Høringskonsulentens endelige rapport [1]

Sag M.7993 — Altice/PT Portugal (procedure i henhold til artikel 14, stk. 2)

(2018/C 315/07)

Indledning

1. Den 9. december 2014 underskrev Altice S.A. og Altice Portugal S.A en aftale om købet af PT Portugal [2] fra Oi [3] (»transaktionsaftalen«). Den 18. december 2014 indledte Altice S.A. anmeldelsesforberedende drøftelser med Europa-Kommissionen (»Kommissionen«) med henblik på at opnå godkendelse af fusionen. Den 25. februar 2015 anmeldte Altice S.A [4]. formelt transaktionen til Kommissionen sammen med et tilbud om løsninger i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 2 [5]. Kommissionen rejste alvorlig tvivl om fusionens forenelighed med det indre marked, idet den konstaterede bekymringer på en række horisontalt berørte markeder.

2. Kommissionen godkendte transaktionen den 20. april 2015 på visse betingelser efter et revideret tilsagn fra Altice (»godkendelsesafgørelsen«). Altice bekendtgjorde, at den havde afsluttet transaktionen den 2. juni 2015.

3. Kommissionen sendte den 13. april 2015 en anmodning om oplysninger til Altice vedrørende formålet og indholdet af ledende medarbejdere hos Altices besøg hos PT Portugal forud for vedtagelsen af godkendelsesafgørelsen. Et besøg, der blev rapporteret om i den portugisiske presse. Altice besvarede denne anmodning om oplysninger den 17. april 2015.

4. Kommissionen sendte endnu en anmodning om oplysninger den 12. maj 2015 (der var koncentreret om dokumenter vedrørende møderne mellem Altice og PT Portugal). Altice besvarede denne anmodning den 12. juni 2015, men indsendte kun dokumenter vedrørende Altice (ikke PT Portugal).

5. Den 8. juli 2015 vedtog Kommissionen en afgørelse i medfør af fusionsforordningens artikel 11, stk. 3, hvor Altice blev pålagt at indsende dokumenter vedrørende PT Portugal. Altice svarede den 30. juli 2015. Kommissionen sendte endnu en anmodning om oplysninger den 4. december 2015, og Altice svarede den 18. december 2015.

6. Den 15. marts 2016 vedtog Kommissionen en afgørelse i medfør af fusionsforordningens artikel 11, stk. 3, der pålagde Altice bl.a. at indsende medarbejderes elektroniske postkasser, hemmeligholdelsesaftaler og dokumenter, der specifikt vedrører visse interaktioner mellem Altice og PT Portugal før den 20. april 2015. Altice indsendte de påkrævede dokumenter den 6. april 2016.

7. Endelig sendte Kommissionen anmodninger om oplysninger til Altice den 20. juli 2016, den 24. august 2016, den 27. september 2016 og den 21. december 2016, som Altice besvarede.

Klagepunktsmeddelelse

8. Kommissionen meddelte Altice en meddelelse om klagepunkter den 18. maj 2017. I klagepunktsmeddelelsen antog Kommissionen den foreløbige holdning, at Altice havde gennemført en fusion af EU-dimension i strid med artikel 4, stk. 1, og artikel 7, stk. 1, i fusionsforordningen. Mere specifikt var Kommissionens foreløbige holdning i klagepunktsmeddelelsen, at transaktionsaftalen allerede gav Altice juridisk ret til at udøve afgørende indflydelse på PT Portugal. Kommissionens foreløbige vurdering var desuden, at Altice faktisk udøvede afgørende indflydelse på PT Portugal før godkendelsesafgørelsen og i visse tilfælde før anmeldelse til Kommissionen, idet virksomheden a) var involveret i visse af PT Portugals kommercielle beslutninger og b) ved systematisk at modtage kommercielt følsomme oplysninger fra PT Portugal.

9. Fristen for besvarelse af klagepunktsmeddelelsen var oprindeligt den 26. juni 2017, men den blev efterfølgende forlænget til den 18. august 2017.

10. Altice fik adgang til sagen den 29. maj 2017. Jeg er ikke blevet gjort opmærksom på spørgsmål vedrørende adgang til sagsakterne.

---

[1] I henhold til artikel 16 og 17 i afgørelse 2011/695/EU vedtaget af formanden for Europa-Kommissionen af 13. oktober 2011 om høringskonsulentens funktion og kompetenceområde under behandlingen af visse konkurrencesager (EUT L 275 af 20.10.2011, s. 29) (»afgørelse 2011/695/EU«).

[2] PT Portugal SGPS S.A. er en telekommunikations- og multimedieoperatør i Portugal.

[3] Oi S.A. er den brasilianske telekommunikationsoperatør.

[4] Selv om Altice S.A. var anmelder i transaktionen (M.7499) ophørte Altice S.A, der blev fusioneret med Altice N.V. — Altice-koncernens nye holdingselskab — den 9. august 2015 med at eksistere. Altice N.V. er som retssuccessor til Altice S.A. adressaten for udkastet til afgørelse. Der henvises til Altice S.A. og Altice N.V. som »Altice« i denne rapport.

[5] Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (»EF-fusionsforordningen«) (EUT L 24 af 29.1.2004, s. 1).

Mundtlig høring

11. I sit svar på klagepunktsmeddelelsen af 18. august 2017 anmodede Altice om mulighed for at uddybe sine argumenter under en formel mundtlig høring, som blev afholdt den 21. september 2017. Den 19. oktober 2017 indleverede Altice et tillæg til sin præsentation på den mundtlige høring som svar på bemærkninger og spørgsmål fra Kommissionen i løbet af høringen vedrørende Altices engagement i visse aspekter af PT Portugals forretning ([1]).

Sagsfremstillingsmeddelelsen

12. I sit svar på klagepunktsmeddelelsen og under den mundtlige høring argumenterede Altice for, at Kommissionen skulle have kontaktet Oi, fordi Ois fortolkning af transaktionsaftalen og dens beslutninger om eventuelt at anmode om Altices samtykke i løbet af perioden op til afslutningen spillede en afgørende rolle i gennemførelsen af transaktionsaftalen før indgåelse af de kontraktlige forpligtelser.

13. I lyset af disse bemærkninger sendte Kommissionen den 6. oktober 2017 en anmodning om oplysninger til Oi. Oi afgav sit svar den 20. oktober 2017.

14. Den 16. november 2017 sendte Kommissionen en sagsfremstillingsmeddelelse til Altice, hvor den påpegede de faktiske omstændigheder, der ikke var nævnt i klagepunktsmeddelelsen, og som understøttede de foreløbige konklusioner i klagepunktsmeddelelsen. Sagsfremstillingsmeddelelsen henviste både til faktiske omstændigheder i sagen, men også til yderligere faktiske omstændigheder, der blev påpeget efter klagepunktsmeddelelsen (mere specifikt i Ois svar af 20. oktober 2017 på anmodningen om oplysninger).

15. Altice fik en frist til den 30. november 2017 til at indsende sine skriftlige bemærkninger til sagsfremstillingsmeddelelsen. Virksomheden anmodede om en forlængelse af fristen med otte uger indtil den 26. januar 2018. Den blev indrømmet en forlængelse indtil den 15. december 2017, og den dato indsendte Altice sit svar på sagsfremstillingsmeddelelsen.

16. Den 28. december 2017 sendte Altice et brev til høringskonsulentens for at klage over visse processuelle forhold, der er drøftet yderligere herunder.

Processuelle forhold påpeget af Altice vedrørende retten til forsvar

Ois inddragelse i undersøgelsen

17. Som nævnt ovenfor argumenterede Altice i sit svar på klagepunktsmeddelelsen og under den mundtlige høring for, at Kommissionen skulle have kontaktet Oi i løbet af undersøgelsen. Ifølge Altice har Kommissionen ved at afvise at høre Oi ikke taget faktorer, der er relevante for vurderingen af sagen, i betragtning og derved krænket Altices ret til forsvar, navnlig dens ret til kontradiktion og dens ret til god forvaltning.

18. Jeg finder, at Altices påstand ikke er holdbar. For det første har EU's retsinstanser bekræftet, at Kommissionen har en rimelig skønsmargen ved afgørelsen af, hvilken interesse det kan have at høre personer, hvis udsagn kan have betydning for sagens oplysning ([2]). Garantien til retten til forsvar kræver i øvrigt ikke, at Kommissionen udfører yderligere undersøgelser, hvis den anser den indledende undersøgelse af sagen for tilstrækkelig ([3]). Som nævnt ovenfor sendte Kommissionen alligevel efter den mundtlige høring en anmodning om oplysninger til Oi for at høre Ois holdninger til fortolkningen og gennemførelsen af transaktionsaftalen i praksis. I sit svar på sagsfremstillingsmeddelelsen (hvor Altice fik mulighed for at kommentere Ois svar på Kommissionens anmodning om oplysninger) og i sit brev til høringskonsulenten af 28. december 2017 argumenterede Altice yderligere for, at Kommissionen ikke havde undersøgt Ois rolle og synspunkter tilstrækkeligt. I denne forbindelse bør det imidlertid påpeges, at spørgsmålet om, hvorvidt sagsakterne indeholder tilstrækkelige beviser til at understøtte en konklusion om overtrædelse, i sidste ende er et spørgsmål om sagens realitet.

19. Altice fremførte også, at inddragelsen af Oi i undersøgelsen var særdeles vigtig fra et proceduremæssigt synspunkt, og at Ois svar skulle have været fremlagt i en supplerende klagepunktsmeddelelse og ikke i en sagsfremstillingsmeddelelse. Jeg er ikke enig i Altices vurdering i denne forbindelse: Ois svar på anmodningen om oplysninger er faktiske omstændigheder, som er relevante for Kommissionens eksisterende indsigelser i klagemeddelelsen. Denne type dokumentation er fremlagt i en sagsfremstillingsmeddelelse og ikke i en supplerende klagepunktsmeddelelse.

([1]) Dette tillæg blev sendt til alle deltagerne i den mundtlige høring. Den 18. januar 2018 indleverede Altice en ajourført udgave af præsentationen for at tage virksomhedens svar på sagsfremstillingsmeddelelsen i betragtning (jf. punkt 26 herunder).

([2]) Jf. bl.a. sag T-9/99 HFB med flere mod Kommissionen, EU:T:2002:70, præmis 383; sag T-655/11, FSL mod Kommissionen, EU:T:2015:383, præmis 406.

([3]) Jf. bl.a. sag T-141/94, Thyssen Stahl mod Kommissionen, EU:T:1999:48, præmis 110, sag T-758/14, Infineon Technologies mod Kommissionen, EU:T:2016:737, præmis 110.

Nødvendighed og proportionalitet af Kommissionens anmodning om oplysninger, der blev sendt i løbet af undersøgelsen

20. I sit svar på klagepunktsmeddelelsen fremførte Altice, at Kommissionens anmodning om oplysninger, der blev sendt til Altice i løbet af undersøgelsen, ikke stod i forhold til behovene i undersøgelsen på grund af den mængde oplysninger, der blev anmodet om, og i lyset af de af Kommissionen fastsatte frister til at besvare disse anmodninger om oplysninger.

21. For så vidt angår denne rapport er det tilstrækkeligt at påpege, at Altice i denne forbindelse ikke udøvede alle sine proceduremæssige rettigheder. Selv om forretningsordenen ikke specifikt giver høringskonsulenten beføjelser til at forlænge fristerne i tilfælde af procedurefejl i fusionskontrolreglerne ([1]), kunne Altice have anmodet om endnu en forlængelse af fristerne fra Kommissionen eller anket Kommissionens afgørelser af 8. juli 2015 og 15. marts 2016 til Retten.

Altices proceduremæssige kritik af sagsfremstillingsmeddelelsen

22. I sit svar på sagsfremstillingsmeddelelsen og efterfølgende i sit brev til høringskonsulenten af 28. december 2017 klagede Altice over følgende proceduremæssige forhold vedrørende sagsfremstillingsmeddelelsen:

— Ifølge Altice havde Kommissionen allerede kendskab til de høringer, der er omtalt i sagsfremstillingsmeddelelsen, på tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen, og Kommissionen valgte bevist ikke at nævnte disse aspekter i klagepunktsmeddelelsen. I henhold til Altice var der, fordi Kommissionen ikke medtog disse aspekter i klagepunktsmeddelelsen, ikke mulighed for at drøfte dem mellem Altice og Kommissionen i løbet af hele proceduren, herunder den mundtlige høring.

— Derudover fremførte Altice, at sagsfremstillingsmeddelelsen indeholdt 19 forhold, som Altice blev hørt om uden begrundelse for, hvorfor disse aspekter blev anset for at bidrage til de foreløbige konklusioner i klagepunktsmeddelelsen. Ifølge Altice gav Kommissionen ikke nogen retlig kvalificering af de nye aspekter af overtrædelsen, der blev medtaget i sagsfremstillingsmeddelelsen, og at dens status over forhold, der er nævnt i fodnote 4 i sagsfremstillingsmeddelelsen, var uklar.

23. Følgende påpeges i den forbindelse: For det første fremlagde Kommissionen yderligere eksisterende oplysninger fra sine sagsakter i sagsfremstillingsmeddelelsen, fordi Kommissionen fandt, at denne dokumentation var i strid med visse indsigelser fra Altice i dennes svar på klagepunktsmeddelelsen. Kommissionen undlod ikke bevist, som Altice påstår, at nævne disse aspekter i klagepunktsmeddelelsen. For det andet, som det fremgår af udkastet til afgørelse, undersøgte Kommissionen a) Altices påstand om, at PT Portugal havde truffet flere beslutninger mellem indgåelse og godkendelse, hvor Altice ikke blev hørt, b) Kommissionen verificerede de tilfælde, hvor der blev anmodet om Altices samtykke via formelle breve fra Oi, og c) Kommissionen fandt tilfælde (ud over de som er nævnt i klagepunktsmeddelelsen), hvor der blev anmodet om Altices samtykke, og hvor Altice havde påstået, at den hverken var blevet anmodet om samtykke eller blot var blevet informeret. Disse forhold udgør ikke nye indsigelser mod Altice og er ikke blevet brugt mod Altice i udkastet til afgørelse som tilfælde, hvor udøvelsen af afgørende indflydelse er påvist, men er alene blevet anvendt til at besvare Altices påstand om, at den ikke var blevet hørt eller informeret om mange af de beslutninger, som PT Portugal traf mellem indgåelse og godkendelse.

Anmodning om en anden mundtlig høring

24. I sit brev af 28. december 2017 anmodede Altice også om, at der blev arrangeret en ny mundtlig høring.

25. Artikel 14, stk. 3, i Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 ([2]) (læses sammenholdt med artikel 13 i forordning (EF) nr. 802/2004) giver kun ret til at anmode om en formel høring i de skriftlige bemærkninger til klagemeddelelsen, ikke i kommentarer til sagsfremstillingsmeddelelser. Dette er også bekræftet ved artikel 6, stk. 1, i afgørelse 2011/695/EU. Eftersom sagsfremstillingsmeddelelsen af 16. november 2017 ikke indeholdt nogen nye indsigelser mod Altice, der ikke fremgik af klagepunktsmeddelelsen, blev retten til en anden formel høring ikke udløst.

Yderligere oplysninger til deltagere under den mundtlige høring

26. I sit brev af 28. december 2017 fremførte Altice desuden, at Altice i lyset af de aspekter, Kommissionen havde fremlagt i sagsfremstillingsmeddelelsen, ville indlevere en ny version af sin fremlæggelse på den mundtlige høring. Altice indsendte den 18. januar 2018 en sådan ajourført udgave af fremlæggelsen. Denne udgave blev sendt til alle deltagerne i den mundtlige høring.

([1]) Jf. artikel 4, stk. 2, litra c), der kun omhandler forlængelse af tidsfrister i afgørelser om anmodning af oplysninger i medfør af artikel 18, stk. 3, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003.

([2]) Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 af 21. april 2004 om gennemførelse af Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT L 133 af 30.4.2004, p.1, berigtigelse i EUT L 172 af 65.2004, s. 9).

Udkast til afgørelse

27. I udkastet til afgørelse kommer Kommissionen til den konklusion, at Altice i hvert fald uagtsomt havde gennemført en fusion i strid med artikel 4, stk. 1, og artikel 7, stk. 1, i fusionsforordningen.

28. I henhold til artikel 16, stk. 1, i afgørelse 2011/695/EU har jeg gennemgået udkastet til afgørelse og konkluderer, at det alene omhandler klagepunkter, som parterne har haft lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger til.

Konklusion

29. Jeg finder overordnet set, at alle de processuelle rettigheder er blevet overholdt i denne sag.

Bruxelles, den 23. april 2018.

Joos STRAGIER