hade byggt över den andra partens kabelnät och att dessa parter endast i obetydlig omfattning hade utvidgat sitt nät inom täckningsområdet för sitt eget kabelnät, trots att en sådan intern utvidgning var lönsammare.

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

156 Av det ovan anförda följer att sökanden inte har visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den i det angripna beslutet fann att det var föga troligt att parterna i koncentrationen om koncentrationen inte skulle ha funnits kulle ha utvidgat sin verksamhet på fastighetsägarmarknaden till täckningsområdet för den andra partens kabelnät, och det därigenom skulle ha förelegat en potentiell konkurrens dem emellan som koncentrationen skulle ha undanröjt, vilket i sin tur hade gett upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens.

4) Kollektiv dominerande ställning till följd av tyst samverkan mellan parterna i koncentrationen

157 Sökanden har vid flera tillfällen gjort gällande att anledningen till att parterna i koncentrationen inte konkurrerade med varandra och aldrig hade byggt över varandras kabelnät var att de befann sig i en kollektiv dominerande ställning till följd av en tyst samverkan dem emellan, avseende vilken kommissionen inte hade genomfört tillräckliga undersökningar.

158 Sökanden har således gjort gällande att avsaknaden av aktiv konkurrens mellan parterna i koncentrationen inte betyder att dessa inte var konkurrenter, utan snarare tyder på att de hade en kollektiv dominerande ställning till följd av en tyst samverkan dem emellan vilken syftade till att dela upp den tyska marknaden och undvika att ge intryck av att det förelåg ett konkurrensförhållande mellan dem för att underlätta godkännandet av koncentrationen, som hade planerats under lång tid. Till stöd för detta påstående har sökanden hänvisat till flera beslut av Federala kartellmyndigheten, som har konstaterat att parterna har en kollektiv dominerande ställning, och gjort gällande att fastighetsägarmarknaden uppvisar alla kännetecken på en marknad med kollektiv dominans och att det inte finns någon annan trovärdig förklaring till avsaknaden av konkurrens mellan parterna i koncentrationen.

159 Kommissionen har, med stöd av Vodafone, bestritt sökandens argument.

160 Sökanden har inte gjort gällande att koncentrationen skulle ha skapat eller förstärkt en kollektiv dominerande ställning på fastighetsägarmarknaden och därmed påtagligt hämmat den effektiva konkurrensen på den inre marknaden eller inom en väsentlig del av denna. Sökanden har snarare gjort gällande att parterna i koncentrationen hade en kollektiv dominerande ställning före koncentrationen på grund av tyst samverkan dem emellan.

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

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

163 Om sökanden däremot genom sitt argument avser att påtala förekomsten av en kollektiv dominerande ställning, ska det erinras om att kommissionen i det angripna beslutet ansåg att tredje mans påståenden om en kollektiv dominerande ställning hos parterna i koncentrationen till följd av en tyst samverkan dem emellan inte bekräftades av en undersökning av nämnda parters interna handlingar och att de motsades av de bevis som fanns i handlingarna i målet angående den otillräckliga lönsamheten av att bygga ett kabelnät parallellt med den andra partens kabelnät (se fotnoterna 534 och 566). Sökandens argument påverkar inte detta konstaterande från kommissionens sida.

164 Vad för det första gäller besluten från Federala kartellmyndigheten ska det erinras om att dessa inte kan vara bindande för kommissionen.

165 Vad för det andra gäller fastighetsägarmarknaden, som enligt sökanden hade alla kännetecken på en marknad under kollektiv dominans, ska det påpekas att de flesta avtal på denna marknad ingås efter förhandlingar, konkurrensutsättning eller formella anbudsförfaranden som inletts av kunderna (se skäl 697 i det angripna beslutet), vilket sökanden inte har bestritt, vilket får till följd att det är föga troligt att denna marknad uppfyller det krav på insyn som krävs för att företag med kollektiv dominerande ställning ska kunna anpassa sitt beteende på marknaden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 121).

166 Vad för det tredje gäller sökandens påstående att det endast var tyst samverkan mellan parterna i koncentrationen som kunde förklara avsaknaden av konkurrens dem emellan, ska det erinras om att det framgår av prövningen av de tidigare invändningar som sökanden har anfört till stöd för den andra delen av förevarande grund att kommissionen inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning när den fann att denna avsaknad av konkurrens mellan parterna i koncentrationen huvudsakligen berodde på att det inte förelåg någon överlappning mellan deras respektive

kabelnäts täckningsområden och på de betydande infrastrukturkostnaderna av att bygga ett nät parallellt med andra partens kabelnät, vilket inte uppfyllde investeringskriterierna hos parterna i koncentrationen. Det ska dessutom konstateras att sökanden inte har förebringat någon som helst bevisning till stöd för ett sådant påstående.

167 Av det ovan anförda följer att sökanden inte har visat att kommissionen i det angripna beslutet på ett uppenbart felaktigt sätt drog slutsatsen att tredje mans påståenden om tyst samverkan mellan parterna i koncentrationen saknade grund.

b) Uppenbart oriktig bedömning vad gäller transaktionens effekter på konkurrensen på fastighetsägarmarknaden

168 Sökanden har anfört att eftersom parterna i koncentrationen var faktiska eller potentiella konkurrenter före koncentrationen, gjorde kommissionen en uppenbart oriktig bedömning när den fann att transaktionen inte skulle ha medfört någon ändring som berodde specifikt på koncentrationen. I detta sammanhang skulle transaktionen enligt sökandena tvärtom ha medfört en ökning, som hade samband med koncentrationen, av Vodafones marknadsstyrka och ett undanröjande av konkurrenstrycket mellan parterna i koncentrationen. Sökanden har vidare gjort gällande att transaktionen ytterligare skulle ha försvagat konkurrenstrycket från de kvarvarande konkurrenterna till den sammanslagna enheten.

1) Den sammanslagna enhetens ökade marknadsstyrka och undanröjandet av konkurrenstrycket mellan parterna

169 Sökanden har gjort gällande att efter koncentrationen skulle ett enda företag, nämligen den sammanslagna enheten, ha beslutat om affärsstrategin och prispolitiken i hela Tyskland, vilket utgör en förändring av konkurrensvillkoren på fastighetsägarmarknaden som beror specifikt på koncentrationen, eftersom var och en av de båda parterna före koncentrationen fattade sina strategiska beslut individuellt, utan att med säkerhet veta hur den andra parten skulle agera. Sökanden har tillagt att detta konkurrenstryck mellan parterna definitivt skulle undanröjas efter koncentrationen. Sökanden har gjort gällande att en sådan förändring av konkurrensvillkoren på marknaden räcker för att konstatera att det föreligger ett betydande hinder för en effektiv konkurrens och att kommissionen dessutom gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att denna förändring inte var en direkt och omedelbar följd av koncentrationen.

170 Kommissionen har, med stöd av Vodafone, bestritt sökandens argument.

171 Det ska i detta hänseende påpekas att sökandens argument att transaktionen skulle ha medfört en ökning, kopplad till koncentrationen, av Vodafones marknadsstyrka och ett undanröjande av konkurrenstrycket mellan parterna i koncentrationen, grundar sig på premissen att parterna i koncentrationen före transaktionen var faktiska eller åtminstone potentiella konkurrenter eller, i vart fall, att dessa parter befann sig i en situation av tyst samverkan.

172 Såsom framgår av prövningen av denna grunds andra del ovan har sökanden inte visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att parterna i koncentrationen inte var faktiska eller potentiella konkurrenter på fastighetsägarmarknaden. Vidare har sökandens argument avseende en påstådd tyst samverkan mellan parterna i koncentrationen före transaktionen underkänts av de skäl som anges i punkterna 157–167 ovan.

173 Härav följer att sökandens argument grundar sig på ett felaktigt antagande, varför det inte kan godtas.

2) Försvagningen av konkurrenstrycket från de kvarvarande konkurrenterna

174 Sökanden har gjort gällande att koncentrationen även skulle försvaga konkurrenstrycket från de kvarvarande konkurrenterna till parterna i koncentrationen på fastighetsägarmarknaden, vilket räckte för att konstatera att det förelåg ett betydande hinder för en effektiv konkurrens.

175 Sökanden har för det första gjort gällande att det efter koncentrationen skulle vara Vodafone, och inte längre Unitymedia, som, särskilt i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, bestämde den sammanslagna enhetens affärsstrategi, däribland prissättningspolitiken, i förhållande till Tele Columbus, det vill säga parternas starkaste konkurrent, på samma sätt som i förhållande till andra nätoperatörer på nivå 4, vad gäller förmedlingstjänster för överföring av tv-signaler. Efter transaktionen skulle dessa operatörer således, även i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, vara beroende av Vodafone, som enligt sökanden ansågs vilja skada sina mindre konkurrenter genom villkor som inte var ekonomiskt hållbara, medan så inte var fallet före koncentrationen.

176 Sökanden har för det andra gjort gällande att andra konkurrenter (såsom sökanden och mindre lokala aktörer) inte redan före koncentrationen kunde utöva ett betydande konkurrenstryck på Unitymedia och Vodafone, bland annat på grund av ”Nebenkostenprivileg” (privilegiet avseende accessoriska hyresavgifter), som gynnade kabelnätsoperatörerna, eftersom denna mekanism gjorde det möjligt för bostadsbolagen att direkt fakturera sina hyresgäster för distributionskostnaderna för kabel-tv som bikostnader, vilket minskade deras incitament att byta leverantör.

177 Sökanden har för det tredje hävdat att den sammanslagna enhetens ökade marknadsinflytande i förhållande till programföretagen innebär att den sammanslagna enheten skulle ha haft kapacitet och incitament att ytterligare försvaga sina kvarvarande konkurrenter på området för tv-infrastruktur på fastighetsägarmarknaden genom att (åtminstone delvis) utestänga dem eller försämra deras villkor för att få tillgång till tv-kanalerna eller det audiovisuella innehållet, eller till dessa kanalers särdrag eller till det audiovisuella innehåll som var av intresse ur konkurrenssynpunkt. Kommissionen beaktade emellertid inte dessa möjligheter till ”delvis avskärmning” och deras återverkningar på konkurrenssituationen på fastighetsägarmarknaden.

178 Kommissionen har, med stöd av Vodafone, bestritt sökandens argument.

179 Det är riktigt att en situation där konkurrenstrycket från konkurrenterna minskar kraftigt till följd av en koncentration kan ge upphov till ett betydande hinder för effektiv konkurrens.

180 I förevarande fall har sökanden emellertid uttryckligen medgett att de övriga konkurrenterna på fastighetsägarmarknaden, såsom sökanden själv och mindre lokala aktörer, inte redan före koncentrationen kunde utöva ett betydande konkurrenstryck på Unitymedia och Vodafone, bland annat på grund av ”*Nebenkostenprivileg*” (privilegiet avseende accessoriska hyreskostnader), vilket enligt sökanden utgjorde ett betydande hinder för inträde och expansion på denna marknad.

181 Följaktligen utövade inte de andra konkurrenterna, enligt sökandens egen utsago, något konkurrenstryck på parterna i koncentrationen före koncentrationen. Det är således föga troligt att denna koncentration skulle ha kunnat leda till en kraftig minskning av konkurrenstrycket från

dessa andra konkurrenter och därmed ge upphov till ett betydande hinder för effektiv konkurrens. Härav följer att talan inte kan vinna bifall såvitt avser denna invändning, som avser att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning av koncentrationens konkurrenseffekter på fastighetsägarmarknaden eftersom kommissionen inte beaktade att koncentrationen ytterligare skulle ha försvagat konkurrenstrycket från de kvarvarande konkurrenterna till den sammanslagna enheten.

182 Sökandens argument kan dessutom svårligen särskiljas från dem som sökanden har anfört inom ramen för den tredje grunden. Det ska nämligen konstateras att när sökanden gör gällande en ändring av den sammanslagna enhetens incitament för prissättning och avskärmning gentemot Tele Columbus och andra operatörer, åberopar sökanden icke-samordnade vertikala effekter som består i utträngning av detaljistleverantörer av tjänster för överföring av tv-signaler till fastighetsägarkunder i Tyskland. Kommissionen undersökte emellertid dessa effekter i skälen 1467–1506 i det angripna beslutet, vilka sökanden har bestritt genom sin tredje grund, vilken kommer att prövas nedan.

183 Det ska även påpekas att frågan om den sammanslagna enhetens ökade marknadsstyrka på marknaden för överföring av tv-signaler i grossistledet i Tyskland och dess effekter på programföretagen och detaljist-tv-leverantörerna behandlades av kommissionen i skäl 1006 och följande skäl i det angripna beslutet, i en del som ägnas åt koncentrationens eventuella horisontella icke-samordnade effekter på grossistmarknaden i fråga. Sökanden har bestritt denna bedömning genom sin fjärde grund, vilken kommer att prövas nedan.

184 Av det ovan anförda följer att sökanden inte har visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning genom att underlåta att konstatera att konkurrensen från de andra konkurrenterna försvagades till följd av denna koncentration och att detta ledde till ett betydande hinder för effektiv konkurrens.

3. Den första delgrunden: Felaktig rättstillämpning och åsidosättande av artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004

185 Sökanden har i huvudsak gjort gällande att kommissionen åsidosatte artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004 genom att inte anse att den omständigheten att Vodafone skapade en dominerande ställning på fastighetsägarmarknaden utgjorde en strukturell förändring av marknadsvillkoren som berodde specifikt på koncentrationen och gav upphov till ett betydande hinder för effektiv konkurrens.

186 Sökanden har för det första erinrat om att kommissionen i det angripna beslutet drog slutsatsen att båda parterna i koncentrationen hade en dominerande ställning på fastighetsägarmarknaden i sina respektive kabelnäts täckningsområden. Sökanden har härav dragit slutsatsen att kombinationen av dessa två täckningsområden, vilka tillsammans täckte hela Tyskland, oundvikligen skulle ha gett den sammanslagna enheten en dominerande ställning på nationell nivå som ingen av parterna i koncentrationen, betraktade var för sig, innehade före koncentrationen, vilket skulle ha utgjort en mycket stor strukturell förändring av marknadsvillkoren som berodde specifikt på koncentrationen, vilken gav upphov till ett betydande hinder för effektiv konkurrens. Enligt sökanden ansåg kommissionen felaktigt att en sådan förändring inte berodde specifikt på för koncentrationen, eftersom parterna redan hade en dominerande ställning på sina respektive kabelnäts täckningsområden före koncentrationen.

187 Som svar på en fråga som tribunalen ställde skriftligen genom en handling av den 16 maj 2023, har sökanden preciserat att den anser att skapandet eller förstärkandet av en dominerande ställning i sig utgjorde ett typexempel på ett betydande hinder för effektiv konkurrens och att detta således, om en dominerande ställning skapades eller förstärktes, räckte för att dra slutsatsen att det förelåg ett betydande hinder för effektiv konkurrens. I förevarande fall undersökte kommissionen således felaktigt om koncentrationen ledde till dels en minskning av konkurrensen mellan parterna som berodde specifikt på koncentrationen, dels till effekter för konkurrenterna vilka berodde specifikt på koncentrationen, trots att den borde ha begränsat sig till att konstatera att transaktionen skulle ha skapat en nationell dominerande ställning genom sammanslagning av två aktörer med dominerande ställning på regional nivå. Skapandet av en sådan nationell dominerande ställning skulle ha berott specifikt på koncentrationen och gett upphov till ett betydande hinder för effektiv konkurrens, vilket kommissionen borde ha påpekat.

188 Sökanden har för det andra gjort gällande att om parterna i koncentrationen skulle anses vara kollektivt dominerande på fastighetsägarmarknaden före koncentrationen, skulle övergången från en kollektiv dominerande ställning till en individuell dominerande ställning även ha utgjort en betydande strukturell förändring av konkurrensvillkoren på denna marknad, eftersom den definitivt skulle ha undanröjt alla möjligheter att rubba den samverkansjämvikt som kännetecknar en kollektiv dominerande ställning och således att förbättra konkurrenssituationen på marknaden.

189 För det tredje har sökanden gjort gällande att kommissionen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att anse att konstaterandet av ett betydande hinder för effektiv konkurrens med nödvändighet kräver att det konstateras att det ”betydande konkurrenstryck” som parterna i koncentrationen utövade på varandra före koncentrationen skulle upphöra. Enligt sökanden framgår det av skäl 25 i förordning nr 139/2004 att undanröjandet av ett ”betydande konkurrenstryck” mellan parterna i koncentrationen endast avser koncentrationer på oligopolitiska marknader och endast är nödvändigt för att konstatera att det föreligger ett betydande hinder för effektiv konkurrens som grundar sig på icke-samordnade effekter i fall som inte innebär att en dominerande ställning skapas eller förstärks.

190 Kommissionen har, med stöd av Vodafone, bestritt sökandens argument.

191 Tribunalen erinrar inledningsvis om att enligt artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004 ska endast en koncentration som påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av den, i synnerhet till följd av att en dominerande ställning skapas eller förstärks, förklaras oförenlig med den inre marknaden. Det följer av dessa bestämmelsers lydelse att det väsentliga kriteriet för att bedöma huruvida en koncentration är förenlig med den inre marknaden ligger i skapandet av ett betydande hinder för effektiv konkurrens på denna marknad. Användningen av adverbet ”särskilt” tyder på att skapandet eller förstärkandet av en dominerande ställning är ett av de fall där ett sådant hinder kan konstateras.

192 Tribunalen har dessutom redan slagit fast att den omständigheten att en koncentration skulle ha konkurrenshämmande effekter inte i sig är tillräcklig för att anse att koncentrationen i fråga är oförenlig med den inre marknaden, när den inte påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av denna (se, för ett liknande resonemang och analogt, dom av den 20 oktober 2021, Polskie Linie Lotnicze ”LOT” /kommissionen, T-296/18, EU:T:2021:724, punkt 107).

193 Den omständigheten att en koncentration skulle ha konkurrenshämmande effekter är följaktligen inte i sig tillräcklig för att anse att koncentrationen i fråga är oförenlig med den inre marknaden, när den inte påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen inom den inre marknaden eller en väsentlig del av denna. Sökandens argument att den omständigheten att en dominerande ställning på marknaden skapas eller förstärks räcker för att slå fast att det föreligger ett betydande hinder för effektiv konkurrens kan således inte godtas.

194 Det ska därefter påpekas att förordning nr 139/2004 syftar till att införa en effektiv kontroll över alla koncentrationer som påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens på den inre marknaden eller en väsentlig del av den, inbegripet koncentrationer som ger upphov till icke-samordnade effekter (dom av den 13 juli 2023, kommissionen/CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, punkterna 109 och 113).

195 Det ska dessutom påpekas att kommissionen, när det gäller kontroll av koncentrationer, är skyldig att göra en analys av den kommande utvecklingen. Denna består i en prövning av hur en koncentration kan ändra de faktorer som är avgörande för konkurrensen på en viss marknad, i syfte att kontrollera huruvida denna koncentration skulle leda till ett betydande hinder för effektiv konkurrens (dom av den 15 februari 2005, kommissionen/Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, punkt 43; se även, för ett liknande resonemang, dom av den 10 juli 2008, Bertelsmann och Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, punkt 47).

196 Kommissionen kan således inte klandras för att i förevarande fall ha gjort en analys av den kommande utvecklingen avseende bland annat koncentrationens horisontella icke-samordnade effekter på fastighetsägarmarknaden. Eftersom kommissionen inom ramen för denna bedömning, utan att göra sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning, kunde konstatera, såsom framgår av prövningen ovan av förevarande grunds andra del, att koncentrationen inte skulle undanröja något konkurrenstryck mellan parterna och inte ytterligare försvaga konkurrenstrycket från de återstående konkurrenterna, kunde den dra slutsatsen att det inte förelåg något betydande hinder för en effektiv konkurrens. Det ankom således inte på kommissionen att dessutom undersöka om denna transaktion skulle skapa eller förstärka en dominerande ställning bland annat på grund av att de kombinerande kabelnäten hos parterna i koncentrationen skulle få nationell täckning till följd av koncentrationen.

197 Det är inte heller möjligt att på ett abstrakt sätt anse att omfattningen av kabelnäten hos parterna i koncentrationen kan vara en avgörande faktor för konkurrenssituationen på fastighetsägarmarknaden i den mening som avses i den rättspraxis som anges i punkt 195 ovan, vars ändring skulle ge upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens. Enbart den omständigheten att den sammanslagna enhetens kabelnät utvidgas geografiskt, leder således inte, oavsett om den beror specifikt på koncentrationen eller ej, nödvändigtvis till en ändring av en faktor som är avgörande för konkurrenssituationen på fastighetsägarmarknaden och därmed till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens.

198 För det andra framgår det av punkterna 163–166 ovan dels att kommissionen inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning när den i det angripna beslutet fann att det inte fanns något som tydde på att parterna i koncentrationen före koncentrationen hade en kollektiv dominerande ställning på fastighetsägarmarknaden till följd av en tyst samverkan dem emellan, dels att sökandens argument i detta avseende inte gjorde det möjligt att visa motsatsen.

199 För det tredje kan sökanden inte vinna framgång med sitt argument att kommissionen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att det konkurrenstryck som undanröjs genom en koncentration måste vara tillräckligt ”betydande” för att kunna ge upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens.

200 Det framgår nämligen av prövningen av denna grunds andra del att det i förevarande fall inte förelåg något konkurrenstryck mellan parterna i koncentrationen på fastighetsägarmarknaden före koncentrationen. Även om kommissionen borde ha ansett att det endast var undanröjandet av ett ”betydande” konkurrenstryck som eventuellt kunde ge upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens, skulle detta följaktligen inte ha påverkat det angripna beslutets lagenlighet.

201 Av det ovan anförda följer att sökanden inte har visat att kommissionen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning eller åsidosatte artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004, vilket innebär att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den första grundens första del.

202 Av det anförda följer att talan inte kan vinna bifall på den första grunden.

C. Den andra grunden: Uppenbart oriktig bedömning av konkurrensförhållandet mellan parterna i koncentrationen på privatmarknaden

203 Sökanden har till stöd för sin andra grund gjort gällande att kommissionens bedömning i det angripna beslutet av koncentrationens horisontella icke-samordnade effekter på privatmarknaden är behäftade med en felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktiga bedömningar.

1. Inledande överväganden

204 I avsnitt VIII.C.2.5 i det angripna beslutet undersökte kommissionen transaktionens horisontella icke-samordnade effekter på privatmarknaden. Såsom angetts ovan i punkt 19 ansåg kommissionen att den geografiska avgränsningen av denna marknad kunde hållas öppen.

205 Efter att i skälen 843–848 i det angripna beslutet ha redogjort för vissa särdrag på privatmarknaden, undersökte kommissionen, i skälen 849–859 i nämnda beslut, de marknadsandelar som parterna i koncentrationen hade såväl på nationell nivå som i sina respektive kabelnäts täckningsområden, samt koncentrationsnivåerna på privatmarknaden. I skälen 860–862 i samma beslut drog kommissionen därefter slutsatsen att även om denna marknad var mycket koncentrerad, skulle koncentrationen inte ge upphov till någon ändring som berodde specifikt på koncentrationen (*merger-specific change*), eftersom parterna endast konkurrerade på denna marknad i mycket begränsad omfattning och deras verksamheter inte överlappade varandra i betydande omfattning.

206 Kommissionen undersökte därefter, i skälen 863–885 i det angripna beslutet, det konkurrenstryck som utövades av parterna och som skulle undanröjas genom transaktionen samt den sannolika utvecklingen av detta konkurrenstryck om den inte hade skett.

207 Vad gäller Vodafone, erinrade kommissionen om att den, i fråga om tillhandahållande i detaljistledet av tv-signaler till fastighetsägarkunder, hade dragit slutsatsen att bevisningen i ärendet inte gjorde det möjligt att styrka tredje parters påståenden om en potentiell förlust av konkurrens för Vodafone. Kommissionen påpekade att uppgifterna i handlingarna i ärendet

tydde på att Vodafones IPTV- och OTT-produkter hade en mycket begränsad ställning på privatmarknaden. Kommissionen drog härav slutsatsen att Vodafone inte var en betydande aktör i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät och att varken Vodafondes utbud av IPTV eller dess nya OTT-plattform utgjorde ett konkurrenstryck i förhållande till Unitymedia (se skälen 865–880 i det angripna beslutet).

208 Vad gäller Unitymedia har kommissionen påpekat att oavsett hur marknaden avgränsas, beror Unitymedias marknadsandel enbart på dess närvaro i täckningsområdet för dess kabelnät. Kommissionen erinrade om att den, i fråga om tillhandahållande i detaljistledet av tv-signaler till fastighetsägarkunder, hade dragit slutsatsen att bevisningen i ärendet inte gjorde det möjligt att styrka tredje parters påståenden om en potentiell förlust av konkurrens för Unitymedia (se skälen 881–885 i det angripna beslutet).

209 I skälen 886–896 i det angripna beslutet analyserade kommissionen det konkurrenstryck som parterna utövade på varandra och drog slutsatsen att parterna varken var direkta faktiska konkurrenter (se skälen 887–891) eller indirekta faktiska konkurrenter (se skälen 892–896).

210 När det gäller den direkta konkurrensen påpekade kommissionen att parterna i koncentrationen tillhandahöll tjänster för överföring av tv-signaler till fastighetsägarkunder i detaljistledet nästan uteslutande inom täckningsområdet för deras respektive kabelnät, som inte överlappade varandra. Även om kommissionen konstaterade en begränsad överlappning från Vodafones IPTV- och OTT-produkter i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät ansåg den icke desto mindre att koncentrationen inte skulle undanröja en betydande direkt konkurrens mellan parterna i koncentrationen. Kommissionen drog denna slutsats med beaktande av, för det första, Vodafones begränsade marknadsandel i detta område, för det andra, den omständigheten att nämnda parter inte var nära konkurrenter, eftersom de använde olika överföringstekniker, och, för det tredje, den omständigheten att Vodafones IPTV- och OTT-produkter inte alls var unika, vilket innebar att de lätt kunde ersättas av andra produkter.

211 När det gäller den indirekta konkurrensen, förklarade kommissionen att de interna handlingar som den hade identifierat avseende marknaden för fast internetanslutning och av vilka det framgick att parterna jämförde sig med varandra i viss mån även avsåg privatmarknaden. Efter parternas förklaringar ansåg kommissionen emellertid att dessa handlingar inte visade att det hade gjorts en jämförande analys (benchmarking) som gick utöver enbart kommersiella jämförelser som syftade till att övervaka och eventuellt imitera bästa praxis inom industrin. Kommissionen påpekade slutligen att en analys av slutkundspriserna inte visade att Vodafone och Unitymedia indirekt begränsade varandra genom en sekventiell prissättningsmekanism som överförde ett företags prisändringar på täckningsområdet för det andra företagets kabelnät till följd av en anpassning av deras priser av konkurrenter som var verksamma på nationell nivå.

212 Slutligen undersökte kommissionen, i skälen 897–903 i det angripna beslutet, det konkurrenstryck som de kvarvarande konkurrenterna på privatmarknaden, särskilt sökanden, Tele Columbus, de urbana operatörerna (*city carriers*) såsom NetCologna och satellit-tjänsteleverantörerna utövade, och fann att dessa många konkurrenter fortsatt skulle vara aktiva på denna marknad efter koncentrationen. Kommissionen konstaterade också att bevisningen i ärendet visade att de konkurrenter som var etablerade på denna marknad stod inför ett ökat konkurrenstryck från nya operatörer och många leverantörer av OTT-tv-tjänster och ansåg att transaktionen inte skulle försvaga konkurrensen från konkurrenterna.

213 Kommissionen fann följaktligen att denna transaktion inte skulle ge upphov till något betydande hinder för en effektiv konkurrens på privatmarknaden till följd av horisontella icke-samordnade effekter (se skäl 907 i det angripna beslutet).

214 I förevarande fall kan sökandens argumentation till stöd för förevarande grund, som avser kommissionens prövning i det angripna beslutet av koncentrationens horisontella icke-samordnade effekter på privatmarknaden, delas in i tre delar. Den första avser felaktig rättstillämpning och en uppenbart oriktig bedömning, med motiveringen att kommissionen inte ansåg att transaktionen skulle leda till att en dominerande ställning skapades som ger upphov till ett betydande hinder för effektiv konkurrens. Den andra grunden avser en uppenbart oriktig bedömning, genom att kommissionen i det angripna beslutet inte drog slutsatsen att transaktionen skulle undanröja den faktiska och potentiella konkurrensen mellan parterna i koncentrationen. Den tredje grunden avser en uppenbart oriktig bedömning rörande att kommissionen inte ansåg att transaktionen skulle försvaga de kvarvarande konkurrenterna.

2. Den första delgrunden: Felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktig bedömning genom att kommissionen inte ansåg att transaktionen skulle leda till att det uppstod en dominerande ställning som ger upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens

215 Sökanden har anfört att om den relevanta marknaden ska förstås så, att den endast omfattar kabel-tv och IPTV, leder transaktionen till mycket stora kumulerade marknadsandelar såväl på nationell nivå som i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, vilket tyder på att det föreligger en dominerande ställning. Mot bakgrund av den sammanslagna enhetens mycket starka ställning skulle enbart ett undanröjande av en mindre överlappning kunna leda till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens.

216 Kommissionen har bestritt sökandens argument.

217 Det ska härvidlag erinras om att en koncentration som skapar eller förstärker en dominerande ställning inte automatiskt ger upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens, såsom framgår av artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004.

218 I förevarande fall har sökanden för det första inte visat på vilket sätt koncentrationen, för det fall den skulle skapa en dominerande ställning på den nationella privatmarknaden eller förstärka en dominerande ställning på privatmarknaden som är begränsad till täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, skulle ge upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens.

219 För det andra har sökanden endast hänvisat till ”mycket stora kumulerade marknadsandelar” och därav dragit slutsatsen att ”dessa sammanlagda marknadsandelar i sig tyder på att den sammanslagna enheten har en dominerande ställning” på privatmarknaden. Tvärtemot vad sökanden påstår här räcker dessa marknadsandelar emellertid inte för att visa att den sammanslagna enheten skulle få en dominerande ställning till följd av denna transaktion.

220 Det ska i detta hänseende påpekas att det framgår av tabell nr 20, som återges i skäl 850 i det angripna beslutet, vars innehåll sökanden inte har bestritt, att på den nationella privatmarknaden, som omfattar kabel-tv, IPTV, satellit-tv och markbunden television (DVB-T), hade var och en av parterna i koncentrationen en marknadsandel på [10–20] procent före transaktionen och de skulle tillsammans ha en sammanlagd marknadsandel på [20–30] procent efter transaktionen. På den nationella privatmarknaden, begränsat till kabel-tv och IPTV, hade

varje part en marknadsandel på [20–30] procent före transaktionen och deras sammanlagda marknadsandel skulle vara [40–50] procent efter transaktionen. Sådana marknadsandelar kan inte i sig medföra att koncentrationen skapar eller förstärker en dominerande ställning.

221 Det ska vidare påpekas att kommissionen konstaterade att den sammanslagna enheten skulle utsättas för en betydande konkurrens från bland annat sökanden och Tele Columbus, som har betydande marknadsandelar på privatmarknaden, oavsett om marknaden är nationell eller begränsad till täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, vilket sökanden inte har bestritt, vilket får till följd att denna enhet inte skulle ha möjlighet att agera på denna marknad med det oberoende som kännetecknar en dominerande ställning, vid äventyr av att dess privatkunder vänder sig till dessa två konkurrenter, till urbana operatörer eller rentav leverantörer av satellittjänster.

222 Eftersom kommissionen inte begick något fel när det gäller att det inte skulle skapas någon dominerande ställning på privatmarknaden till följd av transaktionen, är det antagande som sökanden har utgått från för att visa att det föreligger ett betydande hinder för effektiv konkurrens (se skäl 215 ovan) felaktigt.

223 Av det ovan anförda följer att den andra grundens första del är tillräckligt begriplig och att den följaktligen kan tas upp till sakprövning, i motsats till vad kommissionen har hävdat, men att sökanden inte har visat att kommissionen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning eller en uppenbart oriktig bedömning genom att inte dra slutsatsen att transaktionen skulle ha lett till att det skapades en dominerande ställning som gav upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens på privatmarknaden. Detta innebär att talan inte kan vinna bifall såvitt avser denna delgrund.

3. Den andra delgrunden: Kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att inte dra slutsatsen att transaktionen skulle undanröja den faktiska och potentiella konkurrensen mellan parterna i koncentrationen

224 Sökanden har gjort gällande att kommissionens uppfattning att transaktionen inte skulle ha lett till en minskning av den faktiska (direkta eller indirekta) eller potentiella konkurrensen mellan parterna i koncentrationen på privatmarknaden är behäftad med felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktiga bedömningar, av de skäl som anges i fråga om fastighetsägarmarknaden.

225 Sökanden har för det första bestritt kommissionens påstående att de jämförande analyserna av parterna i koncentrationen inte bevisar att det föreligger ett indirekt konkurrensförhållande och inte går utöver ”enkla jämförande kommersiella analyser som syftar till att övervaka och eventuellt imitera bästa praxis inom sektorn”. Enligt sökanden underlät kommissionen att bedöma på vilket sätt förekomsten av ”enkla kommersiella jämförande analyser” inte räckte för att utgöra en faktisk relevant konkurrens mellan parterna i koncentrationen före transaktionen, i synnerhet om man beaktar att det förelåg en direkt (åtminstone begränsad) konkurrens mellan parterna på privatmarknaden.

226 Sökanden har för det andra gjort gällande att kommissionen inte har förklarat varför ett indirekt konkurrenstryck mellan parterna i koncentrationen till följd av att prisförändringar överförs via nationella aktörer, såsom Tele Columbus eller sökanden, skulle kräva en ”sekventiell prissättningsmekanism” eller varför denna mekanism kräver att ”ändringar av priskomponenter” ”systematiskt genomförs av Vodafone eller Unitymedia på ett sätt som ligger tillräckligt nära varandra i tiden och i samma ordning”. Enbart den omständigheten att Tele Columbus och

sökanden tillämpar en enhetlig nationell prispolitik och att de konkurrerar med de båda parterna i koncentrationen i deras respektive kabelnäts täckningsområden räcker enligt sökanden för att skapa en indirekt konkurrens mellan parterna i koncentrationen.

227 Sökanden har för det tredje bestritt kommissionens påstående i skäl 890 i det angripna beslutet att Vodafone och Unitymedia inte är nära konkurrenter på grund av att de använder olika tekniker. Enligt sökanden står detta påstående nämligen i strid med kommissionens bedömning av Vodafones ställning på marknaden för fast internetanslutning, till följd av vilken den konstaterade att det förelåg ett betydande hinder för en effektiv konkurrens bland annat på grund av att betydande konkurrenstryck hade undanröjts mellan parterna, trots användningen av dessa olika tekniker, det vill säga kabel för Unitymedia och DSL-teknik för Vodafones del. Sökanden har tillagt att Vodafone hade 800 000 DSL-kunder via bredband i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät och att alla dessa DSL-abonnenter hade kunnat erhålla Vodafones IPTV-utbud på kort sikt och utan betydande investeringar. Sökanden har härav dragit slutsatsen att Vodafone åtminstone hade möjlighet att snabbt och påtagligt öka sitt IPTV-kundunderlag i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät.

228 Kommissionen har, med stöd av Vodafone, bestritt sökandens argument.

229 Tribunalen erinrar om att sökandens argument avseende felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktiga bedömningar som anförts inom ramen för den första grunden avseende fastighetsägarmarknaden har underkänts (se punkterna 72–90 ovan vad gäller direkt konkurrens, punkterna 91–116 ovan vad gäller indirekt konkurrens och punkterna 117–156 ovan vad gäller potentiell konkurrens). Sökanden kan således inte med giltig verkan stödja sig på en hänvisning till dessa argument till stöd för den andra delen av sin andra grund.

230 Vad gäller de specifika argument som sökanden har anfört inom ramen för den andra delen av förevarande grund, ska följande bedömningar göras.

231 Vad för det första gäller den omständigheten att parterna i koncentrationen övervakade varandras verksamhet och jämförde varandras produkterbjudanden, ska det påpekas att kommissionen förklarade att dessa fall av jämförande analyser inte hade gått utöver ”enkla jämförande kommersiella analyser som syftar till att övervaka och eventuellt imitera bästa praxis inom sektorn” och att denna form av jämförelse, som bestod i en analys av marknadens resultat eller bästa praxis inom sektorn, inbegripet i andra medlemsstater eller i tredjeländer, inte i sig kunde ge upphov till något som helst konkurrenstryck mellan två företag vars upphörande, på grund av en koncentration, skulle kunna ge upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens. Kommissionen har helt riktigt påpekat att även om en europeisk kabeloperatör övervakar eller rentav imiterar bästa praxis hos en kabeloperatör i Förenta staterna som har stor framgång, innebär detta inte automatiskt att dessa båda operatörer befinner sig i en verklig konkurrenssituation, ens indirekt.

232 Kommissionen har vidare, som svar på en fråga från tribunalen, angett att det i förevarande fall inte fanns något som styrkte att dessa jämförande analyser hade utformats för att vägleda de kommersiella besluten hos den part som hade fattat dem som en reaktion på den andra partens kommersiella beteende eller att de faktiskt hade lett till någon som helst reaktion från den ena eller den andra partens sida i fråga om deras affärsstrategi. Det framgår dessutom av skäl 894 i det angripna beslutet, vars innehåll inte har bestritts av sökanden, att de aktuella handlingarna härrörde från team med ansvar för PR, kommunikation och relationer med investerare, utan att detta påverkade parternas affärsstrategi.

233 Sökandens första invändning till stöd för den andra delen av förevarande grund kan således inte godtas.

234 Vad för det andra gäller sökandens argument avseende den sekventiella prissättningsmekanismen, kan kommissionen inte klandras för att den i förevarande fall undersökte huruvida parterna i koncentrationen fastställde sina priser på ett sådant sätt att det kunde ha framkommit att det förelåg ett indirekt konkurrensförhållande dem emellan.

235 Såsom framgår av prövningen av den första delen av förevarande grund hade kommissionen nämligen inte tillräcklig bevisning som visade att parterna i koncentrationen övervakade och jämförde varandras erbjudanden i en sådan utsträckning att denna jämförelse påverkade deras affärsstrategi. Under dessa omständigheter gjorde en undersökning av en överföringsmekanism i form av en sekventiell prissättning det möjligt att kontrollera om det trots allt fanns ett samband mellan parternas prissättning och därmed ett indirekt konkurrenstryck dem emellan.

236 Sökandens påstående att det indirekta konkurrenstrycket mellan parterna i koncentrationen följde redan av att Tele Columbus och sökanden tillämpade en enhetlig nationell prispolitik och konkurrerade med de båda parterna i koncentrationen i täckningsområdena för deras kabelnät har inte styrkts. Om så vore fallet skulle dessutom en prisändring av en av parterna i koncentrationen, genom Tele Columbus eller sökandens reaktion på denna förändring, leda till en prisändring från den andra partens sida. Det är emellertid just detta som kommissionen har undersökt, och som den inte har funnit, inom ramen för sin undersökning av förekomsten av en sekventiell prissättningsmekanism, såsom framgår av skäl 896 i det angripna beslutet.

237 Sökandens andra invändning till stöd för den andra delen av förevarande grund kan således inte godtas.

238 Vad för det tredje beträffar kommissionens påstående i skäl 890 i det angripna beslutet, vilket bestritts av sökanden, att Vodafone och Unitymedia inte var nära konkurrenter, eftersom de använde olika teknik, anser tribunalen för det första att det inte kan anses att det föreligger en motsägelse mellan detta konstaterande och kommissionens bedömning av Vodafones ställning på marknaden för fast internetanslutning.

239 En jämförande analys av skälen i det angripna beslutet avseende marknaden för fast internetanslutning och skälen i nämnda beslut avseende privatmarknaden visar nämligen att Vodafones situation var annorlunda på dessa marknader.

240 På marknaden för fast internetanslutning framgår det av skäl 413 i det angripna beslutet att Vodafone hade en icke obetydlig andel på [5–10] procent i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät. Det framgår dessutom av skäl 417 i beslutet att kommissionen konstaterade att Vodafones kundkrets i detta område växte snabbt. När det slutligen gäller tillhandahållandet av fast internetanslutning med hjälp av DSL-teknik i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, påpekade kommissionen i skäl 454 i det angripna beslutet att Vodafone hade kunnat bedriva verksamhet på ett mer konkurrenskraftigt sätt än andra tillhandahållare av internetanslutning som var verksamma genom av anslutning i grossistledet på grund av sin särskilda situation, närmare bestämt innehavet av specifika tillgångar. Härav följer att kommissionen hade flera bevis som styrkte betydelsen av Vodafones ställning på marknaden för fast internetanslutning i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät.

241 När det gäller privatmarknaden framgår det däremot av tabell nr 21, som återges i skäl 853 i det angripna beslutet, att överlappningen mellan Vodafones och Unitymedias verksamheter inom täckningsområdet för Unitymedias kabelnät var försumbar, eftersom Vodafones marknadsandel där var praktiskt taget noll (oavsett om denna marknad var begränsad till kabel och IPTV eller även omfattade satellit- och markbunden tv), vilket kommissionen klargjorde under förfarandet vid tribunalen. Det framgår för övrigt av den första meningen i skäl 873 i det angripna beslutet, som kommissionen lämnat ut i enlighet med beslutet av den 30 mars 2023, att kommissionen konstaterade att Vodafones IPTV-abonnenter i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät hade minskat under de två år som föregick transaktionen.

242 Härav följer att Vodafones ställning på dessa båda marknader skilde sig åt, vilket fick till följd att kommissionen, utan att motsäga sig själv, kunde göra en annan bedömning av privatmarknaden än bedömningen av marknaden för fast internetanslutning och dra slutsatsen att det förelåg ett betydande hinder för effektiv konkurrens på sistnämnda marknad, bland annat på grund av att ett betydande konkurrenstryck mellan parterna hade undanröjts, trots att olika teknik hade använts.

243 När det slutligen gäller sökandens påstående att Vodafone hade kunnat göra sina DSL-bredbandskunder i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät till IPTV-kunder, framgår det av den första meningen i skäl 874 i det angripna beslutet, som kommissionen lämnat ut i enlighet med beslutet av den 30 mars 2023, att Vodafone upphörde att sälja sin IPTV-produkt, baserad på DSL-teknik, till nya kunder i mars 2019, vilket sökanden inte har bestritt. Kommissionen gjorde således inte någon uppenbart oriktig bedömning när den vid sin prövning av huruvida Vodafone utövade potentiell konkurrens i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät på privatmarknaden inte beaktade den av sökanden åberopade möjligheten att Vodafone skulle göra dessa DSL-kunder till privatkunder.

244 Sökandens tredje invändning till stöd för den andra delen av förevarande grund kan således inte godtas.

245 Av det ovan anförda följer att sökanden inte har visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den inte drog slutsatsen att transaktionen skulle ha undanröjt den faktiska och potentiella konkurrensen mellan parterna i koncentrationen på privatmarknaden, vilket innebär att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den andra grundens andra del.

4. Den tredje delgrunden: Uppenbart oriktig bedömning genom att kommissionen inte ansåg att transaktionen skulle försvaga de kvarvarande konkurrenterna

246 Sökanden har med hänvisning till den första, den tredje och den fjärde grunden kritiserat kommissionen för att inte ha beaktat den omständigheten att den sammanslagna enhetens mycket stora marknadsinflytande gentemot programföretagen på tv-marknaderna i grossistledet skulle ha försvagat konkurrenstrycket från de kvarvarande konkurrenterna ytterligare, vilket enligt sökanden borde ha varit tillräckligt för att konstatera att det förelåg ett betydande hinder för en effektiv konkurrens på privatmarknaden.

247 Enligt sökanden skulle försämringen av konkurrensvillkoren påverka ännu fler aktörer än på fastighetsägarmarknaden, eftersom det fanns fler konkurrenter på privatmarknaden som alla stod inför en ny enhet som kunde och önskade ingå avtal om (fullständig eller delvis) ensamrätt med tv-kanaler/tillhandahållare av innehåll och att försämra konkurrenternas tillträde till tv-marknaderna i grossistledet i föregående led.

248 Kommissionen har bestritt sökandens argument.

249 Sökanden har i detta avseende, för att visa att konkurrenstrycket från de kvarvarande konkurrenterna på privatmarknaden skulle ha försvagats, åberopat samma argument som det hade anfört i detta avseende inom ramen för sin första grund avseende fastighetsägarmarknaden, vilken sökanden för övrigt har hänvisat till som stöd för den tredje delen av förevarande grund. Detta argument har emellertid underkänts av de skäl som anges i punkterna 174–184 ovan, bland annat på grund av att de mindre konkurrenterna, vilket sökanden har medgett, inte redan före koncentrationen kunde utöva ett konkurrenstryck på parterna i koncentrationen. Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den tredje delgrunden.

250 Det ska under alla omständigheter konstateras att sökanden inte har ifrågasatt kommissionens konstaterande i skälen 897–901 i det angripna beslutet, enligt vilket många konkurrenter, såsom sökanden, Tele Columbus och flera urbana operatörer (*city carriers*), eller satellitoperatörer, skulle förbli aktiva på privatmarknaden efter koncentrationen och har inte heller bestritt att det på denna marknad finns ett ökat konkurrenstryck från nya operatörer och många leverantörer av OTT-tv-tjänster (se skäl 903). Detta konstaterande gjorde det möjligt för kommissionen att dra slutsatsen att koncentrationen inte skulle försvaga konkurrenstrycket från de kvarvarande konkurrenterna på privatmarknaden.

251 Sökanden har således inte visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att transaktionen inte skulle ha lett till att konkurrenstrycket från koncentrationens parters konkurrenter försvagades på privatmarknaden, vilket innebär att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den andra grundens tredje del.

252 Av det anförda följer att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den andra grunden.

D. Den tredje grunden: Uppenbart oriktig bedömning av transaktionens vertikala effekter på förmedlingstjänster för överföring av tv-signaler

253 Till stöd för sin tredje grund har sökanden gjort gällande att kommissionens bedömning i det angripna beslutet av transaktionens vertikala effekter på förmedlingstjänster för överföring av tv-signaler innehåller uppenbart oriktiga bedömningar.

1. Inledande överväganden

254 Såsom angetts ovan i punkt 35, tillhandahåller nätoperatörerna på nivå 3, såsom Vodafone och Unitymedia, på mellanmarknaden, via en anslutning i grossistledet, tv-signaler till nätoperatörerna på nivå 4, såsom Tele Columbus, för att göra det möjligt för dessa att i detaljistledet tillhandahålla tjänster för överföring av tv-signaler, bland annat till fastighetsägarkunderna.

255 I det angripna beslutet analyserade kommissionen koncentrationens vertikala effekter och undersökte bland annat sannolikheten för att den sammanslagna enheten skulle tränga ut dessa aktörer genom att försämra deras villkor på den mellanliggande marknaden i tidigare led i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, som svar på klagomål som mottagits i detta avseende (se skälen 1476 och 1506).

256 Kommissionen påpekade inledningsvis, i skäl 1476 i det angripna beslutet, att koncentrationen inte skulle skapa några nya vertikala band mellan mellanmarknaden i föregående led och fastighetsägarmarknaden i efterföljande led, eftersom såväl Vodafone som Unitymedia redan var verksamma på dessa båda marknader i sina respektive kabelnäts täckningsområden. Kommissionen ansåg därför att koncentrationen inte skulle leda till någon särskild förändring av de berörda marknadernas struktur, vare sig i föregående eller i efterföljande led. Kommissionen förklarade också att eftersom Tele Columbus var den enda betydande konkurrenten som var aktiv på den mellanliggande marknaden hos parterna i koncentrationen, hade kommissionen koncentrerat sin analys till de troliga effekterna av försämringen av Tele Columbus affärsvillkor på konkurrenstrycket från denna aktör (se skälen 1478–1480).

257 Vad för det första gäller den sammanslagna enhetens förmåga att tränga ut Tele Columbus kontrollerade kommissionen huruvida den sammanslagna enheten hade teknisk kapacitet att upphöra att till Tele Columbus tillhandahålla grossisttillträde eller att såvitt avser Tele Columbus försämra villkoren för detta tillträde på mellanmarknaden (se skälen 1483–1491 i det angripna beslutet).

258 I detta sammanhang angav kommissionen att det fanns ett ramavtal mellan Unitymedia och Tele Columbus enligt vilket den sistnämnda operatören var avtalsmässigt skyddad på medellång sikt vad gällde en del av dess kunder som fick sina tjänster med hjälp av förmedlingssignaler som tillhandahölls av Unitymedia. Kommissionen drog härav slutsatsen att den sammanslagna enheten skulle ha kapacitet att försämra de affärsvillkor som skulle tillämpas på förmedlingstjänsterna för överföring av Tele Columbus tv-signaler med avseende på endast en del av dess fastighetsägarkunder i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät.

259 Kommissionen tillade sedan att för att den sammanslagna enheten skulle ha teknisk kapacitet att tränga ut Tele Columbus från fastighetsägarmarknaden måste den ha ett betydande marknadsinflytande på mellanmarknaden i föregående led. Med hänsyn till de få trovärdiga alternativ som fanns tillgängliga på denna marknad ansåg kommissionen att så skulle vara fallet efter koncentrationen, men tillade att så var fallet redan före transaktionen, eftersom Unitymedia redan hade en sådan makt i förhållande till Tele Columbus i sitt kabelnäts täckningsområde. Kommissionen drog härav slutsatsen att koncentrationen inte på något sätt skulle ändra detta, varför koncentrationen inte skulle ha någon inverkan på den sammanslagna enhetens förmåga att tränga ut operatörer inom nätet på nivå 4 i täckningsområdena för kabelnäten hos var och en av parterna i koncentrationen.

260 Vad för det andra gäller den sammanslagna enhetens avsikt att tränga ut Tele Columbus undersökte kommissionen huruvida denna enhet till följd av koncentrationen skulle kunna uppmuntras att tillämpa sina villkor för tillträde till sitt nät på nivå 3, som Tele Columbus ansåg vara mindre förmånliga än de villkor som Unitymedia tillämpade, även i täckningsområdet för det sistnämnda företagets kabelnät (se skälen 1492–1496 i det angripna beslutet).

261 I detta sammanhang fann kommissionen att även om Vodafones villkor för tillträde skulle anses vara mindre fördelaktiga och även om den sammanslagna enheten hade ett incitament att tillämpa dem i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät efter koncentrationen, var en sådan förändring av denna enhets affärsstrategi inte alls en följd av en förändring av marknadsstrukturen som provocerats fram av koncentrationen. Med andra ord skulle en eventuell försämring av de villkor för tillträde till dess nät på nivå 3 som den sammanslagna

enheten erbjöd nätoperatörer på nivå 4, enligt kommissionen i det angripna beslutet, endast följa av en ändring av denna enhets affärsstrategi, som mycket väl hade kunnat ske oberoende av koncentrationen och som följaktligen inte skulle ha berott specifikt på koncentrationen.

262 Kommissionen drog slutsatsen att den sammanslagna enheten inte specifikt på grund av koncentrationen skulle ha något intresse av att tränga ut Tele Columbus från fastighetsägarmarknaden.

263 För det tredje undersökte kommissionen vilka effekterna på konkurrensen skulle bli vid scenariot där Vodafone skulle ha haft kapacitet och avsikt att efter koncentrationen utvidga sina påstått mindre gynnsamma villkor på mellanmarknaden till täckningsområdet för Unitymedias kabelnät och drog av de skäl som anges nedan slutsatsen att sådana effekter skulle ha varit begränsade (se skälen 1497–1505 i det angripna beslutet).

264 För det första kom kommissionen fram till denna slutsats, eftersom den fann att Tele Columbus försvagning i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät inte skulle påverka denna operatörs kärnverksamhet, nämligen tillhandahållande av tjänster i detaljistledet för överföring av tv-signaler på fastighetsägarmarknaden genom sitt eget nivå-3-nät, som till stor del är beläget i täckningsområdet för Vodafones kabelnät.

265 Kommissionen ansåg vidare att Tele Columbus inte utövade ett betydande konkurrenstryck på fastighetsägarmarknaden i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät. Kommissionen konstaterade nämligen att Tele Columbus inte kunde delta i de anbudsförfaranden som genomfördes av fastighetsägarkunder, vilka krävde uppdateringar av nätet på nivå 3, att Tele Columbus marknadsandel endast motsvarade [0–5] procent och att Tele Columbus inte hade deltagit i ett betydande antal anbudsförfaranden i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät. Kommissionen drog härav slutsatsen att mycket få befintliga eller nya möjligheter kunde påverkas av en avskärmning av Tele Columbus. Även om Tele Columbus tillgång till insatser var avskärmad i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, påpekade kommissionen att en sådan avskärmning under alla omständigheter endast avsåg Tele Columbus verksamhet som återförsäljare av Unitymedias produkt, vilken inte gav upphov till något betydande konkurrenstryck (se skälen 1502 och 1503 i det angripna beslutet).

266 Kommissionen förklarade slutligen att Tele Columbus endast i mycket begränsad utsträckning hade byggt ut sitt nät på nivå 3 under åren före det angripna beslutet och att det inte fanns några bevis för att denna operatör, om koncentrationen inte hade ägt rum, skulle ha använt Unitymedias signal för att bygga sin egen infrastruktur (se skäl 1504 i det angripna beslutet).

267 Kommissionen noterade i vart fall att Vodafone hade lämnat två oåterkalleliga erbjudanden till Tele Columbus, vilket garanterade bolaget att de kommersiella villkor som gällde för förmedlingstjänster för överföring av tv-signaler skulle förbli oförändrade i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät efter koncentrationen (se skäl 1505 i det angripna beslutet).

268 Kommissionen drog slutsatsen att koncentrationen inte påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens på fastighetsägarmarknaden på grund av vertikala icke-samordnade effekter (se skäl 1506 i det angripna beslutet).

269 I förevarande fall kan sökandens argumentation till stöd för denna grund delas in i två delar. Inom ramen för den första delgrunden har sökanden gjort gällande att kommissionen felaktigt har förnekat att Vodafones troliga införlivande av sina mindre förmånliga affärsvillkor för

förmedlingstjänster för överföring av tv-signaler i förhållande till nätoperatörer på nivå 4, i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, efter koncentrationen, skulle bero specifikt på koncentrationen. Till stöd för denna första delgrund har sökanden ifrågasatt kommissionens resonemang i skälen 1494–1496 i det angripna beslutet. Inom ramen för den andra delgrunden har sökanden bestritt kommissionens slutsats beträffande konkurrenseffekterna på fastighetsägarmarknaden i ett senare led i förhållande till Tele Columbus av en försämring av villkoren på mellanmarknaden i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät.

270 Tribunalen finner att det är lämpligt att inleda med att pröva den andra delgrunden.

2. Den andra delgrunden: Kommissionens uppenbart oriktiga bedömningar av de potentiella effekterna på konkurrensen i efterföljande led av en utträngningsstrategi

271 Sökanden har för det första gjort gällande att kommissionen inom ramen för sin undersökning av de potentiella effekterna, på konkurrensen i efterföljande led, av försämringen av de tillämpliga villkoren på mellanmarknaden inte beaktade befintlig bevisning, nämligen Tele Columbus uttalanden, enligt vilka Tele Columbus endast tillfälligt förlitade sig på de förmedlingstjänster för överföring av tv-signaler som Unitymedia tillhandahöll före koncentrationen, i avvaktan på att bygga ut sitt eget nät på nivå 3. Enligt sökanden underskattade kommissionen även den omständigheten att andra operatörer inom nätet på nivå 4 också tillfälligt kunde använda tillträdet till nätet på nivå 3 hos parterna i koncentrationen för att nå fastighetsägarkunderna, innan de anlade sitt eget nät på nivå 3.

272 Sökanden har för det andra hävdat att kommissionen gjorde en felaktig bedömning när den fann att en utträngning av Tele Columbus inte skulle ha försvagat det konkurrenstryck som Tele Columbus utövade på fastighetsägarmarknaden, eftersom en sådan utträngning endast skulle ha påverkat Tele Columbus verksamhet för återförsäljning av Unitymedias produkt. Enligt sökanden utövade Tele Columbus ett konkurrenstryck på Unitymedia, eftersom det stod Tele Columbus fritt att bestämma priset och villkoren för återförsäljning av denna produkt.

273 Sökanden har för det tredje gjort gällande att kommissionen vid sin bedömning av koncentrationens vertikala effekter inte borde ha beaktat Vodafones oåterkalleliga erbjudande att inte försämra de avtalsvillkor som tillämpades på Tele Columbus i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät. Det är nämligen uppenbart att ett sådant anbud inte uppfyllde kraven i kommissionens tillkännagivande om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt förordning nr 139/2004 och förordning nr 802/2004 (EUT C 267, 2008, s. 1) (nedan kallat tillkännagivandet om korrigerande åtgärder) och därför inte kunde utgöra en tillräcklig grund för att utesluta förekomsten av ett betydande hinder för en effektiv konkurrens på fastighetsägarmarknaden på grund av vertikala icke-samordnade effekter.

274 Kommissionen har, med stöd av Vodafone, bestritt sökandens argument.

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

öka sina konkurrenters kostnader i efterföljande led genom att göra det svårare för konkurrenterna att köpa insatsvaror till samma priser och på samma villkor som de som skulle ha gällt om koncentrationen inte hade funnits.

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

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

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

279 Till stöd för den andra delen av förevarande grund har sökanden anfört flera omständigheter i syfte att visa att kommissionen i det angripna beslutet på ett uppenbart felaktigt sätt drog slutsatsen att det tredje villkoret inte var uppfyllt.

280 Det ska i detta hänseende påpekas att sökanden inte har ifrågasatt flera viktiga omständigheter som kommissionen stödde sig på för att visa att en utträngningsstrategi som den sammanslagna enheten hade utarbetat och som bestod i att försämra de kommersiella villkoren för förmedlingstjänster för överföring av tv-signaler i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät i förhållande till Tele Columbus (och andra nätoperatörer på nivå 4) skulle ha begränsade effekter på konkurrensen.

281 Sökanden har således inte bestritt att en sådan strategi inte påverkar Tele Columbus huvudsakliga verksamhet, eftersom denna bedrevs utanför täckningsområdet för Unitymedias kabelnät. Sökanden har inte heller ifrågasatt flera av de omständigheter som föranledde kommissionen att dra slutsatsen att en eventuell strategi för avskärmning av marknaden i vart fall inte skulle ha någon märkbar negativ inverkan på konkurrensen i efterföljande led, exempelvis det faktum att Tele Columbus inte kunde delta i anbudsförfaranden som krävde uppdateringar av nätet på nivå 3, att Tele Columbus aktuella marknadsandel var minimal, eftersom den utgjorde [0–5] procent, och att Tele Columbus deltagande i anbudsförfaranden i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät var begränsat.

282 Tribunalen ska även pröva de övriga argument som sökandebolaget har lagt fram.

283 Vad för det första gäller sökandens påstående att Tele Columbus endast tillfälligt nyttjade de förmedlingstjänster för överföring av tv-signaler som Unitymedia tillhandahöll i väntan på att bygga ut sitt eget nät på nivå 3, ska det påpekas att sökanden i huvudsak har gjort gällande att kommissionens bedömningar grundade sig på Vodafones svar på meddelandet om invändningar och har hävdat att kommissionen inte har förklarat på vilket sätt detta svar skulle vara mer trovärdigt än Tele Columbus egna uttalanden.

284 Det framgår emellertid av skäl 798 och figur 20 i det angripna beslutet, till vilka kommissionen hänvisar i skäl 1504 i nämnda beslut, att kommissionens bedömningar grundar sig både på svaret på meddelandet om invändningar och på de siffror som Tele Colombus självt lämnat. Den bevisning som lagts fram i skäl 744 a och i skälen 797–799 i det angripna beslutet visar att Tele Columbus under åren före antagandet av det angripna beslutet egentligen inte hade byggt över kabelnätet tillhörande en annan operatör, vilket sökanden för övrigt inte har bestritt. I synnerhet framgår det av figur 20 i det angripna beslutet, som ingår i skäl 798 i det beslutet, att antalet hushåll som är anslutna till Tele Columbus nät inte hade ökat nämnvärt mellan åren 2012 och 2018, förutom på grund av förvärv av redan befintliga tillgångar i andra bolag. Sökanden har inte lagt fram någon bevisning som motsäger slutsatsen att Tele Columbus ”endast i mycket liten utsträckning [hade] utvecklat sin infrastruktur på nivå 3 under de senaste åren”.

285 Sökanden har vidare gjort gällande att en investering i infrastruktur på nivå 3 inte automatiskt skulle ha medfört en ökning av antalet hushåll som faktiskt var anslutna (i motsats till vad som framgick av skäl 799 i det angripna beslutet). Enligt sökanden var dessutom stagnationen av det totala antalet anslutna hushåll inte tillräcklig för att visa Tele Columbus betydelse för konkurrensen, eftersom förvärvet av nya kunder tack vare utbyggnaden av nätet skulle ha kunnat kompenseras av den tillfälliga förlusten av andra kunder.

286 Det ska i detta avseende påpekas att avsaknaden av en ökning av antalet hushåll som faktiskt anslutits av Tele Columbus utgjorde en tungt vägande indikation på att det inte gjordes några betydande investeringar i utbyggnaden av dess nät, eller åtminstone på att en eventuell utbyggnad av nätet inte var framgångsrik eller lönsam. Sökanden har för övrigt inte föreslagit några metoder för att mäta konkurrenseffekten av en utvidgning av nätet utöver ökningen av antalet anslutna hushåll.

287 Slutligen har sökanden anfört att andra konkurrenter, såsom sökanden själv, skulle ha kunnat utnyttja (det tillfälliga) tillträdet till koncentrationens parters infrastruktur på nivå 3 för att kunna konkurrera på fastighetsägarmarknaden, innan de kontinuerligt byggde ut sina egna nät (fibernät) på nivå 3.

288 Såsom kommissionen har angett i skäl 1479 i det angripna beslutet spelar de oberoende operatörerna på nivå 4 emellertid endast en mycket begränsad roll i konkurrensförhållandena. Vidare hade sökanden, såsom kommissionen har gjort gällande utan att motsägas av sökanden, vid tidpunkten för det angripna beslutet inte använt sig av tillträdet till koncentrationens parters infrastruktur på nivå 3 för att konkurrera på fastighetsägarmarknaden, innan den kontinuerligt byggde ut sitt eget fibernät. Slutligen har sökanden inte lagt fram någon bevisning som styrker att den inom en snar framtid räknade med att få tillgång till koncentrationens parters infrastruktur på nivå 3 för att kunna konkurrera på fastighetsägarmarknaden innan den kontinuerligt byggde ut sitt eget fibernät.

289 Vad för det andra gäller sökandens påstående att Tele Columbus utövade ett konkurrenstryck på Unitymedia, trots att företaget endast sålde Unitymedias produkt vidare i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, konstaterar tribunalen att detta påstående inte har åtföljts av några omständigheter som gör det möjligt att ifrågasätta förklaringarna i skälen 1501 och 1503 i det angripna beslutet, vilka det har erinrats om i punkterna 264 och 265 ovan.

290 Härav följer att sökandens argument inte visar att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den ansåg att de uppgifter som den förfogade över visade att en försvagning av Tele Columbus i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät skulle få begränsade effekter på konkurrensen på fastighetsägarmarknaden.

291 Vad för det tredje gäller Vodafones oåterkalleliga erbjudanden till Tele Columbus och sökandens påstående att kommissionen inte kunde beakta dem, följer det av dessa två erbjudanden att Vodafone tydligt angav sin vilja att inte försämra Tele Columbus villkor i täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, vilket kommissionen hade rätt att beakta vid sin bedömning av effekterna. Det fanns nämligen inte någon bestämmelse i förordning nr 139/2004 som hindrade kommissionen från att beakta denna faktiska omständighet för att styrka sin slutsats att transaktionen inte påtagligt skulle hämma en effektiv konkurrens på fastighetsägarmarknaden eller på den potentiella regionala marknad som motsvarade täckningsområdet för Unitymedias kabelnät, på grund av vertikala icke-samordnade effekter.

292 Såsom framgår av det angripna beslutet beaktade kommissionen endast Vodafones oåterkalleliga anbud som ytterligare en faktisk omständighet till stöd för sin slutsats. Kommissionen har nämligen inte gjort dessa erbjudanden till en skyldighet i den mening som avses i artikel 8.2 i förordning nr 139/2004.

293 Tribunalen finner följaktligen att kommissionen inte gjorde någon uppenbart oriktig bedömning när den fann att en eventuell avskärmningsstrategi inte skulle ha haft någon märkbar negativ inverkan på konkurrensen i efterföljande led.

294 Dessutom utgör förmågan att avskärma tillgången till insatsprodukter på ett betydande sätt, intresset av att göra detta och de negativa effekterna på konkurrensen i efterföljande led av en avskärmningsstrategi tre kumulativa villkor, vilket innebär att om ett av dem inte är uppfyllt är detta tillräckligt för att utesluta risken för avskärmning av konkurrensbegränsande insatsprodukter (se punkt 277 ovan och där angiven rättspraxis).

295 Eftersom sökanden inte har visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning vid sin bedömning av de potentiella effekterna av en utträngningsstrategi på konkurrensen i efterföljande led (det vill säga det tredje av dessa villkor), kan talan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den tredje grundens andra del. Det är följaktligen inte nödvändigt att pröva den första delgrunden, som avser att kommissionens resonemang i skälen 1494–1496 i det angripna beslutet är felaktigt, efter vilket resonemang kommissionen drog slutsatsen att den sammanslagna enheten inte hade någon avsikt att utestänga Tele Columbus från fastighetsägarmarknaden som berodde specifikt på koncentrationen (det vill säga det andra av dessa villkor).

296 Mot bakgrund av det ovan anförda kan talan inte vinna bifall såvitt avser någon del av den tredje grundens andra del eller den tredje grunden i dess helhet. Det är härvidlag inte nödvändigt att pröva kommissionens invändning om rättegångshinder.

E. Den fjärde grunden: Kommissionen gjorde uppenbart oriktiga bedömningar av transaktionens effekter på marknaden för förvärv av tv-kanaler i grossistledet och marknaden för inmatning av tv-signaler

297 Till stöd för den fjärde grunden har sökanden gjort gällande att kommissionens analys i det angripna beslutet av transaktionens effekter på marknaden för förvärv av tv-kanaler i grossistledet och marknaden för inmatning av tv-signaler är behäftad med uppenbart oriktiga bedömningar.

1. Inledande överväganden

298 Såsom har angetts ovan i punkterna 25 och 26, tillhandahöll programföretagen (tillhandahållare) på marknaden för tillhandahållande och förvärv av tv-kanaler i grossistledet tv-kanaler som detaljistleverantörerna av tv-tjänster (efterfrågande parter), såsom Vodafone, Unitymedia och sökanden, köpte, i syfte att tillhandahålla slutanvändarna audiovisuella tjänster. På marknaden för inmatning av tv-signaler använde dessa tillhandahållare av tv-signaler i detaljistledet (tillhandahållare) sin infrastruktur för att, mot betalning av inmatningsavgifter, erbjuda dessa programföretag (efterfrågande parter) en tjänst för överföring av tv-signaler för deras kanaler. Med andra ord var aktörerna på marknaden för inmatning av tv-signaler desamma som på marknaden för tillhandahållande och förvärv av tv-kanaler i grossistledet, men leverantörerna av tv-tjänster, såsom parterna i koncentrationen, befann sig på utbudssidan på den första marknaden och på efterfrågesidan på den andra marknaden. I det angripna beslutet fann kommissionen att det fanns ett nära samband mellan dessa båda marknader i grossistledet, eftersom förhandlingarna mellan programföretagen och detaljistleverantörerna av tv-tjänster vanligtvis omfattade båda aspekterna (dels överföring av signaler, dels förvärv av kanaler).

299 Efter sin analys av dessa marknader ansåg kommissionen att transaktionen inte påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen på marknaden för tillhandahållande och förvärv av tv-kanaler.

300 På marknaden för förvärv av tv-signaler drog kommissionen slutsatsen att det förelåg ett betydande hinder för en effektiv konkurrens till följd av den sammanslagna enhetens förmåga och incitament att dels skärpa de avtalsvillkor och finansiella villkor som denna enhet uppställde för programföretagen, dels hindra uppkomsten och utvecklingen av innovativa tv-tjänster, såsom OTT och HbbTV, och ansåg att detta skulle få negativa effekter för tv-tittarna i Tyskland (se dels skälen 1205–1265, dels skälen 1266–1292 i det angripna beslutet).

301 Kommissionen ansåg däremot att det inte var möjligt att dra slutsatsen att det var troligt att den sammanslagna enheten, till följd av det ökade marknadsinflytandet för den sammanslagna enheten på denna marknad, skulle erhålla villkor från programföretagen och innehavarna av tv-rättigheter i form av avtal om ensamrätt som skulle ha en negativ inverkan på tillgången för de konkurrerande tv-leverantörerna i detaljistledet till tv-kanalerna eller tv-innehållet.

302 I detta avseende påpekade kommissionen inledningsvis, i skäl 1164 i det angripna beslutet, att denna marknad i Tyskland inte kännetecknades av sådana avtal om ensamrätt mellan programföretag och innehavare av tv-rättigheter, å ena sidan, och tillhandahållare av tv-tjänster i detaljistledet, å andra sidan.

303 Kommissionen undersökte därefter huruvida den sammanslagna enheten, på grund av dess ökade marknadsinflytande som tillhandahållare i detaljistledet av tv-signaler, skulle ha möjlighet att tvinga programföretag och innehavare av tv-rättigheter att godta avtal om ensamrätt avseende

tv-kanaler eller tv-innehåll. Kommissionen angav i detta sammanhang att den särskilt hade koncentrerat sin analys till den tyska fotbollsligan (Bundesliga), det vill säga det största idrottsevenemanget i Tyskland, samtidigt som den preciserade att samma överväganden var tillämpliga på andra idrottsevenemang eller annat populärt tv-innehåll, för vilka kommissionen inte hade funnit några direkta bevis i ärendet (se skäl 1165 i det angripna beslutet).

304 För det första undersökte kommissionen, i skälen 1173–1176 i det angripna beslutet, huruvida Sky, som innehar merparten av Bundesligas ensamrätter till sändning, skulle kunna gå med på att ingå avtal om ensamrätt med den sammanslagna enheten. Kommissionen drog slutsatsen att det var föga troligt att så skulle vara fallet, eftersom Sky, även om detta företag var beroende av den sammanslagna enheten för att distribuera sitt innehåll, på samma sätt eller rentav i desto högre grad var beroende av andra sändningssätt, särskilt från satellit-tv-operatören Astra, med den följden att Sky skulle förlora en väsentlig del av sina intäkter om Sky ingick ett avtal om ensamrätt med den sammanslagna enheten. Kommissionen tog även hänsyn till att Sky, som är en internationell aktör och den största leverantören av betal-tv-tjänster i Tyskland, hade en klar motverkande köparmakt.

305 För det andra kontrollerade kommissionen, i skälen 1177–1183 i det angripna beslutet, huruvida den sammanslagna enheten rimligen skulle kunna följa en strategi som syftar till att få tillgång till andra tv-kanaler eller annat tv-innehåll med ensamrätt, särskilt i förhållande till programföretag eller innehavare av tv-rättigheter som har en mindre motverkande köpkraft än Sky. På grundval av interna handlingar från parterna i koncentrationen och deras svar på meddelandet om invändningar ansåg kommissionen att det, även om den sammanslagna enheten hade kapacitet att genomföra en sådan strategi, var tveksamt om den hade incitament att göra det, mot bakgrund av att en sådan strategi skulle ha medfört höga implementeringskostnader men osäkra resultat i fråga om vinst.

306 För det tredje fördjupade kommissionen, i skälen 1184–1197 i det angripna beslutet, sin bedömning av den sammanslagna enhetens incitament att tränga ut sina konkurrenter genom att förvärva ensamrätter till visst tv-innehåll, genom att undersöka parternas interna dokument med anknytning till en sådan strategi. Enligt kommissionen framgick det av dessa handlingar att båda parterna i koncentrationen redan hade övervägt möjligheten att förvärva kanaler eller sportinnehåll med ensamrätt, men slutligen hade övergett sådana planer, vilket dessa parter hade förklarat, med stöd av bevisning, som svar på meddelandet om invändningar. Kommissionen drog härav slutsatsen att det inte var möjligt att dra slutsatsen att den sammanslagna enheten skulle ha uppmuntrats att använda sin större kundkrets för att förhandla fram vissa avtal om ensamrätt avseende ”premiuminnehåll” med programföretagen i syfte att tränga ut konkurrerande tillhandahållare av tv-tjänster i detaljistledet.

307 För fullständighetens skull prövade kommissionen slutligen, i skälen 1198–1203 i det angripna beslutet, huruvida en hypotetisk ensamrättsstrategi som den sammanslagna enheten skulle införa skulle kunna medföra betydande konkurrensbegränsande effekter som i synnerhet skulle leda till utträngning av konkurrerande tillhandahållare av tv-tjänster i detaljistledet, till nackdel för konsumenterna.

308 På grundval av uppgifter som visade att en stor majoritet av de tyska tv-tittarna inte skulle byta tillhandahållare av tv-tjänster i detaljistledet för att få tillgång till exklusivt sportinnehåll, ansåg kommissionen att även om den sammanslagna enheten genomförde en ensamrättsstrategi, skulle detta inte beröva de konkurrerande leverantörerna en betydande kundbas. Kommissionen beaktade även att den sammanslagna enheten, även i ett sådant fall, skulle vara utsatt för

konkurrens från Sky, som tillämpade en distributionsstrategi utan ensamrätt för sitt tv-innehåll på olika plattformar, vilket skulle göra det möjligt för konkurrerande leverantörer att under alla omständigheter få tillgång till sitt ”premiuminnehåll”. Kommissionen drog härav slutsatsen att det var osannolikt att införandet av en ensamrättsstrategi för den sammanslagna enheten skulle få betydande konkurrensbegränsande effekter.

309 Av samtliga dessa skäl drog kommissionen, i skäl 1204 i det angripna beslutet, slutsatsen att även om den sammanslagna enheten fick ett ökat marknadsinflytande efter transaktionen, var det inte möjligt att dra slutsatsen att den sammanslagna enheten sannolikt skulle ha fått villkor från programföretagen och innehavare av tv-rättigheter i form av avtal om ensamrätt som skulle ha en negativ inverkan på tillgången för konkurrerande tv-leverantörer i detaljistledet till tv-kanalerna eller tv-innehållet.

310 I förevarande fall består sökandens argumentation till stöd för denna grund av två delar. Inom ramen för den första delgrunden har sökanden gjort gällande att den slutsats som kommissionen kom fram till, det vill säga att det inte var troligt att programföretagen och innehavarna av tv-rättigheter skulle ingå avtal om ensamrätt med den sammanslagna enheten trots den sammanslagna enhetens ökade marknadsinflytande, är felaktig och grundar sig på en ofullständig och uppenbart oriktig bedömning av koncentrationens inverkan på konkurrensen på marknaden för inmatning av tv-signaler. Till stöd för den andra delgrunden har sökanden kritiserat kommissionen för att den begränsade sig till att undersöka huruvida den sammanslagna enheten skulle ha förmåga och incitament att hindra uppkomsten och utvecklingen av OTT och HbbTV, men inte beaktade transaktionens inverkan på andra så innovativa tv-tjänster, såsom IPTV.

2. Den första delgrunden: Uppenbart oriktig bedömning av avskärmningen av marknaden genom avtal om (fullständig eller partiell) ensamrätt

311 Till stöd för den första delen av denna grund har sökanden för det första gjort gällande att bedömningen i det angripna beslutet av den sammanslagna enhetens incitament att ingå avtal om fullständig ensamrätt var felaktig och ofullständig.

312 Sökanden har för det andra hävdat att bedömningen i det angripna beslutet av incitamentet för den sammanslagna enheten att genomföra en partiell ensamrättsstrategi är ofullständig.

313 Sökanden har för det tredje bestritt kommissionens slutsats att en hypotetisk fullständig eller partiell avskärmning av innehållet inte kan få några betydande konkurrensbegränsande effekter.

a) Kommissionens påstått ofullständiga och felaktiga undersökning av den sammanslagna enhetens incitament att ingå avtal om fullständig ensamrätt

314 Enligt sökanden har kommissionen för det första inte beaktat den omständigheten att kostnaderna för att ingå avtal om fullständig ensamrätt skulle minska i takt med att antalet slutkunder på plattformen ökar och kommissionen drog därför den felaktiga slutsatsen att den sammanslagna enheten inte skulle ha något incitament att ingå sådana avtal. Sökanden har tillagt att Unitymedia tidigare hade förvärvat vissa rättigheter till Bundesliga, vilket visade att en sådan strategi redan hade funnits. Med hänsyn till den ökade kundkretsen till följd av koncentrationen skulle en ensamrätt bli mer intressant för den sammanslagna enheten.

315 Sökanden har för det andra gjort gällande att kommissionens prövning var ofullständig, eftersom den endast avsåg frågan om förvärv av ensamrätter för Bundesliga, och felaktig, eftersom kommissionen felaktigt ansåg att de överväganden som var tillämpliga på Bundesligas rättigheter även var tillämpliga på andra idrottsevenemang eller populärt innehåll, trots att de potentiella fördelarna med en strategi för avskärmning av sådant innehåll enligt sökanden var annorlunda.

316 För det tredje har sökanden kritiserat kommissionen för att inte ha beaktat den omständigheten att fördelarna med en ensamrättsstrategi för den sammanslagna enheten (och programföretagens benägenhet att godta avtal om ensamrätt) kan komma att förändras i framtiden, på grund av de ökade möjligheterna för den sammanslagna enheten att erbjuda en mycket stor kundkrets paket med flera tjänster i hela Tyskland, och den omständigheten att exklusivt innehåll skulle kunna hjälpa den sammanslagna enheten att öka sin försäljning av CFM-erbjudanden till kunder som skulle kunna se detta innehåll på sin mobiltelefon.

317 Kommissionen har, med stöd av Vodafone, bestritt sökandens argument.

318 I detta avseende påpekar tribunalen för det första att sökanden inte har ifrågasatt kommissionens bedömningar om att det var föga troligt att den sammanslagna enheten skulle få incitament att ingå ett avtal om fullständig ensamrätt med Sky, som kommissionen redogjorde för i skälen 1173–1176 i det angripna beslutet (se punkt 304 ovan), och som bland annat grundade sig på den omständigheten att Sky på samma sätt, eller desto mer, var beroende av andra aktörer än den sammanslagna enheten för att kunna sprida sitt innehåll. Vid förhandlingen bekräftade sökanden för övrigt att den inte bestred att Skys incitament att ingå ett avtal om fullständig ensamrätt med den sammanslagna enheten var begränsat.

319 När det gäller kommissionens bedömning att det var föga troligt att den sammanslagna enheten skulle ha ett incitament att ingå ett avtal om fullständig ensamrätt med Sky, som kommissionen redogjorde för i skälen 1177–1183 i det angripna beslutet (se punkt 305 ovan) har sökanden allmänt gjort gällande att kostnaderna för att ingå avtal om fullständig ensamrätt minskar i takt med att antalet slutkunder på plattformen ökar eller att en ensamrättsstrategi är mer intressant efter koncentrationen än den var tidigare. Sökanden har emellertid inte anfört några konkreta omständigheter som kan ifrågasätta kommissionens förklaringar.

320 Sökanden har i synnerhet inte visat att det i Tyskland fanns ett tillräckligt starkt samband mellan förekomsten av attraktiva kanaler eller attraktivt innehåll på en operatörs tv-plattform och dess förmåga att locka till sig nya tv-tittare, vilket med en tillräcklig grad av sannolikhet skulle ha gjort det möjligt att minska de höga kostnaderna för avtalen om fullständig ensamrätt. Sökanden har inte heller lagt fram någon bevisning som styrker att den sammanslagna enheten skulle uppmuntras att tillämpa en affärsstrategi som grundar sig på en fullständig ensamrätt i framtiden och som således gör det möjligt att ifrågasätta kommissionens bedömningar i detta avseende.

321 Vad för det andra gäller sökandens påstående att kommissionens prövning av den sammanslagna enhetens incitament att ingå avtal om fullständig ensamrätt är ofullständig, eftersom den är begränsad till Bundesliga, och felaktig, konstaterar tribunalen att avskärmningen av insatsprodukter endast kan ge upphov till konkurrensproblem om den avser en ”viktig insatsprodukt” för produkten i efterföljande led, såsom anges i punkt 34 i riktlinjerna om icke-horisontella koncentrationer.

322 Det ska därför anses att om en strategi för fullständig avskärmning avseende attraktivaste innehållet (såsom Bundesliga) inte ger upphov till tillräckligt många byten av leverantör för att vara lönsam, är det följaktligen troligt att andra ”mindre viktiga” typer av innehåll än mindre sannolikt skulle leda till detta, med den följden att den sammanslagna enheten skulle ha mindre incitament att försöka genomföra en strategi för fullständig avskärmning avseende sådant innehåll. Kommissionen kan således inte klandras för att endast ha undersökt den hypotetiska situationen med förvärv av ensamrätter till Bundesliga och för att ha ansett att dess överväganden även var tillämpliga på mindre populärt innehåll.

323 Sökanden har för övrigt endast åberopat att en strategi för avskärmning av mindre attraktivt innehåll är mindre kostsam, och har inte redogjort för skälen till att det skulle vara lönsammare för den sammanslagna enheten att genomföra en strategi för förvärv av ensamrätter till mindre attraktivt innehåll än Bundesliga eller skälen till att sådant innehåll är tillräckligt ”viktigt” i den mening som avses i punkt 34 i riktlinjerna om icke-horisontella koncentrationer för att en avskärmning av denna insatsprodukt ska kunna ge upphov till konkurrensproblem.

324 I motsats till vad sökanden har gjort gällande framgår det i vart fall av skälen 1184–1197 i det angripna beslutet (se punkt 306 ovan) att kommissionen prövade frågan huruvida den sammanslagna enheten skulle ges incitament att förvärva ensamrätter till andra sportevenemang eller annat populärt innehåll än Bundesliga, bland annat med beaktande av att Unitymedia, såsom sökanden har gjort gällande, år 2005 hade förvärvat vissa rättigheter till Bundesliga.

325 När det för det tredje gäller sökandens påstående att kommissionen inte beaktade de ökade möjligheter som den sammanslagna enheten skulle ha att erbjuda paket flera tjänster till en mycket stor kundkrets i hela Tyskland, och den omständigheten att exklusivt innehåll skulle kunna hjälpa den sammanslagna enheten att öka sin försäljning av CFM-erbjudanden, ska det påpekas att kommissionen i skäl 149 b iv–vi) i det angripna beslutet konstaterade att CFM-utbudet i Tyskland nyttjades i liten omfattning, vilket bekräftades av konkurrenterna till parterna i koncentrationen under marknadsundersökningen. Enligt rapporter från tredje parter köpte nämligen endast 8,4 procent av hushållen eller 10,8 procent av kundbasen för fast bredband, det vill säga 3,5 miljoner hushåll, en CFM-produkt under 2017. Kommissionen konstaterade även att i den studie från konsultfirman WIK-Consult som lades fram av en tredje part under det administrativa förfarandet drogs slutsatsen att det inte inom en nära framtid skulle ha skett några betydande förändringar av konkurrensdynamiken i Tyskland på grund av försäljning av paket med fasta och mobila produkter, eftersom de tyska konsumenterna skulle ha fortsatt att köpa dessa två typer av produkter separat, vilket sökanden inte har bestritt.

326 Kommissionen kan således inte klandras för att den inte undersökte huruvida fördelarna med en strategi för ensamrätt (och programföretagens benägenhet att godta avtal om ensamrätt) kunde komma att ändras i framtiden på grund av de ökade möjligheter som den sammanslagna enheten skulle ha att erbjuda paket med flera tjänster, i synnerhet CFM-erbjudanden, till en mycket stor kundkrets i hela Tyskland.

327 Av det ovan anförda följer att sökandens invändning att kommissionen gjorde en påstått ofullständig och felaktig prövning av den sammanslagna enhetens incitament att ingå avtal om fullständig ensamrätt inte kan godtas.

b) Kommissionens påstått ofullständiga undersökning av den sammanslagna enhetens incitament att ingå avtal om partiell ensamrätt

328 Sökanden har kritiserat kommissionen för att inte ha beaktat möjligheten för den sammanslagna enheten att inleda en partiell avskärmning som individuellt avser en eller flera konkurrenter på fastighetsägar- och privatmarknaderna i efterföljande led, såsom sökanden själv, genom vilken programföretagen hindras från att distribuera sina kanaler och sitt innehåll till dessa, eller genom vilken dessa konkurrenter berövas tillgång till vissa innovativa tv-funktioner, såsom *video on demand* och *time shifting*.

329 Enligt sökanden är en sådan strategi för partiell avskärmning desto mer trolig med tanke på att den är mindre kostsam för den sammanslagna enheten och lättare för programföretagen att acceptera, samtidigt som den orsakar skadliga effekter för de berörda konkurrenterna.

330 Kommissionen har, med stöd av Vodafone, bestritt sökandens argument.

331 Det ska i detta hänseende påpekas att kommissionens konstateranden inom ramen för prövningen av ett eventuellt incitament att ingå avtal om ensamrätt med Sky (se skälen 1173–1176 i det angripna beslutet och punkt 304 ovan) var tillräckliga för att den sammanslagna enhetens strategi som grundade sig på en partiell ensamrätt till denna aktör skulle kunna uteslutas. Såsom kommissionen har påpekat var det, mot bakgrund av att den fann att Sky inte hade något incitament att ingå avtal om fullständig ensamrätt, särskilt med hänsyn till dess beroende av andra operatörer än den sammanslagna enheten, däribland satellit-tv-operatörer, vilket sökanden inte har bestritt, osannolikt att Sky skulle ha beviljat denna enhet en ensamrätt som skulle ha inneburit att vissa operatörer som är verksamma på fastighetsägar- och privatmarknaderna sett var för sig skulle ha uteslutits, särskilt eftersom dess utbud skulle ha varit tillgängligt på andra plattformar, eller att Sky skulle ha gått med på att beröva dessa operatörer vissa innovativa funktioner. Kommissionen kan således inte klandras för att inte ha beaktat möjligheten för den sammanslagna enheten att ingå sådana avtal med Sky i syfte att beröva vissa av dess konkurrenter nyskapande innehåll eller funktioner.

332 När det gäller de andra tv-programföretagen än Sky har sökanden inte heller anfört någon omständighet som visar att avsaknaden av visst innehåll eller vissa innovativa funktioner som dessa tillhandahåller i en konkurrents utbud skulle ha haft en betydande inverkan på leverantörsbyten och således att en potentiellt betydande andel av bostadsbolagen på fastighetsägarmarknaden, eller av tyska tv-tittare på privatmarknaden, skulle ha varit beredda att byta till den sammanslagna enhetens utbud enbart av det skälet att deras befintliga leverantör inte erbjöd dessa kanaler eller funktioner. Sökanden har således inte visat att det föreligger en betydande negativ inverkan på konkurrensen i efterföljande led i den mening som avses i punkt 32 i riktlinjerna om icke-horisontella koncentrationer.

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

334 Det var följaktligen föga troligt att den sammanslagna enheten skulle ha ett incitament att ingå sådana avtal efter koncentrationen, vilket även gällde för programföretagen. Det följer nämligen av rättspraxis att även om det är lämpligt att beakta vilka incitamenten är för konkurrensbegränsande beteenden, ska det även beaktas att dessa incitament skulle kunna minska eller till och med undanröjas på grund av att ifrågavarande beteenden är rättsstridiga, sannolikt blir upptäckta, blir föremål för rättsliga åtgärder av behöriga myndigheter på såväl unionsnivå som nationell nivå och på grund av de ekonomiska sanktioner som skulle kunna bli följden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 2002, Tetra Laval/kommissionen, T-5/02, EU:T:2002:264, punkt 159, och dom av den 14 december 2005, General Electric/kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, punkterna 303–311). Kommissionen kan således inte klandras för att inte ha beaktat den osannolika möjligheten, med hänsyn till dess potentiellt rättsstridiga karaktär, att den sammanslagna enheten skulle ingå ett avtal om ensamrätt med ett programföretag, genom vilket en eller flera konkurrenter på marknaderna i efterföljande led sett var för sig skulle ha berövats tillgång till visst innehåll eller vissa innovativa funktioner.

335 Av det ovan anförda följer att sökandens invändning att kommissionen gjorde en påstått ofullständig prövning av den sammanslagna enhetens incitament att ingå avtal om partiell ensamrätt inte kan godtas.

336 Dessutom utgör förmågan att avskärma tillgången till insatsprodukter på ett betydande sätt, intresset av att göra detta och den betydande negativa inverkan på konkurrensen i efterföljande led av en avskärmningsstrategi tre kumulativa villkor, vilket innebär att om ett av dem inte är uppfyllt är detta tillräckligt för att utesluta risken för avskärmning av konkurrensbegränsande insatsprodukter (se punkt 277 ovan och där angiven rättspraxis).

337 Eftersom sökanden inte har visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när det gäller det påstådda incitamentet för den sammanslagna enheten att genomföra en strategi för att tränga ut konkurrerande tv-leverantörer i detaljistledet (det vill säga det andra av dessa villkor), kan talan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den fjärde grundens första del. Det är inte nödvändigt att pröva huruvida det finns fog för den tredje invändningen, avseende kommissionens påstått felaktiga prövning av effekterna på konkurrensen i efterföljande led av en strategi för fullständig eller partiell avskärmning av innehållet (det vill säga det tredje av dessa villkor).

3. Den andra delgrunden: Ofullständig bedömning av den skada för konkurrensen som transaktionen skulle orsaka på grund av begränsningen av innovativa tv-tjänster

338 Sökanden har inledningsvis förklarat att kommissionen i det angripna beslutet gjorde en riktig bedömning när den fann att den sammanslagna enheten efter transaktionen skulle ha den kapacitet och det incitament som krävs för att hindra uppkomsten av innovativa tv-tjänster såsom HbbTV och OTT, vilket skulle skada konsumenterna genom att sänka kvaliteten på tittarupplevelsen och begränsa deras valmöjligheter. Sökanden har emellertid kritiserat kommissionen för att inte ha beaktat att den sammanslagna enheten även skulle kunna skada andra innovativa tv-tjänster, såsom IPTV.

339 Till stöd för detta påstående har sökanden gjort gällande att OTT-tjänster inte erbjöd samma kvalitet som IPTV, att de krävde särskild utrustning och att de inte var lika lönsamma som IPTV. Sökanden har av detta dragit slutsatsen att alla farhågor avseende försämringen av kvaliteten på och upplevelsen av innehållet som erbjuds slutkonsumenterna med avseende på OTT även var tillämpliga på IPTV.

340 Sökanden har även gjort gällande att den sammanslagna enhetens förmåga och incitament att begränsa distributionen av innehåll inte var mindre vad gäller konkurrenternas IPTV-tjänster än vad som var fallet för den OTT och HbbTV som tillhandahölls av programföretagen. Kommissionen har enligt sökanden inte på något sätt förklarat på vilket sätt en begränsning av överföringen av innehåll via IPTV inte borde ha medfört några problem och på vilket sätt andra innovativa tjänster än OTT och HbbTV från programföretagen skulle vara mindre relevanta eller mindre skyddsvärda. Sökanden har tillagt att kommissionens påstående att OTT kunde ha ändrat OTT på medellång sikt inte stöds av någon bevisning och att detta, även om så vore fallet, inte kan motivera att man bortsåg från transaktionens negativa effekter på IPTV, som redan hade en betydande attraktionskraft på marknaden. Vidare anser sökanden att den sammanslagna enheten borde ha ännu större incitament att skada IPTV än att skada OTT, eftersom IPTV var ett verkligt substitut för kabel-tv och den enda alternativa teknik som växte på marknaden, medan OTT endast användes som ett komplement till en kabel-tv-tjänst, men inte som ersättning för denna.

341 Såsom kommissionen, med stöd av intervenienten, har förklarat, ingår IPTV visserligen i ett system som möjliggör tillhandahållande av tv-tjänster genom IP-teknik, men den ingår i ett särskilt nät som kontrolleras av tillhandahållaren av tv-tjänster, medan OTT-tekniken gör det möjligt för programföretagen att sända tv-kanaler direkt via internet, utan att nätoperatören medverkar i kontrollen eller distributionen av innehållet. Till skillnad från vad som är fallet för IPTV möjliggör OTT-tekniken därför en mer direkt interaktion mellan programföretag (kanalerna) och de tv-tittare som är slutkunder.

342 I det angripna beslutet redogjorde kommissionen dessutom för flera omständigheter som visade att OTT faktiskt var en ny teknik som växte snabbt.

343 I skälen 948 och 950–954 i det angripna beslutet redogjorde kommissionen, inom ramen för sin prövning av transaktionens eventuella horisontella effekter på marknaden för tv-tjänster i detaljistledet, på ett detaljerat sätt för det nya och ökande utbudet av OTT-tv-tjänster.

344 I skäl 948 i det angripna beslutet konstaterade kommissionen närmare bestämt att leverantörer i detaljistledet av traditionell tv i allt högre grad erbjöd linjära tv-tjänster via OTT. Kommissionen påpekade att Vodafone (Giga TV OTT), sökanden (Magenta TV) och Telefónica (O2 TV) var för sig erbjöd ett fristående utbud av OTT-tv. Kommissionen konstaterade också att andra aktörer erbjöd en OTT-tv-produkt som ett ytterligare alternativ för sina abonnenter som enbart hade tv-tjänster, däribland Unitymedia (Horizon Go), United internet (1 & TV app), Tele Columbus (Advance TV app), NetCologne (NetGo app) och M-net (M-net TV Plus App).

345 I skäl 950 i det angripna beslutet påpekade kommissionen att tillhandahållare av OTT-tjänster, såsom Amazon Prime och Netflix, redan hade en stor kundkrets, eftersom var och en redan hade (åtminstone) mer än tre miljoner abonnenter i Tyskland, och Netflix hade för avsikt att växa med mer än 20 procent per år.

346 I skäl 951 i det angripna beslutet konstaterade kommissionen att även de specialiserade OTT-tv-tjänsterna var allt vanligare i Tyskland, och i skäl 952 i nämnda beslut påpekade kommissionen att flera programföretag också hade börjat erbjuda sina egna OTT-tjänster.

347 I skälen 1127–1132 i det angripna beslutet angav kommissionen dessutom, inom ramen för sin prövning av de horisontella icke-samordnade effekterna på marknaden för tillhandahållande och förvärv av tv-kanaler i grossistledet, förklaringar avseende utvecklingen av OTT-tjänsterna och, särskilt, utvecklingen av efterfrågan på dessa tjänster.

348 Kommissionen erinrade i skäl 1127 i det angripna beslutet om att den inom ramen för avgränsningen av den relevanta marknaden hade påpekat att OTT-distributionen blev allt mer relevant inom tv-sektorn i Tyskland, liksom i många andra länder.

349 Även om kommissionen i skäl 1129 i det angripna beslutet angav att de flesta programföretag fortfarande ansåg att OTT-produkterna för närvarande kompletterar linjära tv-tjänster med grundutbud, framhöll den också, med stöd av bevisning, att samma uppgifter visade den snabbt ökande betydelsen av OTT-distributionen i Tyskland, eftersom 11,7 procent av de tillfrågade personerna hade förklarat att de kunde tänka sig att använda OTT som enda sätt att få tv hemma. Dessutom erinrade kommissionen om att vissa OTT-distributörer, såsom Netflix, Amazon och DAZN, redan var mycket populära och påpekade att flera deltagare i marknadsundersökningen hade gjort gällande att OTT-tjänsterna i viss mån kunde ersätta traditionella tv-tjänster.

350 I skäl 1130 i det angripna beslutet förklarade kommissionen, med hänvisning till olika dokument som nämns i fotnoten i det angripna beslutet, att OTT, såsom de tyska myndigheterna påpekade inom mediesektorn, vann mark som huvudmetod för att ta emot audiovisuellt innehåll, med en ökning på 6 procent mellan 2017 och 2018. När det gäller en nationell publik ökade leverantörerna av OTT från 7,3 procent under 2015–2016 till 12,8 procent under 2017–2018. När det specifikt gäller segmentet premium-tv eller samtal ökade OTT från 16,8 procent 2015–2016 till 23 procent 2017–2018. Dessutom noterades en liknande tillväxttakt under samma år i fråga om abonnenter (från 25,3 procent till 33,4 procent) och intäkter (från 10,6 procent till 19,1 procent). Kommissionen angav även att marknadsandelarna för kabel-tv i jämförelse hade minskat under samma period.

351 Slutligen nämnde kommissionen i skäl 1132 i det angripna beslutet en snabb utveckling av situationen. I detta avseende betonade kommissionen att utvecklingen av OTT-tjänster skulle kunna innebära en betydande begränsning av de traditionella tv-plattformarnas marknadsstyrka och balansera om de olika aktörernas förhandlingsposition, särskilt när det gäller lämpliga marknadsvillkor.

352 Det kan således konstateras att kommissionens påstående att OTT skulle kunna ändra detta på medellång sikt grundar sig på ett stort antal bevis, i motsats till vad sökanden har hävdat.

353 Sökanden har för övrigt inte lagt fram någon bevisning som gör det möjligt att dels ifrågasätta konstaterandena ovan, dels fastställa att IPTV växer på liknande sätt som OTT, att IPTV har en liknande tillväxtpotential eller att OTT inte erbjöd samma kvalitet som IPTV, krävde särskild utrustning och inte var lika lönsamt som IPTV. Detta får till följd att alla farhågor avseende försämringen av kvaliteten på och upplevelsen av innehållet som erbjuds slutkonsumenterna med avseende på OTT även var tillämpliga på IPTV. Det ska även påpekas att sökanden inte har bestritt kommissionens förklaring i skäl 291 i det angripna beslutet, enligt vilken endast 8 procent av hushållen hade skaffat IPTV-abonnemang i Tyskland, vilket avslöjade den begränsade marknadsandelen för denna teknik.

354 När det sedan gäller den sammanslagna enhetens incitament att hindra uppkomsten av innovativa tv-tjänster, framhöll kommissionen i skäl 1275 i det angripna beslutet att OTT-tjänsterna och HbbTV-tjänsterna syftade till att skapa en direkt förbindelse mellan programföretagen och tv-tittarna och på så sätt begränsa förmedlingen av traditionella tv-plattformar, såsom tjänsterna hos parterna i koncentrationen. Kommissionen drog härav slutsatsen att den sammanslagna enheten skulle kunna få incitament att avskärma uppkomsten av sådana tjänster i syfte att bevara

en affärsmodell som grundar sig på kontroll av tv-plattformens kundkrets och avsaknad av interaktion mellan denna kundkrets och programföretagen. Samma problem uppstår inte när det gäller IPTV, som inte erbjuder någon sådan interaktion.

355 I detta avseende påpekade kommissionen att de exempel som deltagarna i marknadsundersökningen nämnde och som nämndes i de interna dokumenten från parterna i koncentrationen visade att dessa redan hade incitament att begränsa utvecklingen av OTT- och HbbTV-tjänsterna och förklarade att det befintliga incitamentet skulle öka till följd av transaktionen. För det första skulle nämligen den sammanslagna enhetens ökade marknadsstyrka ha begränsat programföretagens möjligheter att stå emot Vodafones försök att anta sådana strategier. Vidare skulle den sammanslagna enheten inte ha haft något incitament att introducera innovativa interaktiva tjänster för att reagera på liknande tjänster som den främsta jämförbara konkurrenten, det vill säga Unitymedia, erbjuder. Eftersom den framgångsrika utträngningen av konkurrensen från OTT-tjänster på detaljhandelsnivå skulle ha gynnat alla befintliga detaljistleverantörer av tv-tjänster, skulle dessa leverantörer uppmuntras att ”åka snålskjuts” (*free-ride*) på sina konkurrenters insatser för att avskärma sina konkurrenter i detaljistledet. Sammanförandet av Vodafone och Unitymedia skulle emellertid göra det möjligt för den sammanslagna enheten att internalisera fördelen för båda parter att framgångsrikt utestänga OTT-tjänsterna. Kommissionen drog härav slutsatsen att detta skulle stärka den sammanslagna enhetens incitament att ägna sig åt en sådan strategi (se skälen 1280–1283 i det angripna beslutet).

356 Härav följer att kommissionen förfogade över bevisning som gjorde det möjligt för den att, i skäl 1284 i det angripna beslutet, dra slutsatsen att parterna i koncentrationen kunde ha getts incitament att hindra tillväxten av OTT-tjänsterna och HbbTV-tjänsterna för att bevara en ekonomisk modell där tv-plattformen direkt kontrollerade förbindelserna med kunden och där programföretagen hindrades från att kringgå kabelnätens inblandning.

357 Sökanden har emellertid inte visat att den sammanslagna enheten på samma sätt skulle få incitament att begränsa distributionen av innehåll med hjälp av IPTV-tekniken.

358 I motsats till vad sökanden har gjort gällande följer det av de olika skäl i det angripna beslutet som nämns i punkterna 342–351 ovan att IPTV inte är ett verkligt substitut för kabel-TV och inte är den enda växande alternativa tekniken, medan OTT faktiskt skulle kunna bli en tjänst som används för att ersätta kabel-tv.

359 Sökanden har således inte visat att kommissionen i förevarande fall var skyldig att bedöma incitamentet för den sammanslagna enheten att begränsa distributionen av innehåll med hjälp av IPTV-tekniken och att kommissionen följaktligen gjorde ett uppenbart fel genom att inte göra en sådan bedömning. Mot bakgrund av det ovan anförda har sökanden för övrigt dels kunnat förstå skälen till att kommissionen inte gjorde en sådan bedömning, dels kunnat göra gällande sina rättigheter, vilket innebär att kommissionen inte har åsidosatt sin motiveringsskyldighet i detta avseende.

360 Talan kan således inte bifallas såvitt avser den fjärde grundens andra del, och således inte såvitt avser någon del av den fjärde grunden.

F. Den femte grunden: Kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att OTT-åtagandena och åtagandena avseende inmatningsavgifter var tillräckliga för att göra koncentrationen förenlig med den inre marknaden

361 Till stöd för sin femte grund har sökanden gjort gällande att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att OTT-åtagandet, åtagandet avseende inmatningsavgifter och åtagandet avseende HbbTV (nedan tillsammans kallade åtagandena avseende marknaden för inmatning av tv-signaler) som parterna i koncentrationen erbjöd kunde undanröja det betydande hinder för en effektiv konkurrens som konstaterats på marknaden för inmatning av tv-signaler. Enligt sökanden var dessa åtaganden tvärtom uppenbart olämpliga och otillräckliga.

1. Inledande överväganden

362 Såsom tribunalen har angett i punkterna 31 och 32 ovan fann kommissionen, i det angripna beslutet, att på grund av det ökade marknadsinflytandet för den sammanslagna enheten på marknaden för inmatning av tv-signaler skulle transaktionen kunna leda dels till en form av delvis inlåsning för gratis-tv och betalkanaler, bland annat genom att de avtalsmässiga och ekonomiska villkor som denna enhet uppställer för programföretagen skulle försämras och följaktligen till en kvalitativ försämring av tv-utbudet till de tv-tittare som är slutkunder i Tyskland, dels till att denna enhet genomför en strategi som syftar till att hindra framväxten och utvecklingen av OTT- och HbbTV-tjänster, vilket skulle ha kunnat skada konsumenterna på grund av på grund av försämrad kvalitet för tittarna och på grund av färre valmöjligheter (se dels skälen 1205–1265, dels skälen 1266–1292).

363 För att undanröja detta betydande hinder för en effektiv konkurrens som konstaterats på marknaden för inmatning av tv-signaler godtog kommissionen flera åtaganden som Vodafone hade erbjudit, nämligen OTT-åtagandet, som hindrade den sammanslagna enheten från att begränsa möjligheten för programföretag vars innehåll sändes på dess plattform att distribuera detta innehåll via en OTT-tjänst och som för detta ändamål garanterade dem en tillräcklig direkt sammanlänkningskapacitet, HbbTV-åtagandet, som tvingade den sammanslagna enheten att fortsätta att sända HbbTV-signalen från tv-programföretagen som sänder gratis tv-program, och åtagandet avseende inmatningsavgifter, som hindrade den sammanslagna enheten från att höja de inmatningsavgifter som betalades till den av de programföretag som sände gratis tv-program, såsom framgår av punkterna 40 och 41 ovan.

364 I förevarande fall kan sökandens argumentation till stöd för den aktuella grunden delas upp i fyra delgrunder. Den första delgrunden avser tillämpningen av ett felaktigt juridiskt kriterium för att bedöma lämpligheten i åtagandena avseende marknaden för återköp av tv-signaler. Den andra avser att dessa åtaganden var ineffektiva, eftersom de inte undanröjde de konstaterade konkurrensproblemen. Den tredje delgrunden avser att åtagandet avseende inmatningsavgifterna inkom för sent. Den fjärde delgrunden avser att det betydande hindret för en effektiv konkurrens inte undanröjdes på alla aktuella marknader.

365 Kommissionen har, med stöd av intervenienten, genmält att den femte grunden är verkningslös, eftersom sökanden inte har bestritt bedömningen av ”*Wholesale Cable Broadband Access*”-åtagandet, trots att även detta bidrog till att undanröja de konkurrensproblem som konstaterats på marknaden för inmatning av tv-signaler.

366 Tribunalen finner det lämpligt att börja med att pröva huruvida de fyra delgrunder som sökanden har åberopat till stöd för förevarande grund är välgrundade.

2. Den första delgrunden: Tillämpning av ett felaktigt rättsligt kriterium vid bedömningen av huruvida åtagandena avseende marknaden för inmatning av televisionssignaler var lämpliga

367 Sökanden har för det första gjort gällande att kommissionen borde ha ansett att åtagandena avseende marknaden för inmatning av tv-signaler var uppenbart otillräckliga, eftersom de endast avsåg den sammanslagna enhetens beteende. Tillkännagivandet om korrigerande åtgärder skulle nämligen i princip inte ha gjort det möjligt att godta beteendeinriktade åtaganden för att komma till rätta med horisontella konkurrensproblem, såsom de problem som konstaterats på marknaden för inmatning av tv-signaler.

368 Sökanden har för det andra gjort gällande att kommissionen bedömde huruvida dessa åtaganden var lämpliga på grundval av ett felaktigt och alltför milt rättsligt kriterium. Sökanden har i detta avseende gjort gällande att den vaga terminologi som kommissionen använde i det angripna beslutet visar på en möjlighet, men inte någon säkerhet, att dessa åtaganden var tillräckliga och effektiva för att helt undanröja de konkurrensproblem som konstaterats på marknaden för inmatning av tv-signaler, med följden att dessa åtgärder inte borde ha godtagits.

369 Kommissionen har, med stöd av Vodafone, bestritt sökandens argument.

370 Vad för det första gäller sökandens påstående att åtagandena avseende marknaden för inmatning av tv-signaler endast är beteendemässiga och följaktligen otillräckliga för att lösa horisontella konkurrensproblem, är det riktigt, såsom sökanden har konstaterat, att kommissionen i punkt 15 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder förklarat att strukturella åtaganden, såsom åtagandet att överlåta en verksamhet, i allmänhet är att föredra med hänsyn till det mål som fastställs i förordning nr 139/2004, eftersom de varaktigt förhindrar de konkurrensproblem som skulle uppstå till följd av den anmälda koncentrationen och inte kräver några övervakningsåtgärder på medellång eller lång sikt. Vidare har kommissionen, såsom sökanden har erinrat om, i punkt 17 i nämnda tillkännagivande påpekat att åtagandena avseende den sammanslagna enhetens framtida beteende endast undantagsvis kan tillåtas, under mycket specifika omständigheter.

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

372 Åtagandena under etapp 2 har bland annat till syfte att åtgärda de konkurrensproblem som kommissionen konstaterade under etapp 1 och som föranledde den att inleda etapp 2. När tribunalen har anledning att undersöka om de åtaganden som gjordes under etapp 2, med hänsyn till sin räckvidd och sitt innehåll, kunde medge att kommissionen antog ett beslut som innebar ett godkännande av koncentrationen, ankommer det följaktligen på tribunalen att kontrollera huruvida kommissionen utan att göra en uppenbart felaktig bedömning kunde betrakta nämnda åtaganden som en direkt och tillräcklig åtgärd på de konkurrensproblem som konstaterats under etapp 1 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 maj 2015, Niki Luftfahrt/kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, punkt 298).

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

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

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

376 Sökanden saknar således grund för sitt påstående att kommissionen inte borde ha godtagit åtagandena avseende marknaden för inmatning av tv-signaler på grund av att de var uppenbart otillräckliga enbart av det skälet att de endast avsåg den sammanslagna enhetens beteende, vilket innebär att den första invändningen inte kan godtas.

377 Vad för det andra gäller sökandens påstående att den terminologi som kommissionen använde i det angripna beslutet visar att kommissionen inte alls var säker på att de åtaganden som avsåg marknaden för inmatning av tv-signaler skulle ha varit tillräckliga och effektiva för att avhjälpa det betydande hinder för en effektiv konkurrens som konstaterats på marknaden för återköp av tv-signaler, ska det påpekas att åligger det kommissionen att förklara en transaktion förenlig med den inre marknaden om det är tillräckligt sannolikt att denna transaktion, med de ändringar som följer av de åtaganden som parterna i koncentrationen har föreslagit, inte avsevärt hindrar en effektiv konkurrens på den inre marknaden eller att en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 maj 2019, KPN/kommissionen, T-370/17, EU:T:2019:354, punkt 110 och där angiven rättspraxis).

378 Dessutom kan de åtaganden som föreslagits av den anmälande parten endast anses vara av sådan art att de kan göra transaktionen förenlig med den inre marknaden om kommissionen med säkerhet kan dra slutsatsen att det kommer att vara möjligt att genomföra dem och att de åtgärder som blir följden av dem kommer att vara tillräckligt livskraftiga och varaktiga för att det konstaterade betydande hindret för en effektiv konkurrens, som åtagandena syftar till att förhindra, inte kan inträffa inom en relativt nära framtid (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 maj 2015, Niki Luftfahrt/kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, punkt 294 och där angiven rättspraxis).

379 Härav följer att även om kommissionen måste vara säker på att de föreslagna åtagandena kommer att kunna genomföras och att de kommer att vara tillräckligt livskraftiga och varaktiga, kan den förklara en koncentration förenlig om det är tillräckligt sannolikt att åtagandena kommer att vara tillräckliga och effektiva för att undanröja det konstaterade betydande hindret för en effektiv konkurrens.

380 Sökanden har för övrigt inte fog för att hävda att de formuleringar som kommissionen använde visar att kommissionen endast grundat sin bedömning på en möjlighet att åtagandena helt och hållet undanröjer alla konstaterade negativa effekter av transaktionen på marknaden för inmatning av tv-signaler.

381 Det är nämligen riktigt att den del av det angripna beslutet som ägnas åt bedömningen av de slutliga åtagandena innehåller vissa formuleringar som, betraktade var för sig, skulle kunna tolkas som ett uttryck för tvivel från kommissionens sida. Dessa formuleringar ska emellertid läsas mot bakgrund av hela denna del av det angripna beslutet och i synnerhet kommissionens slutsatser i skälen 1965, 1972 och 1973 i det angripna beslutet.

382 Tribunalen konstaterar att kommissionen, som en allmän slutsats, i skäl 1973 i det angripna beslutet angav att ”de slutliga åtagandena i sin helhet [var] lämpliga och tillräckliga för att undanröja de uppkomna konkurrensproblemen, genom vilka transaktionen påtagligt skulle hämma den effektiva konkurrensen” och ”att de slutliga åtagandena [kunde] genomföras effektivt med kort varsel”.

383 Av det ovan anförda följer att talan inte kan vinna bifall såvitt avser denna grunds första del.

3. Den andra delgrunden: Åtagandena avseende marknaden för inmatning av tv-signaler är ineffektiva, eftersom de inte undanröjer de konstaterade konkurrensproblemen

384 Till stöd för den andra delen av denna grund har sökanden gjort gällande att åtagandena avseende marknaden för inmatning av tv-signaler var helt ineffektiva och olämpliga för att uppnå kommissionens mål att kompensera för den sammanslagna enhetens ökade förhandlingsposition gentemot programföretagen.

385 Sökanden har för det första hävdat att OTT-åtagandet varken skyddade de programföretag som distribuerade linjära kanaler utan tv-tjänster eller *time shifting* på den sammanslagna enhetens plattform eller programföretag som erbjuder icke-linjära erbjudanden (*video on demand*).

386 För det andra har sökanden gjort gällande att eftersom OTT endast på medellång sikt skulle kunna begränsa de traditionella tv-plattformarnas marknadsstyrka, enligt vad kommissionen själv angav i skäl 1132 i det angripna beslutet, var OTT-åtagandet ineffektivt, eftersom det endast kunde få verkan sent, efter det att konkurrensvillkoren på marknaden hade försämrats ytterligare, vilket stred mot de krav som anges i punkt 9 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder.

387 För det tredje har sökanden förklarat att den andra aspekten av OTT-åtagandet, det vill säga åtagandet om sammankoppling för OTT-tjänsterna, var otillräcklig, eftersom kapacitetsproblem skulle kunna uppstå i hela kabelnätets täckningsområde, i synnerhet på accessnätsnivå, där alla kunder skulle dela på den begränsade kapaciteten hos koaxialkabeln, vilket visade att säkerställandet av tillräcklig kapacitet för sammankoppling inte i sig skulle garantera OTT-tv-kunderna en tillräcklig mottagningskvalitet och inte skulle förbättra konkurrensvillkoren.

388 För det fjärde har sökanden hävdat att åtagandena avseende marknaden för inmatning av tv-signaler var otillräckliga, eftersom de inte skulle minska den sammanslagna enhetens förmåga och incitament att skada innovativa tv-tjänster, såsom tredje parts IPTV. Enligt sökanden står det således den sammanslagna enheten fritt att begränsa programföretagens användning av IPTV-tjänster från tredje man och därmed skada dessa programföretag, konkurrerande och leverantörer av tv-tjänster i detaljistledet och deras kunder.

389 Sökanden har för det femte gjort gällande att åtagandena inte skulle hindra den sammanslagna enheten från att ge programföretagen andra ogynnsamma villkor som skulle kunna leda till samma resultat, eller till och med sämre resultat än dem som åtagandena var avsedda att undanröja. Andra omständigheter som diskuterades under de flerdimensionella förhandlingarna mellan den sammanslagna enheten och programföretagen skulle således ha kunnat påverkas negativt. Åtagandet om inmatningsavgifter skulle följaktligen inte ha någon verkan, eftersom det inte inbegrep försämring av andra avtalsvillkor till nackdel för programföretagen och inte skulle hindra den sammanslagna enheten från att missbruka sin marknadsstyrka.

390 Kommissionen har, med stöd av Vodafone, bestritt sökandens argument.

391 Vad för det första gäller sökandens påstående att OTT-åtagandet skulle ha varit ineffektivt, eftersom det inte skyddade de programföretag som distribuerade linjära kanaler utan tv-tjänster med *time shifting* på den sammanslagna enhetens plattform och de programföretag som erbjuder icke-linjära erbjudanden, konstaterar tribunalen att detta påstående grundar sig på en felaktig tolkning av OTT-åtagandet.

392 Det framgår nämligen av punkt 13 i avsnitt B.II i åtagandena att Vodafone, genom OTT-åtagandet, åtog sig att inte ingå eller att inte förnya avtal med ett programföretag om distribution av det programföretagets linjära kanaler och tv-tjänster med *time shifting* avseende innehållet i dessa linjära kanaler via Vodafones tv-plattform, som skulle ha innehållit villkor som direkt eller indirekt begränsar det programföretagets förmåga att erbjuda en OTT-tjänst, dess linjära kanaler via en OTT-tjänst eller dess innehåll för inkludering i en OTT-tjänst i Tyskland (se även skäl 1924 i det angripna beslutet).

393 Med hänsyn till att begreppet ”programföretag” i åtagandena definieras som ”leverantörer av en eller flera linjära tv-kanaler”, kan OTT-åtagandet inte tolkas så som sökanden har föreslagit, nämligen att det endast är tillämpligt på programföretag som distribuerar både linjära kanaler och tv-tjänster med *time shifting* via den sammanslagna enhetens plattform och således på så sätt att åtagandet avseende OTT-begränsningarna inte hade skyddat programföretag som distribuerar linjära kanaler utan tv-tjänster med *time shifting* på den sammanslagna enhetens plattform, eller programföretag som också erbjuder icke-linjärt utbud.

394 Omnämnandet, i åtagandena, av ett avtal med ett tv-programföretag som omfattade distribution av programföretagets linjära kanaler ”och” tv-tjänster med *time shifting* avseende innehållet i dessa linjära kanaler via Vodafones tv-plattform syftade till att utvidga räckvidden av åtagandet inte bara till att omfatta avtal om distribution av linjära kanaler utan även avtal om distribution av linjära kanaler och tjänster i samband med distribution av linjära kanaler som utgjordes av tv-tjänster med *time shifting* avseende innehållet i dessa linjära kanaler, i stället för att utesluta avtal som ingåtts eller kommer att ingås med programföretag som distribuerar linjära kanaler utan tv-tjänster med *time shifting* på den sammanslagna enhetens plattform eller med programföretag som också erbjuder ett icke-linjärt utbud.

395 Härav följer att OTT-åtagandet snarare ska tolkas så, att det avsåg dels de avtal som förhandlats fram med programföretagen och som endast avsåg distribution av programföretagets linjära kanaler, dels de avtal som förhandlats fram med programföretagen om distribution av programföretagets linjära kanaler och tillhandahållande av tv-tjänster med *time shifting* avseende innehållet i dessa linjära kanaler via Vodafones tv-plattform, vilket innebär att sökandens första invändning inte kan godtas.

396 Det ska under alla omständigheter påpekas att sökanden inte har lämnat någon uppgift om hur sökandens tolkning av OTT-åtagandet enligt vilken det åtagandet inte skulle ha skyddat programföretag som distribuerar linjära kanaler utan att göra tv-tjänster med *time shifting* på den sammanslagna enhetens plattform eller de programföretag som även erbjuder icke-linjära erbjudanden påverkar OTT-åtagandets effektivitet. Sökanden har i synnerhet inte visat att OTT-åtagandet var otillräckligt för att åtgärda det konkurrensproblem som konstaterats på marknaden för inmatning av tv-signaler, som motiverade att åtagandet antogs, med motiveringen att åtagandet inte tillämpades på programföretag som distribuerar linjära kanaler utan tv-tjänster med *time shifting* på den sammanslagna enhetens plattform eller på programföretag som också erbjuder ett icke-linjärt utbud. Sökanden har i detta avseende inte anfört någon omständighet som gör det möjligt att bedöma hur många programföretag som i detta fall inte skulle ha kunnat dra nytta av OTT-åtagandet.

397 Vad för det andra gäller sökandens påstående att OTT-åtagandet skulle ha varit ineffektivt, eftersom det endast hade kunnat få verkan i ett sent skede, ska det påpekas att det framgår av skäl 1266 i det angripna beslutet att det konstaterade konkurrensproblemet, som detta var avsett att lösa, bestod i den ökade möjligheten för den sammanslagna enheten att hindra uppkomsten och utvecklingen av vissa innovativa tv-tjänster, vars växande betydelse hade konstaterats, och som möjliggjorde ett större samspel mellan programföretaget och tv-tittarna, däribland OTT.

398 Oberoende av frågan om inom vilken tidsram OTT-tjänsterna skulle ha kunnat begränsa de traditionella tv-plattformarnas marknadsstyrka i betydande grad, konstaterar tribunalen följaktligen att OTT-åtagandet, genom att det från och med dagen för antagandet av det angripna beslutet hindrar Vodafone inte bara från att ingå eller förnya ett avtal med ett programföretag som innehåller villkor som direkt eller indirekt begränsar detta programföretags möjligheter att tillhandahålla en OTT-tjänst i Tyskland, utan även kräver att Vodafone inte tillämpar sådana villkor som skulle ha funnits och drar tillbaka liknande begränsningar i befintliga avtal, omedelbart kunde hindra Vodafone från att hindra uppkomsten och utvecklingen av OTT-tjänster och följaktligen avhjälpa det konkurrensproblem som konstaterats för vilket det hade antagits. Härav följer att OTT-åtagandet faktiskt skulle kunna fullgöras snabbt och effektivt, i enlighet med punkt 9 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder, vilket gör det möjligt att underkänna sökandens andra invändning.

399 Vad för det tredje gäller sökandens påstående att åtagandet om sammanlänkning av OTT-tjänsterna var otillräckligt, med hänsyn till att kapacitetsproblem hade kunnat uppstå på kabelnätets hela täckningsområde, med följden att en tillräcklig kapacitet för sammankoppling inte skulle ha säkerställt en tillräcklig mottagningskvalitet för OTT-tv-kunderna, ska det påpekas att det framgår av punkt 15 i avsnitt B.II i åtagandena att syftet med denna åtgärd var att bibehålla minst tre vägar till den sammanslagna enhetens IP-nät i Tyskland som inte var överbelastade. Syftet var med andra ord att tillhandahålla tillräcklig sammankopplingskapacitet för att göra det möjligt för den sammanslagna enhetens bredbandskunder att få tillgång till alla OTT-tjänster i Tyskland, antingen via de sammankopplingspunkter som beskrivs i punkt 16 i avsnitt B.II i åtagandena eller på annat sätt.

400 I detta syfte föreskrevs i punkt 16 i avsnitt B.II i åtagandena bland annat följande skyldigheter. För det första skulle Vodafone säkerställa att den största användningen varje dag vid alla den sammanslagna enhetens sammankopplingspunkter med var och en av grupperna om minst tre välrenommerade leverantörer av sammanlänkningstjänster som var beredda att sälja transittjänster inte översteg 80 procent, med följden att det skulle finnas minst 20 procent tillgänglig kapacitet utöver den största användningen varje dag. För det andra skulle Vodafone se

till att den tillgängliga kapaciteten förutom den dagliga kapaciteten var minst 20 Gbit/s. Denna siffra skulle revideras varje år enligt ett förfarande som beskrivs i texten om åtagandena. Sökanden har emellertid inte konkret förklarat på vilket sätt detta skulle ha varit otillräckligt.

401 Det ska i detta hänseende även påpekas att kommissionen och intervenienten i huvudsak har förklarat, utan att motsägas, att den sammanslagna enheten skulle ha ett starkt incitament att minimera överbelastningen på accessnätet, eftersom en sådan överbelastning skulle ha medfört en betydande risk för att den sammanslagna enheten förlorade kunder på marknaden för fast internetanslutning till förmån för andra leverantörer.

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

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

404 Vad för det fjärde gäller sökandens påstående att åtagandena avseende marknaden för inmatning av tv-signaler var otillräckliga på grund av att de inte minskade den sammanslagna enhetens förmåga och incitament att skada innovativa tv-tjänster, såsom tredje parts IPTV, erinrar tribunalen, såsom framgår av prövningen av den fjärde grundens andra del, om att även om kommissionen ansåg i det angripna beslutet att den sammanslagna enheten skulle ha kapacitet och incitament att hindra framväxten och utvecklingen av innovativa tv-tjänster såsom HbbTV och OTT och att Vodafone, för att lösa detta konkurrensproblem, hade föreslagit åtagandena avseende OTT och HbbTV, ansåg kommissionen inte att så skulle vara fallet med IPTV, eftersom den ansåg att denna produkt, till skillnad från OTT, befann sig i en nedåtgående fas med en begränsad marknadsandel på 8 procent (se skäl 291 i det angripna beslutet), vilket sökanden inte har bestritt.

405 Vidare framgår det av punkterna 338–360 ovan att sökanden inte har visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning genom att inte undersöka huruvida den sammanslagna enheten skulle ha kapacitet och avsikt att hindra uppkomsten och utvecklingen av andra innovativa tjänster, såsom IPTV, med den följden att det inte var nödvändigt att kräva ett åtagande i detta avseende, varför den fjärde invändningen inte kan godtas.

406 Vad för det femte gäller sökandens påstående att åtagandena avseende marknaden för inmatning av tv-signaler inte hindrade den sammanslagna enheten från att ge programföretagen andra ofördelaktiga villkor som kunde leda till samma, eller till och med sämre, resultat som dessa åtaganden var avsedda att undanröja, kan det konstateras att sökanden och intervenienten är överens om att förhandlingarna mellan programföretagen och tv-plattformarna inte var begränsade till intäktsflödena från programföretagen till den sammanslagna enheten, det vill säga

inmatningsavgifter, utan även omfattade betalningar för innehåll och betalningar för teknisk kvalitet eller för ytterligare funktioner och tjänster som den sammanslagna enheten gjorde till förmån för programföretagen.

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

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

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

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

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

412 Av det ovan anförda följer att den femte invändningen är tillräckligt begriplig och att den följaktligen kan tas upp till sakprövning, i motsats till vad kommissionen har anfört, men att den saknar grund. Denna invändning kan följaktligen, liksom den andra delen av förevarande grund, inte godtas.

4. Den tredje delgrunden: Åtagandet avseende inmatningsavgifter ingavs för sent

413 Till stöd för den tredje delen av förevarande grund har sökanden gjort gällande att åtagandet avseende inmatningsavgifter lades fram efter det att fristen för att inkomma med korrigerande åtgärder hade löpt ut, vilket fick till följd att kommissionen inte kunde genomföra ett nytt samråd med marknadsaktörerna. Det framgår enligt sökanden av tillkännagivandet om korrigerande

åtgärder att endast åtaganden som genom att undanröja alla oklarheter fullständigt undanröjer de konstaterade konkurrensproblemen kan godtas för sent, vilket inte är fallet med detta åtagande, med hänsyn till de argument som utvecklats inom ramen för den femte grundens två första delar. Kommissionen borde därför inte ha godtagit åtagandet avseende inmatningsavgifter.

414 Kommissionen har, med stöd av Vodafone, bestritt sökandens argument.

415 Det framgår av artikel 19.2 i förordning nr 802/2004 att de åtaganden som de berörda företagen erbjuder enligt artikel 8.2 i förordning nr 139/2004 ska meddelas kommissionen inom 65 arbetsdagar från den dag då förfarandet inleddes. När fristen för att fatta beslut med stöd av artikel 8.2 i förordning nr 139/2004 förlängs är fristen om 65 arbetsdagar automatiskt förlängd med samma antal arbetsdagar.

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

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

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

419 Vad för det första gäller det första villkoret, framgår det av prövningen av den första och den andra delen av förevarande grund att sökandens argument att åtagandena, och särskilt åtagandet avseende inmatningsavgifter, är ineffektiva och otillräckliga, inte kan godtas. Sökanden har således inte visat att kommissionen – på grundval av sin bedömning av de uppgifter som redan erhållits inom ramen för undersökningen, bland annat resultaten av det tidigare marknadstestet – inte klart kunde fastställa att åtagandet avseende inmatningsavgifter, när det väl hade genomförts, klart och utan behov av ytterligare utredning skulle ha löst de tidigare identifierade konkurrensproblemen.

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

faktiskt har kunnat tillställa medlemsstaterna ett förslag till slutligt beslut som innehåller en bedömning av de ändrade åtagandena minst tio arbetsdagar före den rådgivande kommitténs möte, vilket sökanden inte har bestritt, och att kommissionen följaktligen har haft tillräckligt med tid för att samråda med medlemsstaterna om åtagandet avseende inmatningsavgifter.

421 Av det ovan anförda följer att kommissionen kunde beakta åtagandet avseende inmatningsavgifter trots att det ingetts för sent, vilket innebär att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den tredje delen av förevarande grund.

5. Den fjärde delgrunden: Det betydande hindret för en effektiv konkurrens avhjälps inte på samtliga relevanta marknader

422 Sökanden har gjort gällande att åtagandena, mot bakgrund av dess tidigare argument, vilka utvecklats inom ramen för den första, den andra och den fjärde grunden, var otillräckliga, eftersom de inte undanröjde det betydande hindret för en effektiv konkurrens på fastighetsägarmarknaden och privatmarknaden, eller avskärmningseffekterna till nackdel för den sammanslagna enhetens konkurrenter på tv-marknaderna i grossistledet, det vill säga problem som kommissionen underlät att identifiera i det angripna beslutet.

423 Kommissionen har bestritt sökandens argument.

424 Det är i detta avseende tillräckligt att konstatera att de argument som sökanden har åberopat till stöd för den första, den andra och den fjärde grunden har underkänts ovan av de skäl som anförts inom ramen för prövningen av dessa grunder. Härav följer att sökanden inte har visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att transaktionen inte gav upphov till något betydande hinder för en effektiv konkurrens på fastighetsägar- och privatmarknaderna eller någon betydande negativ inverkan på konkurrensen på marknaden för förvärv av tv-kanaler i grossistledet och på marknaden för inmatning av tv-signaler. Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den fjärde delen av förevarande grund.

425 Mot bakgrund av det ovan anförda kan överklagandet under alla omständigheter inte vinna bifall såvitt avser den femte grunden.

G. Sökandens begäran om åtgärder för processledning

426 I sitt yttrande av den 2 juni 2023 begärde sökanden att tribunalen skulle förelägga kommissionen att förete vissa konfidentiella handlingar som ännu inte hade lämnats ut, för att kontrollera att dessa handlingar verkligen gav stöd åt kommissionens slutsats att det inte förelåg något konkurrensförhållande mellan parterna i koncentrationen på fastighetsägarmarknaden.

427 Det framgår emellertid bland annat av punkterna 71–167 ovan att en sådan åtgärd för processledning inte är nödvändig för att avgöra målet.

428 Det saknas följaktligen anledning att bifalla sökandens begäran.

429 Mot bakgrund av samtliga ovan anförda omständigheter följer att talan ska ogillas.

IV. Rättegångskostnader

430 Enligt artikel 134.1 i rättegångsreglerna ska tappande rättegångsdeltagare förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen och Vodafone har yrkat att sökanden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet ska kommissionens och Vodafones yrkanden bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (sjunde avdelningen i utökad sammansättning)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Deutsche Telekom AG ska ersätta rättegångskostnaderna.

van der Woude da Silva Passos Reine

Truchot Sampol Pucurull

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 13 november 2024.

Underskrifter

Innehållsförteckning

I. Bakgrund till tvisten . . . 2

A. De berörda företagen . . . 2

B. Det administrativa förfarandet . . . 3

C. Det angripna beslutet . . . 3

1. Bedömningen av koncentrationens effekter på konkurrensen i Tyskland . . . 3

a) Horisontella effekter . . . 4

1) **Horisontella icke-samordnade effekter på marknaden för fast internetanslutning** . . . 4

2) **Horisontella icke-samordnade effekter på detaljistmarknaden för tillhandahållande av överföring av tv-signaler** . . . 4

3) **Horisontella icke-samordnade effekter på eventuella marknader för detaljisttillhandahållande av flertjänstutbud** . . . 5

4) **Horisontella icke-samordnade effekter på detaljistmarknaden för tillhandahållande av tv-tjänster** . . . 6

5) **Horisontella icke-samordnade effekter på marknaden för tillhandahållande och förvärv av tv-kanaler i grossistledet och på marknaden för inmatning av tv-signaler** . . . 6

b) Vertikala effekter . . . 7

c) Konglomerateffekter . . . 8

d) Slutsats om koncentrationens effekter i Tyskland . . . 8

2. Åtaganden som gjorts bindande genom det angripna beslutet . . . 8

II. Förfarande och parternas yrkanden . . . 9

III. Rättslig bedömning . . . 10

A. Tillämpliga principer i rättspraxis . . . 10

1. Domstolsprövningens omfattning . . . 10

2. Bevisreglerna . . . 11

B. Den första grunden: Åsidosättande av artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004 och uppenbart oriktiga bedömningar vad gäller fastighetsägarmarknaden . . . 12

1. Inledande överväganden . . . 12

2. Den andra grunden: Uppenbart oriktiga bedömningar 13

a) Uppenbart oriktiga bedömningar vad gäller konkurrensförhållandet mellan parterna i koncentrationen 13

1) **Direkt konkurrens** 13

2) **Indirekt konkurrens** 16

3) **Den potentiella konkurrensen** 19

4) **Kollektiv dominerande ställning till följd av tyst samverkan mellan parterna i koncentrationen** 26

b) Uppenbart oriktig bedömning vad gäller transaktionens effekter på konkurrensen på fastighetsägarmarknaden 28

1) **Den sammanslagna enhetens ökade marknadsstyrka och undanröjandet av konkurrenstrycket mellan parterna** 28

2) **Försvagningen av konkurrenstrycket från de kvarvarande konkurrenterna** 29

3. Den första delgrunden: Felaktig rättstillämpning och åsidosättande av artikel 2.2 och 2.3 i förordning nr 139/2004 30

C. Den andra grunden: Uppenbart oriktig bedömning av konkurrensförhållandet mellan parterna i koncentrationen på privatmarknaden 33

1. Inledande överväganden 33

2. Den första delgrunden: Felaktig rättstillämpning och uppenbart oriktig bedömning genom att kommissionen inte ansåg att transaktionen skulle leda till att det uppstod en dominerande ställning som ger upphov till ett betydande hinder för en effektiv konkurrens 35

3. Den andra delgrunden: Kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att inte dra slutsatsen att transaktionen skulle undanröja den faktiska och potentiella konkurrensen mellan parterna i koncentrationen 43 36

4. Den tredje delgrunden: Uppenbart oriktig bedömning genom att kommissionen inte ansåg att transaktionen skulle försvaga de kvarvarande konkurrenterna 39

D. Den tredje grunden: Uppenbart oriktig bedömning av transaktionens vertikala effekter på förmedlingstjänster för överföring av tv-signaler 40

1. Inledande överväganden 40

2. Den andra delgrunden: Kommissionens uppenbart oriktiga bedömningar av de potentiella effekterna på konkurrensen i efterföljande led av en utträngningsstrategi . . 43

E. Den fjärde grunden: Kommissionen gjorde uppenbart oriktiga bedömningar av transaktionens effekter på marknaden för förvärv av tv-kanaler i grossistledet och marknaden för inmatning av tv-signaler 47

1. Inledande överväganden 47

2. Den första delgrunden: Uppenbart oriktig bedömning av avskärmningen av marknaden genom avtal om (fullständig eller partiell) ensamrätt 49

a) Kommissionens påstått ofullständiga och felaktiga undersökning av den sammanslagna enhetens incitament att ingå avtal om fullständig ensamrätt 49

b) Kommissionens påstått ofullständiga undersökning av den sammanslagna enhetens incitament att ingå avtal om partiell ensamrätt 52

3. Den andra delgrunden: Ofullständig bedömning av den skada för konkurrensen som transaktionen skulle orsaka på grund av begränsningen av innovativa tv-tjänster 53

F. Den femte grunden: Kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att OTT-åtagandena och åtagandena avseende inmatningsavgifter var tillräckliga för att göra koncentrationen förenlig med den inre marknaden 57

1. Inledande överväganden 57

2. Den första delgrunden: Tillämpning av ett felaktigt rättsligt kriterium vid bedömningen av huruvida åtagandena avseende marknaden för inmatning av televisionssignaler var lämpliga 58

3. Den andra delgrunden: Åtagandena avseende marknaden för inmatning av tv-signaler är ineffektiva, eftersom de inte undanröjer de konstaterade konkurrensproblemen 60

4. Den tredje delgrunden: Åtagandet avseende inmatningsavgifter ingavs för sent 64

5. Den fjärde delgrunden: Det betydande hindret för en effektiv konkurrens avhjälps inte på samtliga relevanta marknader 66

G. Sökandens begäran om åtgärder för processledning 66

IV. Rättegångskostnader 67