



Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Syvende Udvidede Afdeling)

13. november 2024*

»Konkurrence – fusioner – det tyske marked for TV- og telekommunikationstjenester – afgørelse, hvorved en fusion erklæres forenelig med det indre marked og EØS-aftalen – tilsagn – vurdering af transaktionens horisontale og vertikale virkninger for konkurrencen – konkurrenceforholdet mellem fusionsparterne – fusionsspecifik ændring – åbenbart urigtigt skøn«

I sag T-64/20,

Deutsche Telekom AG, Bonn (Tyskland), ved advokaterne C. von Köckritz, U. Soltész, M. Wirtz, M. Schulz, P. Lohs og S. Zinndorf,

sagsøger,

mod

Europa-Kommissionen ved G. Conte, J. Szczodrowski og C. Urraca Caviedes, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af:

Vodafone Group plc, Newbury (Det Forenede Kongerige), ved solicitor V. Vollmann og advokaterne C. Jeffs, A. Chadd og D. Seeliger,

intervenient,

har

RETTE (Syvende Udvidede Afdeling),

sammensat af præsidenten, M. van der Woude, og dommerne R. da Silva Passos (refererende dommer), I. Reine, L. Truchot og M. Sampol Pucurull,

justitssekretær: fuldmægtig S. Jund,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

* Processprog: engelsk.

efter retsmødet den 21. september 2023,

afsagt følgende

Dom

- 1 Sagsøgeren, Deutsche Telekom AG, har med sit søgsmål i henhold til artikel 263 TEUF nedlagt påstand om annullation af Kommissionens afgørelse C(2019) 5187 final af 18. juli 2019, hvorved den fusion, der tog sigte på Vodafone Group plc's erhvervelse af visse aktiver i Liberty Global plc, blev erklæret forenelig med det indre marked og aftalen om Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) (sag COMP/M.8864 – Vodafone/Certain Liberty Global Assets) (herefter »den anfægtede afgørelse«).

I. Sagens baggrund

A. De berørte virksomheder

- 2 Vodafone Group plc (herefter »intervenienten« eller »Vodafone«), der har hjemsted i Det Forenede Kongerige, beskæftiger sig hovedsagelig med drift af mobiltelekommunikationsnet og udbud af mobiltelekommunikation, f.eks. tale-, besked- og mobildatatjenester. Nogle af dets driftsselskaber tilbyder også kabel-TV, fastnettelefoni, bredbåndsinternet eller TV via internetprotokollen (Internet Protocole Television, IPTV). Inden for Den Europæiske Union er Vodafone til stede i 12 medlemsstater, heriblandt Den Tjekkiske Republik, Tyskland, Ungarn og Rumænien. I Tyskland ejer Vodafone et koaksialkabelnet, der findes i 13 ud af de 16 delstater (Bayern, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein og Thüringen), hvilket gør det muligt for Vodafone at udbyde TV- og bredbåndsinternettjenester. Vodafone beskæftiger sig i denne medlemsstat ligeledes med detailudbud af mobiltelekommunikation på landsplan og udbyder fastnettelekommunikation i hele landet gennem engrosadgang til sagsøgerens fastnet.
- 3 Liberty Global plc, der ligeledes har hjemsted i Det Forenede Kongerige, udbyder TV, bredbånd, fastnettelefoni og mobiltjenester i forskellige EU-lande. Liberty Global ejer og driver kabelnet, der udbyder TV, bredbånd og talet telefoni i Den Tjekkiske Republik, Tyskland, Ungarn og Rumænien. Liberty Global driver virksomhed i Tyskland under navnet Unitymedia GmbH og i Den Tjekkiske Republik, Ungarn og Rumænien under navnet UPC. I Tyskland ejer Unitymedia et koaksialkabelnet, der findes i de tre delstater, som Vodafones kabelnet ikke dækker, dvs. Nordrhein-Westfalen, Hessen og Baden-Württemberg, hvilket gør det muligt for Unitymedia at udbyde TV- og bredbåndsinternettjenester. Liberty Global er desuden aktiv som virtuel mobilnetoperatør i Tyskland og Ungarn.
- 4 Sagsøgeren, der har hjemsted i Tyskland, tilbyder bl.a. IPTV-tjenester, bredbånd, fastnettelefoni, hovedsagelig baseret på sit kobbertelefonnet og sit fibernet, og mobiltjenester i forskellige EU-lande.

B. Den administrative procedure

- 5 Den 19. oktober 2018 modtog Europa-Kommissionen en anmeldelse i henhold til artikel 4, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«) (EUT 2004, L 24, s. 1) af en planlagt fusion, hvorved Vodafone meddelte, at selskabet havde til hensigt at erhverve enekontrollen med Liberty Globals telekommunikationsaktiviteter i Den Tjekkiske Republik, Tyskland, Ungarn og Rumænien. Transaktionen bestod i en salgs- og købsaftale, hvorved Vodafone skulle erhverve 100% af aktierne i de selskaber, der udøvede de pågældende telekommunikationsaktiviteter i Liberty Global (herefter »transaktionen« eller »fusionen«). I Tyskland gik transaktionen ud på at erhverve 100% af aktierne i Unitymedia.
- 6 Efter en indledende undersøgelse af anmeldelsen og på grundlag af den første fase af markedundersøgelsen rejste Kommissionen den 11. december 2018 alvorlig tvivl om transaktionens forenelighed med det indre marked og besluttede at indlede proceduren efter artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 139/2004.
- 7 Den 25. marts 2019 sendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse til Vodafone (herefter »klagepunktsmeddelelsen«).
- 8 Den 8. april 2019 fremsendte Vodafone sit skriftlige svar på klagepunktsmeddelelsen.
- 9 Den 6. maj 2019 tilbød Vodafone en række tilsagn i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 139/2004 med henblik på at afhjælpe de konkurrenceproblemer, som Kommissionen havde påpeget. Den 7. maj iværksatte Kommissionen en markedstest af disse tilsagn.
- 10 Den 11. juni 2019 afgav Vodafone efter visse ændringer en endelig række tilsagn (herefter »de endelige tilsagn«).
- 11 Den 18. juli 2019 vedtog Kommissionen den anfægtede afgørelse i medfør af artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 139/2004.

C. Den anfægtede afgørelse

- 12 I den anfægtede afgørelse vurderede Kommissionen først fusionens virkninger, bl.a. i Tyskland. Kommissionen undersøgte dernæst, om de tilsagn, som den part, der havde anmeldt transaktionen, havde afgivet, kunne gøre den forenelig med det indre marked og aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS).

1. Vurdering af fusionens virkninger for konkurrencen i Tyskland

- 13 Med hensyn til Tyskland analyserede Kommissionen først fusionens horisontale virkninger, dvs. de virkninger, der skyldtes, at parterne i denne fusion var eksisterende eller potentielle konkurrenter på det relevante marked. Dernæst undersøgte Kommissionen fusionens vertikale virkninger, dvs. de virkninger, der skyldtes, at parterne i den nævnte fusion opererede på forskellige niveauer i forsyningskæden. Kommissionen vurderede endelig fusionens konglomeratvirkninger, dvs. de virkninger, der skyldtes, at parterne i den nævnte fusion havde forbindelser, som hverken var horisontale eller vertikale, men var aktive på nært forbundne markeder og navnlig leverede komplementære produkter eller tjenester.

a) Horisontale virkninger

- 14 Kommissionen undersøgte bl.a. de horisontale ikke-koordinerede virkninger på følgende markeder: markedet for detailudbud af fastnetadgang i Tyskland (herefter »markedet for fastnetadgang«), markedet for detailudbud af transmission af TV-signaler, markedet for detailudbud af multiple play-tjenester, markedet for detailudbud af TV-tjenester, engrosmarkedet for udbud og erhvervelse af TV-kanaler og engrosmarkedet for transmission af TV-signaler i Tyskland (herefter »markedet for levering af TV-signaler«).

1) Horisontale ikke-koordinerede virkninger på markedet for fastnetadgang

- 15 Det fremgår af den anfægtede afgørelse, at teleoperatørerne (udbyderne) på markedet for fastnetadgang tilbyder abonnementer, der gør det muligt for slutkunderne (efterspørgerne) at få adgang til internettet gennem en fast telekommunikationsforbindelse. Kommissionen fastslog i det foreliggende tilfælde, at det relevante marked i forbindelse med dennes afgørelse var det samlede marked for detailudbud af fastnetadgang (herunder alle tjenestetyper, distributionsmåder samt hastigheder og båndbredder) til privatkunder og små erhvervskunder bortset fra udbud af fastnetadgang via mobilnetværksinfrastruktur. Med hensyn til markedets geografiske dimension fastslog Kommissionen, at der var tale om et nationalt marked.
- 16 Kommissionen fastslog efter sin analyse, at fusionen i betydelig grad ville hæmme den effektive konkurrence på markedet for fastnetadgang, bl.a. som følge af fjernelsen af det store konkurrencepres, som fusionsparterne udøvede på hinanden forud for transaktionen, og navnlig i forbindelse med Unitymedias kabelområde, og ved at skabe en aktør med en markedsandel på over 30% af abonnenterne (hvilket ville være over 40% for Unitymedias kabelområde og endnu højere i visse delstater og distrikter).

2) Horisontale ikke-koordinerede virkninger på markedet for detailudbud af transmission af TV-signaler

- 17 Det fremgår af den anfægtede afgørelse, at infrastrukturejerne (udbyderne) på markedet for detailudbud af transmission af TV-signaler leverer TV-signaler til kunderne (efterspørgerne), hovedsagelig via kabel, satellit og jordbaserede sendere i henhold til DVB-T-standarden (Digital Video Broadcasting – Terrestrial).
- 18 Med hensyn til afgrænsningen af produktmarkedet gjorde Kommissionen opmærksom på, at det tyske marked for udbud af transmission af TV-signaler er kendetegnet ved lejeboligernes og boligselskabernes store betydning. Boligselskaberne forhandler og indgår aftaler om levering af grundlæggende TV-tjenester på lejernes vegne, hvorefter de lægger omkostningerne oveni den månedlige husleje i medfør af en særlig ordning i tysk ret ved navn »Nebenkostenprivileg« (privilegium med hensyn til øvrige omkostninger). Kommissionen forklarede, at størstedelen af de husstande, der modtager detail-TV i Tyskland, findes i flerfamilieboliger (multi dwelling units, MDU). Disse flerfamilieboliger tilhører boligselskaber eller private ejere (herefter »MDU-kunder«). Med hensyn til individuelle boliger eller enfamilieboliger (single-dwelling units, SDU) vælger de endelige forbrugere (herefter »SDU-kunderne«) normalt deres egen TV-distributør, og de betaler direkte for deres abonnement.

- 19 Kommissionen vurderede i den anfægtede afgørelse under hensyntagen til resultaterne af markedsundersøgelsen og de forhold, der kendetegner markedet for detailudbud af transmission af TV-signaler til kunder, der bor i flerfamilieboliger i Tyskland (herefter »MDU-markedet«), at der skulle sondres mellem MDU-markedet og markedet for detailudbud af transmission af TV-signaler til SDU-kunder (herefter »SDU-markedet«). Kommissionen anførte i øvrigt, at den geografiske afgrænsning af MDU- og SDU-markederne kunne lades ude af betragtning.
- 20 Kommissionen fastslog efter sin analyse, at transaktionen ikke kunne hæmme den effektive konkurrence betydeligt, hverken på MDU-markedet eller på SDU-markedet, som følge af horisontale ikke-koordinerede virkninger.

3) Horisontale ikke-koordinerede virkninger på eventuelle markeder for detailudbud af multiple play-tjenester

- 21 Kommissionen præciserede, at udtrykket »multiple play« vedrører løsninger, der består af to eller flere af de detailtjenester, som den samme udbyder leverer til forbrugerne på grundlag af én eller flere aftaler, nemlig mobil telekommunikation, fastnettelefoni, fastnetadgang og TV-tjenester. Multiple play-løsninger, der består af to, tre eller fire af disse tjenester, betegnes som henholdsvis dobbelte, tredobbelte eller firedobbelte tjenester (double play eller »2P«, triple play eller »3P« og quadruple play eller »4P«). Multiple play-løsninger, der består af en eller flere af disse faste tjenester kombineret med en mobil komponent, betegnes som »fast-mobil multiple play« (fixed-mobile multiple play)- eller »fast-mobil konvergens« (FMC)-produkter. Kommissionen anførte, at spørgsmålet om, hvorvidt der findes et eller flere multiple play-markeder, som adskiller sig fra hvert underliggende individuelt telekommunikationsmarked, i forbindelse med dennes afgørelse kunne stå åbent.
- 22 Kommissionen fastslog efter sin analyse, at transaktionen ville hæmme den effektive konkurrence betydeligt på markedet for detailudbud af »double play«-pakker bestående af fastnettelefoni og fastnetadgang i Tyskland som følge af horisontale ikke-koordinerede virkninger. Kommissionen konkluderede til gengæld, at transaktionen ikke ville hæmme den effektive konkurrence betydeligt på for det første et eventuelt marked for detailudbud af »triple play«-pakker bestående af fastnettelefoni, fastnetadgang og mobiltelekommunikation i Tyskland, for det andet et eventuelt marked for detailudbud af »triple play«-pakker bestående af fastnettelefoni, fastnetadgang og TV-tjenester i Tyskland og for det tredje et eventuelt marked for detailudbud af »quadruple play«-pakker i Tyskland som følge af horisontale ikke-koordinerede virkninger. Kommissionen fremhævede, at dette ikke berørte vurderingen af fusionens konglomeratvirkninger med hensyn til leveringen af de forskellige komponenter i pakkerne.

4) Horisontale ikke-koordinerede virkninger på markedet for detailudbud af TV-tjenester

- 23 Det fremgår af den anfægtede afgørelse, at udbyderne på markedet for detailudbud af TV-tjenester tilbyder lineære TV-tjenester, dvs. lineære programstrømme, der udsendes på de tidspunkter, som TV-kanalen har fastsat, og ikke-lineære programstrømme, der leveres efter anmodning fra slutbrugeren. Disse udbydere betjener de slutkunder, der ønsker at benytte disse tjenester (efterspørgerne). De TV-tjenester, som TV-distributørerne leverer til slutbrugerne, består af lineære free-to-air (FTA) TV-kanaler eller lineære betalings-TV-kanaler og indhold samlet i ikke-lineære tjenester såsom video on demand (VOD). TV-indholdet kan leveres til slutbrugerne ved hjælp af forskellige teknikker såsom kabel, satellit, jordbaseret TV (DVB-T) og IPTV. Udbydere af over-the-top TV-tjenester (OTT-tjenester) stiller kanaler og indhold til

rådighed såvel lineært som ikke-lineært via internettet uden behov for fastnetadgang. I det foreliggende tilfælde anførte Kommissionen i forbindelse med den anfægtede afgørelse, at der var tale om et nationalt marked, og at den nøjagtige afgrænsning af markedet i materiel henseende kunne lades ude af betragtning.

- 24 Kommissionen fastslog efter sin analyse, at transaktionen ikke kunne hæmme den effektive konkurrence betydeligt på markedet for detailudbud af TV-tjenester i Tyskland som følge af horisontale ikke-koordinerede virkninger.

5) Horisontale ikke-koordinerede virkninger på engrosmarkedet for udbud og erhvervelse af TV-kanaler og på markedet for levering af TV-signaler

- 25 Det fremgår af den anfægtede afgørelse, at TV-selskaberne (udbyderne) på engrosmarkedet for udbud og erhvervelse af TV-kanaler tilbyder lineære kanaler (FTA eller mod betaling), som detail-TV-udbyderne (efterspørgerne) erhverver for at kunne levere audiovisuelle tjenester til slutbrugerne. Kommissionen fastslog i den anfægtede afgørelse, at dette marked var begrænset til Tyskland, og at det skulle opdeles for at sondre mellem FTA-TV-kanaler og betalings-TV-kanaler.
- 26 På markedet for levering af TV-signaler anvender detail-TV-udbyderne (udbyderne) deres infrastruktur til at tilbyde TV-selskaberne (efterspørgerne) en tjeneste til transmission af TV-signaler til deres kanaler. Kommissionen anførte i den anfægtede afgørelse, at det relevante marked anses for at være engrosmarkedet for transmission af TV-signaler via kabel, hvis geografiske udstrækning svarede til det enkelte kabelnets anvendelsesområde, og præciserede, at den ville tage hensyn til et produktmarked, der omfattede IPTV. Den tilføjede, at den ville vurdere fusionens virkninger på nationalt plan.
- 27 Kommissionen anerkendte i den anfægtede afgørelse, at engrosmarkedet for udbud og erhvervelse af TV-kanaler og markedet for levering af TV-signaler er nært forbundne, eftersom forhandlingerne mellem TV-selskaberne og TV-platformene (detailudbydere af TV-tjenester) som regel omfatter begge aspekter (transmission af signaler og erhvervelse af kanaler). Kommissionen angav derfor, at den ville analysere fusionens virkninger på disse to markeder i det samme afsnit i den anfægtede afgørelse.
- 28 Kommissionen fastslog efter sin analyse, at transaktionen ikke ville hæmme den effektive konkurrence betydeligt på engrosmarkedet for udbud af TV-kanaler i Tyskland.
- 29 På markedet for levering af TV-signaler undersøgte Kommissionen, om den fusionerede enhed på grund af sin øgede markedsstyrke som detailudbyder af TV-tjenester for det første kunne opnå vilkår hos TV-selskaberne, som i sidste ende ville have en negativ indvirkning på konkurrerende detail-TV-udbyderes adgang til TV-indhold, for det andet kunne påvirke bredden og kvaliteten af det programindhold, der tilbydes i Tyskland, negativt, for det tredje kunne hindre fremkomsten af innovative TV-tjenester og for det fjerde kunne hindre fremkomsten af adresserbare eller målrettede reklameapplikationer (adresseret TV, ATV).
- 30 Kommissionen forklarede først, at selv om transaktionen kunne øge den fusionerede enheds markedsstyrke på markedet for transmission af TV-signaler, var det ikke muligt at konkludere, at den nævnte enhed som følge af den øgede markedsstyrke kunne opnå vilkår hos TV-selskaber og TV-rettinghedshavere i form af eksklusivaftaler, som ville have en negativ indvirkning på konkurrerende detail-TV-udbyderes adgang til kanaler eller indhold.

- 31 Dernæst anførte Kommissionen, at den fusionerede enhed på grund af den fusionerede enheds øgede markedsstyrke ville have evnen og incitamentet til at iværksætte en strategi på markedet for levering af TV-signaler, som kunne skade downstreamforbrugerne som følge af en dårligere seeroplevelse, færre valgmuligheder og mindre investeringer i indhold fra TV-selskabernes side. På grund af den fusionerede enheds øgede markedsstyrke kunne transaktionen navnlig føre til en form for delvis afskærmning af FTA- eller betalingskanalerne, bl.a. ved at skærpe de kontraktlige og finansielle vilkår, som denne enhed pålægger TV-selskaberne, og dermed en kvalitativ forringelse af TV-udbuddet for de endelige seere i Tyskland.
- 32 Kommissionen fastslog i øvrigt, at den fusionerede enhed på grund af sin øgede markedsstyrke ville have evnen og incitamentet til at iværksætte en strategi på markedet for levering af TV-signaler med det formål at hindre fremkomsten og udviklingen af innovative TV-tjenester såsom transmission af hybride TV-bredbåndssignaler (Hybrid Broadcast Broadband TV, HbbTV) og udbuddet af OTT-TV-tjenester. En sådan hindring kunne skade downstreamforbrugerne som følge af en dårligere seeroplevelse og færre valgmuligheder.
- 33 Kommissionen vurderede endelig, at transaktionen ikke ville hæmme den effektive konkurrence betydeligt med hensyn til den fusionerede enheds mulighed for at forhindre eller hæmme fremkomsten og udviklingen af ATV-applikationer.

b) Vertikale virkninger

- 34 Hvad angår fusionens vertikale virkninger undersøgte Kommissionen bl.a. sandsynligheden for, at detailudbydere af transmission af TV-signaler til MDU-kunder ville blive udelukket.
- 35 På det mellemliggende marked for transmission af TV-signaler (herefter »det mellemliggende marked«) leverer netoperatørerne på niveau 3 (udbyderne), dvs. det net, der går fra kabelnettets hovedstation til ejendommens skel, TV-signaler til netoperatørerne på niveau 4 (efterspørgerne), dvs. det net, der går igennem ejendommen. I det foreliggende tilfælde fastslog Kommissionen i forbindelse med sin afgørelse, at kabel og fiber til hjemmet (fibre to the home, FTTH) eller til bygningen (fibre to the building, FTTB) var en del af det samme relevante marked, og at markedet i geografisk henseende var regionalt, dvs. begrænset til niveau 3-operatørens kabelområde.
- 36 Kommissionen konkluderede efter sin analyse, at transaktionen ikke ville hæmme den effektive konkurrence betydeligt på det nationalt afgrænsede MDU-marked eller på det potentielle regionale marked, der svarede til Unitymedias kabelområde, som følge af vertikale ikke-koordinerede virkninger.

c) Konglomeratvirkninger

- 37 Eftersom det, som Kommissionen tidligere havde forklaret, ikke var muligt at konkludere, at der kun fandtes ét multiple play-marked i Tyskland, undersøgte Kommissionen ligeledes, om fusionen ville skabe konglomeratvirkninger ved at afskærme konkurrenter på detailmarkedet for mobiltelekommunikation, på detailmarkedet for fastnettelefoni, på markedet for fastnetadgang og på detailmarkedet for TV-tjenester.
- 38 Kommissionen konkluderede efter sin analyse, at fusionen ikke ville hæmme den effektive konkurrence betydeligt som følge af konglomeratvirkninger i Tyskland.

d) Konklusion om fusionens virkninger i Tyskland

- 39 I den anfægtede afgørelse fastslog Kommissionen derfor, at der forelå en betydelig hindring for den effektive konkurrence (herefter »betydelig konkurrencehindring«) på markedet for fastnetadgang og på markedet for transmission af TV-signaler.

2. Tilsagn, der blev gjort bindende ved den anfægtede afgørelse

- 40 Kommissionen fastslog i den anfægtede afgørelse, at de tilsagn, som Vodafone havde afgivet, kunne gøre transaktionen forenelig med det indre marked og EØS-aftalen. Kommissionen udledte heraf, at transaktionen, som ændret ved Vodafones tilsagn, ikke ville hæmme den effektive konkurrence betydeligt på de markeder, hvor der var identificeret konkurrenceproblemer.
- 41 Vodafone afgav følgende tilsagn:
- et tilsagn om »fix-it-first« for at give en ny kabeloperatør, nemlig Telefónica, adgang til den fusionerede enheds kabelnet, så denne operatør får mulighed for at tilbyde fastnetadgang (og, hvis det ønskes, fastnettaletjenester) til detailkunder og egne eller tredjeparters OTT-TV-tjenester (»Wholesale Cable Broadband Access«, herefter »WCBA-tilsagnet«)
 - et tilsagn om OTT-TV (herefter »OTT-tilsagnet«), som bestod af to aspekter, nemlig for det første et tilsagn om ikke ved aftale direkte eller indirekte at begrænse muligheden for, at TV-selskaber, hvis indhold vises på den fusionerede enheds TV-plattform, kan distribuere dette indhold via en OTT-tjeneste, og for det andet et tilsagn om at opretholde tilstrækkelig direkte samkøringskapacitet mellem dets internetnetværk, der omfatter Tyskland, og tredjepartsudbydere af internetforbindelse (transit)
 - et tilsagn om ikke at øge de leveringsgebyrer, der betales af FTA-TV-selskaber (herefter »tilsagnet om leveringsgebyrer«)
 - et tilsagn om at fortsætte med at sende HbbTV-signalet fra FTA-TV-selskaber (herefter »HbbTV-tilsagnet«).
- 42 Det fremgik således af den anfægtede afgørelses artikel 1, at transaktionen var forenelig med det indre marked og EØS-aftalen i medfør af artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 139/2004 og EØS-aftalens artikel 57. Der var i øvrigt i samme afgørelses artikel 2 og 3 fastsat henholdsvis betingelser og forpligtelser for at sikre, at Vodafone overholdt de tilsagn, som selskabet havde afgivet over for Kommissionen.

II. Retsforhandlingerne og parternes påstande

- 43 Ved kendelse af 30. juni 2022 pålagde Retten Kommissionen at fremlægge visse dokumenter.
- 44 Ved kendelse af 30. marts 2023, afsagt på grundlag af artikel 103, stk. 3, i Rettens procesreglement, pålagde Retten Kommissionen at fremlægge dels en ny ikke-fortrolig udgave af den anfægtede afgørelse og visse af bilagene hertil, som skulle videregives til sagsøgeren, og som indeholdt en række passager, der hidtil havde været sløret, dels en ny fortrolig udgave af den anfægtede

afgørelse og et af bilagene hertil, som kun skulle videregives til de repræsentanter for sagsøgeren, der tidligere havde underskrevet en fortrolighedserklæring, og som indeholdt andre passager, der hidtil havde været sløret.

- 45 Ved processkrift af 16. maj 2023 har Retten stillet sagsøgeren, Kommissionen og intervenienten en række skriftlige spørgsmål til skriftlig besvarelse og besvarelse i retsmødet.
- 46 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 2. juni 2023 har sagsøgeren fremsat bemærkninger til de dokumenter, som Kommissionen har fremlagt i overensstemmelse med kendelsen af 30. marts 2023.
- 47 Parterne afgav mundtlige indlæg og besvarede mundtlige spørgsmål fra Retten i retsmødet den 21. september 2023.
- 48 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:
- Den anfægtede afgørelse annulleres.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.
- 49 Kommissionen og intervenienten har nedlagt følgende påstande:
- Kommissionen frifindes.
 - Sagsøgeren tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

III. Retlige bemærkninger

- 50 Sagsøgeren har fremsat fem anbringender til støtte for søgsmålet, hvoraf det første vedrører en tilsidesættelse af artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004 og åbenbart urigtige skøn for så vidt angår MDU-markedet, det andet vedrører et åbenbart urigtigt skøn for så vidt angår konkurrenceforholdet mellem fusionsparterne på SDU-markedet, det tredje vedrører et åbenbart urigtigt skøn med hensyn til de vertikale virkninger for mellemliggende transmission af TV-signaler, det fjerde vedrører åbenbart urigtige skøn med hensyn til fusionens virkninger på engrosmarkederne for erhvervelse af TV-kanaler og transmission af TV-signaler, og det femte vedrører et åbenbart urigtigt skøn, for så vidt som Kommissionen fastslog, at tilsagnene vedrørende OTT-TV og leveringsgebyrer var tilstrækkelige til at gøre fusionen forenelig med det indre marked.

A. De gældende retslige principper

1. Domstolsprøvelsens intensitet

- 51 Det følger af fast retspraksis, at de materielle bestemmelser i forordning nr. 139/2004, navnlig dens artikel 2, tillægger Kommissionen et vist skøn, herunder for så vidt angår økonomiske vurderinger, og at domstolskontrollen af udøvelsen af dette skøn, som er væsentligt som led i reglerne om fusioner, følgelig skal foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser med økonomiske aspekter, der indgår i regelsættet om fusioner (dom

af 18.12.2007, Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen, C-202/06 P, EU:C:2007:814, præmis 53, og af 13.5.2015, Niki Luftfahrt mod Kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, præmis 85).

- 52 Den kontrol, som Unionens retsinstanser udøver med de komplicerede økonomiske vurderinger, som Kommissionen foretager som led i sin skønsbeføjelse efter forordning nr. 139/2004, skal begrænse sig til en kontrol af, om procedure- og begrundelsesforskrifterne er overholdt, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, og om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn eller er begået magtfordrejning (dom af 13.7.2023, Kommissionen mod CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, præmis 84, og af 9.7.2007, Sun Chemical Group m.fl. mod Kommissionen, T-282/06, EU:T:2007:203, præmis 60).
- 53 Det tilkommer navnlig ikke Retten at erstatte Kommissionens økonomiske vurdering med sin egen (dom af 7.6.2013, Spar Österreichische Warenhandels mod Kommissionen, T-405/08, ikke trykt i Sml., EU:T:2013:306, præmis 51, og af 23.5.2019, KPN mod Kommissionen, T-370/17, EU:T:2013:306, præmis 107).
- 54 Selv om det ikke tilkommer Retten at lade sit eget økonomiske skøn træde i stedet for Kommissionens med henblik på anvendelsen af bestemmelserne i forordning nr. 139/2004, indebærer det imidlertid ikke, at Unionens retsinstanser skal afholde sig fra at kontrollere Kommissionens fortolkning af oplysninger af økonomisk art. Unionens retsinstanser skal således ikke blot tage stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til, oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men også kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation, og om disse oplysninger taler til støtte for de heraf dragne konklusioner (jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 145, og af 23.5.2019, KPN mod Kommissionen, T-370/17, EU:T:2019:354, præmis 60).

2. Bevisreglerne

- 55 Fremtidsanalyser som dem, der er nødvendige på området for fusionskontrol, skal udføres med stor omhu, fordi der ikke er tale om en vurdering af begivenheder, der har fundet sted i fortiden, hvorom man ofte har adgang til adskillige oplysninger, der bidrager til forståelsen af årsagerne, og heller ikke en vurdering af nutidige begivenheder, men derimod tale om at forudsige de begivenheder, der med større eller mindre sandsynlighed vil indtræde i fremtiden, hvis der ikke vedtages en afgørelse om forbud eller en præcisering af betingelserne for den påtænkte fusion (dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, præmis 42).
- 56 Det forhold, at den økonomiske analyse, som Kommissionen skal foretage, er en fremtidsanalyse, betyder i øvrigt ikke, at denne med henblik på at godtgøre, at en fusion hæmmer den effektive konkurrence betydeligt, eller at den ikke gør det, skal opfylde et særligt højt bevisniveau. På denne baggrund skal det, henset til bl.a. den asymmetriske opbygning af artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004 og til, at Kommissionens økonomiske analyser på området for fusionskontrol er en fremtidsanalyse, fastslås, at det, for at Kommissionen erklærer en fusion uforenelig eller forenelig med det indre marked, er tilstrækkeligt, at denne institution med tilstrækkeligt afgørende og samstemmende oplysninger godtgør, at det er mere sandsynligt end usandsynligt, at den pågældende fusion vil hæmme den effektive konkurrence betydeligt, eller at

den ikke gør det, inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf (dom af 13.7.2023, Kommissionen mod CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, præmis 86 og 87).

- 57 Med hensyn til beviskravene fremgår det af præmis 50-53 i dom af 10. juli 2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala (C-413/06 P, EU:C:2008:392), at Kommissionen principielt er forpligtet til at tage stilling enten i retning af godkendelse af den anmeldte fusion eller i retning af forbud mod fusionen alt efter dens vurdering af, hvilke økonomiske konsekvenser det er mest sandsynligt, at den omhandlede fusion vil få. Der er således tale om en sandsynlighedsvurdering og ikke en forpligtelse for Kommissionen til uden rimelig tvivl at godtgøre, at en fusion ikke skaber konkurrencemæssige problemer (jf. i denne retning dom af 11.12.2013, Cisco Systems og Messagenet mod Kommissionen, T-79/12, EU:T:2013:635, præmis 47).
- 58 Det tilkommer i denne sammenhæng Kommissionen samlet at vurdere resultatet af den række af indicier, der er anvendt for at vurdere konkurrencesituationen. Det er i denne forbindelse muligt, at visse forhold tillægges betydning, og at andre udelukkes. Denne undersøgelse og begrundelsen herfor er underlagt Rettens legalitetskontrol af Kommissionens afgørelser vedrørende fusioner (jf. i denne retning dom af 6.7.2010, Ryanair mod Kommissionen, T-342/07, EU:T:2010:280, præmis 136).
- 59 Det skal endelig bemærkes, at der ikke findes et EU-retligt princip, som er til hinder for, at Kommissionen alene støtter sig på et enkelt skriftligt bevis, forudsat at der ikke er nogen tvivl om dokumentets bevisværdi (jf. i denne retning dom af 5.10.2020, HeidelbergCement og Schwenk Zement mod Kommissionen, T-380/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2020:471, præmis 460).
- 60 Det er i lyset af disse betragtninger, at de anbringender, der er fremsat til støtte for søgsmålet og nævnt i præmis 50 ovenfor, skal undersøges.

B. Det første anbringende om tilsidesættelse af artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004 og åbenbart urigtige skøn for så vidt angår MDU-markedet

- 61 Til støtte for det første anbringende har sagsøgeren anført, at den analyse, som Kommissionen i den anfægtede afgørelse foretog af fusionens horisontale ikke-koordinerede virkninger på MDU-markedet, er behæftet med en retlig fejl og åbenbart urigtige skøn.

1. Indledende betragtninger

- 62 I den anfægtede afgørelses afsnit VIII.C.2.4 undersøgte Kommissionen transaktionens horisontale ikke-koordinerede virkninger på MDU-markedet. Kommissionen anførte som nævnt i præmis 19 ovenfor, at den geografiske afgrænsning af dette marked kunne lades ude af betragtning.
- 63 Efter at have beskrevet visse særlige kendetegn ved MDU-markedet i 683.-701. betragtning til den anfægtede afgørelse undersøgte Kommissionen i 702.-712. betragtning til samme afgørelse fusionsparternes markedsandele både på nationalt plan og i forhold til deres respektive kabelområder samt koncentrationsniveauerne på MDU-markedet, hvorefter den i 718.-720. betragtning til den nævnte afgørelse konkluderede, at selv om dette marked var meget koncentreret, og de enkelte parter havde en meget stærk position i deres respektive kabelområde,

ville transaktionen ikke medføre nogen fusionsspecifik ændring (merger-specific change), eftersom parterne ikke var konkurrenter på dette marked, da der ikke var nogen nævneværdig overlapning mellem deres aktiviteter.

- 64 I 721.-764. betragtning til den anfægtede afgørelse undersøgte Kommissionen dernæst, hvilket konkurrencepres parterne udøvede. I forbindelse med denne analyse fastslog Kommissionen, at hverken Vodafone (jf. 723.-746. betragtning) eller Unitymedia (jf. 747.-764. betragtning) udøvede et konkurrencepres i den anden parts kabelområde, at intet tydede på, at dette ville have været tilfældet uden transaktionen, og at de derfor ikke var potentielle konkurrenter.
- 65 I 765.-785. betragtning til den anfægtede afgørelse analyserede Kommissionen det konkurrencepres, som parterne udøvede på hinanden, og konkluderede, at parterne hverken var reelle direkte konkurrenter (jf. 766.-772. betragtning) eller reelle indirekte konkurrenter (773.-785. betragtning).
- 66 Endelig undersøgte og sammenlignede Kommissionen i 786.-831. betragtning til den anfægtede afgørelse det konkurrencepres, der blev udøvet af konkurrenterne, nærmere bestemt Tele Columbus, sagsøgeren og andre mindre aktører, forud for transaktionen (jf. 787.-820. betragtning) og efter transaktionen (jf. 821.-831. betragtning), hvorefter den konkluderede, at dette pres sandsynligvis ikke ville ændre sig.
- 67 Eftersom der ikke forventedes fusionsspecifikke ændringer, og fusionen ikke ville udelukke nogen direkte, indirekte eller potentiel konkurrence mellem parterne og ikke ville svække konkurrencepresset fra deres konkurrenter, konkluderede Kommissionen, at fusionen ikke ville føre til konkurrencebegrænsende horisontale ikke-koordinerede virkninger og dermed heller ikke til nogen betydelig konkurrencehindring på dette marked (jf. 832.-835. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 68 I det foreliggende tilfælde kan den argumentation, som sagsøgeren har fremført til støtte for dette anbringende, vedrørende den undersøgelse, som Kommissionen i den anfægtede afgørelse foretog af fusionens horisontale ikke-koordinerede virkninger på MDU-markedet, opdeles i to led, hvoraf det første vedrører en retlig fejl og en tilsidesættelse af artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004, for så vidt som Kommissionen ikke fastslog, at transaktionen ville føre til skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling, og det andet vedrører åbenbart urigtige skøn.
- 69 Retten anser det i denne forbindelse for hensigtsmæssigt at behandle det første anbringendes andet led først.

2. Det andet led om åbenbart urigtige skøn

- 70 Sagsøgeren har i det væsentlige anført, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse anlagde åbenbart urigtige skøn for så vidt angår for det første konkurrenceforholdet mellem fusionsparterne og for det andet fusionens konkurrencemæssige virkninger på MDU-markedet.

a) Åbenbart urigtige skøn for så vidt angår konkurrenceforholdet mellem fusionsparterne

- 71 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen anlagde åbenbart urigtige skøn, da den i den anfægtede afgørelse anførte, at fusionsparterne forud for transaktionen hverken var reelle konkurrenter (direkte eller indirekte) eller potentielle konkurrenter. Sagsøgeren har i øvrigt henvist til, at Kommissionen ikke undersøgte tilstrækkeligt, om der forelå en stiltiende hemmelig aftale mellem parterne forud for fusionen.

1) Direkte konkurrence

- 72 Sagsøgeren har gjort gældende, at fusionsparterne var direkte konkurrenter før transaktionen.
- 73 Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse fastslog, at fusionsparterne ikke var direkte konkurrenter, efter at den havde konstateret, at fusionsparterne næsten udelukkende var aktive i deres respektive kabelområder, der ikke overlappede hinanden, hvilket bevirkede, at kunderne på MDU-markedet ikke kunne skifte (switch) fra én fusionspart til en anden (jf. 766. betragtning).
- 74 Med hensyn til de få kontrakter, som fusionsparterne havde indgået uden for deres kabelområder, anførte Kommissionen, at parterne havde forklaret, at de ikke var udtryk for aktiv konkurrence fra deres side, men at de undtagelsesvis var blevet indgået, enten fordi der var tale om specifikke tilbageværende kontrakter, eller fordi der var tale om kontrakter med boligselskaber, som var aktive på nationalt plan og allerede var kunder hos en af parterne og ønskede at samarbejde med denne part i forbindelse med alle deres ejendomme (jf. 768. betragtning).
- 75 Kommissionen tilføjede, at den manglende direkte konkurrence mellem parterne blev bekræftet af de svar, som konkurrenterne og boligselskaberne havde afgivet i forbindelse med markedsundersøgelsen, og af parternes oplysninger om deres deltagelse i udbud på MDU-markedet (jf. 769.-771. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 76 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren for det første gjort gældende, at hvis MDU-markedet skulle anses for at have national dimension inden fusionen, var de to parter nødvendigvis reelle konkurrenter. Det har i denne forbindelse ingen betydning, om parterne »konkurrerer aktivt« med hinanden på dette marked, eller om de begrænser deres aktiviteter til visse (geografiske) markedssegmenter, nemlig deres respektive kabelområder. Det fremgår nemlig hverken af forordning nr. 139/2004 eller af Unionens retsinstansers praksis, at det er nødvendigt at udelukke »aktiv« konkurrence mellem to virksomheder for at kunne fastslå, at der foreligger en betydelig konkurrencehindring.
- 77 Sagsøgeren har for det andet anført, at selv om de pågældende geografiske markeder var begrænset til fusionsparternes kabelområder, angives det i den anfægtede afgørelse, at der i hvert fald var en vis direkte konkurrencemæssig interaktion mellem dem inden fusionen. Det fremgår nemlig klart af tabel 16 (jf. 710. betragtning) og 17 (jf. 714. betragtning) i den anfægtede afgørelse, at der i hvert fald i Unitymedias kabelområde fandtes overlapninger, som var begrænsede, men på ingen måde ubetydelige, mellem fusionsparternes aktiviteter. I 767. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse henvises der i øvrigt specifikt til »tilbageværende kontrakter« eller »opdelte kontrakter«, som fusionsparterne havde indgået uden for deres kabelområder.
- 78 Det følger efter sagsøgerens opfattelse heraf, at Kommissionens konklusion om, at fusionsparterne ikke var direkte konkurrenter før fusionen, var åbenbart urigtig.

- 79 Kommissionen har, støttet af Vodafone, bestridt sagsøgerens argumenter.
- 80 Det skal i denne forbindelse præciseres, at der foreligger direkte konkurrence mellem virksomheder, når de kæmper om de samme kunder.
- 81 Det er i det foreliggende tilfælde ubestridt, at fusionsparternes kabelnet ikke overlapper hinanden, og at en MDU-kunde, der ønsker at indgå en kontrakt med en udbyder af TV-signaler, i praksis principielt kun har mulighed for at vælge mellem fusionsparten i det kabelområde, hvori den bygning, der skal tilsluttes, befinder sig, og en af dennes konkurrenter såsom sagsøgeren. Det har ingen betydning herfor, om MDU-markedet forud for transaktionen var af nationalt omfang, eller om det var begrænset til fusionsparternes kabelområder, eftersom det samme må konstateres i begge tilfælde.
- 82 Det følger heraf, at de produkter, som fusionsparterne markedsførte, i praksis ikke konkurrerede med hinanden, og at Kommissionen derfor ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den konkluderede, at disse parter ikke var direkte konkurrenter forud for fusionen.
- 83 De argumenter, som sagsøgeren har fremført, kan ikke godtgøre det modsatte.
- 84 Det skal for det første bemærkes, at Kommissionen som svar på et spørgsmål, som Retten stillede til skriftlig besvarelse den 16. maj 2023, har bekræftet, at der var stærke indicier for, at MDU-markedet forud for fusionen geografisk set var begrænset til de enkelte parters kabelområder, men at den på grund af tilstedeværelsen af udbydere og kunder, der var aktive på nationalt plan, og den omstændighed, at eventuelle prisforskelle inden for landet ikke var knyttet til disse områder, ikke helt kunne udelukke, at der fandtes et MDU-marked af nationalt omfang.
- 85 Kommissionens overvejelser om, at markedet kunne være af national dimension, betyder således ikke, at den konkluderede, at fusionsparterne var i direkte konkurrence med hinanden på et sådant hypotetisk marked. Det var først i forbindelse med Kommissionens efterfølgende undersøgelse af fusionens virkninger på MDU-markedet, at den vurderede, om transaktionen på et eventuelt nationalt marked og henset til parternes aktiviteter ville medføre et tab af direkte konkurrence mellem dem. Selv om Kommissionen i den anfægtede afgørelse overvejede, om MDU-markedet allerede kunne have en national dimension inden fusionen, er det således ikke muligt at udlede heraf, at fusionsparterne nødvendigvis var reelle konkurrenter på et sådant marked, således som sagsøgeren har gjort gældende. Det kan endelig ikke udelukkes, at to virksomheder er til stede på det samme geografiske marked sammen med andre virksomheder, uden at disse to virksomheder bejler til de samme kunder, bl.a. på grund af deres kabelnets geografiske grænser.
- 86 Det skal tilføjes, at Kommissionens formål med konstateringen i 768. betragtning til den anfægtede afgørelse om, at parterne ikke var i »aktiv konkurrence« med hinanden, alene var at forklare, at parterne i meget få tilfælde og udelukkende som svar på uopfordrede anmodninger fra MDU-kunder havde indgået kontrakter om levering af TV-signaler i den anden parts kabelområde. For at imødekomme disse anmodninger var parterne således nødt til at erhverve mellemliggende transmission af TV-signaler hos en anden operatør. Kommissionen anså det i denne forbindelse ikke for nødvendigt at udelukke »aktiv« konkurrence for at kunne fastslå, at der foreligger en betydelig konkurrencehindring.

- 87 Selv om der for det andet ikke var nogen overlapning mellem fusionsparternes kabelnet, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt, konstaterede Kommissionen ganske rigtigt i den anfægtede afgørelse, at der ikke desto mindre fandtes visse overlapninger mellem deres aktiviteter, hvor disse operatører i så fald erhvervede mellemliggende transmission af TV-signaler hos den anden part eller hos en anden niveau 3-netoperatør for at kunne nå de berørte MDU-kunder.
- 88 Det skal imidlertid bemærkes, at selv om sagsøgeren har bestridt, at disse overlapninger var ubetydelige, har selskabet ikke som sådan rejst tvivl om de tal, som Kommissionen under sagen for Retten har fremlagt vedrørende de kontrakter, som fusionsparterne havde indgået uden for deres kabelområder, og antallet af berørte kunder. Det skal herved bemærkes, at ifølge disse tal repræsenterede disse kontrakter et meget begrænset antal MDU-kunder med hensyn til tilsluttede husstande og en markedsandel, der var på mindre end 1% og derfor så ubetydelig, at den ikke var udtryk for en resterende konkurrence, som skulle beskyttes.
- 89 Fusionsparterne indgik desuden kun undtagelsesvis sådanne kontrakter uden for deres kabelområder, hvilket sagsøgeren selv bekræftede i forbindelse med markedsundersøgelsen, jf. 770. betragtning til den anfægtede afgørelse.
- 90 Sagsøgeren har som følge heraf ikke godtgjort, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, idet den antog, at fusionsparterne ikke var direkte konkurrenter før fusionen.

2) Indirekte konkurrence

- 91 Sagsøgeren har gjort gældende, at fusionsparterne var direkte konkurrenter før transaktionen.
- 92 Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse undersøgte, om der fandtes et indirekte konkurrencepres mellem fusionsparterne forud for fusionen. Kommissionen præciserede i denne sammenhæng, at et eksisterende indirekte konkurrencepres, der ville forsvinde som følge af transaktionen, skulle være meget stærkt for at skabe en betydelig konkurrencehindring (jf. 776. betragtning). Efter denne analyse konkluderede Kommissionen ud fra en række forhold, at fusionsparterne ikke var indirekte konkurrenter.
- 93 Kommissionen tog for det første hensyn til, at de få personer, der havde medvirket i markedsundersøgelsen, og som hævdede, at der var indirekte konkurrence mellem fusionsparterne, selv erkendte, at prisen på MDU-markedet afhang af lokale faktorer og ikke kunne sammenlignes på tværs af de forskellige berørte regioner (jf. 774. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 94 For det andet anførte Kommissionen, at der i forbindelse med markedsundersøgelsen var blevet peget på tre mulige transmissionsmekanismer, som kunne have medført indirekte konkurrence mellem parterne, den første fra konkurrenter, der var aktive på nationalt plan, såsom sagsøgeren, den anden fra kunder, der var aktive på nationalt plan, og den tredje fra specialiserede mellemmand såsom advokatfirmaer eller rådgivningsvirksomheder (jf. 775. betragtning til den anfægtede afgørelse). Kommissionen forklarede dernæst, at den ikke havde fundet bevis for, at disse transmissionsmekanismer kunnet have medført indirekte konkurrence mellem parterne, eller at der havde været en sådan indirekte konkurrence (jf. 777. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 95 Størstedelen af de boligselskaber, der deltog i markedsundersøgelsen, svarede således, at de aldrig (for så vidt angår lokale selskaber, der kunne have påvirket den tredje transmissionsmekanisme) eller sjældent (for så vidt angår landsdækkende selskaber, der kunne have påvirket den anden transmissionsmekanisme) anvendte indirekte sammenlignende analyser (benchmarking). Med hensyn til konkurrerende operatører var det kun sagsøgeren og Tele Columbus, der oplyste, at de ofte anvender sådanne benchmarkanalyser (jf. 778.-780. betragtning til den anfægtede afgørelse). Ingen af disse to konkurrenter var imidlertid i stand til at fremlægge konkrete eksempler for Kommissionen, hvoraf det fremgik, at der forelå et indirekte konkurrenceforhold mellem parterne, f.eks. beviser for, at der var sket en samordning af vilkårene på MDU-markedet i hele Tyskland (jf. 781. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 96 Kommissionen undersøgte for det tredje fusionsparternes interne dokumenter og fandt ingen beviser for, at Vodafone eller Unitymedia tog hensyn til modpartens vilkår i forbindelse med deres forhandlinger vedrørende MDU-markedet (jf. 782. betragtning til den anfægtede afgørelse). Kommissionen tog ligeledes hensyn til beviser, der var fremlagt af fusionsparterne, og hvoraf det fremgik, at der ikke var sket nogen samordning på nationalt plan af vilkårene i de kontrakter, som var blevet indgået vedrørende MDU-markedet (jf. 783. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 97 Kommissionen tog endelig hensyn til, at denne form for tværregional benchmarking under alle omstændigheder ikke kunne udgøre et effektivt forhandlingsredskab, da der ikke var reel konkurrence mellem parterne, og det derfor ikke var muligt for boligselskaberne at skifte mellem fusionsparterne (jf. 784. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 98 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren for det første anført, at Kommissionen foretog en urigtig anvendelse af artikel 2 i forordning nr. 139/2004, da den i 776. betragtning til den anfægtede afgørelse fastslog, at et eksisterende indirekte konkurrencepres, der ville forsvinde som følge af transaktionen, skulle være meget stærkt for at skabe en betydelig konkurrencehindring. Ifølge sagsøgeren er indirekte konkurrence en relevant form for reel konkurrence, der beskyttes ved forordning nr. 139/2004, uanset hvor betydelig denne konkurrence er. Eftersom de to fusionsparter havde en dominerende stilling i deres respektive kabelområder før fusionen, ville selv en begrænset forøgelse af markedsstyrken, som bestod i at fjerne et (direkte eller indirekte) konkurrencepres, medføre en betydelig konkurrencehindring, hvilket Kommissionen selv har erkendt med hensyn til fusionsparternes stilling på TV-engrosmarkederne.
- 99 Sagsøgeren har for det andet anført, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse fremhævede en række vigtige tegn på indirekte konkurrence, nemlig den omstændighed, at fusionsparterne overvågede hinandens aktiviteter og sammenlignede deres produktudbud, at de store boligselskaber sammenlignede fusionsparternes udbud, og at fusionsparterne konkurrerede om infrastrukturen. For at kunne bevise, at der foreligger et indirekte konkurrencepres, er det ifølge sagsøgeren vigtigt, at fusionsparterne tager hensyn til de vilkår, som den anden part tilbyder, når de fastlægger deres egen forretningsstrategi.
- 100 Det følger efter sagsøgerens opfattelse heraf, at Kommissionens konklusion om, at fusionen ikke resulterer i mindre indirekte konkurrence mellem parterne, er åbenbart urigtig.
- 101 Kommissionen har, støttet af Vodafone, bestridt sagsøgerens argumenter.

- 102 Det skal indledningsvis præciseres, at virksomheder, der ikke er i direkte konkurrence med hinanden, alligevel kan befinde sig i et indirekte konkurrenceforhold, bl.a. når de udsættes for et lignende konkurrencepres fra andre virksomheder, hvormed de konkurrerer direkte, eller når andre faktorer såsom de krav, der stilles af kunderne, på tilsvarende vis begrænser deres muligheder for at fastsætte deres priser og forretningsvilkår.
- 103 Hvad for det første angår den omstændighed, at fusionsparterne overvågede hinandens aktiviteter og sammenlignede deres produktudbud, skal det bemærkes, at sagsøgeren selv har erkendt, at 460. betragtning ff. og 892. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse, hvortil sagsøgeren har henvist, vedrører markedet for fastnetadgang og SDU-markedet, men ikke MDU-markedet.
- 104 Kommissionen forklarede i øvrigt, at disse eksempler på benchmarking blot havde bestået i »simpel kommerciel benchmarking med henblik på overvågning og eventuel efterligning af bedste praksis inden for sektoren«. Som Kommissionen med rette har gjort gældende, kan en sådan sammenligning, der går ud på at analysere markedsresultaterne eller bedste praksis i sektoren, bl.a. i andre medlemsstater eller i tredjelande, imidlertid ikke kvalificeres som et indirekte konkurrencepres som omhandlet i præmis 102 ovenfor.
- 105 Kommissionen præciserede nemlig som svar på et spørgsmål til skriftlig besvarelse fra Retten, at for at direkte benchmarking kan give anledning til et indirekte konkurrencepres, skal der efter dens opfattelse være dokumentation for, at de oplysninger, som en part har indsamlet om den anden part ved benchmarking, faktisk tages i betragtning af den første part, når denne træffer sine forretningsmæssige beslutninger, og at disse oplysninger derfor lægger et pres på denne part ved at udløse en konkurrencemæssig reaktion fra dennes side. I det foreliggende tilfælde fandt Kommissionen imidlertid intet, der tydede på, at dette havde været tilfældet på MDU-markedet for så vidt angår den benchmarking, hvortil sagsøgeren har henvist, og det må konstateres, at sagsøgeren ikke har godtgjort det modsatte, eller at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn i forbindelse med dette ræsonnement.
- 106 Det følger heraf, at der ikke var noget indirekte konkurrencepres, hvis fjernelse kunne have medført selv en begrænset forøgelse af den fusionerede enheds markedsstyrke, hvilket adskiller MDU-markedet fra TV-engrosmarkederne, hvor Kommissionen konstaterede, at der forelå en betydelig konkurrencehindring som følge af den fusionerede enheds øgede markedsstyrke (jf. præmis 31 og 32 ovenfor).
- 107 Det fremgår endelig af den anfægtede afgørelse (jf. bl.a. 697. betragtning), at talrige kontrakter med MDU-kunder indgås efter forhandlinger, budrunder eller formelle udbudsprocedurer, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt. De kontrakter, der indgås efter disse forhandlinger eller procedurer, indeholder en lang række krav med hensyn til bl.a. infrastruktur, leverede tjenester og vedligeholdelse. Kommissionen påpegede i øvrigt, at der efter markedsundersøgelsen var enighed om, at priserne ikke varierede i forhold til det geografiske område som sådan, men snarere i forhold til graden af konkurrence, infrastrukturomkostningerne (f.eks. anlægsomkostningerne) og sammenlægningen af de bygninger, der skulle betjenes. Tredjeparter har desuden medgivet, at »prisfastsættelsen i forbindelse med MDU-kontrakterne [afhang] af lokale faktorer og [kunne] ikke sammenlignes på tværs af områderne«. De kontrakter, der blev indgået med MDU-kunder, var derfor ikke standardkontrakter, som let kunne have været benchmarket alene ved at iagttage praksis inden for sektoren.

- 108 Det skal for det andet bemærkes, at i modsætning til det af sagsøgeren anførte var det blandt 6 nationale boligselskaber og 230 000 andre boligselskaber, hvoraf nogle var aktive i flere delstater, kun Vonovia, der svarede, at det ofte anvendte benchmarking, men at selskabet ikke var i stand til at fremlægge relevante eksempler, hvor der forekom indirekte konkurrence mellem fusionsparterne, hvilket fremgår af 779. betragtning og 781. betragtning, litra c), til den anfægtede afgørelse.
- 109 I duplikken har Kommissionen i denne henseende præciseret, at den havde anmodet Vonovia og GdW om supplerende oplysninger (GdW er en paraplyorganisation og en sammenslutning, der repræsenterer ca. 3 000 boligselskaber, der samlet set administrerer ca. 6 mio. boliger i Tyskland), efter at de havde besvaret spørgeskemaerne i forbindelse med markedsundersøgelsen, men at de ikke havde været i stand til at fremlægge dokumentation for den indirekte benchmarking, som visse boligforeninger angiveligt foretog.
- 110 Endelig kan de bemærkninger, som GdW indgav under den administrative procedure, og som sagsøgeren har fremlagt for Retten, ikke rejse tvivl om en sådan vurdering, eftersom de heller ikke indeholder konkrete eksempler på benchmarking eller – mere generelt – indirekte konkurrence mellem parterne.
- 111 De argumenter, som sagsøgeren har fremført, rejser derfor ikke tvivl om Kommissionens konstatering af, at de nationale eller lokale boligselskaber i det foreliggende tilfælde ikke havde medvirket til at skabe et indirekte konkurrencepres mellem fusionsparterne.
- 112 Hvad for det tredje angår infrastrukturkonkurrencen mellem fusionsparterne skal det bemærkes, at det fremgår af 441. betragtning og 453. betragtning, litra b), til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen konstaterede, at den enkelte fusionsparts netværksinvesteringer og -innovation ikke havde haft nogen direkte konkurrencemæssig indvirkning på den anden parts strategi for netværksinvesteringer og -innovation, og at den enkelte parts overvågning af den anden parts aktiviteter i denne forbindelse blot havde bestået i »simpel kommerciel benchmarking med henblik på overvågning og eventuel efterligning af bedste praksis inden for sektoren«, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt.
- 113 Som anført i præmis 104 og 105 ovenfor er en sådan sammenligning, der går ud på at analysere markedsresultaterne eller bedste praksis i sektoren, bl.a. i andre medlemsstater eller i tredjelande, imidlertid blot en sammenligning, som parterne frit har valgt, og som ikke svarer til den form for indirekte konkurrencepres, der er nævnt i præmis 102 ovenfor.
- 114 Det skal for det fjerde bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse forklarede dels, at undersøgelsen af fusionsparternes interne dokumenter ikke havde sandsynliggjort, at de nævnte parter tog hensyn til hinandens betingelser og vilkår i forbindelse med deres forhandlinger om MDU-kontrakterne, dels at fusionsparterne havde fremlagt overbevisende dokumentation for, at MDU-kontrakterne ikke var blevet samordnet for hele det tyske område. Disse konstateringer var i modsætning til det af sagsøgeren anførte relevante for vurderingen af, om den enkelte fusionspart tog hensyn til de vilkår, som den anden part tilbød, da denne fastlagde sin forretningsstrategi, og dermed for vurderingen af, om der forekom indirekte konkurrence mellem dem forud for fusionen på MDU-markedet.
- 115 Det følger af det ovenfor anførte, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen begik en åbenbar fejl, da den i den anfægtede afgørelse konkluderede, at fusionsparterne ikke var indirekte konkurrenter.

116 Eftersom Kommissionen ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved at konkludere, at der ikke forekom indirekte konkurrence mellem fusionsparterne, er det ikke længere nødvendigt at undersøge, om der er grundlag for argumenterne vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt den udelukkede indirekte konkurrence skal være »meget stærk« for at skabe en betydelig konkurrencehindring som omhandlet i artikel 2 i forordning nr. 139/2004.

3) *Potentiel konkurrence*

117 Sagsøgeren har gjort gældende, at hvis det antages, at fusionsparterne ikke kunne betragtes som reelle konkurrenter, ville de i det mindste have været potentielle konkurrenter før fusionen.

118 Det skal indledningsvis påpeges, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse først undersøgte, om Vodafone var en potentiel konkurrent til Unitymedia. Kommissionen mindede i denne forbindelse om, at Vodafone hovedsagelig var aktiv inden for sit eget kabelområde, og anførte, at denne operatør havde oplyst, at den ikke havde planer om at ekspandere sit kabelnet, bl.a. til Unitymedias område, eftersom den underliggende investering ikke ville være rentabel (jf. 726. betragtning).

119 Da næsten alle konkurrerende operatører i forbindelse med markedsundersøgelsen havde svaret, at de regnede med, at Vodafone ville udvide sit kabelnet til Unitymedias område, undersøgte Kommissionen efterfølgende den sandsynlige udvikling i det konkurrencepres, som Vodafone ville udøve, hvis transaktionen ikke fandt sted. Kommissionen anførte i denne forbindelse, at Vodafores teoretiske evne til at ekspandere til Unitymedias kabelområde ikke var nok, idet den fandt, at det for at godtgøre, at der bestod en potentiel konkurrence mellem fusionsparterne, hvis fjernelse ville have medført en betydelig konkurrencehindring, skulle være tilstrækkelig sandsynligt, at dette ville ske (jf. 730. betragtning til den anfægtede afgørelse).

120 I 731.-746. betragtning til den anfægtede afgørelse forklarede Kommissionen, at den ikke havde fundet samstemmende beviser for, at det var sandsynligt eller rimeligt forudsigeligt, at Vodafone ville udvide til Unitymedias kabelområde, hvis transaktionen ikke blev gennemført, men i stedet havde konstateret en række forhold, der godtgjorde det modsatte.

121 Kommissionen påpegede nemlig for det første, at Vodafone ikke tidligere havde overbygget Unitymedias kabelnet, og konstaterede, at denne operatør ikke havde udviklet sit kabelnet særlig meget, heller ikke i og omkring sit eget område, selv om en sådan udvikling var mere rentabel end en overbygning af kabelnettet. For det andet bekræftede Kommissionens analyse af Vodafores interne dokumenter, at denne operatør ikke havde planer om at overbygge Unitymedias kabelnet, eftersom lignende planer ikke havde opfyldt dennes investeringskriterier. Kommissionen inddrog Vodafores prognoser, der havde bekræftet den manglende rentabilitet, under hensyntagen til den infrastruktur, som denne operatør allerede rådede over. Kommissionen anførte for det tredje, at den ikke havde fundet dokumentation for, at det i fremtiden ville blive mere rentabelt at overbygge en anden operatørs kabelnet.

122 Kommissionen vurderede i øvrigt, at de overbygningsaktiviteter, der var iværksat af andre operatører såsom Tele Columbus, lokale operatører og sagsøgeren, var baseret på særlige kommercielle overvejelser, som adskilte sig fra dem, der sigtede mod at udvikle et net, som var parallelt med en konkurrerende operatørs net. Med hensyn til Tele Columbus gjorde Kommissionen opmærksom på, at denne operatør ikke havde foretaget væsentlige investeringer i udvidelsen af sit niveau 3-net (jf. 744. betragtning til den anfægtede afgørelse). Endelig præciserede Kommissionen, at intet tydede på, at det var sandsynligt, at Vodafone havde til

hensigt at trænge ind i Unitymedias område ved brug af andre tekniske eller forretningsmæssige metoder end en udvidelse af selskabets eget kabelnet (jf. 742. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 123 Kommissionen undersøgte derefter, om Unitymedia var en potentiel konkurrent til Vodafone. Kommissionen mindede i denne forbindelse om, at Unitymedia hovedsagelig var aktiv inden for sit eget kabelområde, og anførte, at denne operatør havde oplyst, at den ikke havde planer om at ekspandere sit kabelnet, bl.a. til Vodafones område, eftersom den underliggende investering ikke ville være rentabel (jf. 726. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 124 Da næsten alle konkurrerende operatører som svar på markedsundersøgelsen havde anført, at de regnede med, at Unitymedia ville udvide sit net til Vodafones kabelområde, men også erkendte, at Unitymedia havde et mindre incitament til at handle på samme måde som Vodafone, undersøgte Kommissionen den sandsynlige udvikling i det konkurrencepres, som Unitymedia ville udøve, hvis transaktionen ikke fandt sted.
- 125 I 755.-764. betragtning til den anfægtede afgørelse forklarede Kommissionen, at den ikke havde fundet samstemmende beviser for, at det var sandsynligt eller rimeligt forudsigeligt, at Unitymedia ville udvide til Vodafones kabelområde, hvis transaktionen ikke blev gennemført, men i stedet havde konstateret en række forhold, som stort set svarede til dem, der gjorde sig gældende for Vodafone, og som godtgjorde det modsatte.
- 126 Kommissionen påpegede nemlig for det første, at Unitymedia ikke tidligere havde overbygget Vodafones kabelnet, og konstaterede, at denne operatør ikke havde udviklet sit kabelnet særlig meget, heller ikke i og omkring sit eget område, selv om en sådan udvikling var mere rentabel end en overbygning af kabelnettet. For det andet bekræftede Kommissionens analyse af Unitymedias interne dokumenter, at denne operatør ikke havde planer om at overbygge Vodafones kabelnet, eftersom lignende planer ikke havde opfyldt dennes investeringskriterier. Kommissionen tog hensyn til en prognose fra Unitymedia, som bekræftede den manglende rentabilitet. Endelig anførte Kommissionen, at de øvrige faktorer, der blev taget i betragtning ved undersøgelsen af, om der forelå en potentiel konkurrence fra Vodafones side, også gjaldt for Unitymedia.
- 127 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren for det første anført, at en virksomhed er en potentiel konkurrent på et givet marked, hvis der er reelle og konkrete muligheder for, at den pågældende virksomhed indtræder på markedet og konkurrerer med de etablerede virksomheder. Det er således alene relevant at have kendskab til en virksomheds evne til at trænge ind på et bestemt marked. Denne evne udgør i sig selv en potentiel konkurrence og beskyttes ved forordning nr. 139/2004, uden at det er nødvendigt at godtgøre, at den nævnte virksomhed har konkrete hensigter om rent faktisk at udnytte denne evne i fremtiden. En potentiel konkurrencesituation skal således først og fremmest vurderes objektivt for at afgøre, om det objektivt set vil være muligt at indtræde på markedet, og dermed om den potentielle nye markedsdeltager udøver et betydeligt pres på de virksomheder, der allerede er aktive på det relevante marked. Fusionsparternes subjektive hensigter eller forretningsmæssige planer såsom interne investeringsplaner og rentabilitetstærskler er ikke afgørende i denne henseende.

- 128 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at undersøgelsen blandt de virksomheder, der allerede var aktive på de relevante markeder, klart bekræftede, at fusionsparterne rent faktisk kunne have udvidet deres kabel- eller fiberinfrastruktur til den anden parts område. Markedsaktørerne gav desuden udtryk for, at fusionsparterne sandsynligvis ville være blevet mere aggressive konkurrenter i hinandens kabelområder i løbet af de kommende to eller tre år.
- 129 For det tredje indeholder den anfægtede afgørelse ifølge sagsøgeren en række konkrete eksempler, hvoraf det fremgår, at en ekspansion til en anden kabeloperatørs dækningsområde ville være objektivt gennemførlig og økonomiske levedygtig. Sagsøgeren selv samt Tele Columbus og andre europæiske operatører kunne overbygge kabelnet, hvilket viser, at en sådan transaktion ville være økonomisk rentabel. Kommissionen begrænsede sig i øvrigt med urette til at undersøge sandsynligheden for potentiel konkurrence som følge af overbygning af den anden parts kabelnet, selv om fusionsparterne sagtens kunne have betjent MDU-kunder uden for deres respektive kabelområder baseret på mellemliggende transmission af TV-signaler fra en anden operatør. Kommissionen tog heller ikke hensyn til, at der fandtes »hvide områder«, hvor der ikke var en operatør, og hvor spørgsmålet om overbygning af net derfor ikke var relevant.
- 130 For det fjerde støttede Kommissionen sig med urette på parternes investeringskriterier, da den konkluderede, at det ikke var rentabelt at overbygge den anden parts kabelnet, eftersom sådanne kriterier til enhver tid kan ændres og tilmed manipuleres, og den »økonomiske levedygtighed« er et objektivt begreb. I sine bemærkninger af 2. juni 2023 har sagsøgeren endvidere gjort gældende, at fusionsparternes investeringskriterier, der er nævnt i den anfægtede afgørelse, slet ikke svarede til praksis i sektoren eller til de øvrige markedsaktørers investeringskriterier, og at de i øvrigt var meget højere end sagsøgerens, hvilket viste, at de bevidst var blevet fastsat for at gøre enhver plan om overbygning af den anden parts kabelnet urentabel.
- 131 For det femte tog Kommissionen ikke hensyn til, at Bundeskartellamt (forbundskonkurrencemyndighed, Tyskland) havde fastslået, at parterne som minimum var potentielle konkurrenter.
- 132 Det følger efter sagsøgerens opfattelse heraf, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, for så vidt som den antog, at fusionsparterne ikke var direkte konkurrenter forud for denne transaktion.
- 133 Kommissionen har, støttet af Vodafone, bestridt sagsøgerens argumenter.
- 134 Det skal i denne forbindelse i første række bemærkes, at ifølge retspraksis er undersøgelsen af konkurrencevilkårene i fusionssager ikke alene baseret på den aktuelle konkurrence mellem de virksomheder, der allerede er til stede på det pågældende marked, men også på den potentielle konkurrence, således at det kan fastslås, om der i betragtning af markedsstrukturen og den økonomiske og retlige ramme for markedets funktion er reelle og konkrete muligheder for, at de pågældende virksomheder konkurrerer indbyrdes, eller for, at en ny konkurrent kan få adgang til det pågældende marked og konkurrere med de etablerede virksomheder (jf. dom af 4.7.2006, easyJet mod Kommissionen, T-177/04, EU:T:2006:187, præmis 116 og den deri nævnte retspraksis).
- 135 Med henblik på at fastslå, om en virksomhed udgør en potentiel konkurrent på et marked, bør Kommissionen kontrollere, om der – hvis den pågældende fusion ikke var sket – ville være reelle og konkrete muligheder for, at den kunne indtræde på det nævnte marked og konkurrere med de virksomheder, som var etableret dér. Et sådant bevis må ikke hvile på en ren hypotese, men skal

understøttes af faktiske oplysninger eller af en relevant markedsstrukturanalyse. En virksomhed kan således ikke betegnes som en potentiel konkurrent, hvis dens indtræden på markedet ikke svarer til en holdbar økonomisk strategi (jf. analogt dom af 29.6.2012, E.ON Ruhrgas og E.ON mod Kommissionen, T-360/09, EU:T:2012:332, præmis 86 og den deri nævnte retspraksis).

- 136 I øvrigt kan den økonomiske holdbarhed af en strategi for indtræden på markedet ikke sidestilles alene med en sådan strategis rentabilitet. Hvis dette var tilfældet, kunne den blotte teoretiske evne til at indtræde på et marked anses for tilstrækkelig til at fastslå, at der foreligger potentiel konkurrence. Kommissionen kan derfor tage hensyn til den forretningsmæssige eller økonomiske interesse i at indtræde på et marked for den virksomhed, hvis egenskab af potentiel konkurrent analyseres (jf. i denne retning dom af 21.9.2005, EDP mod Kommissionen, T-87/05, EU:T:2005:333, præmis 177, 185, 187, 188, 191 og 195, og af 4.7.2006, easyJet mod Kommissionen, T-177/04, EU:T:2006:187, præmis 123), og dermed støtte sig på dennes investeringskriterier. Kommissionen kan således ikke kvalificere en virksomhed som en potentiel konkurrent på grundlag af generelle og abstrakte betragtninger uden at tage hensyn til denne virksomheds forretningsmæssige interesser, dens udviklingsstrategi på kort og mellemlang sigt og de rentabilitetskriterier, som den har fastsat til dette formål.
- 137 Det følger heraf, at når Kommissionen konstaterer for det første, at den pågældende virksomhed ikke har taget skridt til at indtræde på markedet på tilstrækkelig kort tid set i lyset af markedets kendetegn, for det andet, at den nævnte virksomhed ikke anser det for økonomisk rationelt og interessant for den at indtræde på markedet, og dermed for det tredje, at den nævnte virksomhed ikke har til hensigt at indtræde på markedet i væsentlig grad i fremtiden, kan den uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn konkludere, at den omhandlede virksomhed ikke er en potentiel konkurrent til den anden fusionspart.
- 138 Hvad i anden række angår holdningen hos de virksomheder, der allerede er aktive på det relevante marked, som udtrykt i forbindelse med markedsundersøgelsen, må det konstateres, at det fremgår af 727., 728., 752. og 753. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen faktisk tog hensyn til de konkurrerende operatørers opfattelse, eftersom det følger af disse betragtninger, at den foretog en grundig undersøgelse af, om der var potentiel konkurrence mellem fusionsparterne, bl.a. på grundlag af deres bemærkninger.
- 139 Det skal herved fremhæves, at Kommissionen ganske vist med rette kan tage hensyn til holdningen hos de virksomheder, der er aktive på markedet, men denne holdning kan ikke være afgørende for vurderingen af, om der forekommer potentiel konkurrence.
- 140 Selv om opfattelsen blandt konkurrenterne kan udgøre en vigtig informationskilde med hensyn til en fusions forventede indflydelse på markedet, kan en sådan holdning nemlig ikke være bindende for Kommissionen i dennes selvstændige vurdering af fusionens indflydelse på markedet (jf. i denne retning dom af 25.3.1999, Gencor mod Kommissionen, T-102/96, EU:T:1999:65, præmis 290 og 291, og af 5.10.2020, HeidelbergCement og Schwenk Zement mod Kommissionen, T-380/17, ikke trykt i Sml., EU:T:2020:471, præmis 673).
- 141 Hvad i tredje række angår de forhold, der ifølge sagsøgeren godtgør, at en ekspansion til en anden kabeloperatørs dækningsområde ville være objektivt gennemførlig og økonomisk levedygtig, kan dette klagepunkt umiddelbart forkastes med henvisning til, at den økonomiske holdbarhed af en strategi for indtræden på markedet, som det fremgår af den retspraksis, der er nævnt i

præmis 136 ovenfor, ikke kan sidestilles alene med en sådan strategis rentabilitet, og at der skal tages hensyn til den forretningsmæssige eller økonomiske interesse i at indtræde på et marked for den virksomhed, hvis egenskab af potentiel konkurrent analyseres.

- 142 Selv om de forhold og eksempler, som sagsøgeren har fremført, måtte godtgøre, at en ekspansion til den anden fusionsparts kabelområde var objektivt gennemførlig og økonomisk rentabel, står det ikke desto mindre fast, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse på detaljeret vis, bl.a. på grundlag af fusionsparternes interne dokumenter, forklarede, at ingen af disse forud for fusionen havde haft til hensigt at overbygge den anden parts net eller havde haft en økonomisk interesse i at gøre dette, eftersom de underliggende investeringer ikke opfyldte deres respektive investeringskriterier. Kommissionen tog i øvrigt ligeledes hensyn til, at fusionsparterne ikke tidligere havde overbygget hinandens net. Det må fastslås, at det ovenfor anførte er tilstrækkeligt til at forkaste sagsøgerens tredje klagepunkt.
- 143 De af sagsøgeren fremførte forhold kan desuden ikke godtgøre, at det ville have været objektivt gennemførligt og økonomisk rentabelt for fusionsparterne at udvide deres aktiviteter på MDU-markedet til den anden parts kabelområde.
- 144 Hvad for det første angår den omstændighed, at andre konkurrenter var villige til at udvide deres net, har Kommissionen således i den anfægtede afgørelse forklaret, hvorfor disse strategier ikke gjaldt for parterne i en anden fusion.
- 145 Med hensyn til sagsøgeren var dennes særlige situation, som det bl.a. fremgår af 744. betragtning, litra c), til den anfægtede afgørelse, helt anderledes end fusionsparternes, fordi selskabet allerede havde et meget omfattende fibernet, og det anvendte dette net til levering af bredbåndsadgang via digital abonnentledningsteknologi (Digital Subscriber Line, DSL). Sagsøgeren kunne derfor udvide sit tilbud til MDU-kunder til nye områder med støtte i sine egne fiberoptiske ledninger eller sine eksisterende rør og behøvede typisk kun at etablere korte dele af niveau 3-nettet.
- 146 Med hensyn til Tele Columbus fremgår det af de beviser, der er omhandlet i 744. betragtning, litra a), og 797.-799. betragtning til den anfægtede afgørelse, og som sagsøgeren ikke har anfægtet, at dette selskab i virkeligheden ikke havde foretaget nogen overbygning af en anden operatørs kabelnet i årene op til vedtagelsen af den anfægtede afgørelse. Det fremgår navnlig af figur 20, der findes i 798. betragtning til den anfægtede afgørelse, at der ikke var nogen mærkbar stigning i antallet af husstande, som var tilsluttet Tele Columbus' net, mellem 2012 og 2018, hvis der ses bort fra erhvervelse af andre selskabers eksisterende aktiver.
- 147 Med hensyn til de af sagsøgeren påberåbte tilfælde, hvor der forekom overbygning af kabelnet i andre medlemsstater, kan disse, som Kommissionen har anført i sine skriftlige indlæg, skyldes historiske faktorer eller lave udrulningsomkostninger i disse medlemsstater. Kommissionen har i øvrigt over for Retten fremlagt eksempler på medlemsstater, hvor kabelnettene ikke overlappede hinanden. Kommissionen har ligeledes i detaljer forklaret, at det er en generel tendens i Europa, at operatørerne principielt ikke udvider deres kabelnet. Det følger heraf, at de af sagsøgeren påberåbte tilfælde, hvor der forekom overbygning af net, ikke kan rejse tvivl om Kommissionens vurderinger vedrørende den potentielle konkurrence mellem fusionsparterne.
- 148 For det andet begrænsede Kommissionen sig ikke som anført af sagsøgeren til at undersøge sandsynligheden for, at der forekom potentiel konkurrence som følge af overbygning af den anden fusionsparts kabelnet, hvilket fremgår af 745. betragtning til den anfægtede afgørelse for så vidt angår Vodafone og af 763. betragtning til den nævnte afgørelse for så vidt angår Unitymedia.

Kommissionen konkluderede i denne sammenhæng, at det også var usandsynligt, at en part ville trænge ind på den anden parts kabelområde ved brug af metoder, der ikke var baseret på infrastruktur, såsom navnlig faste kredsløb, satellitinfrastruktur eller niveau 4-net.

- 149 Kommissionen har i øvrigt forklaret over for Retten, uden at blive modsagt af sagsøgeren, at selv om det i teorien vil være muligt at foretage transmission af TV-signaler til MDU-kunder uden at anvende sin egen niveau 3-infrastruktur, er der i praksis ikke tale om en interessant mulighed i konkurrencemæssig henseende. Det skal herved ligeledes bemærkes, at Kommissionen i 820. betragtning til den anfægtede afgørelse konstaterede, at niveau 4-operatører var helt afhængige af parternes vilje til at tilbyde mellemliggende transmission af TV-signaler på konkurrencedygtige vilkår, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt. I 1479. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte Kommissionen dernæst, at niveau 4-operatørerne selv havde forklaret, at de var aktive i et nichemarkedssegment, mens boligforeningerne havde bekræftet, at disse operatører ofte ikke overholdt de nødvendige krav til serviceniveauet og ikke var i stand til at foretage opgraderinger af niveau 3-nettet, hvilket sagsøgeren heller ikke har bestridt. Dette bekræfter imidlertid Kommissionens konstatering af, at det var usandsynligt, at fusionsparterne ville udvide deres aktiviteter til den anden parts kabelområde ved brug af metoder, der ikke var baseret på infrastruktur.
- 150 Hvad for det tredje angår forekomsten af »hvide områder«, som Kommissionen ikke tog hensyn til, må det konstateres – uden at det er nødvendigt at tage stilling til, om dette argument kan antages til realitetsbehandling, hvilket Kommissionen har bestridt – at selv om ingen operatør indtil da havde udrullet kabelnet i disse områder, var det meget usandsynligt, at begge fusionsparter ville beslutte at etablere sig i disse områder. Det skal herved ligeledes bemærkes, at Kommissionens undersøgelse ikke har gjort det klart, at parterne ville have foretaget en udrulning i det samme hvide område, hvis der ikke var sket en fusion, og at sagsøgeren ikke har fremlagt noget bevis for det modsatte.
- 151 Hvad i fjerde række angår sagsøgerens indvending om, at Kommissionen ikke kunne basere sig på fusionsparternes investeringskriterier, eftersom disse til enhver tid kunne være blevet ændret og tilmed manipuleret og ikke svarede til praksis i sektoren, skal det påpeges, at den økonomiske holdbarhed af en strategi for indtræden på markedet ikke kan sidestilles alene med en sådan strategis rentabilitet, og at Kommissionen kan basere sig på den forretningsmæssige eller økonomiske interesse i at trænge ind på et marked for den virksomhed, hvis egenskab af potentiel konkurrent analyseres (jf. præmis 135 og 136 ovenfor), og dermed på dennes investeringskriterier.
- 152 Det skal herved bemærkes, at Kommissionen skal basere sig på en række oplysninger, når den vurderer, om der forekommer potentiel konkurrence. Den kan i denne forbindelse ikke se bort fra de berørte virksomheders investeringsstrategier. Dette gælder bl.a. for store internationale koncerner som f.eks. Vodafone, der skal være i stand til at vælge mellem investeringsprojekter, der involverer flere nationale markeder, på grundlag af den største fortjeneste. Det må i øvrigt konstateres, at de oplysninger, som sagsøgeren har fremlagt, ikke er tilstrækkelige til at konkludere, at Kommissionen var i besiddelse af indicier for, at de tal, der var fremlagt af den part, der havde anmeldt fusionen, var forkerte.
- 153 Det skal i øvrigt fremhæves, at der i den gældende lovgivning om fusionskontrol er fastsat forskellige bestemmelser med henblik på at afskrække personer fra og straffe dem for at afgive urigtige eller vildledende oplysninger. De parter, der anmelder en fusion, er nemlig i henhold til artikel 4, stk. 1, og artikel 6, stk. 2, i Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 af 7. april 2004

om gennemførelse af forordning nr. 139/2004 (EUT 2004, L 133, s. 1, berigtiget i EUT 2004, L 172, s. 9) udtrykkeligt forpligtet til at give Kommissionen korrekte og fuldstændige oplysninger om forhold af betydning for afgørelsen om, at fusionen er forenelig med det indre marked, og kan ifølge artikel 14 i forordning nr. 139/2004 pålægges straf for tilsidesættelse af denne forpligtelse. På grundlag af artikel 6, stk. 3, litra a), og artikel 8, stk. 6, litra a), i forordning nr. 139/2004 kan Kommissionen i øvrigt også tilbagekalde en afgørelse om fusionens forenelighed, hvis afgørelsen bygger på urigtige oplysninger, som kan tilskrives en af de deltagende virksomheder, eller den er opnået ved svigagtig adfærd (dom af 7.5.2009, NVV m.fl. mod Kommissionen, T-151/05, EU:T:2009:144, præmis 185).

- 154 Det må endelig konstateres dels, at det bl.a. fremgår af 742. betragtning og fodnote 553 til den anfægtede afgørelse, at Kommissionen efterprøvede fusionsparternes prognoser, hvori de undersøgte rentabiliteten af en række projekter for udrulning af infrastruktur i lyset af deres investeringskriterier, og fastslog, at resultaterne af disse prognoser var tilstrækkelig robuste, dels at Kommissionen ikke kun støttede sig på fusionsparternes investeringskriterier, da den konkluderede, at der ikke var nogen potentiel konkurrence mellem dem, men bl.a. tog hensyn til, at hverken Vodafone eller Unitymedia i praksis havde overbygget den anden parts kabelnet, og at disse parter kun havde foretaget en ubetydelig udvidelse af deres net inden for deres eget kabelområde, selv om en sådan intern udvidelse var mere rentabel.
- 155 Hvad i femte række angår forbundskonkurrencemyndighedens beslutninger, som Kommissionen ikke tog hensyn til, skal det bemærkes, at beslutninger fra de nationale myndigheder, henset til den nøjagtige kompetencefordeling, som forordning nr. 139/2004 bygger på, ikke kan binde Kommissionen i forbindelse med fusionskontrolprocedurer (jf. i denne retning dom af 18.12.2007, Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen, C-202/06 P, EU:C:2007:814, præmis 56, og af 7.5.2009, NVV m.fl. mod Kommissionen, T-151/05, EU:T:2009:144, præmis 139), i særdeleshed når de vedrører parterne i en anden fusion og et andet tidsrum.
- 156 Det følger af det ovenfor anførte, at sagsøgeren ikke har formået at godtgøre, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den i den anfægtede afgørelse fastslog, at det var usandsynligt, at fusionsparterne ville have udvidet deres aktiviteter på MDU-markedet til den anden parts kabelområde, hvis der ikke var sket en fusion, og at der som følge heraf bestod en potentiel konkurrence mellem dem, som transaktionen ville have fjernet, hvilket ville have medført en betydelig konkurrencehindring.

4) Den kollektive dominerende stilling, der fulgte af en stiltiende hemmelig aftale mellem fusionsparterne

- 157 Sagsøgeren har flere gange gjort gældende, at når fusionsparterne ikke konkurrerede med hinanden og aldrig havde overbygget deres kabelnet, skyldtes det, at de befandt sig i en kollektiv dominerende stilling som følge af en stiltiende hemmelig aftale mellem dem, som Kommissionen ikke havde undersøgt tilstrækkeligt.
- 158 Sagsøgeren har således gjort gældende, at den manglende aktive konkurrence mellem fusionsparterne ikke betyder, at de ikke var konkurrenter, men snarere tyder på, at de indtog en kollektiv dominerende stilling som følge af en stiltiende hemmelig aftale mellem dem, der havde til formål at opdele det tyske marked og at undgå at give indtryk af et indbyrdes konkurrenceforhold for at gøre det lettere at få godkendt fusionen, som havde været planlagt længe. Sagsøgeren har til støtte herfor henvist til en række beslutninger fra forbundskonkurrencemyndigheden, hvori det blev fastslået, at parterne havde en kollektiv

dominerende stilling, og gjort gældende, at MDU-markedet i enhver henseende fremstår som et kollektivt domineret marked, og at der ikke findes nogen anden troværdig forklaring på, at der ikke er aktiv konkurrence mellem fusionsparterne.

- 159 Kommissionen har, støttet af Vodafone, bestridt sagsøgerens argumenter.
- 160 Det skal herved bemærkes, at sagsøgeren ikke har anført, at transaktionen ville skabe eller styrke en kollektiv dominerende stilling på MDU-markedet og således ville hæmme den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, men snarere har gjort gældende, at fusionsparterne forud for transaktionen og på grund af en stiltiende hemmelig aftale mellem dem befandt sig i en kollektiv dominerende stilling.
- 161 Såfremt det antages, at sagsøgeren med dette argument ønsker at gøre opmærksom på et kartel, følger det af artikel 21, stk. 1, i forordning nr. 139/2004, at kun denne forordning finder anvendelse på fusioner som defineret i forordningens artikel 3, på hvilke Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [artikel 101 TEUF] og [102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1) principielt ikke finder anvendelse. Sidstnævnte forordning er derimod den eneste, der finder anvendelse på den adfærd hos virksomheder, som, uden at den udgør en fusion som omhandlet i forordning nr. 139/2004, ikke desto mindre kan føre til en koordinering mellem dem, der er i strid med artikel 101 TEUF, og som af denne grund er undergivet Kommissionens eller de nationale konkurrencemyndigheders kontrol (dom af 7.9.2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, præmis 32 og 33).
- 162 Det følger heraf, at sagsøgerens klagepunkt om en angivelig stiltiende hemmelig aftale mellem fusionsparterne forud for fusionen er uvirksomt, eftersom det ikke vedrører den anfægtede afgørelses genstand, nemlig en fusion, der er omfattet af forordning nr. 139/2004, men snarere vedrører en praksis, der potentielt falder ind under anvendelsesområdet for artikel 101 TEUF eller 102 TEUF samt forordning nr. 1/2003. Selv om sagsøgeren måtte have ret i sine indvendinger, dvs. selv om der forud for transaktionen havde foreligget en implicit eller stiltiende hemmelig aftale mellem fusionsparterne, som forklarede, hvorfor der ikke var nogen reel eller potentiel konkurrence mellem dem på MDU-markedet, således som sagsøgeren har gjort gældende, ville dette således ikke kunne rejse tvivl om den konklusion, som Kommissionen nåede frem til for så vidt angår dette marked, nemlig at der ikke var nogen konkurrence mellem fusionsparterne, hvis fjernelse kunne have resulteret i en betydelig konkurrencehindring.
- 163 Hvis sagsøgeren med sit argument søger at gøre gældende, at der foreligger en kollektiv dominerende stilling, skal det påpeges, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse fastslog, at tredjeparters indvendinger om, at fusionsparterne havde opnået en kollektiv dominerende stilling som følge af en stiltiende hemmelig aftale mellem dem, ikke blev bekræftet ved en gennemgang af de nævnte parter interne dokumenter og blev modsagt af de beviser i sagsakterne, der vedrørte den utilstrækkelige rentabilitet af at overbygge den anden parts kabelnet (jf. fodnote 534 og 566). De argumenter, som sagsøgeren har fremført, kan ikke rejse tvivl om denne konstatering fra Kommissionens side.
- 164 Hvad for det første angår forbundskonkurrencemyndighedens beslutninger skal det nemlig påpeges, at de ikke er bindende for Kommissionen.
- 165 Hvad for det andet angår MDU-markedet, der ifølge sagsøgeren i enhver henseende fremstår som et kollektivt domineret marked, skal det bemærkes, at de fleste kontrakter på dette marked indgås efter forhandlinger, budrunder eller formelle udbudsprocedurer, der iværksættes af kunderne

(jf. 697. betragtning til den anfægtede afgørelse), hvilket sagsøgeren ikke har bestridt, og at det som følge heraf ikke er sandsynligt, at dette marked har den gennemsigtighed, der er nødvendig for, at virksomheder med en kollektiv dominerende stilling kan samordne deres adfærd på dette marked (jf. i denne retning dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 121).

- 166 Hvad for det tredje angår sagsøgerens indvending om, at det kun var en stiltiende hemmelig aftale mellem fusionsparterne, der kunne forklare den manglende indbyrdes konkurrence, skal det påpeges, at det fremgår af undersøgelsen af de ovennævnte klagepunkter, som sagsøgeren har fremsat til støtte for det første anbringendes andet led, at Kommissionen ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den fastslog, at den manglende konkurrence mellem parterne hovedsagelig skyldtes, at der ikke var nogen overlapning mellem deres respektive kabelområder, og at en overbygning af den anden parts kabelnet var forbundet med store infrastrukturomkostninger, hvilket ikke var foreneligt med fusionsparternes investeringskriterier. Det må i øvrigt konstateres, at sagsøgeren ikke har fremlagt det mindste bevis, der kan underbygge en sådan indvending.
- 167 Det følger af det ovenfor anførte, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen begik en åbenbar fejl, da den i den anfægtede afgørelse konkluderede, at tredjeparterne ikke havde ret i deres indvendinger om en stiltiende hemmelig aftale mellem fusionsparterne.

b) De åbenbart urigtige skøn for så vidt angår transaktionens konkurrencemæssige virkninger på MDU-markedet

- 168 Sagsøgeren har anført, at eftersom fusionsparterne var reelle eller potentielle konkurrenter før fusionen, anlagde Kommissionen et åbenbart urigtigt skøn ved at konkludere, at transaktionen ikke ville medføre nogen fusionsspecifik ændring. I denne sammenhæng ville transaktionen tværtimod resultere i en forøgelse af Vodafores markedsstyrke, som var forbundet med fusionen, og en fjernelse af konkurrencepresset mellem fusionsparterne. Sagsøgeren har i øvrigt gjort gældende, at fusionen ville føre til en yderligere svækkelse af det konkurrencepres, der blev udøvet af den fusionerede enheds resterende konkurrenter.

1) Forøgelsen af den fusionerede enheds markedsstyrke og fjernelsen af konkurrencepresset mellem parterne

- 169 Sagsøgeren har gjort gældende, at efter fusionen ville en enkelt virksomhed, nemlig den fusionerede enhed, bestemme forretningsstrategien og prispolitikken på hele det tyske område, hvilket udgør en fusionsspecifik ændring af konkurrencevilkårene på MDU-markedet, eftersom begge parter før transaktionen traf deres egne strategiske beslutninger uden at vide med sikkerhed, hvilken adfærd den anden part ville udvise. Sagsøgeren har tilføjet, at dette konkurrencepres mellem parterne ville forsvinde helt, når transaktionen var gennemført. Sagsøgeren har gjort gældende, at en sådan ændring af konkurrenceforholdene på markedet er tilstrækkelig til at konstatere, at der foreligger en betydelig konkurrencehindring, og at Kommissionen desuden begik en retlig fejl, da den fastslog, at denne fejl ikke var en direkte og umiddelbar følge af transaktionen.
- 170 Kommissionen har, støttet af Vodafone, bestridt sagsøgerens argumenter.

- 171 Det skal i denne forbindelse fremhæves, at sagsøgerens argument om, at transaktionen ville resultere i en forøgelse af Vodafones markedsstyrke, som var forbundet med fusionen, og en fjernelse af konkurrencepresset mellem fusionsparterne, er støttet på en forudsætning om, at fusionsparterne før transaktionen var reelle eller i hvert fald potentielle konkurrenter, eller at de nævnte parter under alle omstændigheder var underlagt en stiltiende hemmelig aftale.
- 172 Som det fremgår af ovenstående undersøgelse af det første anbringendes andet led, har sagsøgeren imidlertid ikke godtgjort, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den antog, at fusionsparterne ikke var reelle eller potentielle konkurrenter på MDU-markedet. Sagsøgerens argumenter om en angivelig stiltiende hemmelig aftale mellem fusionsparterne forud for fusionen er i øvrigt blevet forkastet af de grunde, der er anført i præmis 157-167 ovenfor.
- 173 Det følger heraf, at sagsøgerens argument er baseret på en fejlagtig forudsætning og derfor ikke kan tages til følge.

2) Svækkelsen af konkurrencepresset fra de resterende konkurrenter

- 174 Sagsøgeren har gjort gældende, at transaktionen ligeledes ville svække det konkurrencepres, som fusionsparternes resterende konkurrenter på MDU-markedet udøvede, hvilket var tilstrækkeligt til at konstatere, at der forelå en betydelig konkurrencehindring.
- 175 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at det efter transaktionen ville være Vodafone og ikke længere Unitymedia, der bl.a. i sidstnævntes kabelområde bestemte den fusionerede enheds forretningsstrategi, herunder prissætningspolitikken, over for Tele Columbus, dvs. parternes mest magtfulde konkurrent, og over for andre operatører af niveau 4-nettet for så vidt angår mellemliggende transmission af TV-signaler. Efter transaktionen ville disse operatører derfor, også i Unitymedias kabelområde, være afhængige af Vodafone, der ifølge sagsøgeren havde ry for at ville skade sine mindre konkurrenter med økonomisk uholdbare vilkår, selv om dette ikke var tilfældet før transaktionen.
- 176 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at andre konkurrenter (såsom sagsøgeren selv og mindre lokale aktører) allerede før transaktionen var ude af stand til at udøve et væsentligt konkurrencepres på Unitymedia og Vodafone, bl.a. på grund af »Nebenkostenprivileg« (privilegium med hensyn til øvrige lejeomkostninger), som begunstigede kabelnetoperatører, eftersom denne mekanisme gjorde det muligt for boligselskaber at fakturere deres lejere direkte for udgifter til distribution af kabel-TV som ekstraomkostninger, hvilket mindskede deres incitament til at skifte udbyder.
- 177 Sagsøgeren har for det tredje anført, at den fusionerede enheds øgede markedsstyrke i forhold til TV-selskaberne betyder, at denne enhed ville have evnen og incitamentet til yderligere at svække sine resterende TV-infrastrukturkonkurrenter på MDU-markedet ved at fortrænge dem (i hvert fald delvist) eller ved at forringe deres vilkår for adgang til TV-kanaler eller audiovisuelt indhold eller til disse kanalers funktioner eller konkurrencemæssigt relevant audiovisuelt indhold. Kommissionen tog imidlertid ikke hensyn til disse muligheder for »delvis afskærmning« og til deres følgevirkninger for konkurrencesituationen på MDU-markedet.
- 178 Kommissionen har, støttet af Vodafone, bestridt sagsøgerens argumenter.
- 179 Det er i denne forbindelse korrekt, at en situation, hvor konkurrencepresset fra konkurrenterne mindskes betydeligt som følge af en fusion, kan medføre en betydelig konkurrencehindring.

- 180 I det foreliggende tilfælde skal det imidlertid bemærkes, at sagsøgeren udtrykkeligt har anført, at de andre konkurrenter på MDU-markedet såsom sagsøgeren selv og mindre lokale aktører allerede før transaktionen var ude af stand til at udøve et væsentligt konkurrencepres på Unitymedia og Vodafone, bl.a. på grund af »Nebenkostenprivileg« (privilegium med hensyn til øvrige lejeomkostninger), som ifølge sagsøgeren udgjorde en betydelig hindring for adgang til og ekspansion på dette marked.
- 181 Som sagsøgeren selv har erkendt, udøvede de andre konkurrenter derfor ikke noget konkurrencepres på fusionsparterne før fusionen. Det er således usandsynligt, at denne transaktion kunne føre til et langt mindre konkurrencepres fra disse andre konkurrenter og dermed resultere i en betydelig konkurrencehindring. Det følger heraf, at klagepunktet om, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn for så vidt angår transaktionens konkurrencemæssige virkninger på MDU-markedet, eftersom den ikke tog hensyn til, at fusionen ville føre til en yderligere svækkelse af det konkurrencepres, der blev udøvet af den fusionerede enheds resterende konkurrenter, skal forkastes.
- 182 Det er desuden vanskeligt at adskille sagsøgerens argumenter fra dem, som sagsøgeren har påberåbt sig i forbindelse med sit tredje anbringende. Det må nemlig konstateres, at sagsøgeren til støtte for, at der er ville ske en ændring af den fusionerede enheds incitamenter med hensyn til prissætning og afskærmning over for Tele Columbus og andre operatører, har påberåbt sig vertikale ikke-koordinerede virkninger, som består i at fortrænge detailudbydere af TV-transmissionstjenester til MDU-kunder i Tyskland. Disse virkninger undersøgte Kommissionen imidlertid i 1467.-1506. betragtning til den anfægtede afgørelse, som sagsøgeren har anfægtet med sit tredje anbringende, der efterprøves nedenfor.
- 183 Det skal endvidere fremhæves, at Kommissionen i 1006. betragtning ff. til den anfægtede afgørelse i en del af denne afgørelse, der vedrører transaktionens eventuelle horisontale ikke-koordinerede virkninger på engrosmarkedet for transmission af TV-signaler i Tyskland, behandlede spørgsmålet om den fusionerede enheds øgede markedsstyrke på det pågældende engrosmarked og dennes virkninger for TV-selskaber og udbydere af detail-TV-tjenester. Sagsøgeren har anfægtet disse vurderinger med sit fjerde anbringende, der vil blive behandlet nedenfor.
- 184 Det følger af det ovenfor anførte, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, for så vidt som den undlod at konstatere, at konkurrencen fra andre konkurrenter ville blive svækket som følge af denne transaktion, der medførte en betydelig konkurrencehindring.

3. Det første led om en retlig fejl og en tilsidesættelse af artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004

- 185 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen tilsidesatte artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004, eftersom den ikke fastslog, at skabelsen af Vodafores dominerende stilling på MDU-markedet udgjorde en fusionsspecifik strukturel ændring af markedsforholdene, der medførte en betydelig konkurrencehindring.
- 186 Sagsøgeren har for det første påpeget, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse konkluderede, at begge fusionsparter indtog en dominerende stilling på MDU-markedet i deres respektive kabelområder. Sagsøgeren har heraf udledt, at det ikke kunne undgås, at kombinationen af disse to områder, der tilsammen dækkede hele Tyskland, ville give den fusionerede enhed en dominerende stilling på nationalt plan, som ingen af de enkelte fusionsparter havde før transaktionen, hvilket

ville udgøre en meget væsentlig strukturel ændring af markedsforholdene, som var specifik for fusionen, og som ville medføre en betydelig konkurrencehindring. Ifølge sagsøgeren antog Kommissionen fejlagtigt, at en sådan ændring ikke var fusionsspecifik, eftersom parterne allerede havde en dominerende stilling i deres respektive kabelområder inden transaktionen.

- 187 Som svar på et spørgsmål, som Retten stillede til skriftlig besvarelse ved processkrift af 16. maj 2023, har sagsøgeren i denne forbindelse præciseret, at skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling efter dennes opfattelse i sig selv er et klassisk eksempel på en betydelig konkurrencehindring, og at den eventuelle skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling derfor er tilstrækkelig til at fastslå, at der foreligger en betydelig konkurrencehindring. I det foreliggende tilfælde undersøgte Kommissionen derfor fejlagtigt, om fusionen ville medføre dels en fusionsspecifik begrænsning af konkurrencen mellem parterne, dels fusionsspecifikke virkninger for konkurrenterne, selv om den burde have begrænset sig til at konstatere, at denne transaktion ville skabe en dominerende stilling på landsplan som følge af fusionen mellem to aktører, der havde en dominerende stilling på regionalt plan. Skabelsen af en sådan dominerende stilling på landsplan ville faktisk være specifik for fusionen og udgøre en betydelig konkurrencehindring, hvilket Kommissionen burde have anført.
- 188 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at hvis fusionsparterne skulle anses for at være kollektivt dominerende på MDU-markedet før fusionen, ville overgangen fra en kollektiv dominerende stilling til en individuel dominerende stilling ligeledes udgøre en væsentlig strukturel ændring af konkurrenceforholdene på dette marked, for så vidt som den ville gøre det helt umuligt at gribe ind i den hemmelige samordning, der kendetegner en kollektiv dominerende stilling, og dermed at forbedre konkurrencesituationen på markedet.
- 189 Sagsøgeren har for det tredje anført, at Kommissionen begik en retlig fejl, da den fastslog, at det for at kunne konstatere, at der foreligger en betydelig konkurrencehindring, er nødvendigt at fastslå, at det »betydelige konkurrencepres«, som fusionsparterne udøvede på hinanden før transaktionen, er blevet fjernet. Det fremgår ifølge sagsøgeren af 25. betragtning til forordning nr. 139/2004, at fjernelsen af et »betydeligt konkurrencepres« mellem fusionsparterne alene vedrører fusioner på oligopolistiske markeder og kun kræves for at konstatere, at der foreligger en betydelig konkurrencehindring, baseret på ikke-koordinerede virkninger i situationer, der ikke indebærer skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling.
- 190 Kommissionen har, støttet af Vodafone, bestridt sagsøgerens argumenter.
- 191 I denne forbindelse skal det for det første påpeges, at i henhold til artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004 skal kun fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, erklæres uforenelige med det indre marked. Det følger af disse bestemmelsers ordlyd, at det vigtigste kriterium ved undersøgelsen af, om en fusion er forenelig med det indre marked, er skabelsen af en betydelig konkurrencehindring inden for dette marked. Anvendelsen af adverbiet »navnlig« indikerer, at skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling er et af de tilfælde, hvor det er muligt at konstatere en sådan hindring.
- 192 Retten har endvidere allerede fastslået, at den omstændighed, at en fusion har konkurrencebegrænsende virkninger, ikke i sig selv er tilstrækkelig til, at fusionen kan anses for at være uforenelig med det indre marked, når den ikke hæmmer den effektive konkurrence

betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf (jf. i denne retning og analogt dom af 20.10.2021, Polskie Linie Lotnicze »LOT« mod Kommissionen, T-296/18, EU:T:2021:724, præmis 107).

- 193 Den omstændighed, at en fusion skaber eller styrker en dominerende stilling, er som følge heraf ikke i sig selv tilstrækkelig til at fusionen kan anses for at være uforenelig med det indre marked, når den ikke hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, og sagsøgerens argument om, at skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling er tilstrækkelig til at konkludere, at der foreligger en betydelig konkurrencehindring, kan derfor ikke tiltrædes.
- 194 Det skal dernæst fremhæves, at formålet med forordning nr. 139/2004 er at indføre en effektiv kontrol med alle fusioner, der hæmmer den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, herunder fusioner, der giver anledning til ikke-koordinerede virkninger (dom af 13.7.2023, Kommissionen mod CK Telecoms UK Investments, C-376/20 P, EU:C:2023:561, præmis 109 og 113).
- 195 Det skal desuden bemærkes, at Kommissionen på området for fusionskontrol er forpligtet til at foretage en fremtidsanalyse, som består i at vurdere, på hvilken måde en fusion kan ændre de faktorer, der bestemmer konkurrenceforholdene på et givent marked, med henblik på at afgøre, om fusionen vil medføre en væsentlig hindring for en effektiv konkurrence (dom af 15.2.2005, Kommissionen mod Tetra Laval, C-12/03 P, EU:C:2005:87, præmis 43; jf. i denne retning ligeledes dom af 10.7.2008, Bertelsmann og Sony Corporation of America mod Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392, præmis 47).
- 196 Det kan følgelig ikke foreholdes Kommissionen, at den i det foreliggende tilfælde foretog en fremtidsanalyse, der bl.a. vedrørte fusionens horisontale ikke-koordinerede virkninger på MDU-markedet. Eftersom Kommissionen, som det fremgår af ovenstående undersøgelse af det første anbringendes andet led, i forbindelse med denne analyse uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn kunne fastslå, at fusionen ikke ville fjerne et konkurrencepres mellem parterne og ikke ville føre til en yderligere svækkelse af det konkurrencepres, som de resterende konkurrenter udøvede, kunne den med rette konkludere, at der ikke forelå en betydelig konkurrencehindring. Kommissionen var således ikke forpligtet til også at undersøge, om denne transaktion ville skabe eller styrke en dominerende stilling, bl.a. på grund af fusionsparternes kombinerede kabelnets nationale dækningsområde efter fusionen.
- 197 Det kan i øvrigt ikke abstrakt set antages, at det område, som fusionsparternes kabelnet dækker, kan være en faktor, der bestemmer konkurrenceforholdene på MDU-markedet som omhandlet i den retspraksis, der er nævnt i præmis 195 ovenfor, hvis ændring vil medføre en betydelig konkurrencehindring. Den blotte geografiske udvidelse af den fusionerede enheds kabelnet vil derfor ikke nødvendigvis føre til en ændring af en faktor, der bestemmer konkurrenceforholdene på MDU-markedet, og dermed til en betydelig konkurrencehindring, uanset om denne udvidelse er fusionsspecifik eller ej.
- 198 For det andet fremgår det af præmis 163-166 ovenfor dels, at Kommissionen ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den i den anfægtede afgørelse anførte, at intet tydede på, at fusionsparterne forud for fusionen befandt sig i en kollektiv dominerende stilling på MDU-markedet som følge af en stiltiende hemmelig aftale mellem dem, dels at de argumenter, som sagsøgeren fremførte i denne forbindelse, ikke kunne godtgøre det modsatte.

- 199 For det tredje kan sagsøgerens argument om, at Kommissionen begik en retlig fejl, da den fastslog, at det konkurrencepres, der blev fjernet ved en fusion, skulle være tilstrækkelig »væsentligt« til at kunne medføre en betydelig konkurrencehindring, ikke tiltrædes.
- 200 Det fremgår nemlig af undersøgelsen af det første anbringendes andet led, at der i det foreliggende tilfælde ikke var noget konkurrencepres mellem fusionsparterne på MDU-markedet forud for fusionen. Selv om Kommissionen burde have konkluderet, at det kun var fjernelsen af et »væsentligt« konkurrencepres, der eventuelt kunne resultere i en betydelig konkurrencehindring, ville dette som følge heraf ikke have påvirket den anfægtede afgørelses lovlighed.
- 201 Det følger af det ovenfor anførte, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen begik en retlig fejl eller tilsidesatte artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004, hvilket bevirker, at det første anbringendes første led skal forkastes.
- 202 Det følger af det ovenfor anførte, at det første anbringende skal forkastes.

C. Det andet anbringende om et åbenbart urigtigt skøn for så vidt angår konkurrenceforholdet mellem fusionsparterne på SDU-markedet

- 203 Til støtte for det andet anbringende har sagsøgeren anført, at den analyse, som Kommissionen i den anfægtede afgørelse foretog af fusionens horisontale ikke-koordinerede virkninger på SDU-markedet, er behæftet med en retlig fejl og åbenbart urigtige skøn.

1. Indledende betragtninger

- 204 I den anfægtede afgørelses afsnit VIII.C.2.5 undersøgte Kommissionen transaktionens horisontale ikke-koordinerede virkninger på SDU-markedet. Kommissionen anførte som nævnt i præmis 19 ovenfor, at den geografiske afgrænsning af dette marked kunne lades ude af betragtning.
- 205 Efter at have beskrevet visse forhold, der kendetegner SDU-markedet, i 843.-848. betragtning til den anfægtede afgørelse undersøgte Kommissionen i 849.-859. betragtning til den nævnte afgørelse fusionsparternes markedsandele både på nationalt plan og i forhold til deres respektive kabelområder samt koncentrationsniveauerne på SDU-markedet, hvorefter den i 860.-862. betragtning til samme afgørelse konkluderede, at selv om dette marked var meget koncentreret, ville transaktionen ikke medføre nogen fusionsspecifik ændring (merger-specific change), eftersom der var meget begrænset konkurrence mellem parterne på dette marked, og deres aktiviteter ikke overlappede hinanden i nævneværdig grad.
- 206 I 863.-885. betragtning til den anfægtede afgørelse undersøgte Kommissionen dernæst, hvilket konkurrencepres fra parterne der ville forsvinde som følge af transaktionen, og hvordan det sandsynligvis ville have udviklet sig uden transaktionen.
- 207 Hvad angår Vodafone mindede Kommissionen om, at den med hensyn til detailudbud af transmission af TV-signaler til MDU-kunder havde konkluderet, at beviserne i sagen ikke understøttede tredjeparters indvendinger om tab af potentiel konkurrence fra dette selskabs side. Kommissionen fremhævede, at beviserne i sagen tydede på, at Vodafones IPTV- og OTT-produkter havde en meget beskeden position på SDU-markedet. Den udledte heraf, at

Vodafone ikke var en betydningsfuld aktør i Unitymedias kabelområde, og at hverken Vodafones IPTV-udbud eller dets nye OTT-plattform repræsenterede et konkurrencepres over for Unitymedia (jf. 865.-880. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 208 Hvad angår Unitymedia fremhævede Kommissionen, at uanset hvordan markedet blev afgrænset, afhang selskabets markedsandel alene af dets tilstedeværelse i dets kabelområde. Kommissionen bemærkede i øvrigt, at den med hensyn til detailudbuddet af transmission af TV-signaler til MDU-kunder havde konkluderet, at beviserne i sagen ikke understøttede tredjeparters indvendinger om et tab af potentiel konkurrence fra Unitymedia (jf. 881.-885. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 209 I 886.-896. betragtning til den anfægtede afgørelse analyserede Kommissionen det konkurrencepres, som parterne udøvede på hinanden, og konkluderede, at parterne hverken var reelle direkte konkurrenter (jf. 887.-891. betragtning) eller reelle indirekte konkurrenter (jf. 892.-896. betragtning).
- 210 Med hensyn til den direkte konkurrence anførte Kommissionen, at fusionsparternes detailudbud af transmission af TV-signaler til SDU-kunder næsten udelukkende var begrænset til deres respektive kabelområder, der ikke overlappede hinanden. Selv om Kommissionen konstaterede, at der var en mindre overlapning fra Vodafones IPTV- og OTT-produkter i Unitymedias kabelområde, fastslog den ikke desto mindre, at transaktionen ikke ville fjerne en væsentlig direkte konkurrence mellem fusionsparterne. Kommissionen drog denne konklusion under hensyntagen til for det første, at Vodafones markedsandel i dette område var begrænset, for det andet, at de nævnte parter ikke var nære konkurrenter, eftersom de anvendte forskellige transmissionsteknologier, og for det tredje, at Vodafones IPTV- og OTT-produkter ikke var unikke og derfor let kunne erstattes af andre produkter.
- 211 Med hensyn til den indirekte konkurrence forklarede Kommissionen, at de interne dokumenter vedrørende markedet for fastnetadgang, som den havde fundet frem til, og hvoraf det fulgte, at parterne benchmarkede hinanden, ligeledes i et vist omfang vedrørte SDU-markedet. Efter at have modtaget parternes forklaringer fastslog Kommissionen imidlertid, at disse dokumenter ikke godtgjorde, at den udførte benchmarking havde været andet end simpel kommerciel benchmarking med henblik på overvågning og eventuel efterligning af bedste praksis inden for industrien. Kommissionen fremhævede dernæst, at en analyse af detailpriserne ikke havde vist, at Vodafone og Unitymedia pressede hinanden indirekte ved brug af en sekventiel prissætningsmekanisme, hvor den ene virksomheds prisændringer forplantede sig til den andens kabelområde, efter at de konkurrenter, der var aktive på nationalt plan, havde justeret deres priser.
- 212 I 897.-903. betragtning til den anfægtede afgørelse undersøgte Kommissionen endelig det konkurrencepres, der blev udøvet af de resterende konkurrenter på SDU-markedet, nærmere bestemt sagsøgeren, Tele Columbus, operatører i byerne (city carriers) såsom NetCologne og udbydere af satellittjenester, og fastslog, at disse mange konkurrenter stadig ville være aktive på dette marked efter fusionen. Kommissionen konstaterede ligeledes, at det fremgik af beviserne i sagen, at de etablerede konkurrenter på dette marked stod over for et stigende konkurrencepres fra nye operatører og fra en lang række udbydere af OTT-TV-tjenester, og fastslog, at transaktionen ikke ville svække konkurrencen fra konkurrenterne.
- 213 Kommissionen konkluderede følgelig, at denne transaktion ikke ville medføre en betydelig konkurrencehindring på SDU-markedet som følge af horisontale ikke-koordinerede virkninger (jf. 907. betragtning til den anfægtede afgørelse).

214 I det foreliggende tilfælde kan sagsøgerens argumentation til støtte for det andet anbringende om den undersøgelse, som Kommissionen i den anfægtede afgørelse foretog af fusionens horisontale ikke-koordinerede virkninger på SDU-markedet, opdeles i tre led, hvoraf det første vedrører en retlig fejl og et åbenbart urigtigt skøn, eftersom Kommissionen ikke fastslog, at transaktionen ville skabe en dominerende stilling, der medførte en betydelig konkurrencehindring, det andet vedrører et åbenbart urigtigt skøn, for så vidt som Kommissionen i den anfægtede afgørelse ikke konkluderede, at transaktionen ville fjerne den reelle og potentielle konkurrence mellem fusionsparterne, og det tredje vedrører et åbenbart urigtigt skøn, eftersom Kommissionen ikke vurderede, at transaktionen ville svække de resterende konkurrenter.

2. Det første led om en retlig fejl og et åbenbart urigtigt skøn, eftersom Kommissionen ikke fastslog, at transaktionen ville skabe en dominerende stilling, der medførte en betydelig konkurrencehindring

215 Sagsøgeren har anført, at hvis det relevante marked forstås således, at det kun omfatter kabel-TV og IPTV, resulterer transaktionen i meget store samlede markedsandele både på nationalt plan og i Unitymedias kabelområde, hvilket tyder på, at der foreligger en dominerende stilling. I betragtning af den fusionerede enheds meget stærke position kan fjernelsen af en mindre overlappning i sig selv resultere i en betydelig konkurrencehindring.

216 Kommissionen har bestridt sagsøgerens argumenter.

217 Det skal herved bemærkes, at en fusion, der skaber eller styrker en dominerende stilling, ikke automatisk medfører en betydelig konkurrencehindring som omhandlet i artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004.

218 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren imidlertid for det første ikke godtgjort, hvordan fusionen, såfremt den skulle føre til skabelse af en dominerende stilling på det nationale SDU-marked eller til styrkelse af en dominerende stilling på det SDU-marked, der alene bestod af Unitymedias kabelområde, ville medføre en betydelig konkurrencehindring.

219 For det andet har sagsøgeren udelukkende henvist til »meget store samlede markedsandele« og har heraf udledt, at »disse kombinerede markedsandele som sådan indikerer, at den fusionerede enhed har en dominerende stilling« på SDU-markedet. Disse markedsandele er imidlertid ikke som anført af sagsøgeren tilstrækkelige til at godtgøre, at den fusionerede enhed ville få en dominerende stilling efter denne transaktion.

220 Det skal herved indledningsvis bemærkes, at det fremgår af tabel 20, der findes i 850. betragtning til den anfægtede afgørelse, og hvis indhold sagsøgeren ikke har bestridt, at fusionsparterne på det nationale SDU-marked, der omfatter kabel-TV, IPTV, satellit-TV og jordbaseret TV (DVB-T), hver især havde en markedsandel på [10-20]% før transaktionen, og at de tilsammen ville få en samlet markedsandel på [20-30]% efter transaktionen, og at disse parter på det nationale SDU-marked, der kun omfatter kabel-TV og IPTV, hver især havde en markedsandel på [20-30]% før transaktionen, og at deres samlede markedsandel ville være på [40-50]% efter transaktionen. Sådanne markedsandele kan imidlertid ikke i sig selv bevirke, at fusionen skaber eller styrker en dominerende stilling.

221 Det skal desuden ligeledes bemærkes, at Kommissionen konstaterede, at den fusionerede enhed ville stå over for betydelig konkurrence, bl.a. fra sagsøgeren og Tele Columbus, der begge havde store markedsandele på SDU-markedet, hvad enten dette var af nationalt omfang eller begrænset

til Unitymedias kabelområde, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt, og at denne enhed derfor ikke ville have mulighed for at optræde med den uafhængighed, der kendetegner en dominerende stilling, på dette marked, da dens SDU-kunder ellers ville skifte til disse to konkurrenter, til operatører i byerne eller endog til udbydere af satellittjenester.

- 222 Eftersom Kommissionen ikke begik nogen fejl med hensyn til den manglende skabelse af en dominerende stilling på SDU-markedet efter transaktionen, har sagsøgeren støttet sig på en urigtig antagelse for at godtgøre, at der ville foreligge en betydelig konkurrencehindring (jf. præmis 215 ovenfor).
- 223 Det følger af det ovenfor anførte, at det andet anbringendes første led er tilstrækkelig forståeligt, og at det derfor i modsætning til det af Kommissionen anførte kan antages til realitetsbehandling, men at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen begik en retlig fejl eller anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved ikke at konkludere, at transaktionen ville skabe en dominerende stilling, der medførte en betydelig konkurrencehindring på SDU-markedet, hvilket bevirker, at dette led er ugrundet.

3. Det andet led om et åbenbart urigtigt skøn, for så vidt som Kommissionen ikke konkluderede, at transaktionen ville fjerne den reelle og potentielle konkurrence mellem fusionsparterne

- 224 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionens holdning om, at transaktionen ikke ville mindske den reelle (direkte eller indirekte) eller potentielle konkurrence mellem fusionsparterne på SDU-markedet, af de grunde, der er anført vedrørende MDU-markedet, er behæftet med retlige fejl og åbenbart urigtige skøn.
- 225 For det første har sagsøgeren navnlig anfægtet Kommissionens bemærkning om, at fusionsparternes benchmarking ikke beviste, at der forelå et indirekte konkurrenceforhold, og blot bestod i »simpel kommerciel benchmarking med henblik på overvågning og eventuel efterligning af bedste praksis inden for sektoren«. Kommissionen undlod efter sagsøgerens opfattelse at vurdere, hvorfor »simpel kommerciel benchmarking« ikke var tilstrækkelig til at udgøre en relevant reel konkurrence mellem fusionsparterne før fusionen, især hvis det antages, at der forekom direkte konkurrence (i hvert fald i begrænset omfang) mellem dem på SDU-markedet.
- 226 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at Kommissionen hverken forklarede, hvorfor et indirekte konkurrencepres mellem fusionsparterne, der skyldtes transmission af prisændringer via nationale aktører såsom Tele Columbus eller sagsøgeren, skulle kræve en »sekventiel prissætningsmekanisme«, eller hvorfor denne mekanisme skulle kræve, at Vodafone eller Unitymedia konsekvent iværksætter »ændringer af prislelementer« »tilstrækkelig tæt på hinanden i tid og i samme rækkefølge«. Det forhold alene, at Tele Columbus og sagsøgeren anvender en ensartet national prispolitik, og at de konkurrerer med begge fusionsparter i deres respektive kabelområder, er ifølge sagsøgeren tilstrækkeligt til at skabe en indirekte konkurrence mellem fusionsparterne.
- 227 Sagsøgeren har for det tredje anfægtet Kommissionens bemærkning i 890. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvorefter Vodafone og Unitymedia ikke er nære konkurrenter, eftersom de anvender forskellige teknologier. Ifølge sagsøgeren er denne bemærkning nemlig i strid med Kommissionens vurdering af Vodafones stilling på markedet for fastnetadgang, hvorefter den fastslog, at der forelå en betydelig konkurrencehindring, bl.a. på grund af fjernelsen af et stort

konkurrencepres mellem parterne, selv om de anvendte de pågældende forskellige teknologier, nemlig kabel for Unitymedias vedkommende og DSL-teknologi for Vodafones vedkommende. Sagsøgeren har tilføjet, at Vodafone havde 800 000 DSL-bredbåndskunder i Unitymedias kabelområde, og at alle disse DSL-abonnenter kunne have fået del i Vodafones IPTV-udbud på kort sigt og uden større investeringer. Sagsøgeren har heraf udledt, at Vodafone i det mindste havde mulighed for at opnå en hurtig og væsentlig forøgelse af sin IPTV-kundekreds i Unitymedias kabelområde.

- 228 Kommissionen har, støttet af Vodafone, bestridt sagsøgerens argumenter.
- 229 Det skal herved påpeges, at de argumenter om retlige fejl og åbenbart urigtige skøn, som sagsøgeren har fremført i forbindelse med sit første anbringende vedrørende MDU-markedet, er blevet forkastet (jf. præmis 72-90 ovenfor med hensyn til den direkte konkurrence, præmis 91-116 ovenfor med hensyn til den indirekte konkurrence og præmis 117-156 ovenfor med hensyn til den potentielle konkurrence). Sagsøgeren kan derfor ikke med rette henvise til disse argumenter til støtte for det andet anbringendes andet led.
- 230 Med hensyn til de specifikke argumenter, som sagsøgeren har fremført i forbindelse med det andet anbringendes andet led, skal der fremsættes følgende bemærkninger.
- 231 Hvad for det første angår den omstændighed, at fusionsparterne overvågede hinandens aktiviteter og sammenlignede deres produktudbud, skal det bemærkes, at Kommissionen forklarede, at disse eksempler på benchmarking blot havde bestået i »simpel kommerciel benchmarking med henblik på overvågning og eventuel efterligning af bedste praksis inden for sektoren«, og at en sådan sammenligning, der gik ud på at analysere markedsresultaterne eller bedste praksis i sektoren, bl.a. i andre medlemsstater eller i tredjelande, ikke i sig selv kunne medføre noget som helst konkurrencepres mellem to virksomheder, hvis forsvinden på grund af en fusion kunne medføre en betydelig konkurrencehindring. Som Kommissionen med rette har anført, er det, hvis en europæisk kabeloperatør overvåger eller ligefrem efterligner bedste praksis hos en meget succesfuld kabeludbyder i De Forenede Stater, ikke ensbetydende med, at disse to operatører befinder sig i en situation, hvor der er reel, om end indirekte, konkurrence.
- 232 Kommissionen har desuden som svar på et spørgsmål fra Retten anført, at der i det foreliggende tilfælde ikke var noget bevis for, at disse sammenlignende analyser skulle tjene som rettesnor for de forretningsmæssige beslutninger, der blev truffet af den part, som havde udført dem som reaktion på den anden parts forretningsadfærd, eller at de faktisk havde udløst en reaktion fra en af parterne med hensyn til dennes forretningsstrategi. Det fremgår i øvrigt af 894. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvis indhold sagsøgeren ikke har bestridt, at de pågældende dokumenter stammede fra personale med ansvar for PR (public relations), kommunikation og investorforbindelser, som ikke har nogen indflydelse på parternes forretningsstrategi.
- 233 Det første klagepunkt, som sagsøgeren har fremsat til støtte for det andet anbringendes andet led, skal som følge heraf forkastes.
- 234 Hvad for det andet angår sagsøgerens argumenter vedrørende den sekventielle prissætningsmekanisme kan det ikke foreholdes Kommissionen, at den undersøgte, om fusionsparterne i det foreliggende tilfælde fastsatte deres priser på en måde, som kunne have vist, at der bestod et indirekte konkurrenceforhold mellem dem.

- 235 Som det fremgår af undersøgelsen af det andet anbringendes første led, var Kommissionen nemlig ikke i besiddelse af tilstrækkelige beviser, der godtgjorde, at fusionsparterne overvågede og sammenlignede hinandens udbud i et sådant omfang, at denne sammenligning påvirkede deres forretningsstrategi. Under disse omstændigheder gjorde undersøgelsen af en transmissionsmekanisme i form af sekventiel prisfastsættelse det muligt at efterprøve, om der alligevel var en forbindelse mellem parternes prispolitik og dermed et indirekte konkurrencepres mellem dem.
- 236 Sagsøgeren har i denne forbindelse ikke underbygget sit argument om, at det allerede fulgte af den omstændighed, at Tele Columbus og sagsøgeren selv anvendte en ensartet national prispolitik og konkurrerede med begge fusionsparter i deres kabelområder, at der forelå et indirekte konkurrencepres mellem fusionsparterne. Hvis dette var tilfældet, ville en fusionsparts ændring af sine priser desuden via Tele Columbus' eller sagsøgerens reaktion på denne ændring udløse en ændring af den anden parts priser. Som det fremgår af 896. betragtning til den anfægtede afgørelse, var dette imidlertid netop, hvad Kommissionen søgte efter og ikke fandt, da den undersøgte, om der forelå en sekventiel prissætningsmekanisme.
- 237 Det andet klagepunkt, som sagsøgeren har fremsat til støtte for det andet anbringendes andet led, skal som følge heraf forkastes.
- 238 Hvad for det tredje angår Kommissionens bemærkning i 890. betragtning til den anfægtede afgørelse, som sagsøgeren har bestridt, og hvorefter Vodafone og Unitymedia ikke var nære konkurrenter, eftersom de anvendte forskellige teknologier, skal det indledningsvis fastslås, at der ikke er nogen modstrid mellem denne bemærkning og Kommissionens vurdering af Vodafones stilling på markedet for fastnetadgang.
- 239 En sammenlignende analyse af den anfægtede afgørelses begrundelse vedrørende markedet for fastnetadgang og den nævnte afgørelses begrundelse vedrørende SDU-markedet viser nemlig, at Vodafones situation var anderledes på disse markeder.
- 240 For så vidt angår markedet for fastnetadgang fremgår det af 413. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Vodafone besad en ikke ubetydelig andel på [5-10]% i Unitymedias kabelområde. Det fremgår i øvrigt af 417. betragtning til den nævnte afgørelse, at Kommissionen konstaterede, at Vodafones kundekreds i dette område var voksende. Hvad endelig angår udbuddet af fastnetadgang ved hjælp af DSL-teknologi i Unitymedias kabelområde anførte Kommissionen i 454. betragtning til den anfægtede afgørelse, at Vodafone på grund af sine enestående egenskaber og nærmere bestemt besiddelsen af specifikke aktiver havde været i stand til at operere på en mere konkurrencedygtig måde end andre adgangsudbydere, der opererede på grundlag af engrosadgang. Det følger heraf, at Kommissionen var i besiddelse af en række beviser, der godtgjorde Vodafones betydningsfulde stilling på markedet for fastnetadgang i Unitymedias kabelområde.
- 241 Til sammenligning fremgår det med hensyn til SDU-markedet af tabel 21, der findes i 853. betragtning til den anfægtede afgørelse, at overlapningen mellem Vodafones og Unitymedias aktiviteter i sidstnævntes kabelområde var ubetydelig, eftersom Vodafones markedsandel var næsten ikke-eksisterende (uanset om dette marked var begrænset til kabel-TV og IPTV eller også omfattede satellit-TV og jordbaseret og TV), hvilket Kommissionen har præciseret under sagen for Retten. Det fremgår i øvrigt af første punktum i 873. betragtning til den anfægtede afgørelse,

som Kommissionen har gjort tilgængelig i overensstemmelse med kendelsen af 30. marts 2023, at Kommissionen bemærkede, at Vodafone havde fået færre IPTV-abonnenter i Unitymedias kabelområde i løbet af de to år, der gik forud for transaktionen.

- 242 Det følger heraf, at Vodafones stilling på disse to markeder var forskellig, hvilket indebar, at Kommissionen uden at modsige sig selv kunne anlægge en anden vurdering med hensyn til SDU-markedet end den, der vedrørte markedet for fastnetadgang, og konkludere, at der forelå en betydelig konkurrencehindring på det sidstnævnte marked, bl.a. på grund af fjernelsen af et stort konkurrencepres mellem parterne, selv om de anvendte de pågældende forskellige teknologier.
- 243 Hvad endelig angår sagsøgerens argument om, at Vodafone kunne have konverteret sine DSL-bredbåndskunder i Unitymedias kabelområde til IPTV-kunder, fremgår det af første punktum i 874. betragtning til den anfægtede afgørelse, som Kommissionen har gjort tilgængelig i overensstemmelse med kendelsen af 30. marts 2023, at Vodafone indstillede salget af sit IPTV-produkt, der var baseret på DSL-teknologi, til nye kunder i marts 2019, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt. Kommissionen anlagde derfor ikke noget åbenbart urigtigt skøn, da den i forbindelse med sin undersøgelse af, om Vodafone udøvede potentiel konkurrence i Unitymedias kabelområde på SDU-markedet, undlod at tage hensyn til den af sagsøgeren påberåbte mulighed for, at Vodafone konverterede disse DSL-kunder til SDU-kunder.
- 244 Det tredje klagepunkt, som sagsøgeren har fremsat til støtte for det andet anbringendes andet led, skal som følge heraf forkastes.
- 245 Det følger af det ovenfor anførte, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved ikke at konkludere, at transaktionen ville fjerne den reelle og potentielle konkurrence mellem fusionsparterne på SDU-markedet, hvilket bevirker, at det andet anbringendes andet led skal forkastes.

4. Det tredje led om et åbenbart urigtigt skøn, for så vidt som Kommissionen ikke vurderede, at transaktionen ville svække de resterende konkurrenter

- 246 Sagsøgeren har med henvisning til det første, det tredje og det fjerde anbringende foreholdt Kommissionen, at den ikke tog hensyn til, at den fusionerede enheds enorme markedsstyrke i forhold til TV-selskaberne på TV-engrosmarkederne ville føre til en yderligere svækkelse af konkurrencepres, der blev udøvet af de resterende konkurrenter, hvilket ifølge sagsøgeren burde have været tilstrækkeligt til at konstatere, at der forelå en betydelig konkurrencehindring på SDU-markedet.
- 247 Ifølge sagsøgeren ville forringelsen af konkurrencevilkårene påvirke endnu flere aktører end på MDU-markedet, eftersom der er flere aktive konkurrenter på SDU-markedet, som alle ville stå over for en ny enhed, der var i stand til og ønskede at indgå aftaler om (hel eller delvis) eksklusivitet med TV-kanaler/indholdsleverandører og at forringe konkurrenternes adgang til de forliggende TV-engrosmarkeder.
- 248 Kommissionen har bestridt sagsøgerens argumenter.
- 249 Med henblik på at godtgøre, at konkurrencepreset fra de resterende konkurrenter på SDU-markedet ville blive svækket, har sagsøgeren i denne henseende påberåbt sig det samme argument, som selskabet har fremført i forbindelse med sit første anbringende vedrørende MDU-markedet, hvortil sagsøgeren i øvrigt har henvist til støtte for det andet anbringendes tredje

led. Dette argument er imidlertid blevet forkastet af de grunde, der er anført i præmis 174-184 ovenfor, bl.a. fordi mindre konkurrenter, som sagsøgeren har erkendt, ikke allerede før fusionen var i stand til at udøve et konkurrencepres på fusionsparterne, hvilket medfører, at dette tredje led ikke kan tiltrædes.

- 250 Det må under alle omstændigheder konstateres, at sagsøgeren ikke har rejst tvivl om Kommissionens konstatering i 897.-901. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvoraf det fremgår, at mange konkurrenter såsom sagsøgeren, Tele Columbus og flere operatører i byerne (city carriers) eller udbydere af satellittjenester stadig ville være aktive på SDU-markedet efter fusionen, og heller ikke har bestridt, at der var et stigende konkurrencepres fra nye operatører og mange udbydere af OTT-TV-tjenester på dette marked (jf. 903. betragtning), hvilket fik Kommissionen til at konkludere, at fusionen ikke ville svække konkurrencepresset fra de resterende konkurrenter på SDU-markedet.
- 251 Sagsøgeren har derfor ikke godtgjort, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den fastslog, at transaktionen ikke ville svække det konkurrencepres, der blev udøvet af fusionsparternes konkurrenter på SDU-markedet, hvilket bevirker, at det andet anbringendes tredje led skal forkastes.
- 252 Det følger af det ovenfor anførte, at det andet anbringende skal forkastes.

D. Det tredje anbringende om et åbenbart urigtigt skøn vedrørende transaktionens vertikale virkninger for mellemliggende transmission af TV-signaler

- 253 Til støtte for det tredje anbringende har sagsøgeren anført, at den analyse, som Kommissionen i den anfægtede afgørelse foretog af transaktionens vertikale virkninger for mellemliggende transmission af TV-signaler, er behæftet med åbenbart urigtige skøn.

1. Indledende betragtninger

- 254 Som anført i præmis 35 ovenfor leverer netoperatører på niveau 3 såsom Vodafone og Unitymedia via engrosadgang TV-signaler til netoperatører på niveau 4 såsom Tele Columbus for at gøre det muligt for disse at tilbyde transmission af TV-signaler på detailbasis, bl.a. til MDU-kunder.
- 255 Kommissionen analyserede i den anfægtede afgørelse fusionens vertikale virkninger og undersøgte navnlig, hvor sandsynligt det var, at den fusionerede enhed ville fortrænge disse operatører ved at forringe deres vilkår på det mellemliggende upstream-marked i Unitymedias kabelområde, som svar på de klager, som den havde modtaget herom (jf. 1476.-1506. betragtning).
- 256 I 1476. betragtning til den anfægtede afgørelse gjorde Kommissionen indledningsvis opmærksom på, at fusionen ikke ville skabe nye vertikale forbindelser mellem det mellemliggende upstream-marked og downstream-MDU-markedet, eftersom både Vodafone og Unitymedia allerede var aktive på disse to markeder i deres respektive kabelområder. Kommissionen fastslog derfor, at fusionen ikke ville medføre en specifik ændring af de pågældende markeders struktur, hverken upstream eller downstream. Kommissionen forklarede ligeledes, at eftersom Tele Columbus var den eneste større konkurrent, der forsynede sig hos fusionsparterne på det mellemliggende marked, havde den fokuseret på de virkninger, som en forringelse af denne operatørs forretningsvilkår formentlig ville få for det konkurrencepres, som denne udøvede (jf. 1478.-1480. betragtning).

- 257 Hvad dernæst for det første angår den fusionerede enheds evne til at fortrænge Tele Columbus undersøgte Kommissionen, om denne enhed ville have den tekniske kapacitet til at ophøre med at levere engrosadgang til Tele Columbus eller til at forringe vilkårene for dette selskabs engrosadgang på det mellemliggende marked (jf. 1483.-1491. betragtning).
- 258 Kommissionen anførte i denne forbindelse, at der forelå en rammeaftale mellem Unitymedia og Tele Columbus, hvorefter det fremgik, at Tele Columbus var kontraktmæssigt beskyttet på mellemlang sigt i forhold til visse af sine kunder, som det betjente ved hjælp af mellemliggende signaler fra Unitymedia. Kommissionen udledte heraf, at den fusionerede enhed kun ville være i stand til at forringe forretningsvilkårene for Tele Columbus' mellemliggende transmission af TV-signaler i forhold til visse af selskabets MDU-kunder i Unitymedias kabelområde.
- 259 Kommissionen tilføjede dernæst, at den fusionerede enhed skulle besidde en betydelig markedsstyrke på det mellemliggende upstream-marked for at have teknisk kapacitet til at fortrænge Tele Columbus fra MDU-markedet. Kommissionen fastslog, henset til de få troværdige alternativer, der fandtes på dette marked, at dette ville være tilfældet efter fusionen, men tilføjede, at det også var tilfældet forud for denne transaktion, eftersom Unitymedia allerede havde en sådan styrke i sit kabelområde set i forhold til Tele Columbus. Kommissionen udledte heraf, at fusionen på ingen måde ville ændre dette, og at denne transaktion som følge heraf ikke ville påvirke den fusionerede enheds evne til at fortrænge niveau 4-netoperatører i de enkelte fusionsparters kabelområde.
- 260 Hvad for det andet angår den fusionerede enheds incitament til at fortrænge Tele Columbus undersøgte Kommissionen, om denne enhed efter transaktionen kunne være tilskyndet til ligeledes at anvende betingelser for adgang til sit niveau 3-net, som Tele Columbus anså for at være mindre fordelagtige end dem, der anvendtes af Unitymedia, i sidstnævntes kabelområde (jf. 1492.-1496. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 261 Kommissionen anførte i denne sammenhæng, at selv om Vodafones adgangsbetingelser måtte anses for at være mindre fordelagtige, og selv om den fusionerede enhed ville være tilskyndet til at anvende dem i Unitymedias kabelområde efter denne transaktion, ville en sådan ændring af denne enheds forretningsstrategi på ingen måde kunne henføres til en ændring af markedsstrukturen, som fusionen havde medført. En eventuel forringelse af de betingelser for adgang til den fusionerede enheds niveau 3-net, som denne enhed anvendte over for operatører af niveau 4-nettet, ville med andre ord, som Kommissionen påpegede i den anfægtede afgørelse, alene skyldes en ændring af denne enheds forretningsmæssige tilgang, som sagtens kunne være sket uafhængigt af fusionen, og som derfor ikke var specifik herfor.
- 262 Kommissionen konkluderede heraf, at den fusionerede enhed ikke ville have noget fusionsspecifikt incitament til at fortrænge Tele Columbus fra MDU-markedet.
- 263 For det tredje undersøgte Kommissionen konkurrencevirkningerne af et scenario, hvor Vodafone ville have evne og incitament til at udvide sine angiveligt mindre fordelagtige betingelser på det mellemliggende marked til Unitymedias kabelområde efter fusionen, og konkluderede af følgende grunde, at disse virkninger ville være begrænsede (jf. 1497.-1505. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 264 Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen drog denne konklusion, fordi den havde konstateret, at Tele Columbus' svækkelse i Unitymedias kabelområde ikke ville påvirke denne operatørs vigtigste aktivitet, dvs. detailudbuddet af transmission af TV-signaler på MDU-markedet gennem selskabets eget niveau 3-net, der hovedsagelig befinder sig i Vodafones kabelområde (jf. 1501. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 265 Kommissionen fastslog dernæst ligeledes, at Tele Columbus ikke gav anledning til et stort konkurrencepres på MDU-markedet i Unitymedias kabelområde. Kommissionen konstaterede nemlig, at Tele Columbus ikke var i stand til at deltage i udbud iværksat af MDU-kunder, hvor der krævedes opdateringer af niveau 3-nettet, at Tele Columbus kun havde en markedsandel på [0-5]%, og at Tele Columbus kun havde deltaget i et begrænset antal udbud i Unitymedias kabelområde. Kommissionen udledte heraf, at meget få eksisterende eller nye muligheder kunne påvirkes af en afskærmning af Tele Columbus. Kommissionen anførte, at selv om Tele Columbus' adgang til input blev afskærmet i Unitymedias kabelområde, ville en sådan afskærmning under alle omstændigheder kun vedrøre Tele Columbus' aktiviteter som videreforhandler af Unitymedias produkt, som ikke gav anledning til et betydeligt konkurrencepres (jf. 1502. og 1503. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 266 Kommissionen forklarede endelig, at Tele Columbus ikke havde udbygget sit niveau 3-net særlig meget i årene forud for den anfægtede afgørelse, og at der ikke var dokumentation for, at denne operatør ville have anvendt Unitymedias signal til at etablere sin egen infrastruktur, hvis fusionen ikke havde fundet sted (jf. 1504. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 267 Kommissionen tog under alle omstændigheder til efterretning, at Vodafone havde afgivet to uigenkaldelige tilbud til Tele Columbus, som sikrede, at selskabets forretningsvilkår for mellemliggende transmission af TV-signaler ville forblive uændrede i Unitymedias kabelområde efter fusionen (jf. 1505. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 268 Kommissionen konkluderede heraf, at fusionen ikke ville hæmme den effektive konkurrence betydeligt på MDU-markedet som følge af vertikale ikke-koordinerede virkninger (jf. 1506. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 269 I det foreliggende tilfælde kan den argumentation, som sagsøgeren har fremført til støtte for det tredje anbringende, opdeles i to led. I forbindelse med det første led har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen med urette bestred, at Vodafones sandsynlige overførsel af sine mindre fordelagtige forretningsvilkår, der gjaldt for mellemliggende transmission af TV-signaler i forhold til operatører af niveau 4-net, på Unitymedias kabelområde efter fusionen var specifik for denne fusion. Til støtte for dette første led har sagsøgeren rejst tvivl om det ræsonnement, som Kommissionen lagde til grund i 1494.-1496. betragtning til den anfægtede afgørelse. I forbindelse med det andet led har sagsøgeren anfægtet Kommissionens konklusion om de virkninger, som en forringelse i forhold til Tele Columbus af vilkårene på det mellemliggende marked i Unitymedias kabelområde ville få for konkurrencen på downstream-MDU-markedet.
- 270 Retten anser det i denne forbindelse for hensigtsmæssigt at behandle det andet led først.

2. Det andet led om åbenbare fejl, som Kommissionen begik ved vurderingen af en udelukkelsesstrategis potentielle virkninger for downstream-konkurrencen

- 271 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at Kommissionen i forbindelse med sin undersøgelse af de potentielle virkninger, som en forringelse af de gældende vilkår på det mellemliggende marked ville få for konkurrencen på downstream-markedet, ikke tog hensyn til de foreliggende beviser, nemlig Tele Columbus' erklæringer om, at selskabet kun midlertidigt havde benyttet sig af mellemliggende transmission af TV-signaler fra Unitymedia forud for fusionen, indtil det fik etableret sit eget niveau 3-net. Kommissionen tog heller ikke højde for, at andre niveau 4-netoperatører også kunne have benyttet sig af midlertidig adgang til fusionsparternes niveau 3-net for at nå MDU-kunder, inden de etablerede deres eget niveau 3-net.
- 272 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at Kommissionen med urette fastslog, at en udelukkelse af Tele Columbus ikke ville have svækket det konkurrencepres, som Tele Columbus udøvede på MDU-markedet, eftersom en sådan udelukkelse kun ville have påvirket Tele Columbus' aktiviteter i forbindelse med videresalg af Unitymedias produkt. Efter sagsøgerens opfattelse udøvede Tele Columbus imidlertid et konkurrencepres på Unitymedia, da Tele Columbus frit kunne fastsætte de priser og betingelser, der gjaldt for videresalg af dette produkt.
- 273 Sagsøgeren har for det tredje gjort gældende, at Kommissionen ikke burde have taget hensyn til Vodafones uigenkaldelige tilbud om ikke at forringe Tele Columbus' kontraktvilkår i Unitymedias kabelområde, da den analyserede transaktionens vertikale virkninger. Det var nemlig åbenbart, at et sådant tilbud ikke opfyldte kravene i Kommissionens meddelelse om løsningsforslag, der kan accepteres i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 og Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 (EUT 2008, C 267, s. 1, herefter »meddelelsen om løsningsforslag«) og derfor ikke kunne udgøre et tilstrækkeligt grundlag for at udelukke, at der forelå en betydelig konkurrencehindring på MDU-markedet som følge af vertikale ikke-koordinerede virkninger.
- 274 Kommissionen har, støttet af Vodafone, bestridt sagsøgerens argumenter.
- 275 Det skal herved bemærkes, at det fremgår af punkt 31 i retningslinjerne for vurdering af ikke-horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT 2008, C 265, s. 6, herefter »retningslinjerne for ikke-horisontale fusioner«), at der forekommer inputafskærmning, når den nye enhed efter fusionen vil kunne begrænse adgangen til de produkter eller tjenester, som den ellers ville have udbudt uden den pågældende fusion, bl.a. når denne enhed kan forhøje sine downstream-konkurrenters omkostninger ved at gøre det vanskeligere for dem at skaffe sig de pågældende forsyninger til samme priser og på samme vilkår, som hvis denne fusion ikke var gennemført.
- 276 I henhold til punkt 32 i retningslinjerne for ikke-horisontale fusioner skal Kommissionen ved vurderingen af, om en konkurrenceskadelig inputafskærmning er sandsynlig, undersøge for det første, om den fusionerede virksomhed vil få mulighed for at hindre adgangen til input mærkbart, for det andet, om den vil have incitament til det, og for det tredje, om en afskærmningsstrategi vil skade downstream-konkurrencen betydeligt.
- 277 Det skal påpeges, at disse tre betingelser er kumulative, hvorfor den manglende opfyldelse af den ene af disse er tilstrækkelig til at udelukke risikoen for en konkurrencebegrænsende inputafskærmning (dom af 23.5.2019, KPN mod Kommissionen, T-370/17, EU:T:2019:354, præmis 118 og 119, og af 27.1.2021, KPN mod Kommissionen, T-691/18, ikke trykt i Sml., EU:T:2021:43, præmis 111 og 112). Hvad nærmere bestemt angår den tredje af disse betingelser

skal det i øvrigt bemærkes, at for at en sådan betingelse er opfyldt, skal det påvises, at der vil være tale om en betydelig skade for downstream-konkurrencen, hvilket fremgår af punkt 32 i retningslinjerne for ikke-horisontale fusioner.

- 278 Det må konstateres, at Kommissionen i 1476.-1506. betragtning til den anfægtede afgørelse undersøgte disse tre betingelser, selv om der ikke forekom nye vertikale forbindelser mellem det mellemliggende upstream-marked og downstream-MDU-markedet som følge af fusionen, og at sagsøgeren ikke som sådan har kritiseret denne fremgangsmåde.
- 279 Sagsøgeren har til støtte for det tredje anbringendes andet led fremført en række forhold med henblik på at godtgøre, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse åbenbart fejlagtigt konkluderede, at den tredje betingelse ikke var opfyldt.
- 280 Det skal herved bemærkes, at sagsøgeren i denne forbindelse ikke har rejst tvivl om en række vigtige forhold, som Kommissionen støttede sig på med henblik på at godtgøre, at en udelukkellesstrategi, som blev iværksat af den fusionerede enhed, og som gik ud på at forringe Tele Columbus' (og andre niveau 4-netoperatørers) forretningsvilkår for mellemliggende transmission af TV-signaler i Unitymedias kabelområde, ville have begrænsede virkninger for konkurrencen.
- 281 Sagsøgeren har således ikke bestridt, at en sådan strategi ikke ville påvirke Tele Columbus' vigtigste aktivitet, eftersom denne blev udøvet uden for Unitymedias kabelområde. Sagsøgeren har i øvrigt ikke rejst tvivl om flere af de forhold, der fik Kommissionen til at konkludere, at en eventuel afskærmningsstrategi under alle omstændigheder ikke ville skade downstream-konkurrencen betydeligt, nemlig den omstændighed, at Tele Columbus ikke kunne deltage i udbud, der krævede opdateringer af niveau 3-nettet, at Tele Columbus havde en beskednen markedsandel på kun [0-5]%, og at Tele Columbus ikke havde deltaget i særlig mange udbud i Unitymedias kabelområde.
- 282 Det er desuden nødvendigt at undersøge de øvrige argumenter, som sagsøgeren har fremført.
- 283 Hvad for det første angår sagsøgerens argument om, at Tele Columbus kun midlertidigt havde benyttet sig af mellemliggende transmission af TV-signaler fra Unitymedia, indtil det fik etableret sit eget niveau 3-net, skal det bemærkes, at sagsøgeren i det væsentlige har gjort gældende, at Kommissionens vurderinger var baseret på Vodafones svar på klagepunktsmeddelelsen, og har anført, at Kommissionen ikke har forklaret, hvorfor dette svar skulle være mere troværdigt end Tele Columbus' egne erklæringer.
- 284 Det fremgår imidlertid af 798. betragtning til og figur 20 i den anfægtede afgørelse, som Kommissionen henviste til i 1504. betragtning til denne afgørelse, at Kommissionens vurderinger både er baseret på svaret på klagepunktsmeddelelsen og på de tal, som Tele Columbus selv fremlagde. Ifølge de beviser, der er omhandlet i 744. betragtning, litra a), og 797.-799. betragtning til den anfægtede afgørelse, havde Tele Columbus i virkeligheden ikke foretaget nogen overbygning af en anden operatørs kabelnet i årene op til vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, hvilket sagsøgeren i øvrigt ikke har bestridt. Det fremgår navnlig af figur 20 i 798. betragtning til den nævnte afgørelse, at der ikke var nogen mærkbar stigning i antallet af husstande, som var tilsluttet Tele Columbus' net, mellem 2012 og 2018, hvis der ses bort fra erhvervelse af andre selskabers eksisterende aktiver. Sagsøgeren har imidlertid ikke fremlagt noget bevis, der modsiger konklusionen om, at Tele Columbus »ikke [havde] udviklet sin niveau 3-infrastruktur særlig meget i de seneste år«.

- 285 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at en investering i niveau 3-infrastruktur ikke automatisk medfører en stigning i antallet af reelt tilsluttede husstande (modsat hvad der fremgik af 799. betragtning til den anfægtede afgørelse). Ifølge sagsøgeren var stagneringen i det samlede antal tilsluttede husstande desuden ikke tilstrækkelig til at godtgøre Tele Columbus' konkurrencemæssige betydning, eftersom tiltrækningen af nye kunder som følge af det udvidede net kunne blive opvejet af et midlertidigt tab af andre kunder.
- 286 Det skal i denne forbindelse fremhæves, at den manglende stigning i antallet af husstande, som Tele Columbus reelt havde tilsluttet, kraftigt indikerer, at der ikke var foretaget væsentlige investeringer i udvidelsen af Tele Columbus' net, eller at en eventuel udvidelse af nettet i hvert fald ikke havde været vellykket eller rentabel. Sagsøgeren har i øvrigt ikke foreslået andre metoder til måling af en netudvidelses konkurrencemæssige virkning end den, der omhandler det øgede antal tilsluttede husstande.
- 287 Sagsøgeren har endelig anført, at andre konkurrenter, heriblandt sagsøgeren selv, kunne have benyttet sig af (midlertidig) adgang til fusionsparternes niveau 3-infrastruktur for at kunne konkurrere på MDU-markedet, før de løbende etablerede deres eget niveau 3-(fiber)net.
- 288 Som Kommissionen i det væsentlige anførte i 1479. betragtning til den anfægtede afgørelse, spiller uafhængige niveau 4-operatører dog kun en meget begrænset rolle i konkurrencemæssig henseende. Som Kommissionen i øvrigt har gjort gældende uden at blive modsagt af sagsøgeren, havde dette selskab på tidspunktet for den anfægtede afgørelse ikke benyttet sig af adgang til fusionsparternes niveau 3-infrastruktur for at kunne konkurrere på MDU-markedet, før det løbende etablerede sit eget fibernet. Sagsøgeren har endelig ikke fremlagt dokumentation for, at selskabet havde planer om snart at få adgang til fusionsparternes niveau 3-infrastruktur, således at det kunne konkurrere på MDU-markedet, før det løbende etablerede sit eget fibernet.
- 289 Hvad for det andet angår sagsøgerens argument om, at Tele Columbus udøvede et konkurrencepres på Unitymedia, selv om selskabet blot videresolgte Unitymedias produkt i dets kabelområde, må det konstateres, at dette simple argument ikke er ledsaget af beviser, der kan rejse tvivl om de forklaringer i 1501. og 1503. betragtning til den anfægtede afgørelse, som er gengivet i præmis 264 og 265 ovenfor.
- 290 Det følger heraf, at de argumenter, som sagsøgeren har fremført, ikke godtgør, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den fastslog, at det fremgik af de foreliggende oplysninger, at Tele Columbus' svækkelse i Unitymedias kabelområde ville få begrænsede konkurrencevirkninger på MDU-markedet.
- 291 Hvad for det tredje angår Vodafones uigenkaldelige tilbud til Tele Columbus og sagsøgerens argument om, at Kommissionen ikke kunne tage hensyn hertil, følger det af disse to tilbud, at Vodafone klart tilkendegav sit ønske om ikke at forringe Tele Columbus' vilkår i Unitymedias kabelområde, hvilket Kommissionen med rette kunne tage hensyn til, da den undersøgte virkningerne. Ingen bestemmelse i forordning nr. 139/2004 var således til hinder for, at Kommissionen tog hensyn til dette forhold for at styrke sin konklusion om, at transaktionen ikke ville hæmme den effektive konkurrence betydeligt på MDU-markedet eller på det potentielle regionale marked, der svarede til Unitymedias kabelområde, som følge af vertikale ikke-koordinerede virkninger.

- 292 Som det fremgår af den anfægtede afgørelse, tog Kommissionen blot Vodafones uigenkaldelige tilbud til efterretning som en yderligere faktisk omstændighed, der understøttede dens konklusion. Kommissionen betragtede således ikke disse tilbud som en forpligtelse som omhandlet i artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 139/2004.
- 293 Det må derfor fastslås, at Kommissionen ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den konkluderede, at en eventuel afskærmningsstrategi ikke ville skade downstream-konkurrencen betydeligt.
- 294 En afskærmningsstrategis mulighed for at hindre adgangen til input mærkbart, incitamentet til dette og de negative virkninger for downstream-konkurrencen udgør i øvrigt tre kumulative betingelser, hvorfor den manglende opfyldelse af den ene af disse er tilstrækkelig til at udelukke risikoen for en konkurrencebegrænsende inputafskærmning (jf. præmis 277 ovenfor og den deri nævnte retspraksis).
- 295 Eftersom sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved vurderingen af en udelukkelsesstrategis potentielle virkninger for downstream-konkurrencen (dvs. den tredje af disse betingelser), skal det tredje anbringendes andet led som følge heraf forkastes. Det er derfor ikke nødvendigt at efterprøve rigtigheden af det første led vedrørende Kommissionens angiveligt fejlagtige ræsonnement i 1494.-1496. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvori Kommissionen konkluderede, at den fusionerede enhed ikke ville have et fusionsspecifikt incitament til at fortrænge Tele Columbus fra MDU-markedet (dvs. den anden af disse betingelser).
- 296 Henset til det ovenfor anførte skal det tredje anbringendes andet led og det tredje anbringende i sin helhed forkastes, uden at det er nødvendigt at tage stilling til Kommissionens formalitetsindsigelse.

E. Det fjerde anbringende om Kommissionens åbenbart urigtige skøn med hensyn til transaktionens virkninger på engrosmarkedet for erhvervelse af TV-kanaler og på markedet for levering af TV-signaler

- 297 Til støtte for det fjerde anbringende har sagsøgeren anført, at den analyse, som Kommissionen i den anfægtede afgørelse foretog af transaktionens virkninger på engrosmarkedet for erhvervelse af TV-kanaler og på markedet for levering af TV-signaler, er behæftet med åbenbart urigtige skøn.

1. Indledende betragtninger

- 298 Som anført i præmis 25 og 26 ovenfor tilbyder TV-selskaberne (udbyderne) TV-kanaler på engrosmarkedet for udbud og erhvervelse af TV-kanaler, som detail-TV-udbyderne (efterspørgerne), heriblandt Vodafone, Unitymedia eller sagsøgeren, erhverver for at kunne levere audiovisuelle tjenester til slutbrugerne. På markedet for levering af TV-signaler anvender de nævnte udbydere af detail-TV-tjenester (udbyderne) deres infrastruktur til at tilbyde de nævnte TV-selskaber (efterspørgerne) en tjeneste til transmission af TV-signaler til deres kanaler, for hvilken der betales et leveringsgebyr. Aktørerne på markedet for levering af TV-signaler var med andre ord de samme som på engrosmarkedet for udbud og erhvervelse af TV-kanaler, men udbyderne af TV-tjenester, heriblandt fusionsparterne, befandt sig på udbudssiden på det førstnævnte marked og på efterspørgselssiden på det sidstnævnte marked. Kommissionen

anførte i den anfægtede afgørelse, at de to engrosmarkeder er nært forbundne, eftersom forhandlingerne mellem TV-selskaberne og detail-TV-udbydere som regel omfatter begge aspekter (både transmission af signaler og erhvervelse af kanaler).

- 299 Kommissionen fastslog efter sin analyse af disse markeder, at transaktionen ikke ville hæmme den effektive konkurrence betydeligt på engrosmarkedet for udbud og erhvervelse af TV-kanaler.
- 300 Med hensyn til markedet for levering af TV-signaler konkluderede Kommissionen, at der forelå en betydelig konkurrencehindring som følge af den fusionerede enheds evne og incitament til dels at skærpe de kontraktlige og finansielle vilkår, som denne enhed pålagde TV-selskaberne, dels at hindre fremkomsten og udviklingen af innovative TV-tjenester såsom OTT og HbbTV, hvorefter den fastslog, at dette ville have negative konsekvenser for seerne i Tyskland (jf. dels 1205.-1265. betragtning, dels 1266.-1292. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 301 Kommissionen fastslog derimod, at det ikke var muligt at konkludere, at den fusionerede enhed efter forøgelsen af dennes markedsstyrke på dette marked sandsynligvis ville opnå vilkår hos TV-selskaber og TV-rettinghedshavere i form af eksklusivaftaler, som ville have en negativ indvirkning på konkurrerende detail-TV-udbyderes adgang til TV-kanaler eller -indhold.
- 302 I denne forbindelse påpegede Kommissionen indledningsvis i 1164. betragtning til den anfægtede afgørelse, at i Tyskland var dette marked ikke kendetegnet ved sådanne eksklusivaftaler mellem på den ene side TV-selskaber og TV-rettinghedshavere og på den anden side udbydere af detail-TV-tjenester.
- 303 Kommissionen undersøgte dernæst, om den fusionerede enhed på grund af sin øgede markedsstyrke som detailudbyder af TV-signaler ville være i stand til at tvinge TV-selskaber og TV-rettinghedshavere til at tildele den eksklusivaftaler vedrørende TV-kanaler eller -indhold. Kommissionen anførte i denne sammenhæng, at dens analyse først og fremmest var rettet mod den tyske fodboldliga (Bundesliga), der står for de største sportsbegivenheder i Tyskland, og præciserede, at de samme betragtninger gjaldt for andre sportsbegivenheder eller andet populært TV-indhold, for hvilke den ikke havde fundet direkte beviser i sagsakterne (jf. 1165. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 304 For det første undersøgte Kommissionen i 1173.-1176. betragtning til den anfægtede afgørelse, om det var sandsynligt, at Sky, der er indehaver af de fleste enerettigheder til visning af Bundesliga-kampe, ville indgå eksklusivaftaler med den fusionerede enhed. Kommissionen konkluderede, at dette sandsynligvis ikke ville ske, eftersom Sky ganske vist var afhængigt af den fusionerede enhed med hensyn til at få distribueret sit indhold, men dette TV-selskab var tilsvarende eller endnu mere afhængigt af andre former for spredning, bl.a. via satellit-TV-udbyderen Astra, hvilket betød, at Sky ville miste en stor del af sine indtægter, hvis det indgik en eksklusivaftale med den fusionerede enhed. Kommissionen tog også hensyn til, at Sky, der er en international aktør og hovedudbyder af betalings-TV i Tyskland, havde en klar modstående købermagt.
- 305 For det andet undersøgte Kommissionen i 1177.-1183. betragtning til den anfægtede afgørelse, om den fusionerede enhed rimeligvis kunne følge en strategi, der havde til formål at sikre eksklusiv adgang til andre TV-kanaler eller andet TV-indhold, bl.a. i forhold til TV-selskaber eller -rettinghedshavere, der havde en mindre modstående købermagt end Sky. Med støtte i fusionsparternes interne dokumenter og deres svar på klagepunktsmeddelelsen fastslog

Kommissionen, at selv om den fusionerede enhed var i stand til at iværksætte en sådan strategi, ville den formentlig ikke være tilskyndet til at gøre det, eftersom en sådan strategi ville være bekostelig at gennemføre og ikke nødvendigvis rentabel.

- 306 For det tredje uddybede Kommissionen sin analyse af den fusionerede enheds incitament til at fortrænge sine konkurrenter ved at erhverve enerettigheder til visse former for TV-indhold i 1184.-1197. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvori den undersøgte de interne dokumenter fra parterne, der omhandlede en sådan strategi. Det fremgik ifølge Kommissionen af disse dokumenter, at de enkelte fusionsparter allerede havde overvejet muligheden for at erhverve sportskanaler eller -indhold på eksklusivt grundlag, men til sidst havde opgivet sådanne planer, hvilket disse parter havde forklaret og fremlagt dokumentation for som svar på klagepunktsmeddelelsen. Kommissionen udledte heraf, at det ikke kunne konkluderes, at den fusionerede enhed ville have haft et incitament til at anvende sit bredere kundegrundlag med henblik på at forhandle visse eksklusivaftaler vedrørende »premium«-indhold med TV-selskaberne for at udelukke konkurrerende detail-TV-udbydere.
- 307 For fuldstændighedens skyld undersøgte Kommissionen endelig i 1198.-1203. betragtning til den anfægtede afgørelse, om en hypotetisk eksklusivstrategi, der blev iværksat af den fusionerede enhed, kunne have væsentlige konkurrencebegrænsende virkninger, som navnlig ville føre til udelukkelse af konkurrerende detail-TV-udbydere med skadelige konsekvenser for forbrugerne.
- 308 På grundlag af oplysninger, som viste, at flertallet af tyske seere ikke ville skifte detail-TV-udbydere for at få adgang til eksklusivt sportsindhold, vurderede Kommissionen, at selv om den fusionerede enhed iværksatte en eksklusivstrategi, ville dette ikke resultere i, at konkurrerende udbydere mistede et stort kundegrundlag. Kommissionen tog ligeledes hensyn til, at selv i et sådant tilfælde ville den fusionerede enhed blive udsat for konkurrence fra Sky, som fulgte en ikke-eksklusiv distributionsstrategi for sit TV-indhold på forskellige platforme, hvilket under alle omstændigheder ville gøre det muligt for konkurrerende udbydere at få adgang til dets »premium«-indhold. Kommissionen udledte heraf, at det formentlig ikke kunne få væsentlige konkurrencebegrænsende virkninger, hvis den fusionerede enhed iværksatte en eksklusivstrategi.
- 309 I 1204. betragtning til den anfægtede afgørelse fastslog Kommissionen af alle disse grunde, at selv om den fusionerede enhed havde opnået en større markedsstyrke efter denne transaktion, kunne det ikke konkluderes, at den sandsynligvis ville opnå vilkår hos TV-selskaber og TV-rettighedshavere i form af eksklusivaftaler, som ville have en negativ indvirkning på konkurrerende detail-TV-udbyderes adgang til TV-kanaler eller -indhold.
- 310 I det foreliggende tilfælde består den argumentation, som sagsøgeren har fremført til støtte for det fjerde anbringende, af to led. I forbindelse med det første led har sagsøgeren gjort gældende, at den konklusion, som Kommissionen nåede frem til, nemlig at det ikke var sandsynligt, at TV-selskaber og TV-rettighedshavere ville have tildelt den fusionerede enhed eksklusivaftaler til trods for dennes øgede markedsstyrke, er forkert og hviler på en ufuldstændig og åbenbart fejlagtig vurdering af fusionens konkurrencevirkninger på markedet for levering af TV-signaler. Til støtte for det andet led har sagsøgeren foreholdt Kommissionen, at den blot undersøgte, om den fusionerede enhed ville have evne og incitament til at hindre fremkomsten og udviklingen af OTT-TV og HbbTV, men ikke tog hensyn til transaktionens indvirkning på andre lige så innovative TV-tjenester såsom IPTV.

2. Det første led om åbenbart urigtige skøn med hensyn til afskærmning af markedet gennem aftaler om (delvis eller fuld) eksklusivitet

- 311 Til støtte for det fjerde anbringendes første led har sagsøgeren for det første gjort gældende, at vurderingen i den anfægtede afgørelse af den fusionerede enheds incitament til at indgå aftaler om fuld eksklusivitet er fejlagtig og ufuldstændig.
- 312 Sagsøgeren har for det andet anført, at vurderingen i den anfægtede afgørelse af den fusionerede enheds incitament til at iværksætte en strategi om delvis eksklusivitet er ufuldstændig.
- 313 Sagsøgeren har for det tredje anfægtet Kommissionens konklusion om, at en hypotetisk fuldstændig eller delvis afskærmning af indhold formentlig ikke vil få væsentlige konkurrencebegrænsende virkninger.

a) Kommissionens angiveligt ufuldstændige og fejlagtige undersøgelse af den fusionerede enheds incitament til at indgå aftaler om fuld eksklusivitet

- 314 Ifølge sagsøgeren tog Kommissionen for det første ikke hensyn til, at omkostningerne ved at indgå aftaler om fuld eksklusivitet falder i takt med, at antallet af slutkunder på platformen stiger, og den konkluderede derfor med urette, at den fusionerede enhed ikke ville have noget incitament til at indgå sådanne aftaler. Sagsøgeren har tilføjet, at Unitymedia tidligere havde erhvervet visse rettigheder til Bundesligaen, hvilket viste, at en sådan strategi allerede havde eksisteret. Henset til den øgede kundekreds, som transaktionen ville medføre, ville det have været mere attraktivt for den fusionerede enhed at opnå eksklusivitet.
- 315 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at Kommissionens undersøgelse er ufuldstændig, eftersom den kun omhandlede den hypotetiske erhvervelse af enerettigheder til Bundesligaen, og fejlagtig, eftersom Kommissionen med urette fastslog, at betragtningerne om rettighederne til Bundesligaen ligeledes gjaldt for andre sportsbegivenheder eller andet populært indhold, selv om de potentielle fordele ved en afskærmningsstrategi i forhold til sådant indhold efter sagsøgerens opfattelse var forskellige.
- 316 For det tredje har sagsøgeren foreholdt Kommissionen, at den ikke tog hensyn til, at en eksklusivstrategis fordele for den fusionerede enhed (og TV-selskabernes tilbøjelighed til at acceptere eksklusivaftaler) kunne ændre sig i fremtiden som følge af den fusionerede enheds større muligheder for at tilbyde pakker med flere tjenester til et meget stort antal kunder i hele Tyskland, og at den ikke tog hensyn til, at eksklusivt indhold kunne hjælpe den fusionerede enhed med at øge salget af FMC-pakker til kunder, der kunne se dette indhold på deres mobiltelefoner.
- 317 Kommissionen har, støttet af Vodafone, bestridt sagsøgerens argumenter.
- 318 Det skal herved for det første bemærkes, at sagsøgeren ikke har rejst tvivl om de vurderinger, som gjorde det muligt for Kommissionen at konkludere, at det ikke var sandsynligt, at den fusionerede enhed ville være tilskyndet til at indgå en aftale om fuld eksklusivitet med Sky, og som er beskrevet i 1173.-1176. betragtning til den anfægtede afgørelse (jf. præmis 304 ovenfor), bl.a. fordi Sky var mindst lige så afhængigt af andre operatører som den fusionerede enhed med hensyn til at få udbredt sit indhold. I retsmødet bekræftede sagsøgeren i øvrigt, at selskabet ikke har bestridt, at Skys incitament til at indgå en aftale om fuld eksklusivitet med den fusionerede enhed var begrænset.

- 319 Med hensyn til de vurderinger, som gjorde det muligt for Kommissionen at konkludere, at det var tvivlsomt, om den fusionerede enhed ville være tilskyndet til at indgå aftaler om fuld eksklusivitet med andre indholdsudbydere end Sky, og som er beskrevet i 1177.-1183. betragtning til den anfægtede afgørelse (jf. præmis 305 ovenfor), har sagsøgeren i øvrigt generelt gjort gældende, at omkostningerne ved at indgå aftaler om fuld eksklusivitet falder i takt med, at antallet af slutkunder på platformen stiger, eller at en eksklusivstrategi vil være mere interessant efter fusionen, end den var tidligere, men sagsøgeren har ikke fremført konkrete omstændigheder, der kan rejse tvivl om Kommissionens forklaringer.
- 320 Sagsøgeren har navnlig ikke godtgjort, at der i Tyskland var en tilstrækkelig klar sammenhæng mellem tilstedeværelsen af attraktive kanaler eller attraktivt indhold på en operatørs TV-platform og dennes evne til at tiltrække nye seere, hvilket med tilstrækkelig sandsynlighed ville have gjort det muligt at dække de høje omkostninger ved aftaler om fuld eksklusivitet. Sagsøgeren har desuden ikke fremlagt noget bevis, der i tilstrækkelig grad godtgør, at den fusionerede enhed ville have haft et incitament til at vedtage en fremtidig forretningsstrategi baseret på fuld eksklusivitet, og som dermed kunne rejse tvivl om Kommissionens vurderinger i denne henseende.
- 321 Hvad for det andet angår sagsøgerens argument om, at Kommissionens undersøgelse af den fusionerede enheds incitament til at indgå aftaler om fuld eksklusivitet er ufuldstændig, da den er begrænset til Bundesligaen, og fejlagtig, må det konstateres, at en input-afskærmning kun kan medføre konkurrencemæssige problemer, hvis den vedrører et »vigtigt input« til downstream-produktet, således som det fremgår af punkt 34 i retningslinjerne for ikke-horisontale fusioner.
- 322 Det må som følge heraf konkluderes, at hvis en fuldstændig afskærmningsstrategi vedrørende det mest attraktive indhold (såsom Bundesligaen) ikke medfører tilstrækkelige udbyderskift til at være rentabel, vil det sikkert være endnu mindre sandsynligt, at dette kan opnås for andre former for »mindre vigtigt« indhold, hvilket vil give den fusionerede enhed mindre incitament til at forsøge at iværksætte en strategi om fuldstændig afskærmning af sådant indhold. Det kan derfor ikke foreholdes Kommissionen, at den udelukkende undersøgte en hypotetisk situation, hvor der blev erhvervet enerettigheder til Bundesligaen, og at den vurderede, at dens betragtninger også gjaldt for mindre populært indhold.
- 323 Sagsøgeren har i øvrigt blot påberåbt sig, at en strategi om afskærmning af mindre attraktivt indhold er mindre omkostningskrævende, men ikke forklaret, hvorfor det ville være mere rentabelt for den fusionerede enhed at anvende en strategi om erhvervelse af enerettigheder til mindre attraktivt indhold end Bundesligaen, eller hvorfor et sådant indhold som omhandlet i punkt 34 i retningslinjerne for ikke-horisontale fusioner ville være tilstrækkelig »vigtigt« til, at en afskærmning af dette input kunne medføre konkurrencemæssige problemer.
- 324 Modsat hvad sagsøgeren har gjort gældende, fremgår det under alle omstændigheder af 1184.-1197. betragtning til den anfægtede afgørelse (jf. præmis 306 ovenfor), at Kommissionen undersøgte, om den fusionerede enhed ville være tilskyndet til at erhverve enerettigheder til andre sportsbegivenheder eller andet populært indhold end Bundesligaen, bl.a. under hensyntagen til, at Unitymedia, som sagsøgeren har gjort gældende, havde erhvervet visse rettigheder til Bundesligaen i 2005.

- 325 Hvad for det tredje angår sagsøgerens argument om, at Kommissionen ikke tog hensyn til, at den fusionerede enhed ville have større muligheder for at tilbyde pakker med flere tjenester til et meget stort antal kunder i hele Tyskland, og at eksklusivt indhold kunne hjælpe den med at øge salget af FMC-pakker, skal det bemærkes, at Kommissionen i 149. betragtning, litra b), nr. iv)-vi), til den anfægtede afgørelse konstaterede, at FMC-pakker kun har vundet begrænset udbredelse i Tyskland, hvilket fusionsparternes konkurrenter bekræftede i forbindelse med markedsundersøgelsen. Ifølge rapporter fra tredjeparter var det i 2017 kun 8,4% af samtlige husstande eller 10,8% af samtlige faste bredbåndskunder, dvs. 3,5 mio. husstande, der købte et FMC-produkt. Kommissionen konstaterede ligeledes, at konsulentfirmaet WIK-Consult i den undersøgelsesrapport, der blev fremlagt under den administrative procedure, konkluderede, at der ikke ville være sket væsentlige ændringer i konkurrencedynamikken i Tyskland i nær fremtid som følge af pakkesalg af fastnet- og mobilprodukter, eftersom de tyske forbrugere stadig ville have købt disse to typer produkter hver for sig, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt.
- 326 Det kan derfor ikke foreholdes Kommissionen, at den ikke undersøgte, om fordelene ved en eksklusivstrategi (og TV-selskabernes tilbøjelighed til at acceptere eksklusivaftaler) kunne ændre sig i fremtiden på grund af den fusionerede enheds større muligheder for at tilbyde pakker med flere tjenester og navnlig FMC-pakker til et meget stort antal kunder i hele Tyskland.
- 327 Det følger af det ovenfor anførte, at sagsøgerens klagepunkt om, at Kommissionens undersøgelse af den fusionerede enheds incitament til at indgå aftaler om fuld eksklusivitet var ufuldstændig og fejlagtig, skal forkastes.

b) Kommissionens angiveligt ufuldstændige undersøgelse af den fusionerede enheds incitament til at indgå aftaler om delvis eksklusivitet

- 328 Sagsøgeren har foreholdt Kommissionen, at den ikke tog hensyn til den fusionerede enheds mulighed for at foretage en delvis afskærmning, der var rettet individuelt mod en eller flere konkurrenter på downstream-MDU- og downstream-SDU-markederne, heriblandt sagsøgeren selv, hvorved TV-selskaberne ville blive forhindret i at distribuere deres kanaler og indhold til disse konkurrenter, eller hvorved disse konkurrenter ville miste adgangen til visse innovative TV-funktioner såsom VOD og tidsforskudt visning eller catch-up-visning.
- 329 Ifølge sagsøgeren er en sådan delvis afskærmningsstrategi imidlertid mere sandsynlig, eftersom den er billigere for den fusionerede enhed og lettere at acceptere for TV-selskaberne, samtidig med at den har skadelige virkninger for de berørte konkurrenter.
- 330 Kommissionen har, støttet af Vodafone, bestridt sagsøgerens argumenter.
- 331 Det skal herved bemærkes, at de konklusioner, som Kommissionen nåede frem til i forbindelse med undersøgelsen af et eventuelt incitament til at indgå aftaler om fuld eksklusivitet med Sky (jf. 1173.-1176. betragtning til den anfægtede afgørelse og præmis 304 ovenfor), var tilstrækkelige til at udelukke, at den fusionerede enhed ville vælge en strategi baseret på delvis eksklusivitet i forhold til denne operatør. Som Kommissionen har gjort gældende, konkluderede den nemlig, at Sky ikke havde noget incitament til at indgå aftaler om fuld eksklusivitet, bl.a. henset til dette selskabs afhængighed af andre operatører end den fusionerede enhed, herunder satellit-TV-udbyderne, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt, og det var derfor usandsynligt, at Sky ville indrømme denne enhed eksklusivitet ved at udelukke visse individuelle operatører, der var aktive på MDU- og SDU-markederne, eftersom dets udbud stadig ville være tilgængeligt på andre platforme, eller det ville have indvilget i at afskære disse platforme fra visse innovative funktioner.

Det kan derfor ikke foreholdes Kommissionen, at den ikke tog hensyn til den fusionerede enheds mulighed for at indgå sådanne aftaler med Sky med henblik på at afskære visse af sine konkurrenter fra indhold eller innovative funktioner.

- 332 Med hensyn til andre TV-selskaber end Sky må det i øvrigt konstateres, at sagsøgeren ikke har fremført noget, der indikerer, at den omstændighed, at visse former for indhold eller innovative funktioner, der tilbydes af disse selskaber, ikke indgik i en konkurrents udbud, ville få væsentlig betydning for et eventuelt udbyderskift, og dermed, at en potentielt stor andel af boligselskaberne for så vidt angår MDU-markedet eller de tyske TV-seere for så vidt angår SDU-markedet ville have været indstillet på at skifte til den fusionerede enheds udbud, alene fordi deres nuværende udbyder ikke tilbød disse kanaler eller funktioner. Sagsøgeren har derfor ikke påvist, at downstream-konkurrencen ville blive skadet betydeligt som omhandlet i punkt 32 i retningslinjerne for ikke-horisontale fusioner.
- 333 Der kan under alle omstændigheder være tale om en adfærd, der strider mod konkurrenceretten, når en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, indgår eksklusivaftaler med en leverandør med henblik på at udelukke en eller flere individuelt udpegede konkurrenter fra downstream-markedet (jf. i denne retning dom af 22.3.2011, Altstoff Recycling Austria mod Kommissionen, T-419/03, EU:T:2011:102, præmis 51). Efter at være blevet adspurgt herom i retsmødet bekræftede sagsøgeren i øvrigt, at hvis den fusionerede enhed indgik en aftale om fuld eller delvis eksklusivitet med et TV-selskab, kunne dette potentielt udgøre en overtrædelse af artikel 101 TEUF eller 102 TEUF.
- 334 Det må som følge heraf fastslås, at det ikke var sandsynligt, at den fusionerede enhed ville være tilskyndet til at indgå sådanne aftaler efter denne transaktion, hvilket ligeledes gjaldt for TV-selskaberne. Det fremgår nemlig af retspraksis, at selv om det er korrekt, at Kommissionen tager højde for incitamenterne til at udøve konkurrencebegrænsende adfærd, skal den også tage hensyn til, at de nævnte incitamenter kan blive reduceret eller sågar forsvinde, fordi den pågældende adfærd er ulovlig, fordi der er risiko for opdagelse, fordi de kompetente myndigheder, både på EU-plan og nationalt plan, kan træffe visse foranstaltninger, og fordi adfærden kan resultere i økonomiske sanktioner (jf. i denne retning dom af 25.10.2002, Tetra Laval mod Kommissionen, T-5/02, EU:T:2002:264, præmis 159, og af 14.12.2005, General Electric mod Kommissionen, T-210/01, EU:T:2005:456, præmis 303-311). Det kan derfor ikke foreholdes Kommissionen, at den ikke tog hensyn til en fjern – og for så vidt potentielt ulovlig – mulighed for, at den fusionerede enhed ville indgå en eksklusivaftale med et TV-selskab, hvorved en eller flere individuelle konkurrenter på downstream-markederne ville miste adgangen til visse former for indhold eller visse innovative funktioner.
- 335 Det følger af det ovenfor anførte, at sagsøgerens klagepunkt om Kommissionens angiveligt ufuldstændige undersøgelse af den fusionerede enheds incitament til at indgå aftaler om delvis eksklusivitet skal forkastes.
- 336 En afskærmningsstrategis mulighed for at hindre adgangen til input mærkbart, incitamentet til dette og den betydelige skade for downstream-konkurrencen udgør i øvrigt tre kumulative betingelser, hvorfor den manglende opfyldelse af den ene af disse er tilstrækkelig til at udelukke risikoen for en konkurrencebegrænsende inputafskærmning (jf. præmis 277 ovenfor og den deri nævnte retspraksis).

337 Eftersom sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn for så vidt angår den fusionerede enheds angivelige incitament til at iværksætte en strategi om udelukkelse af konkurrerende detail-TV-udbydere (dvs. den anden af disse betingelser), skal det fjerde anbringendes første led som følge heraf forkastes, uden at det er nødvendigt at efterprøve rigtigheden af det tredje klagepunkt om Kommissionens angiveligt fejlagtige undersøgelse af, hvilke virkninger en strategi om fuldstændig eller delvis afskærmning af indhold ville få for downstream-konkurrencen (dvs. den tredje af disse betingelser).

3. Det andet led om den ufuldstændige vurdering af transaktionens skader for konkurrencen som følge af begrænsningen af innovative TV-tjenester

338 Sagsøgeren har indledningsvis forklaret, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse med rette fastslog, at den fusionerede enhed efter transaktionen ville have den evne og det incitament, der krævedes for at hindre fremkomsten af innovative TV-tjenester såsom HbbTV og OTT-TV, hvilket ville skade forbrugerne som følge af en dårligere seeroplevelse og færre valgmuligheder. Sagsøgeren har imidlertid foreholdt Kommissionen, at den ikke tog hensyn til, at den fusionerede enhed ligeledes kunne skade andre innovative TV-tjenester såsom IPTV.

339 Til støtte herfor har sagsøgeren anført, at OTT-tjenesterne ikke er af samme kvalitet som IPTV, at de kræver særligt udstyr, og at de ikke er lige så omkostningseffektive som IPTV. Sagsøgeren har heraf udledt, at enhver bekymring over den forringede kvalitet og seeroplevelse for de endelige forbrugere med hensyn til OTT-TV også gælder for IPTV.

340 Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at den fusionerede enheds evne og incitament til at begrænse distributionen af indhold ikke var mindre for så vidt angår konkurrenternes IPTV-tjenester, end det var tilfældet for TV-selskabernes udbud af OTT-TV og HbbTV. Kommissionen forklarede på ingen måde, hvorfor en begrænsning af transmission af indhold via IPTV ville være uproblematisk, og hvorfor TV-selskabernes innovative tjenester ud over OTT-TV og HbbTV er mindre relevante eller mindre beskyttelsesværdige. Sagsøgeren har tilføjet, at Kommissionens bemærkning om, at OTT-TV kunne have ændret spillereglerne på mellemlang sigt, ikke hviler på noget bevis, og at selv hvis dette var tilfældet, kunne det ikke begrunde, at man så bort fra transaktionens negative virkninger for IPTV, der allerede havde opnået stor tiltrækningskraft på markedet. Ifølge sagsøgeren ville den fusionerede enhed desuden have et endnu større incitament til at skade IPTV end OTT-TV, eftersom IPTV var en egentlig erstatning for kabel-TV og den eneste alternative teknologi, der var i fremgang på markedet, hvorimod OTT-TV udelukkende blev anvendt som et supplement til en kabel-TV-tjeneste, men ikke som en erstatning herfor.

341 Det skal herved bemærkes, således som Kommissionen, støttet af intervenienten, har forklaret, at selv om IPTV er et system, der gør det muligt at udbyde TV-tjenester ved brug af internetprotokollen, indgår det i et særligt og forvaltet netværk, der kontrolleres af udbyderen af TV-tjenester, hvorimod OTT-teknologien gør det muligt for TV-selskaberne at udsende TV-kanaler direkte via internettet, uden at netoperatøren inddrages i kontrollen med eller distributionen af indholdet. I modsætning til IPTV muliggør OTT-teknologien således en mere direkte interaktion mellem TV-selskaberne (kanalerne) og de endelige seere.

342 I den anfægtede afgørelse redegjorde Kommissionen i øvrigt for en række forhold, der godtgjorde, at OTT-TV faktisk var en nyere teknologi, der blev anvendt i stigende grad.

- 343 I 948. og 950.-954. betragtning til den anfægtede afgørelse kom Kommissionen således nærmere ind på det nye og voksende udbud af OTT-TV-tjenester i forbindelse med sin undersøgelse af transaktionens eventuelle horisontale virkninger på detailmarkedet for TV-tjenester.
- 344 I 948. betragtning til den anfægtede afgørelse konstaterede Kommissionen nærmere bestemt, at de traditionelle detail-TV-udbydere tilbyder stadig flere lineære TV-tjenester via OTT-TV. Den anførte i denne forbindelse, at Vodafone (Giga TV OTT), sagsøgeren (Magenta TV) og Telefónica (O2 TV) hver især havde et selvstændigt OTT-TV-udbud. Kommissionen konstaterede ligeledes, at andre aktører tilbød et OTT-TV-produkt som et supplement, der var målrettet deres eksisterende TV-abonnenter, herunder Unitymedia (Horizon Go), United Internet (1 & 1 TV app), Tele Columbus (Advance TV app), NetCologne (NetGo app) og M-Net (M-Net TV Plus App).
- 345 I 950. betragtning til den anfægtede afgørelse fremhævede Kommissionen, at udbyderne af OTT-tjenester såsom Amazon Prime og Netflix allerede havde en bred kundekreds, eftersom de allerede havde (mindst) 3 mio. tyske abonnenter hver især, og Netflix forventede en vækst på mere end 20% det pågældende år.
- 346 I 951. betragtning til den anfægtede afgørelse konstaterede Kommissionen, at de specialiserede OTT-tjenester ligeledes var på vej frem i Tyskland, og i 952. betragtning til denne afgørelse anførte den, at flere TV-selskaber også var begyndt at tilbyde deres egne OTT-tjenester.
- 347 I 1127.-1132. betragtning til den anfægtede afgørelse redegjorde Kommissionen i øvrigt for udviklingen i OTT-tjenesterne og navnlig for udviklingen i efterspørgslen efter sådanne tjenester i forbindelse med sin undersøgelse af de horisontale ikke-koordinerede virkninger på engrosmarkedet for udbud og erhvervelse af TV-kanaler og på markedet for levering af TV-signaler.
- 348 I denne forbindelse påpegede Kommissionen i 1127. betragtning til den anfægtede afgørelse, at den ved afgrænsningen af det relevante marked havde anført, at OTT-distribution havde fået stigende betydning i TV-sektoren både i Tyskland og i mange andre lande.
- 349 Kommissionen anførte ganske vist i 1129. betragtning til den anfægtede afgørelse, at de fleste TV-selskaber på nuværende tidspunkt stadig betragtede OTT-produkter som et supplement til de grundlæggende lineære TV-tjenester, men den fremhævede ligeledes og fremlagde dokumentation for, at de samme data pegede på en hurtig udbredelse af OTT-distribution i Tyskland, eftersom 11,7% af de adspurgte havde erklæret, at de kunne forestille sig at anvende OTT som eneste metode til at modtage TV i hjemmet. Kommissionen påpegede i øvrigt, at visse OTT-distributører såsom Netflix, Amazon og DAZN allerede var meget populære, og anførte, at en række deltagere i markedsundersøgelsen havde tilkendegivet, at OTT-tjenester i et vist omfang kunne erstatte traditionelle TV-tjenester.
- 350 I 1130. betragtning til den anfægtede afgørelse forklarede Kommissionen med henvisning til forskellige dokumenter, der er nævnt i fodnoter til den anfægtede afgørelse, at OTT-TV som påpeget af de tyske delstatsmyndigheder på medieområdet var på vej til at blive den vigtigste metode til modtagelse af audiovisuelt indhold med en stigning på 6% fra 2017 til 2018. Med hensyn til den nationale seerskare steg OTT-udbydernes andel i øvrigt fra 7,3% i 2015-2016 til 12,8% i 2017-2018. Hvad specifikt angik »premium«-TV-segmentet steg OTT-tjenester fra 16,8% i 2015-2016 til 23% i 2017-2018. I de samme år blev der desuden konstateret en tilsvarende

vækstrate med hensyn til abonnenter (fra 25,3 til 33,4%) og indtægter (fra 10,6 til 19,1%). Kommissionen anførte ligeledes, at markedsandelene for kabel-TV til sammenligning var faldet i det samme tidsrum.

- 351 I 1132. betragtning til den anfægtede afgørelse nævnte Kommissionen, at situationen udviklede sig hurtigt. Kommissionen fremhævede i denne forbindelse, at udviklingen af OTT-tjenester ville kunne begrænse de traditionelle TV-platformes markedsstyrke betydeligt og genskabe balancen i de forskellige aktørers forhandlingsposition, navnlig når markedsforholdene var passende.
- 352 Det må derfor fastslås, at Kommissionens bemærkning om, at OTT-TV kunne ændre spillereglerne på mellemlang sigt, i modsætning til det af sagsøgeren anførte er baseret på talrige beviser.
- 353 Sagsøgeren har i øvrigt ikke fremlagt noget bevis, der dels kan rejse tvivl om ovenstående konstateringer, dels kan godtgøre, at IPTV var i lignende vækst som OTT-TV, at IPTV havde et lignende vækstpotentiale, eller at OTT-TV ikke var af samme kvalitet som IPTV, krævede særligt udstyr og ikke var lige så omkostningseffektivt som IPTV, hvilket resulterede i, at enhver bekymring over den forringede kvalitet og seeroplevelse for de endelige forbrugere med hensyn til OTT-TV også burde gælde for IPTV. Det skal ligeledes bemærkes, at sagsøgeren ikke har anfægtet den forklaring, som Kommissionen gav i 291. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvorefter kun 8% af alle husstande havde valgt at abonnere på IPTV i Tyskland, hvilket viser denne teknologis begrænsede markedsandel.
- 354 Hvad dernæst angår den fusionerede enheds incitament til at hindre fremkomsten af innovative TV-tjenester fremhævede Kommissionen i 1275. betragtning til den anfægtede afgørelse, at OTT- og HbbTV-tjenester havde til formål at skabe en direkte forbindelse mellem TV-selskaberne og seerne og dermed begrænse den formidling, der sker via klassiske TV-platforme, herunder fusionsparternes platforme. Kommissionen udledte heraf, at den fusionerede enhed kunne have et incitament til at afskærme fremkomsten af sådanne tjenester for at bevare en forretningsmodel, hvor TV-plattformen kontrollerer kunderne, og der ikke er nogen interaktion mellem disse kunder og TV-selskaberne, og at det samme problem ikke gjorde sig gældende for IPTV, hvor der ikke tilbydes en sådan interaktion.
- 355 Kommissionen fremhævede i denne forbindelse, at de eksempler, som deltagerne i markedsundersøgelsen var kommet med, og fusionsparternes interne dokumenter indikerede, at fusionsparterne allerede havde et incitament til at begrænse udviklingen af OTT- og HbbTV-tjenester, og forklarede, at det eksisterende incitament ville blive større efter transaktionen. Den fusionerede enheds øgede markedsstyrke ville nemlig begrænse TV-selskabernes mulighed for at modstå Vodafones forsøg på at anvende sådanne strategier. Den fusionerede enhed ville endvidere ikke have haft noget incitament til at indføre innovative interaktive tjenester som reaktion på lignende tjenester, der tilbydes af den største sammenlignelige konkurrent, nemlig Unitymedia. Eftersom en vellykket udelukkelse af konkurrencen fra OTT-tjenester på detailsalgsniveau ville være til fordel for alle eksisterende detail-TV-udbydere, ville disse udbydere endelig blive tilskyndet til at »køre frihjul« (free-ride) på den afskærmning, der foretages af deres konkurrenter på detailniveau. Sammenslutningen af Vodafone og Unitymedia ville imidlertid have gjort det muligt for den fusionerede enhed at internalisere de to parter fordel ved en vellykket fortrængning af OTT-tjenester. Kommissionen udledte heraf, at dette ville styrke den fusionerede enheds incitament til at deltage i en sådan strategi (jf. 1280.-1283. betragtning til den anfægtede afgørelse).

- 356 Det følger heraf, at Kommissionen var i besiddelse af beviser, som gjorde det muligt for den i 1284. betragtning til den anfægtede afgørelse at konkludere, at fusionsparterne kunne have et incitament til at bremse væksten i OTT- og HbbTV-tjenester for at bevare en økonomisk model, hvor TV-plattformen kontrollerede forholdet til kunden direkte, og hvor TV-selskaberne blev forhindret i at omgå kabelnettenes formidling.
- 357 Sagsøgeren har imidlertid ikke påvist, at den fusionerede enhed ville have et tilsvarende incitament til at begrænse distributionen af indhold ved hjælp af IPTV-teknologi.
- 358 Det skal i denne forbindelse fastslås, at det i modsætning til det af sagsøgeren anførte følger af de forskellige betragtninger til den anfægtede afgørelse, der er nævnt i præmis 342-351 ovenfor, at IPTV ikke udgør en egentlig erstatning for kabel-TV og ikke er den eneste alternative teknologi, der er i fremgang, og at OTT-TV meget vel kan blive en tjeneste, der anvendes i stedet for kabel-TV.
- 359 Sagsøgeren har derfor ikke godtgjort, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde var forpligtet til at vurdere, om den fusionerede enhed havde et incitament til at begrænse distributionen af indhold ved hjælp af IPTV, og at Kommissionen som følge heraf begik en åbenbar fejl ved ikke at foretage en sådan analyse. I lyset af det ovenfor anførte var sagsøgeren i øvrigt i stand til både at forstå, hvorfor Kommissionen ikke foretog en sådan vurdering, og at gøre sine rettigheder gældende, hvilket indebærer, at Kommissionen ikke tilsidesatte sin begrundelsespligt i denne henseende.
- 360 Det fjerde anbringendes andet led skal derfor forkastes tillige med det fjerde anbringende i dets helhed.

F. Det femte anbringende om Kommissionens åbenbart urigtige skøn, for så vidt som den fastslog, at tilsagnene vedrørende OTT-TV og leveringsgebyrer var tilstrækkelige til at gøre fusionen forenelig med det indre marked

- 361 Til støtte for det femte anbringende har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved at fastslå, at OTT-tilsagnet, tilsagnet om leveringsgebyrer og HbbTV-tilsagnet (herefter under ét »tilsagnene vedrørende markedet for levering af TV-signaler«), som fusionsparterne havde afgivet, kunne fjerne den betydelige konkurrencehindring, der var konstateret på markedet for levering af TV-signaler. Ifølge sagsøgeren var disse tilsagn derimod åbenbart uhensigtsmæssige og utilstrækkelige.

1. Indledende betragtninger

- 362 Som nævnt i præmis 31 og 32 ovenfor fastslog Kommissionen i den anfægtede afgørelse, at transaktionen på grund af den fusionerede enheds øgede markedsstyrke på markedet for levering af TV-signaler kunne føre til dels, at denne enhed foretog en form for delvis afskærmning af FTA- eller betalingskanaler, bl.a. ved at skærpe de kontraktlige og finansielle vilkår, som den pålagde TV-selskaberne, hvilket ville medføre en kvalitativ forringelse af TV-udbuddet for de endelige seere i Tyskland, dels at denne enhed iværksatte en strategi med det formål at hindre fremkomsten og udviklingen af OTT-TV-tjenester og HbbTV-tjenester, hvilket kunne skade forbrugerne som følge af en dårligere seeroplevelse og færre valgmuligheder (jf. dels 1205.-1265. betragtning, dels 1266.-1292. betragtning).

- 363 For at fjerne den betydelige konkurrencehindring, der var konstateret på markedet for levering af TV-signaler, accepterede Kommissionen en række tilsagn fra Vodafone, nemlig OTT-tilsagnet, som forhindrede den fusionerede enhed i at begrænse muligheden for, at TV-selskaber, hvis indhold blev vist på dens platform, kunne distribuere dette indhold via en OTT-tjeneste, og som i denne forbindelse sikrede dem en tilstrækkelig direkte samkøringskapacitet, HbbTV-tilsagnet, som forpligtede den fusionerede enhed til at fortsætte med at sende HbbTV-signalet fra FTA-TV-selskaber, og tilsagnet om leveringsgebyrer, som forhindrede den fusionerede enhed i at forhøje de leveringsgebyrer, som FTA-TV-selskaber skulle betale til den, som beskrevet i præmis 40 og 41 ovenfor.
- 364 I det foreliggende tilfælde kan den argumentation, som sagsøgeren har fremført til støtte for det femte anbringende, opdeles i fire led, hvoraf det første vedrører anvendelsen af et urigtigt retligt kriterium ved vurderingen af, om tilsagnene vedrørende markedet for levering af TV-signaler var hensigtsmæssige, det andet vedrører disse tilsagns manglende effektivitet, eftersom de ikke fjernede de påviste konkurrenceproblemer, det tredje vedrører den forsinkede afgivelse af tilsagnet om leveringsgebyrer, og det fjerde vedrører manglende fjernelse af en betydelig konkurrencehindring på alle de relevante markeder.
- 365 Heroverfor har Kommissionen, støttet af intervenienten, anført, at det femte anbringende er uvirksomt, eftersom sagsøgeren ikke har anfægtet vurderingen af WCBA-tilsagnet, selv om dette tilsagn også bidrog til at fjerne de konkurrenceproblemer, der var konstateret på markedet for levering af TV-signaler.
- 366 Retten anser det i denne forbindelse for hensigtsmæssigt først at efterprøve rigtigheden af de fire led, som sagsøgeren har fremført til støtte for det femte anbringende.

2. Det første led om anvendelsen af et urigtigt retligt kriterium ved vurderingen af, om tilsagnene vedrørende markedet for levering af TV-signaler var hensigtsmæssige

- 367 Sagsøgeren har for det første anført, at Kommissionen burde have anset tilsagnene vedrørende markedet for levering af TV-signaler for at være åbenbart utilstrækkelige, fordi de udelukkende vedrørte den fusionerede enheds adfærd. Meddelelsen om løsningsforslag gjorde det nemlig principielt ikke muligt at acceptere tilsagn af adfærdsmæssig karakter for at afhjælpe horisontale konkurrenceproblemer såsom dem, der blev konstateret på markedet for levering af TV-signaler.
- 368 Sagsøgeren har for det andet anført, at Kommissionen vurderede tilsagnenes hensigtsmæssighed på grundlag af et urigtigt og alt for lempeligt retligt kriterium. Sagsøgeren har i denne henseende gjort gældende, at den vage terminologi, som Kommissionen anvendte i den anfægtede afgørelse, antydte, at det var muligt, men ikke sikkert, at disse tilsagn ville være tilstrækkelige og effektive til helt at fjerne de konkurrenceproblemer, der var konstateret på markedet for levering af TV-signaler, hvilket medførte, at disse foranstaltninger ikke skulle have været accepteret.
- 369 Kommissionen har, støttet af Vodafone, bestridt sagsøgerens argumenter.
- 370 Hvad for det første angår sagsøgerens indvending om, at tilsagnene vedrørende markedet for levering af TV-signaler udelukkende er af adfærdsmæssig karakter og dermed utilstrækkelige til at afhjælpe horisontale konkurrenceproblemer, har sagsøgeren ret i, at Kommissionen i punkt 15 i meddelelsen om løsningsforslag har forklaret, at tilsagn af strukturel karakter såsom tilsagn om frasalg af en virksomhed som hovedregel set ud fra perspektivet i forordning nr. 139/2004 er at foretrække, eftersom sådanne tilsagn varigt kan forebygge de konkurrenceproblemer, som den

anmeldte fusion ville skabe, og ikke kræver mellem- eller langsigtede overvågningsmekanismer. Som sagsøgeren har påpeget, har Kommissionen i øvrigt i den nævnte meddelelses punkt 17 fremhævet, at tilsagn angående den fusionerede enheds fremtidige adfærd kun undtagelsesvis vil kunne accepteres under ganske særlige omstændigheder.

- 371 Kommissionen har endvidere kun kompetence til at acceptere tilsagn, der efter deres art er egnede til at gøre fusionen forenelig med det indre marked. Med andre ord skal de tilsagn, der tilbydes af de deltagende parter, gøre det muligt for Kommissionen at konkludere, at den pågældende fusion ikke vil hæmme den effektive konkurrence betydeligt inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, navnlig ved at skabe eller styrke en dominerende stilling som omhandlet i denne forordnings artikel 2, stk. 2 (jf. dom af 23.2.2006, *Cementbouw Handel & Industrie mod Kommissionen*, T-282/02, EU:T:2006:64, præmis 294 og den deri nævnte retspraksis).
- 372 De under fase II afgivne tilsagn har bl.a. til formål at afhjælpe de konkurrenceproblemer, som Kommissionen har konstateret under fase I, og som har ledt Kommissionen til at indlede fase II. Når Retten skal tage stilling til, om de i fase II afgivne tilsagn med hensyn til rækkevidde og indhold gør det muligt for Kommissionen at træffe en afgørelse om godkendelse af fusionen, påhviler det således Retten at undersøge, om Kommissionen uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn har været i stand til at vurdere, at de nævnte tilsagn er en direkte og tilstrækkelig reaktion på de under fase I konstaterede konkurrenceproblemer (jf. i denne retning dom af 13.5.2015, *Niki Luftfahrt mod Kommissionen*, T-162/10, EU:T:2015:283, præmis 298).
- 373 Adfærdsmæssige tilsagn er endelig ikke i sig selv uegnede til at forhindre en betydelig konkurrencehindring inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf, navnlig som følge af skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling, og de skal derfor vurderes fra sag til sag på samme måde som strukturelle tilsagn (jf. i denne retning dom af 21.9.2005, *EDP mod Kommissionen*, T-87/05, EU:T:2005:333, præmis 100 og den deri nævnte retspraksis).
- 374 Kommissionen har således i punkt 15 i meddelelsen om løsningsforslag fremhævet, at det ikke automatisk kan udelukkes, at andre typer tilsagn end tilsagn af strukturel karakter også vil kunne forebygge, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt.
- 375 Det følger af det ovenfor anførte, at Kommissionen ganske vist har udtrykt en præference for strukturelle tilsagn i meddelelsen om løsningsforslag, hvilket navnlig skyldes, at det er let at implementere dem. Det må imidlertid konstateres, at accepten af tilsagnene især afhænger af, om de er egnede og tilstrækkelige til at løse det påviste konkurrenceproblem, og om det er sikkert, at de nævnte tilsagn vil kunne implementeres.
- 376 Sagsøgeren kan således ikke med rette gøre gældende, at Kommissionen burde have afvist tilsagnene vedrørende markedet for levering af TV-signaler med henvisning til, at de var åbenbart utilstrækkelige, alene fordi de udelukkende vedrørte den fusionerede enheds adfærd, hvilket gør det muligt at forkaste det første klagepunkt.
- 377 Hvad for det andet angår sagsøgerens indvending om, at den terminologi, som Kommissionen anvendte i den anfægtede afgørelse, antydte, at Kommissionen ikke var sikker på, at tilsagnene vedrørende markedet for levering af TV-signaler ville være tilstrækkelige og effektive til at afhjælpe den betydelige konkurrencehindring, der var konstateret på markedet for levering af TV-signaler, skal det bemærkes, at Kommissionen skal erklære en fusion forenelig med det indre marked, hvis det er tilstrækkelig sandsynligt, at den nævnte transaktion, som ændret ved de af

fusionsparterne fremsatte tilsagn, ikke på afgørende måde vil hæmme den faktiske konkurrence inden for det indre marked eller en væsentlig del heraf (jf. i denne retning dom af 23.5.2019, KPN mod Kommissionen, T-370/17, EU:T:2019:354, præmis 110 og den deri nævnte retspraksis).

- 378 I øvrigt kan det kun antages, at tilsagn, som foreslås af den part, der har anmeldt den pågældende transaktion, kan gøre transaktionen forenelig med det indre marked, såfremt Kommissionen med sikkerhed kan konkludere, at tilsagnene kan iværksættes, og at den afhjælpning, der vil opstå som følge heraf, er tilstrækkelig levedygtig og holdbar til, at den konstaterede betydelige konkurrencehindring ikke opstår inden for en forholdsvis nær fremtid, hvilket det netop er formålet med tilsagnene at forebygge (jf. i denne retning dom af 13.5.2015, Niki Luftfahrt mod Kommissionen, T-162/10, EU:T:2015:283, præmis 294 og den deri nævnte retspraksis).
- 379 Det følger heraf, at selv om Kommissionen skal være sikker på, at de foreslåede tilsagn kan iværksættes, og at de er tilstrækkelig levedygtige og holdbare, kan den erklære en fusion forenelig med det indre marked, hvis det er tilstrækkelig sandsynligt, at de nævnte tilsagn vil være tilstrækkelige og effektive til at fjerne den konstaterede betydelige konkurrencehindring.
- 380 Sagsøgeren kan i øvrigt ikke med rette gøre gældende, at det fremgår af Kommissionens formuleringer, at Kommissionen blot henviste til en mulighed for, at tilsagnene helt ville fjerne alle de konstaterede negative virkninger, som transaktionen ville have på markedet for levering af TV-signaler.
- 381 Det er korrekt, at den del af den anfægtede afgørelse, der vedrører vurderingen af de endelige tilsagn, indeholder visse formuleringer, der isoleret set kan fortolkes således, at Kommissionen var i tvivl. Disse formuleringer skal imidlertid læses i lyset af hele denne del af den anfægtede afgørelse og navnlig de konklusioner, som Kommissionen drog i 1965., 1972. og 1973. betragtning til den anfægtede afgørelse.
- 382 Det må i denne forbindelse konstateres, at Kommissionen som en generel konklusion i 1973. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte, at »de endelige tilsagn som helhed [var] egnede og tilstrækkelige til at fjerne de påviste konkurrenceproblemer, der indebar, at transaktionen ville hæmme den effektive konkurrence betydeligt«, og at »de endelige tilsagn [kunne] iværksættes effektivt inden for kort tid«.
- 383 Det følger af det ovenfor anførte, at det femte anbringendes første led skal forkastes.

3. Det andet led om, at tilsagnene vedrørende markedet for levering af TV-signaler var ineffektive, eftersom de ikke fjernede de påviste konkurrenceproblemer

- 384 Til støtte for det femte anbringendes andet led har sagsøgeren gjort gældende, at tilsagnene vedrørende markedet for levering af TV-signaler var fuldstændigt ineffektive og uegnede til at nå Kommissionens mål om at kompensere for den fusionerede enheds øgede forhandlingsstyrke i forhold til TV-selskaberne.
- 385 Sagsøgeren har således for det første anført, at OTT-tilsagnet hverken ville beskytte TV-selskaber, der distribuerer lineære kanaler uden catch-up-TV-tjenester på den fusionerede enheds platform, eller TV-selskaber, der tilbyder ikke-lineære tjenester (VOD-tjenester).

- 386 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at eftersom OTT-TV først på mellemlang sigt ville kunne begrænse traditionelle TV-platformes markedsstyrke, hvilket Kommissionen selv har anført i 1132. betragtning til den anfægtede afgørelse, var OTT-tilsagnet ineffektivt, i og med at det først ville få betydning på et senere tidspunkt, efter at konkurrencevilkårene på markedet var blevet yderligere forringet, hvilket strider mod kravene i punkt 9 i meddelelsen om løsningsforslag.
- 387 For det tredje har sagsøgeren forklaret, at det andet aspekt af OTT-tilsagnet, nemlig tilsagnet om samtrafik for OTT-tjenester, var utilstrækkeligt, eftersom der kunne opstå kapacitetsproblemer i hele kabelnettets område og især i abonnentnettet, hvor alle kunder skulle deles om den begrænsede kapacitet i koaksialkablet, hvilket viser, at selv om der blev sikret en tilstrækkelig sammenkoblings- eller peeringkapacitet, ville dette ikke i sig selv garantere en tilstrækkelig modtagekvalitet for OTT-TV-kunderne og ikke forbedre konkurrencevilkårene.
- 388 Sagsøgeren har for det fjerde henvist til, at tilsagnene vedrørende markedet for levering af TV-signaler var utilstrækkelige, for så vidt som de ikke mindskede den fusionerede enheds evne og incitament til at skade innovative TV-tjenester som f.eks. tredjeparts-IPTV. Ifølge sagsøgeren vil den fusionerede enhed således stadig frit kunne begrænse TV-selskabernes brug af tredjeparts-IPTV-tjenester og dermed skade disse TV-selskaber, konkurrerende udbydere af detail-TV-tjenester og deres kunder.
- 389 Sagsøgeren har for det femte gjort gældende, at tilsagnene ikke ville forhindre den fusionerede enhed i at pålægge TV-selskaberne andre ugunstige betingelser, som kunne føre til resultater, der svarede til eller var endnu værre end dem, som disse tilsagn skulle fjerne. Andre forhold, der blev drøftet under de mangefacetterede forhandlinger mellem den fusionerede enhed og TV-selskaberne, kunne således være blevet påvirket negativt. Tilsagnet om leveringsgebyrer ville således ikke få nogen virkning, eftersom det ikke tog højde for forringelsen af andre kontraktvilkår til skade for TV-selskaberne og ikke forhindrede den fusionerede enhed i at misbruge sin markedsstyrke.
- 390 Kommissionen har, støttet af Vodafone, bestridt sagsøgerens argumenter.
- 391 Det må herved hvad for det første angår sagsøgerens indvending om, at OTT-tilsagnet var ineffektivt, eftersom det ikke ville beskytte TV-selskaber, der distribuerer lineære kanaler uden catch-up-TV-tjenester på den fusionerede enheds platform, og TV-selskaber, der tilbyder ikke-lineære tjenester, konstateres, at denne indvending er baseret på en fejlagtig fortolkning af OTT-tilsagnet.
- 392 Det fremgår nemlig af punkt 13 i afsnit B.II i tilsagnenes tekst, at Vodafone ved OTT-tilsagnet forpligtede sig til ikke at indgå eller forny nogen aftale med et TV-selskab om distribution af TV-selskabets lineære kanaler og catch-up-TV-tjenester vedrørende disse lineære kanalers indhold via Vodafones TV-platform, når denne aftale indeholdt vilkår, der direkte eller indirekte ville begrænse dette TV-selskabs mulighed for at udbyde en OTT-tjeneste eller sine lineære kanaler via en OTT-tjeneste eller sit indhold som led i en OTT-tjeneste i Tyskland (jf. ligeledes 1924. betragtning til den anfægtede afgørelse).
- 393 Eftersom begrebet »TV-selskab« i tilsagnene defineres som enhver »udbyder af en eller flere lineære TV-kanaler«, kan OTT-tilsagnets tekst ikke fortolkes som anført af sagsøgeren, nemlig således, at det kun ville gælde for TV-selskaber, der distribuerer både lineære kanaler og catch-up-TV-tjenester via den fusionerede enheds platform, og dermed således, at tilsagnet

vedrørende OTT-begrænsningerne hverken ville beskytte TV-selskaber, der distribuerer lineære kanaler uden catch-up-TV-tjenester på den fusionerede enheds platform, eller TV-selskaber, der ligeledes tilbyder ikke-lineære tjenester.

- 394 Formålet med henvisningen i tilsagnetes tekst til en aftale med et TV-selskab, som omfattede distribution af dette TV-selskabs lineære kanaler »og« catch-up-TV-tjenester vedrørende disse lineære kanalers indhold via Vodafones TV-platform, var at udvide tilsagnets rækkevidde til at omfatte ikke bare aftaler om distribution af lineære kanaler, men også aftaler om såvel distribution af lineære kanaler som tjenester i tilknytning til distribution af lineære kanaler, herunder catch-up-TV-tjenester vedrørende disse lineære kanalers indhold, i stedet for at udelukke aftaler, der var indgået eller skulle indgås med TV-selskaber, som distribuerer lineære kanaler uden catch-up-TV-tjenester på den fusionerede enheds platform, eller med TV-selskaber, der ligeledes tilbyder ikke-lineære tjenester.
- 395 Det følger heraf, at OTT-tilsagnet snarere skal fortolkes således, at det vedrørte dels aftaler, der var forhandlet med et TV-selskab, og som alene vedrørte distributionen af dette selskabs lineære kanaler, dels aftaler, der var forhandlet med et TV-selskab, og som vedrørte distributionen af dette selskabs lineære kanaler og udbuddet af catch-up-TV-tjenester vedrørende disse lineære kanalers indhold via Vodafones TV-platform, hvilket gør det muligt at forkaste sagsøgerens første klagepunkt.
- 396 Det skal under alle omstændigheder bemærkes, at sagsøgeren ikke har oplyst, hvilken betydning dennes fortolkning af OTT-tilsagnet, hvorefter dette ikke ville beskytte TV-selskaber, der distribuerer lineære kanaler uden catch-up-TV-tjenester på den fusionerede enheds platform, eller TV-selskaber, der ligeledes tilbyder ikke-lineære tjenester, har for det nævnte tilsagns effektivitet. Sagsøgeren har navnlig ikke godtgjort, at OTT-tilsagnet var utilstrækkeligt til at afhjælpe det konkurrenceproblem, der blev konstateret på markedet for levering af TV-signaler, og som begrundede dets vedtagelse, eftersom tilsagnet ikke gjaldt for TV-selskaber, der distribuerer lineære kanaler uden catch-up-TV-tjenester på den fusionerede enheds platform, eller for TV-selskaber, der ligeledes tilbyder ikke-lineære tjenester. Sagsøgeren har i denne forbindelse ikke fremført noget forhold, der gør det muligt at vurdere, hvor mange TV-selskaber der i så fald ville være ude af stand til at drage fordel af OTT-tilsagnet.
- 397 Hvad for det andet angår sagsøgerens indvending om, at OTT-tilsagnet var ineffektivt, i og med at det først ville få betydning på et senere tidspunkt, skal det bemærkes, at det fremgår af 1266. betragtning til den anfægtede afgørelse, at det konstaterede konkurrenceproblem, som denne foranstaltning skulle afhjælpe, bestod i, at den fusionerede enhed fik flere muligheder for at hindre fremkomsten og udviklingen af visse innovative TV-tjenester, herunder OTT-TV, som kunne medføre øget interaktion mellem TV-selskabet og seerne, og som var ved at vinde frem.
- 398 Uanset inden for hvilken tidsramme OTT-tjenesterne ville have været i stand til at begrænse traditionelle TV-platformes markedsstyrke betydeligt, må det som følge heraf konstateres, at OTT-tilsagnet, for så vidt som det fra det tidspunkt, hvor den anfægtede afgørelse blev vedtaget, ikke alene forhindrede Vodafone i at indgå eller forny en aftale med et TV-selskab, som indeholdt vilkår, der direkte eller indirekte ville begrænse dette TV-selskabs mulighed for at udbyde en OTT-tjeneste i Tyskland, men ligeledes forpligtede Vodafone til ikke at håndhæve eventuelle eksisterende klausuler af denne art og til at fjerne lignende begrænsninger i eksisterende kontrakter, kunne det umiddelbart forhindre Vodafone i at hæmme fremkomsten og udviklingen af OTT-tjenester og dermed i at afhjælpe det konstaterede konkurrenceproblem, der lå til grund

for dets vedtagelse. Det følger heraf, at OTT-tilsagnet faktisk kunne implementeres effektivt og på kort tid i overensstemmelse med punkt 9 i meddelelsen om løsningsforslag, hvilket gør det muligt at forkaste sagsøgerens andet klagepunkt.

- 399 Hvad for det tredje angår sagsøgerens indvending om, at tilsagnet om samtrafik for OTT-tjenester, var utilstrækkeligt, eftersom der kunne opstå kapacitetsproblemer i hele kabelnettets område, hvilket ville medføre, at en tilstrækkelig sammenkoblings- eller peeringkapacitet ikke ville garantere en tilstrækkelig modtagekvalitet for OTT-TV-kunderne, skal det bemærkes, at det fremgår af punkt 15 i afsnit B.II i tilsagnenes tekst, at formålet med denne afhjælpning var at opretholde mindst tre ledige forbindelser ind i den fusionerede enheds IP-net i Tyskland. Formålet var med andre ord at tilvejebringe tilstrækkelig sammenkoblingskapacitet til at give den fusionerede enheds bredbåndskunder adgang til alle OTT-tjenester i Tyskland, enten via de sammenkoblingspunkter, der er beskrevet i punkt 16 i afsnit B.II i tilsagnenes tekst, eller på anden måde.
- 400 Til dette formål var der i punkt 16 i afsnit B.II i tilsagnenes tekst navnlig fastsat følgende forpligtelser. Vodafone skulle for det første sørge for, at udnyttelsen ved alle sammenkoblingspunkter mellem den fusionerede enhed og hver gruppe af mindst tre anerkendte udbydere af forbindelsesmuligheder, der var villige til at sælge transittjenester, ikke oversteg 80% under den daglige spidsbelastning, således at der ville være mindst 20% ledig kapacitet i forhold til denne spidsbelastning. Vodafone skulle for det andet sørge for, at den ledige kapacitet i forhold til den daglige spidsbelastning var på mindst 20 Gbit/s. Dette tal skulle revideres hvert år efter en procedure, der er beskrevet i tilsagnenes tekst. Sagsøgeren har imidlertid ikke forklaret mere konkret, hvorfor dette ville være utilstrækkeligt.
- 401 Det skal herved ligeledes bemærkes, at Kommissionen og intervenienten i det væsentlige har forklaret uden at blive modsagt, at den fusionerede enhed ville have et stærkt incitament til at minimere belastningen i abonnentnettet, eftersom en sådan belastning ville medføre en stor risiko for, at enheden mistede kunder til andre udbydere på markedet for fastnetadgang.
- 402 Det må desuden konstateres, at Kommissionen i 1929. betragtning til den anfægtede afgørelse gjorde opmærksom på, at den netneutralitet, der er sikret ved Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2015/2120 af 25. november 2015 om foranstaltninger vedrørende adgang til det åbne internet og om ændring af direktiv 2002/22/EF om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester og forordning (EU) nr. 531/2012 om roaming på offentlige mobilkommunikationsnet i Unionen (EUT 2015, L 310, s. 1), burde forhindre den fusionerede enhed i at benytte en ensidig begrænsende praksis for at omgå tilsagnet, f.eks. ved ændring af prioriteter på trafikområdet eller forskelsbehandling, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt.
- 403 Det skal i lyset af det ovenfor anførte fastslås, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at tilsagnet om samtrafik for OTT-tjenester var utilstrækkeligt til at garantere en tilstrækkelig modtagekvalitet for OTT-TV-kunderne, hvilket gør det muligt at forkaste det tredje klagepunkt.
- 404 Hvad for det fjerde angår sagsøgerens indvending om, at tilsagnene vedrørende markedet for levering af TV-signaler var utilstrækkelige, eftersom de ikke ville mindske den fusionerede enheds evne og incitament til at skade innovative TV-tjenester som f.eks. tredjeparts-IPTV, skal det, som det fremgår af undersøgelsen af det fjerde anbringendes andet led, bemærkes, at selv om Kommissionen i den anfægtede afgørelse konkluderede, at den fusionerede enhed ville have evne og incitament til at hindre fremkomsten og udviklingen af innovative TV-tjenester som f.eks.

HbbTV og OTT-TV, og at Vodafone havde afgivet OTT-TV- og HbbTV-tilsagn for at afhjælpe dette konkurrenceproblem, gjaldt dette efter Kommissionens opfattelse ikke for IPTV, eftersom dette produkt i modsætning til OTT-TV var i tilbagegang og kun tegnede sig for en beskednen markedsandel på 8% (jf. 291. betragtning til den anfægtede afgørelse), hvilket sagsøgeren ikke har bestridt.

- 405 Det fremgår i øvrigt af præmis 338-360 ovenfor, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved ikke at undersøge, om den fusionerede enhed ville have evne og incitament til at hindre fremkomsten og udviklingen af andre innovative tjenester såsom IPTV, således at det ikke var nødvendigt at kræve et tilsagn herom, hvorfor det fjerde klagepunkt ikke kan tages til følge.
- 406 Hvad for det femte angår sagsøgerens indvending om, at tilsagnene vedrørende markedet for levering af TV-signaler ikke ville forhindre den fusionerede enhed i at pålægge TV-selskaberne andre ugunstige betingelser, som kunne føre til resultater, der svarede til eller var endnu værre end dem, som disse tilsagn skulle fjerne, må det konstateres, at sagsøgeren og intervenienten er enige om, at forhandlingerne mellem TV-selskaber og TV-platforme ikke var begrænset til TV-selskabernes indtægtsstrømme til den fusionerede enhed, dvs. leveringsgebyrerne, men også vedrørte betalinger for indhold og betalinger i tilknytning til den tekniske kvalitet eller supplerende funktioner og tjenester, som den fusionerede enhed tilvejebragte til TV-selskaberne.
- 407 Det må imidlertid indledningsvis konstateres, at Kommissionen i 1221. betragtning til den anfægtede afgørelse anførte, at leveringsgebyrerne var direkte forbundet med transmissionen af kabel-TV-signaler og derfor syntes at være det vigtigste element i betalingsstrømmen, som ville blive påvirket af den fusionerede enheds øgede markedsstyrke på markedet for levering af TV-signaler. I 1959. betragtning til den nævnte afgørelse forklarede Kommissionen i øvrigt, at selv om den seneste udvikling af tillægs-TV-tjenester havde bidraget til en stigning i indtægtsstrømmen fra TV-platforme til TV-selskaber, var leveringsgebyrerne stadig et yderst relevant økonomisk element i kontraktforholdet mellem FTA-TV-selskaber og kabel-TV-platforme. Kommissionen tilføjede, at visse oplysninger i sagsakterne tydede på, at transaktionen formentlig ville få ringe indvirkning på den fusionerede enheds indtægtsstrøm til TV-selskaberne [jf. den anfægtede afgørelses afsnit VIII.C.2.11.3.9, nr. ii)], selv om det ikke kunne udledes af sagsakterne, at det samme ville gælde for leveringsgebyrerne (jf. ligeledes 1261. betragtning).
- 408 Det følger heraf, at Kommissionen uden at begå en åbenbar fejl kunne tage hensyn til, at tilsagnet om ikke at forhøje leveringsgebyrerne kunne opveje risikoen for, at bredden og kvaliteten af TV-udbuddet til detailkunderne ville blive forringet som følge af en betydelig skærpelse af de kontraktvilkår, som den fusionerede enhed pålagde FTA-TV-selskaber.
- 409 Det skal endvidere fastslås, at Kommissionen med rette kunne tage hensyn til, at tilsagnet om leveringsgebyrer og OTT-tilsagnet supplerede hinanden, eftersom det førstnævnte tilsagn havde direkte betydning for det økonomiske forhold mellem den fusionerede enhed og de berørte TV-selskaber for så vidt angik det traditionelle og lineære TV-udbud, og det sidstnævnte tilsagn ville påvirke udbuddet af supplerende tjenester.
- 410 Under retsforhandlingerne for Retten har Kommissionen i øvrigt anført, uden at sagsøgeren har bestridt dette, at hvis den fusionerede enhed tilføjede betydelige betalinger ud over leveringsgebyrerne, ville der være tale om en let påviselig omgåelse af tilsagnene.

- 411 Det skal endelig bemærkes, at selv om det antages, at sagsøgerens femte klagepunkt om omgåelse af tilsagnene ligeledes gælder for betalings-TV, har sagsøgeren heller ikke fremlagt beviser, der kan afkræfte Kommissionens argument om, at enhver adfærd af den type, som sagsøgeren har beskrevet, for så vidt angik betalings-TV-kanaler ville være i strid med OTT-tilsagnet.
- 412 Det følger af det ovenfor anførte, at det femte klagepunkt er tilstrækkelig forståeligt, og at det derfor i modsætning til det af Kommissionen anførte kan antages til realitetsbehandling, men at det er ugrundet. Dette klagepunkt skal som følge heraf forkastes tillige med det femte anbringendes andet led.

4. Det tredje led om den forsinkede afgivelse af tilsagnet om leveringsgebyrer

- 413 Til støtte for det femte anbringendes tredje led har sagsøgeren anført, at tilsagnet om leveringsgebyrer blev afgivet efter udløbet af fristen for fremlæggelse af afhjælpende foranstaltninger, hvilket resulterede i, at Kommissionen ikke kunne foretage en ny markedstest. Det fremgår imidlertid af meddelelsen om løsningsforslag, at kun tilsagn, der giver en fuldstændig og utvetydig løsning på de påviste konkurrenceproblemer, kan accepteres efter fristens udløb, hvilket ikke gælder for dette tilsagn, henset til de argumenter, der er fremført i forbindelse med det femte anbringendes to første led. Kommissionen burde derfor have afvist tilsagnet om leveringsgebyrer.
- 414 Kommissionen har, støttet af Vodafone, bestridt sagsøgerens argumenter.
- 415 Det skal herved bemærkes, at det fremgår af artikel 19, stk. 2, i forordning nr. 802/2004, at tilsagn, som de deltagende virksomheder har tilbudt at afgive over for Kommissionen i overensstemmelse med artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 139/2004, skal afgives senest 65 arbejdsdage efter den dato, hvor proceduren blev indledt. Når fristen for vedtagelse af en afgørelse i henhold til artikel 8, stk. 2, i forordning nr. 139/2004 forlænges, forlænges fristen på 65 arbejdsdage automatisk med det samme antal arbejdsdage.
- 416 Det fremgår i øvrigt af punkt 94 i meddelelsen om løsningsforslag, at hvis parterne ændrer deres forslag til tilsagn efter udløbet af 65-arbejdsdagefristen, vil Kommissionen kun acceptere disse ændrede tilsagn, hvis den klart – på grundlag af sin vurdering af de oplysninger, den allerede havde under undersøgelsen, herunder resultaterne af en forudgående markedstest, og uden at være nødt til at foretage en ny markedstest – kan fastslå, at disse tilsagn, når først de er opfyldt, giver en fuldstændig og utvetydig løsning på de påviste konkurrenceproblemer, og der er tid nok til, at Kommissionen kan foretage en fyldestgørende vurdering og høre medlemsstaterne. Det fremgår desuden af fodnote 107 til denne meddelelse, hvori der henvises til punkt 94 heri, at høringen af medlemsstaterne normalt indebærer, at Kommissionen må være i stand til at fremsende et udkast til den endelige afgørelse, med en vurdering af de ændrede tilsagn, til medlemsstaterne inden 10 arbejdsdage før mødet med medlemsstaterne i Det Rådgivende Udvalg.
- 417 Det skal endelig bemærkes, at Retten har fastslået, at disse to betingelser er kumulative, og har præciseret dem således, at Kommissionen kan tage hensyn til tilsagn, der er afgivet for sent af parterne i en anmeldt fusion, hvis disse tilsagn klart, og uden at det er nødvendigt med yderligere undersøgelser, løser de i forvejen påviste konkurrenceproblemer, og hvis der er tilstrækkelig tid til at høre medlemsstaterne om disse tilsagn (jf. dom af 6.7.2010, Ryanair mod Kommissionen, T-342/07, EU:T:2010:280, præmis 455 og den deri nævnte retspraksis).
- 418 Det må i det foreliggende tilfælde konstateres, at disse to betingelser er opfyldt.

- 419 Med hensyn til den første betingelse fremgår det af undersøgelsen af det femte anbringendes første og andet led, at sagsøgerens argumenter om, at tilsagnene og navnlig tilsagnet om leveringsgebyrer var ineffektive og utilstrækkelige, er blevet forkastet. Det skal som følge heraf fastslås, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen ikke klart – på grundlag af sin vurdering af de oplysninger, som den allerede havde under undersøgelsen, herunder resultaterne af en forudgående markedstest – kunne fastslå, at tilsagnet om leveringsgebyrer, når først det var opfyldt, klart, og uden at det var nødvendigt med yderligere undersøgelser, ville løse de i forvejen påviste konkurrenceproblemer.
- 420 Med hensyn til den anden betingelse bemærkes, at det fremgår af 25. og 26. betragtning til den anfægtede afgørelse, at den part, der anmeldte transaktionen, fremlagde et revideret udkast til tilsagn den 11. juni 2019, og at Det Rådgivende Udvalg drøftede udkastet til afgørelse og afgav en positiv udtalelse den 28. juni 2019. Det følger heraf, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde var i stand til at fremsende et udkast til den endelige afgørelse, med en vurdering af de ændrede tilsagn, til medlemsstaten inden 10 arbejdsdage før mødet i Det Rådgivende Udvalg, hvilket sagsøgeren ikke har bestridt, og at den derfor havde tilstrækkelig tid til at høre medlemsstaterne om tilsagnet om leveringsgebyrer.
- 421 Det følger af det ovenfor anførte, at Kommissionen kunne tage hensyn til tilsagnet om leveringsgebyrer, selv om det blev afgivet for sent, hvilket bevirker, at det femte anbringendes tredje led skal forkastes.

5. Det fjerde led om manglende fjernelse af en betydelig konkurrencehindring på alle de relevante markeder

- 422 Sagsøgeren har gjort gældende, at tilsagnene, henset til de argumenter, der er fremført i forbindelse med det første, det andet og det fjerde anbringende, var utilstrækkelige, eftersom de ikke fjernede en betydelig konkurrencehindring på MDU- og SDU-markederne og heller ikke fjernede de afskærmende virkninger over for den fusionerede enheds konkurrenter på TV-engrosmarkederne, dvs. problemer, som Kommissionen ikke konstaterede i den anfægtede afgørelse.
- 423 Kommissionen har bestridt sagsøgerens argumenter.
- 424 Det er i denne forbindelse tilstrækkeligt at konstatere, at de argumenter, hvortil sagsøgeren har henvist, og som er fremført til støtte for det første, det andet og det fjerde anbringende, er blevet forkastet ovenfor af de grunde, der er anført i forbindelse med undersøgelsen af disse anbringender. Det følger heraf, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den antog, at transaktionen ikke medførte en betydelig konkurrencehindring på MDU- og SDU-markederne og ikke havde væsentlig negativ indvirkning på konkurrencen på engrosmarkedet for erhvervelse af TV-kanaler og på markedet for levering af TV-signaler, hvilket indebærer, at det femte anbringendes fjerde led ikke kan tiltrædes.
- 425 Henset til det ovenfor anførte skal det femte anbringende under alle omstændigheder forkastes som ugrundet.

G. Sagsøgerens anmodning om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse

- 426 Sagsøgeren har i sit indlæg af 2. juni 2023 anmodet Retten om at pålægge Kommissionen at fremlægge visse fortrolige dokumenter, der endnu ikke er gjort tilgængelige, for at sagsøgeren kan kontrollere, om disse dokumenter faktisk understøtter den konklusion, som Kommissionen nåede frem til med hensyn til det manglende konkurrenceforhold mellem fusionsparterne på MDU-markedet.
- 427 Det følger imidlertid bl.a. af præmis 71-167 ovenfor, at en sådan foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse ikke er nødvendig for, at der kan træffes afgørelse i sagen.
- 428 Sagsøgerens anmodning kan som følge heraf ikke efterkommes.
- 429 Det følger af det ovenfor anførte, at Kommissionen bør frifindes.

IV. Sagsomkostninger

- 430 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 1, pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagsomkostningerne i overensstemmelse med Kommissionens og Vodafones påstande herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Syvende Udvidede Afdeling):

1) Europa-Kommissionen frifindes.

2) Deutsche Telekom AG betaler sagsomkostningerne.

van der Woude

da Silva Passos

Reine

Truchot

Sampol Pucurull

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 13. november 2024.

Underskrifter

Indhold

I.	Sagens baggrund	2
A.	De berørte virksomheder	2
B.	Den administrative procedure	3
C.	Den anfægtede afgørelse	3
1.	Vurdering af fusionens virkninger for konkurrencen i Tyskland	3
a)	Horisontale virkninger	4
1)	Horisontale ikke-koordinerede virkninger på markedet for fastnetadgang .	4
2)	Horisontale ikke-koordinerede virkninger på markedet for detailudbud af transmission af TV-signaler	4
3)	Horisontale ikke-koordinerede virkninger på eventuelle markeder for detailudbud af multiple play-tjenester	5
4)	Horisontale ikke-koordinerede virkninger på markedet for detailudbud af TV-tjenester	5
5)	Horisontale ikke-koordinerede virkninger på engrosmarkedet for udbud og erhvervelse af TV-kanaler og på markedet for levering af TV-signaler ..	6
b)	Vertikale virkninger	7
c)	Konglomeratvirkninger	7
d)	Konklusion om fusionens virkninger i Tyskland	8
2.	Tilsagn, der blev gjort bindende ved den anfægtede afgørelse	8
II.	Retsforhandlingerne og parternes påstande	8
III.	Retlige bemærkninger	9
A.	De gældende retslige principper	9
1.	Domstolsprøvelsens intensitet	9
2.	Bevisreglerne	10
B.	Det første anbringende om tilsidesættelse af artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004 og åbenbart urigtige skøn for så vidt angår MDU-markedet	11
1.	Indledende betragtninger	11
2.	Det andet led om åbenbart urigtige skøn	12

a) Åbenbart urigtige skøn for så vidt angår konkurrenceforholdet mellem fusionsparterne	13
1) Direkte konkurrence	13
2) Indirekte konkurrence	15
3) Potentiel konkurrence	19
4) Den kollektive dominerende stilling, der fulgte af en stiltiende hemmelig aftale mellem fusionsparterne	25
b) De åbenbart urigtige skøn for så vidt angår transaktionens konkurrencemæssige virkninger på MDU-markedet	27
1) Forøgelsen af den fusionerede enheds markedsstyrke og fjernelsen af konkurrencepresset mellem parterne	27
2) Svækkelsen af konkurrencepresset fra de resterende konkurrenter	28
3. Det første led om en retlig fejl og en tilsidesættelse af artikel 2, stk. 2 og 3, i forordning nr. 139/2004	29
C. Det andet anbringende om et åbenbart urigtigt skøn for så vidt angår konkurrenceforholdet mellem fusionsparterne på SDU-markedet	32
1. Indledende betragtninger	32
2. Det første led om en retlig fejl og et åbenbart urigtigt skøn, eftersom Kommissionen ikke fastslog, at transaktionen ville skabe en dominerende stilling, der medførte en betydelig konkurrencehindring	34
3. Det andet led om et åbenbart urigtigt skøn, for så vidt som Kommissionen ikke konkluderede, at transaktionen ville fjerne den reelle og potentielle konkurrence mellem fusionsparterne	35
4. Det tredje led om et åbenbart urigtigt skøn, for så vidt som Kommissionen ikke vurderede, at transaktionen ville svække de resterende konkurrenter	38
D. Det tredje anbringende om et åbenbart urigtigt skøn vedrørende transaktionens vertikale virkninger for mellemliggende transmission af TV-signaler	39
1. Indledende betragtninger	39
2. Det andet led om åbenbare fejl, som Kommissionen begik ved vurderingen af en udelukkelsesstrategis potentielle virkninger for downstream-konkurrencen	42
E. Det fjerde anbringende om Kommissionens åbenbart urigtige skøn med hensyn til transaktionens virkninger på engrosmarkedet for erhvervelse af TV-kanaler og på markedet for levering af TV-signaler	45
1. Indledende betragtninger	45

2. Det første led om åbenbart urigtige skøn med hensyn til afskærmning af markedet gennem aftaler om (delvis eller fuld) eksklusivitet	48
a) Kommissionens angiveligt ufuldstændige og fejlagtige undersøgelse af den fusionerede enheds incitament til at indgå aftaler om fuld eksklusivitet	48
b) Kommissionens angiveligt ufuldstændige undersøgelse af den fusionerede enheds incitament til at indgå aftaler om delvis eksklusivitet	50
3. Det andet led om den ufuldstændige vurdering af transaktionens skader for konkurrencen som følge af begrænsningen af innovative TV-tjenester	52
F. Det femte anbringende om Kommissionens åbenbart urigtige skøn, for så vidt som den fastslog, at tilsagnene vedrørende OTT-TV og leveringsgebyrer var tilstrækkelige til at gøre fusionen forenelig med det indre marked	55
1. Indledende betragtninger	55
2. Det første led om anvendelsen af et urigtigt retligt kriterium ved vurderingen af, om tilsagnene vedrørende markedet for levering af TV-signaler var hensigtsmæssige	56
3. Det andet led om, at tilsagnene vedrørende markedet for levering af TV-signaler var ineffektive, eftersom de ikke fjernede de påviste konkurrenceproblemer	58
4. Det tredje led om den forsinkede afgivelse af tilsagnet om leveringsgebyrer	63
5. Det fjerde led om manglende fjernelse af en betydelig konkurrencehindring på alle de relevante markeder	64
G. Sagsøgerens anmodning om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse	65
IV. Sagsomkostninger	65