GERECHT

## 122 Zaak T-370/17, KPN/ Europese Commissie

Arrest van 23 mei 2019 (Achtste kamer)

*Mededinging – Concentraties – Nederlandse markt voor televisie- en telecommunicatiediensten – Volwaardige gemeenschappelijke onderneming – Besluit waarbij de concentratie verenigbaar met de interne markt en de EER-Overeenkomst wordt verklaard – Verbintenissen – Relevante markt – Verticale effecten – Kennelijke beoordelingsfout – Motiveringsplicht*

Deze zaak betreft een door Vodafone en Liberty Global op 14 juni 2016 bij de Commissie aangemelde concentratie. Vodafone is onder meer actief in de sector van televisiediensten, breedbandinternet en vaste telefonie via het netwerk van KPN. Liberty Global, moederbedrijf van Ziggo, is een kabelexploitant die in Nederland kabelnetwerken voor televisiediensten, breedbandinternet en vaste telefonie bezit en beheert. Zij verstrekt ook mobiele telecommunicatiediensten aan de afnemers van haar vaste telecommunicatiediensten via het netwerk van Vodafone. De aangemelde concentratie hield in dat Vodafone en Liberty Global de gezamenlijke zeggenschap zouden verwerven over een nieuwe volwaardige gemeenschappelijke onderneming, waaraan zij hun commerciële activiteiten in Nederland zouden overdragen. Op 3 augustus 2016 heeft de Commissie het bestreden besluit vastgesteld en daarbij de aangemelde concentratie onvoorwaardelijk goedgekeurd. Verzoekster in deze zaak, KPN, komt op tegen het bestreden besluit.

Met haar eerste middel betoogt verzoekster dat in het bestreden besluit een kennelijke beoordelingsfout is gemaakt met betrekking tot de afbakening van de relevante markt. Verzoekster bekritiseert in wezen het ontbreken van een verdere segmentering van de markt voor het aanbieden en verwerven van betaalde premium sporttelevisiezenders op wholesaleniveau. Verzoekster voert aan dat er in Nederland op de markt voor het aanbieden van betaalde premium sporttelevisiezenders op wholesaleniveau slechts twee marktdeelnemers aan de aanbodzijde actief zijn, te weten Liberty Global met de zender Ziggo Sport Totaal en Fox met de zender Fox Sports. Volgens verzoekster hebben Ziggo Sport Totaal en Fox Sports unieke en exclusieve content die een belangrijke drijvende kracht is voor de abonnementen. Sommige content is essentieel voor de klanten en kan niet worden vervangen door andere content. Voor een liefhebber van formule 1 en voetbal zijn die sporten bijvoorbeeld niet onderling substitueerbaar. Daarom zijn de zenders Ziggo Sport Totaal en Fox Sports volgens verzoekster niet onderling substitueerbaar, zodat deze zenders als afzonderlijke markten moeten worden beschouwd.

Het Gerecht overweegt als volgt. De vraag of twee producten of diensten deel uitmaken van dezelfde markt, impliceert dat moet worden bepaald of deze op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd en dat in de eerste plaats vanuit het oogpunt van de afnemer. Wat betreft de markt voor het aanbieden en verwerven van betaalde premium sporttelevisiezenders op wholesaleniveau bestaat de vraag – of met andere woorden de klantenkring – in casu uit de aanbieders van televisiediensten op retailniveau die deze zenders opnemen in hun aanbod naar de eindgebruikers toe. Opgemerkt moet worden dat een aantal respondenten in het marktonderzoek volgens het bestreden besluit hebben aangegeven dat de zenders Ziggo Sport Totaal en Fox Sports met elkaar concurreerden voor soortgelijke klanten en content en meer en meer substituten van elkaar aan het worden waren. Bovendien heeft de Commissie er in het bestreden besluit op gewezen dat de klanten, te weten de aanbieders op retailniveau, toegang hadden tot een aantal betaalde

premium sporttelevisiezenders, met name Fox Sports, als alternatief voor Ziggo Sport Totaal. Uit het bestreden besluit blijkt bovendien dat het merendeel van de respondenten in het marktonderzoek vindt dat Fox Sports een aanbod heeft dat qua content even aantrekkelijk – of zelfs aantrekkelijker – dan dat van Ziggo Sport Totaal is. Dat wordt aangetoond door het aanzienlijk hogere aantal abonnees van Fox Sports, ondanks dat die zender duurder is. Bovendien vloeit uit het bestreden besluit voort dat het merendeel van de respondenten in dat onderzoek van mening was dat het voor de aanbieders van televisiediensten op retailniveau essentieel is om ten minste één betaalde premium sporttelevisiezender aan te bieden, terwijl slechts een minderheid het nodig vond alle in Nederland beschikbare betaalde premium sporttelevisiezenders aan te bieden. Hieruit volgt dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door in het bestreden besluit de markt voor het aanbieden en verwerven van betaalde premium sporttelevisiezenders op wholesaleniveau niet verder te segmenteren, gelet op de substitueerbaarheid van de zenders, met name van Ziggo Sport Totaal en Fox Sports, aan de vraagzijde, namelijk vanuit het oogpunt van de aanbieders van televisiediensten op retailniveau. Het eerste middel wordt daarom afgewezen.

Met haar tweede middel stelt verzoekster dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door er niet van uit te gaan dat de voorgenomen concentratie verticale problemen voor de mededinging met zich meebracht op de markt voor het aanbieden en verwerven van betaalde premium sporttelevisiezenders op wholesaleniveau, met name bronafschermingseffecten met betrekking tot Ziggo Sport Totaal. Om te beginnen voert verzoekster aan dat de Commissie in het bestreden besluit de bronafschermende effecten ten onrechte uitsluitend met betrekking tot de mobiele netwerken heeft onderzocht. Het Gerecht roept dienaangaande in herinnering dat de Commissie in het kader van het onderzoek naar de verenigbaarheid van een concentratie met de interne markt onderzoek dient uit te voeren naar de gevolgen van de concentratie voor de mededinging op de markten waarop er een overlapping tussen de diensten van de fuserende partijen bestaat. In casu volgt uit overweging 498 van het bestreden besluit dat de Commissie haar analyse heeft toegespitst op de door de concentratie teweeggebrachte veranderingen. Uiteindelijk was de enige specifieke uit de concentratie voortvloeiende verandering de toevoeging van het mobiele netwerk en van de klanten die overwegend mobiele diensten afnamen van Vodafone. Derhalve heeft de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt door haar analyse te beperken, zoals zij heeft gedaan, tot het risico van de afscherming van de toegang tot de zender Ziggo Sport Totaal met gevolgen voor de markten met een mobiele component, met name de markt voor het aanbieden van vast-mobiele multiple play-pakketten op retailniveau. De eerste door verzoekster aangevoerde grief wordt daarom afgewezen. Verder, wat betreft de mogelijkheid om een bronafschermingsstrategie te volgen, volgt uit punt 35 van de richtsnoeren inzake niet-horizontale fusies dat de verticaal geïntegreerde onderneming die als gevolg van de fusie is ontstaan, een aanzienlijke mate van marktmacht op de upstream markt moet hebben, te weten in casu de markt voor het aanbieden van betaalde premium sporttelevisiezenders op wholesaleniveau. In het bestreden besluit staat te lezen dat de uit de concentratie ontstane entiteit naar inkomsten gemeten een marktaandeel van minder dan 10% had op de eventuele markt voor het aanbieden en verwerven van betaalde premium sportzenders op wholesaleniveau, wat het kleinst mogelijk geachte marktsegment was. Gelet op het voorgaande heeft de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt toen zij in het bestreden besluit tot de slotsom kwam dat de uit de concentratie ontstane entiteit niet de mogelijkheid zou hebben om met name met betrekking tot Ziggo Sport Totaal een bronafschermingsstrategie te volgen op de markt voor het aanbieden van vast-mobiele multiple play-pakketten. Het tweede middel wordt daarom afgewezen. Het derde middel wordt eveneens afgewezen en het Gerecht verwerpt het beroep in zijn geheel.