Abschlussbericht des Anhörungsbeauftragten [1]

Sache M.7993 — Altice/PT Portugal (Verfahren nach Artikel 14 Absatz 2)

(2018/C 315/07)

Einleitung

1. Am 9. Dezember 2014 unterzeichneten Altice S.A. und Altice Portugal S.A. einen Vertrag über die Übernahme von PT Portugal [2] von Oi [3] (im Folgenden „Übernahmevertrag"). Am 18. Dezember 2014 nahm Altice S.A. mit der Europäischen Kommission (im Folgenden „Kommission") Vorabkontakte auf, um die fusionskontrollrechtliche Genehmigung für die Übernahme einzuholen. Am 25. Februar 2015 meldete Altice S.A. [4] das Vorhaben zusammen mit einem Angebot von Abhilfemaßnahmen gemäß Artikel 6 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung [5] förmlich bei der Kommission an. Die Kommission äußerte ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Binnenmarkt, da sie Bedenken hinsichtlich einer Reihe von horizontal betroffenen Märkten hatte.

2. Am 20. April 2015 genehmigte die Kommission den Zusammenschluss nach Vorlage eines überarbeiteten Angebot von Abhilfemaßnahmen von Altice unter Auflagen (im Folgenden „Genehmigungsbeschluss"). Altice gab bekannt, dass der Zusammenschluss am 2. Juni 2015 vollzogen wurde.

3. Am 13. April 2015 übermittelte die Kommission Altice ein Auskunftsverlangen und bat um Detailinformationen zu Zweck und Inhalt von Besuchen von Altice-Führungskräften bei PT Portugal in der Zeit vor dem Erlass des Genehmigungsbeschlusses, über die die portugiesische Presse berichtet hatte. Altice antwortete auf dieses Auskunftsverlangen am 17. April 2015.

4. Die Kommission übermittelte am 12. Mai 2015 ein weiteres Auskunftsverlangen (mit Schwerpunkt auf Unterlagen zu Treffen von Altice und PT Portugal), auf das Altice am 12. Juni 2015 antwortete, dieser Antwort allerdings nur Unterlagen von Altice (und nicht von PT Portugal) beifügte.

5. Am 8. Juli 2015 erließ die Kommission einen Beschuss nach Artikel 11 Absatz 3 der Fusionskontrollverordnung, in dem Altice aufgefordert wurde, die Unterlagen von PT Portugal zur Verfügung zu stellen. Altice antwortete am 30. Juli 2015. Am 4. Dezember 2015 übermittelte die Kommission ein weiteres Auskunftsverlangen, auf das Altice am 18. Dezember 2015 antwortete.

6. Am 15. März 2016 erließ die Kommission einen Beschluss nach Artikel 11 Absatz 3 der Fusionskontrollverordnung, in dem Altice aufgefordert wurde, bis zum 20. April 2015 (unter anderem) Mailboxen von Mitarbeitern, Vertraulichkeitsvereinbarungen und Unterlagen, die sich speziell auf bestimmte Interaktionen zwischen Altice und PT Portugal beziehen, bereitzustellen. Altice reichte die verlangten Unterlagen am 6. April 2016 ein.

7. Schließlich übermittelte die Kommission Altice Auskunftsverlangen am 20. Juli 2016, 24. August 2016, 27. September 2016 und 21. Dezember 2016, auf die Altice antwortete.

Mitteilung der Beschwerdepunkte

8. Am 18. Mai 2017 richtete die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte an Altice. In der Mitteilung der Beschwerdepunkte vertrat die Kommission die vorläufige Auffassung das Altice einen Zusammenschluss von EU-weiter Bedeutung unter Verstoß gegen Artikel 4 Absatz 1 und Artikel 7 Absatz 1 der Fusionskontrollverordnung vollzogen hatte. Insbesondere war die Kommission in der Mitteilung der Beschwerdepunkte der vorläufigen Auffassung, dass bereits der Übernahmevertrag Altice das Recht eingeräumt hatte, bestimmenden Einfluss auf PT Portugal auszuüben. Darüber hinaus stellte die Kommission vorläufig fest, dass Altice vor dem Genehmigungsbeschluss und in bestimmten Fällen vor der Anmeldung bei der Kommission tatsächlich bestimmenden Einfluss auf PT Portugal ausgeübt hat, indem es a) an bestimmten geschäftlichen Entscheidungen von PT Portugal beteiligt war und b) systematisch sensible Geschäftsinformationen von PT Portugal erhielt.

9. Die Frist für die Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte lief ursprünglich am 26. Juni 2017 aus, wurde in der Folge aber bis zum 18. August 2017 verlängert.

10. Altice hatte ab dem 29. Mai 2017 Zugriff auf die Akte. Mir sind keine Probleme hinsichtlich des Zugangs auf die Akte zur Kenntnis gekommen.

---

[1] Nach Artikel 16 und 17 des Beschlusses 2011/695/EU des Präsidenten der Europäischen Kommission vom 13. Oktober 2011 über Funktion und Mandat des Anhörungsbeauftragen in bestimmten Wettbewerbsverfahren (ABl. L 275 vom 20.10.2011, S. 29) (im Folgenden „Beschluss 2011/695/EU").

[2] PT Portugal SGPS S.A. ist ein Telekommunikations- und Multimediabetreiber in Portugal.

[3] Oi S.A., der brasilianische Telekommunikationsbetreiber.

[4] Obwohl Altice S.A. der Anmelder des Zusammenschlusses (M.7499) war, fusionierte Altice S.A. am 9. August 2015 mit Altice N.V. — der neuen Holdinggesellschaft der Altice Gruppe — mit dem Ergebnis, dass Altice S.A. erlosch. Altice N.V. ist als Rechtsnachfolger von Altice S.A. der Adressat des Beschlussentwurfs. Altice S.A. und Altice N.V. werden in diesem Bericht als „Altice" bezeichnet.

[5] Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung) (ABl. L 24 vom 29.1.2004, S. 1) (im Folgenden „Fusionskontrollverordnung").

Mündliche Anhörung

11. In der Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 18. August 2017 bat Altice um die Möglichkeit, seine Argumente bei einer förmlichen mündlichen Anhörung, die am 21. September 2017 stattfand, vorzutragen. Am 19. Oktober 2017 übermittelte Altice einen Nachtrag zu seinen Ausführungen in der mündlichen Anhörung als Antwort auf Bemerkungen und Fragen der Kommission die Beteiligung von Altice an bestimmten Angelegenheiten von PT Portugal betreffend. ([1])

Sachverhaltsschreiben

12. In seiner Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte und während der mündlichen Anhörung machte Altice geltend, die Kommission hätte sich mit Oi in Verbindung setzen müssen, da die Auslegung des Übernahmevertrags durch Oi und seine Entscheidungen, ob Altice in der Zeit vor dem Vollzug zu konsultieren war oder nicht, eine wichtige Rolle bei der Umsetzung der Auflagen des Übernahmevertrags für die Zeit vor dem Vollzug spielten.

13. Aufgrund dieser Stellungnahme übermittelte die Kommission am 6. Oktober 2017 Oi ein Auskunftsverlangen. Oi antwortete am 20. Oktober 2017.

14. Am 16. November 2017 übermittelte die Kommission Altice ein Sachverhaltsschreiben, in dem sie auf Sachverhalte hinwies, die nicht in der Mitteilung der Beschwerdepunkte enthalten waren und die die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte ausgeführten vorläufigen Schlussfolgerungen unterstützten. Das Sachverhaltsschreiben bezog sich sowohl auf Sachverhalte, die sich bereits in der Akte befanden, als auch auf zusätzliche Sachverhalte, die erst nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte bekannt wurden (insbesondere durch die Antwort von Oi vom 20. Oktober 2017 auf das Auskunftsverlangen der Kommission).

15. Altice wurde eine Frist bis zum 30. November 2017 für eine schriftliche Stellungnahme zum Sachverhaltsschreiben eingeräumt. Es bat um eine Verlängerung der Frist um acht Wochen bis zum 26. Januar 2018. Eine Verlängerung bis zum 15. Dezember 2017 wurde gewährt und Altice reichte seine Antwort auf das Sachverhaltsschreiben zu diesem Termin ein.

16. Am 28. Dezember 2017 übermittelte Altice ein Schreiben an den Anhörungsbeauftragten, in dem es sich über bestimmte Verfahrenspunkte beschwerte, die im Folgenden näher erläutert werden.

Von Altice aufgeworfene Verfahrensfragen hinsichtlich des Rechts auf Verteidigung

Die Beteiligung von Oi an der Untersuchung

17. Wie bereits erwähnt, hat Altice in seiner Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte und während der mündlichen Verhandlung vorgebracht, dass die Kommission Oi während ihrer Untersuchung hätte kontaktieren müssen. Altice zufolge habe die Kommission durch die Weigerung, Oi zu konsultieren, Gesichtspunkte, die für die Beurteilung des Falls relevant seien, nicht berücksichtigt und damit die Verteidigungsrechte von Altice, insbesondere das Recht auf Anhörung und das Recht auf gute Verwaltung, verletzt.

18. Ich bin der Ansicht, dass die Beanstandung durch Altice nicht haltbar ist. Zum Einen haben die EU-Gerichte bestätigt, dass die Kommission bei der Entscheidung, wie zweckmäßig die Anhörung von Personen ist, deren Beweise für die Untersuchung von Relevanz sein könnten, über einen angemessenen Ermessensspielraum verfügt. ([2]) Darüber hinaus verlangt die Gewährleistung des Verteidigungsrechts nicht, dass die Kommission weitere Untersuchungen durchführt, wenn sie der Ansicht ist, dass die Voruntersuchung in der Sache ausreichend war. ([3]) Auf jeden Fall aber richtete die Kommission, wie bereits erwähnt, im Anschluss an die mündliche Anhörung ein Auskunftsverlangen an Oi, um dessen Ansichten zur Auslegung und zur praktischen Umsetzung des Übernahmevertrags zu erfahren. In seiner Antwort auf das Sachverhaltsschreiben (in dem Altice die Gelegenheit hatte, zur Antwort von Oi auf das Auskunftsverlangen der Kommission Stellung zu nehmen) und im Schreiben an den Anhörungsbeauftragten vom 28. Dezember 2017 machte Altice weiter geltend, die Kommission habe die Rolle und den Standpunkt von Oi nicht ausreichend untersucht. Zu diesem Punkt möchte ich jedoch anmerken, dass es letztlich eine Frage der Substanz ist, ob die Ermittlungsakte genügend Beweise enthält, um die Feststellung eines Verstoßes zu untermauern.

19. Altice führte ebenfalls an, die Beteiligung von Oi an der Untersuchung sei aus verfahrenstechnischer Sicht äußerst wichtig und Ois Antwort hätte in einer ergänzenden Mitteilung der Beschwerdepunkte dargelegt werden müssen und nicht in einem Sachverhaltsschreiben. Ich stimme mit der Bewertung durch Altice in folgender Hinsicht nicht überein: Die Antworten von Oi auf die Auskunftsverlangen sind relevante Sachverhalte für die in der Mitteilung der Kommission enthaltenen Beschwerdepunkte. Diese Art von Beweisen wird in einem Sachverhaltsschreiben und nicht in einer ergänzenden Mitteilung von Beschwerdepunkten dargelegt.

([1]) Dieser Nachtrag wurde allen Teilnehmern der mündlichen Anhörung zur Verfügung gestellt. Am 18. Januar 2018 stellte Altice eine aktualisierte Version der Präsentation zur Verfügung, um seiner Antwort auf das Sachverhaltsschreiben Rechnung zu tragen (siehe Randnummer 26).

([2]) Siehe z. B. Urteile des Gerichts vom 20.3.2002, HFB u. a., T-9/99, ECLI:EU:T:2002:70 Rn. 383; vom 16.6.2015, FSL u. a., T-655/11, ECLI:EU:2015:383 Rn. 406.

([3]) Siehe z. B. Urteil des Gerichts vom 11.3.1999, Thyssen Stahl, T-141/94, ECLI:EU:T:1999:48 Rn. 110; vom 15.12.2016, Infineon Technologies, T-758/14, ECLI:EU:T:2016:737, Rn. 110.

Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der während der Untersuchung übermittelten Auskunftsverlangen der Kommission

20. In ihrer Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkt machte Altice geltend, dass die während der Untersuchung von der Kommission an Altice übermittelten Auskunftsverlangen wegen des Umfangs der angeforderten Informationen und der von der Kommission festgelegten Fristen für die Beantwortung in keinem Verhältnis zu den Erfordernissen der Untersuchung gestanden hätten.

21. Für die Zwecke dieses Berichts genügt die Feststellung, dass Altice seine diesbezüglichen Verfahrensrechte nicht vollständig ausgeübt hat. Auch wenn sein Mandat dem Anhörungsbeauftragten nicht ausdrücklich die Befugnis einräumt, Fristverlängerungen bei Verfahrensverstößen gegen die Fusionskontrollregeln zu gewähren, ([1]) hätte Altice weitere Fristverlängerungen bei der Kommission beantragen oder die Entscheidungen der Kommission vom 8. Juli 2015 und vom 15. März 2016 beim Gericht anfechten können.

Altices Verfahrenskritik am Sachverhaltsschreiben

22. In seiner Antwort auf das Sachverhaltsschreiben und in der Folge in seinem Schreiben an den Anhörungsbeauftragten vom 28. Dezember 2017 beschwerte sich Altice über folgende verfahrensrechtliche Probleme hinsichtlich des Sachverhaltsschreibens:

— Laut Altice habe die Kommission bereits zum Zeitpunkt der Mitteilung der Beschwerdepunkte Kenntnis von den im Sachverhaltsschreiben erwähnten Konsultationen gehabt und habe sich bewusst dafür entschieden, diese Aspekte in der Mitteilung der Beschwerdepunkte nicht zu erwähnen. Die Tatsache, dass die Kommission diese Aspekte nicht in die Mitteilung der Beschwerdepunkte aufgenommen habe, habe es nach Ansicht Altices im gesamten Verlauf des Verfahrens, einschließlich der mündlichen Verhandlung, unmöglich gemacht, diese Elemente zwischen Altice und der Kommission zu erörtern.

— Darüber hinaus machte Altice geltend, dass das Sachverhaltsschreiben 19 Punkte aufgelistet habe, ohne den Grund zu erklären, warum die Kommission der Ansicht sei, dass diese Punkte die vorläufigen Feststellungen in der Mitteilung der Beschwerdepunkte bestätigten. Altice zufolge habe die Kommission keine rechtliche Qualifizierung dieser neuen, im Sachverhaltsschreiben eingeführten Elemente des Verstoßes vorgenommen und der Status der Punkte in Fußnote 4 des Sachverhaltsschreibens sei unklar gewesen.

23. In diesem Zusammenhang möchte ich Folgendes anmerken: Erstens legte die Kommission im Sachverhaltsschreiben zusätzliche Informationen aus ihrer Akte vor, da sie der Auffassung war, dass diese Beweise bestimmten Behauptungen in Altices Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte widersprechen. Die Kommission hat sich nicht, wie Altice geltend gemacht hat, bewusst dazu entschieden, diese Elemente nicht in der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu erwähnen. Zweitens hat die Kommission wie im Beschlussentwurf erklärt, dass sie a) Altices Behauptung nachgegangen ist, es habe mehrere Entscheidungen von PT Portugal in der Zeit zwischen dem Übernahmevertrag und dem Genehmigungsbeschluss gegeben, in denen Altice nicht konsultiert worden sei, b) die Fälle, in denen die Zustimmung Altices in förmlichen Schreiben von Oi angefordert wurde, verifiziert hat und c) (über die in der Mitteilung der Beschwerdepunkte angeführten Fälle hinaus) Fälle festgestellt hat, bei denen die Zustimmung Altices angefordert worden war, obwohl Altice behauptet hatte, nicht konsultiert oder gar darüber informiert worden zu sein. Diese Punkte stellen keine neuen Beschwerdepunkte gegen Altice dar und werden im Entscheidungsentwurf nicht als Fälle verwendet, in denen die Ausübung eines bestimmenden Einflusses aufgezeigt wird, sondern dienen lediglich dazu, auf die Behauptung von Altice zu reagieren, es sei bei vielen Entscheidungen von PT Portugal im Zeitraum zwischen der Unterzeichnung des Übernahmevertrags und dem Genehmigungsbeschluss nicht konsultiert oder darüber informiert worden.

Antrag auf eine zweite mündliche Anhörung

24. In seinem Schreiben vom 28. Dezember 2017 beantragte Altice die Durchführung einer zweiten mündlichen Anhörung.

25. Artikel 14 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission ([2]) (in Verbindung mit Artikel 13 der Verordnung (EG) Nr. 802/2004) sieht nur das Recht vor, in den schriftlichen Stellungnahmen zur Mitteilung der Beschwerdepunkte eine förmliche mündliche Anhörung zu beantragen, nicht aber in der Stellungnahme zu einem Sachverhaltsschreiben. Dies wird ebenfalls durch Artikel 6 Absatz 1 des Beschlusses 2011/695/EU bestätigt. Da das Sachverhaltsschreiben vom 16. November 2017 keine neuen Einwände gegen Altice enthielt, die nicht bereits in der Mitteilung der Beschwerdepunkte dargelegt worden waren, wurde kein Recht auf eine zweite förmliche mündliche Anhörung ausgelöst.

Zusätzliche Informationen für die Teilnehmer an der mündlichen Anhörung

26. In seinem Schreiben von 28. Dezember 2017 erklärte Altice ferner, dass es angesichts der von der Kommission in ihrem Sachverhaltsschreiben dargelegten Elemente eine neuere Version der in der mündlichen Anhörung vorgestellten Präsentation zur Verfügung stellen würde. Altice reichte diese aktualisierte Version der Präsentation am 18. Januar 2018 ein. Diese Version wurde allen Teilnehmern der mündlichen Anhörung zu Verfügung gestellt.

([1]) Siehe Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe c, der sich nur auf die Verlängerung von Fristen bei Beschlüssen zu Auskunftsverlangen nach Artikel 18 Absatz 3 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates bezieht.

([2]) Verordnung (EG) Nr. 802/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. L 133 vom 30.4.2004, S. 1, Berichtigung ABl. L 172 vom 6.5.2004, S. 9).

Beschlussentwurf

27. In dem Beschlussentwurf kommt die Kommission zu dem Ergebnis, dass Altice zumindest fahrlässig einen Zusammenschluss unter Verstoß gegen Artikel 4 Absatz 1 und Artikel 7 Absatz 1 der Fusionskontrollverordnung vollzogen hat.

28. Ich habe den Beschlussentwurf nach Artikel 16 Absatz 1 des Beschlusses 2011/695/EU geprüft und bin zu dem Ergebnis gekommen, dass darin nur Beschwerdepunkte behandelt wurden, zu denen sich die Beteiligten äußern konnten.

Schlussfolgerung

29. Daher bin ich der Auffassung, dass die Verfahrensrechte aller Beteiligten in diesem Verfahren wirksam gewahrt wurden.

Brüssel, 23. April 2018

Joos STRAGIER