

195 Zaak T-394/15, KPN BV/Europese Commissie

Arrest van 26 oktober 2017 (Achtste kamer)

Mededinging – Concentraties – Nederlandse markt voor televisiediensten – Besluit waarbij concentratie verenigbaar met gemeenschappelijke markt wordt verklaard – Toezeggingen – Motiveringsplicht – Relevante markt – Verticale effecten – Rechterlijke toetsing

Deze zaak betreft de overname (hierna: de concentratie) van Ziggo door Liberty Global, het moederbedrijf van UPC. Met de concentratie zijn de nummers één en twee onder de Nederlandse kabelexploitanten samengegaan. Op grond van de concentratieverordening is de concentratie bij de Europese Commissie aangemeld. Beide ondernemingen waren in Nederland in andere geografische regio's actief en concurreerden dus niet om dezelfde consumenten. De concentratie heeft aan deze situatie niets veranderd. Wel zouden met de concentratie – in de oorspronkelijk aangemelde vorm – de twee enige premiumbetaalfilmkanalen in Nederland zijn samengegaan: Film1 (het betaalfilmkanaal van Liberty Global) en HBO Nederland (het betaalfilmkanaal van Ziggo). Daarmee had Liberty Global de (wholesale)tarieven voor deze kanalen kunnen verhogen voor concurrerende (retail)betaaltelevisiebedrijven zoals KPN. Bovendien zou Liberty Global in een positie gekomen zijn dat het kon weigeren om Film1 aan concurrerende retailers te leveren, waardoor dus het aanbod aan content dat die concurrenten consumenten kunnen aanbieden, zou verschromen. Om deze bezwaren weg te nemen heeft Liberty Global een pakket toezeggingen aangeboden. In het bijzonder heeft Liberty Global, om daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse wholesalemarkt voor premiumbetaalfilmkanalen te behouden, toegezegd om zijn Film1-zender van de hand te doen aan een externe overnemer. Op grond van deze toezeggingen heeft de Commissie bij besluit van 10 oktober 2014 (hierna: bestreden besluit) de concentratie verenigbaar met de interne markt verklaard.

KPN, verzoekster in deze zaak, komt op tegen het bestreden besluit. Verzoekster voert onder meer aan dat de Commissie haar motiveringsplicht heeft geschonden. Volgens verzoekster heeft de Commissie nagelaten

GERECHT

om te motiveren waarom zij mogelijke verticale effecten op de markt voor premiumbetaaltelevisiesportkanalen niet heeft beoordeeld. Volgens verzoekster is er een risico dat Liberty Global, als (wholesale)aanbieder van het betaalsportkanaal Sportu, de toegang tot dit betaalsportkanaal zou ontzeggen aan concurrerende (retail)betaaltelevisiebedrijven. De concentratie zou dus verticale effecten kunnen hebben.

Het Gerecht stelt vast dat het bestreden besluit ingaat op de verticale effecten met betrekking tot de markt voor premiumbetaalfilmkanalen. Het bestreden besluit gaat echter niet in op de verticale effecten met betrekking tot de markt voor premiumbetaalsportkanalen. Het bestreden besluit noemt weliswaar Sportu (het betaalsportkanaal van Liberty Global) en Fox Sports, maar niet in het kader van een analyse van de verticale effecten van de concentratie op de markt voor premiumbetaalsportkanalen. Vervolgens stelt het Gerecht vast dat de Commissie een precieze afbakening van de relevante markt achterwege heeft gelaten. De Commissie maakt in het bestreden besluit wel een onderscheid tussen basisbetaaltelevisiekanalen en premiumbetaaltelevisiekanalen. De Commissie was evenwel van mening dat een verder onderscheid tussen premiumbetaalsportkanalen en premiumbetaalfilmkanalen niet noodzakelijk was, aan-

gezien een dergelijk onderscheid geen invloed zou hebben op de beoordeling van de mededingingseffecten van de concentratie. De Commissie heeft derhalve de precieze afbakening van de relevante markt in het midden gelaten. Het Gerecht is van oordeel dat de Commissie de afbakening van de relevante markt niet zomaar in het midden had mogen laten. In dat verband wijst het Gerecht erop dat een passende omschrijving van de relevante markt een noodzakelijke en voorafgaande voorwaarde is voor elke beoordeling van de gevolgen die een concentratie voor de mededinging heeft. Het in het midden laten van een precieze omschrijving van de relevante markt is alleen geoorloofd indien geen van de mogelijke marktomschrijvingen tot het oordeel kan leiden dat er mededingingsbezwaren zijn. De Commissie had derhalve op zijn minst moeten uitleggen waarom zij van mening was dat de concentratie geen verticale effecten zou hebben met betrekking tot de markt van betaalsportkanalen. Door niet te motiveren waarom zij de verticale effecten van de concentratie op de markt van betaalsportkanalen niet heeft onderzocht, heeft de Commissie haar motiveringsplicht geschonden.

Geen van de argumenten van de Commissie kan aan die conclusie afdoen. De Commissie wijst erop dat het bestreden besluit vermeldt dat Liberty Global niet de enige (whole-

sale)aanbieder was van betaalsportkanalen en dat er een concurrerende aanbieder was, namelijk Fox Sports. Liberty Global zou daarom geen upstream marktmacht hebben en daarom niet in staat zijn om de downstream markt af te sluiten. Het Gerecht verwierpt dit argument. Het enkele feit dat Liberty Global niet de enige aanbieder is van betaalsportkanalen, betekent nog niet dat Liberty Global geen marktmacht zou hebben. Of een onderneming marktmacht heeft, hangt niet alleen af van het aantal concurrenten, maar ook van het marktaandeel. Het bestreden besluit vermeldt echter niets over de marktaandelen van Sportu en Fox Sports. Voorts roept het Gerecht in herinnering dat de motivering van een besluit impliciet mag zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarom de betrokken maatregelen zijn getroffen en de bevoegde rechter over voldoende elementen beschikt om zijn toezicht uit te oefenen. In casu is niet aan deze voorwaarden voldaan. Uit het bestreden besluit blijkt immers niet waarom de Commissie van mening was dat de concentratie geen verticale effecten op de markt van betaalsportkanalen zou hebben. Het Gerecht komt tot de conclusie dat de Commissie haar motiveringsplicht heeft geschonden. Het bestreden besluit wordt derhalve nietig verklaard.