

Samenvatting van het besluit van de Commissie
van 25 januari 2022
tot wijziging van Besluit C(2013) 306 final inzake een procedure op grond van artikel 101 van het
Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (het Verdrag)
(ZAAK AT.39839 – TELEFÓNICA/PORTUGAL TELECOM)
(kennisgeving geschied onder document C(2022) 324)
(Slechts het Engels en Portugees zijn de authentieke talen van de zaak)

(2022/C 286/10)

Op 25 januari 2022 heeft de Commissie een besluit vastgesteld in een procedure op grond van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Overeenkomstig artikel 30 van Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad ⁽¹⁾ publiceert de Commissie hierbij de namen van de partijen en de belangrijkste punten van het besluit, waaronder de opgelegde sancties, rekening houdende met het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun zaken geheimen niet aan de openbaarheid worden prijsgegeven.

1. INLEIDING

(1) Op 23 januari 2013 heeft de Commissie een besluit vastgesteld waarbij Telefónica en Portugal Telecom een geldboete opgelegd kregen wegens het aangaan van een niet-concurrentieovereenkomst met als doel de concurrentie op de interne markt te beperken en aldus artikel 101 VWEU te schenden (het “besluit van 2013”). Het Gerecht heeft in zijn arresten van 28 juni 2016 ⁽²⁾ (later bevestigd door het arrest van het Hof van Justitie van 13 december 2017) de redenering van de Commissie met betrekking tot de inbreuk in zijn besluit bevestigd, maar de door de Commissie opgelegde geldboeten nietig verklaard. Overeenkomstig de arresten van het Hof worden in het besluit de diensten vastgelegd waarvoor er op het moment van de inbreuk geen potentiële concurrentie bestond tussen Telefónica en Portugal Telecom, en worden deze uitgesloten voor de berekening van de geldboeten.

2. PROCEDURE

- (2) De Commissie heeft in haar besluit van 23 januari 2013 vastgesteld dat Telefónica en Portugal Telecom artikel 101 VWEU hebben geschonden door deel te nemen aan een niet-concurrentieovereenkomst die is opgenomen als clause 9 van de aandelenkoopovereenkomst die zij op 28 juli 2010 hebben gesloten in het kader van de verwerving door Telefónica van de uitsluitende zeggenschap over de Braziliaanse mobiele provider Vivo.
- (3) Voor deze inbreuk heeft de Commissie op grond van artikel 23, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 geldboeten opgelegd van 66 894 000 EUR aan Telefónica en van 12 290 000 EUR aan Portugal Telecom.
- (4) Zowel Telefónica als Portugal Telecom hebben tegen het besluit van de Commissie beroep ingesteld bij het Gerecht. In zijn arresten van 28 juni 2016 bevestigde het Gerecht de conclusie van de Commissie in artikel 1 van het besluit van de Commissie dat Telefónica en Portugal Telecom van 27 september 2010 tot en met 4 februari 2011 inbreuk hebben gemaakt op artikel 101 VWEU door deel te nemen aan een niet-concurrentieovereenkomst.
- (5) Wat de oplegging van geldboeten betreft, heeft het Gerecht artikel 2 van het besluit van de Commissie nietig verklaard voor zover het bedrag van de geldboeten was vastgesteld op basis van de waarde van de verkopen die door de Commissie in aanmerking werd genomen.
- (6) Telefónica heeft beroep ingesteld tegen het arrest Telefónica. Op 13 december 2017 deed het Hof van Justitie uitspraak in zaak C-487/16 P Telefónica SA/Europese Commissie, waarbij het beroep van Telefónica werd afgewezen. Pharol heeft geen beroep ingesteld tegen het arrest PT.

⁽¹⁾ PB L 1 van 4.1.2003, blz. 1. Verordening gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 411/2004 (PB L 68 van 6.3.2004, blz. 1).

⁽²⁾ Zaak T-216/13 Telefónica SA/Europese Commissie (het “arrest Telefónica”) en zaak T-208/13 Portugal Telecom SGPS SA/Europese Commissie (het “arrest PT”).

3. FEITEN

- (7) De situatie waarin de vaststelling van een inbreuk door de Commissie van kracht blijft en in kracht van gewijsde is gegaan, terwijl de geldboeten voor die inbreuk nietig zijn verklaard, moet worden verholpen door een nieuw besluit op grond van artikel 23, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 voor de in het besluit van 2013 vastgestelde inbreuk door Telefónica en Portugal Telecom op artikel 101 VWEU.
- (8) Voor de berekening van de geldboete baseert de Commissie zich op de beoordeling van de feiten die in het besluit van 2013 zijn vastgesteld. Tegelijkertijd past zij de beginselen toe die zijn vastgelegd in de arresten van het Gerecht met betrekking tot de verplichting van de Commissie om op basis van het door de partijen aangevoerde materiaal vast te stellen voor welke diensten er geen sprake was van potentiële concurrentie tussen de partijen op het Iberische schiereiland tijdens de toepassingsperiode van het niet-concurrentiebeding. De Commissie sluit deze diensten dan ook uit van de waarde van de verkopen voor de berekening van de geldboeten.
- (9) Bovendien ontdekte de Commissie tijdens het huidige proces van herberekening van de geldboeten verschillende misrekeningen die Telefónica had gemaakt bij het verstrekken van de waarde van de verkoopcijfers, die uiteindelijk van invloed waren op de berekening van de geldboeten in het besluit van 2013.
- (10) Dergelijke berekeningsfouten kunnen niet terzijde worden gelaten. Indien niet gecorrigeerd, zou de waarde van de verkopen onjuist en te laag blijven en resulteren in een geldboete die wordt berekend op basis van onjuiste informatie. Daarom baseert de Commissie zich op de nieuwe herziene cijfers die Telefónica tijdens het huidige onderzoek heeft verstrekt om de juiste waarde van de verkopen in haar besluit vast te stellen.
- (11) In het nieuwe besluit trekt de Commissie de waarde van de verkopen af van diensten waarvan de Commissie van mening is dat er geen potentiële concurrentie tussen de partijen was tijdens de toepassingsperiode van het niet-concurrentiebeding.
- (12) Het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities heeft op 21 januari 2022 een gunstig advies uitgebracht. Het besluit is vastgesteld op 25 januari 2022.

4. JURIDISCHE BEOORDELING

4.1. Potentiële concurrentie

- (13) De Commissie is, in overeenstemming met vaste rechtspraak⁽³⁾, van oordeel dat in overeenkomsten voor marktverdeling, zoals die waarop dit besluit betrekking heeft, de bewijsnorm voor de beoordeling van potentiële concurrentie wordt gevormd door “*onoverkomelijke drempels voor markttoetreding*”. Tegelijkertijd hanteert de Commissie in dit geval een striktere benadering dan vereist en gaat zij na of de mogelijkheid om de markt te betreden niet louter hypothetisch was, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van de verschillende markten of diensten.
- (14) Daarom zijn de diensten waarvoor de Commissie van oordeel is dat er geen potentiële concurrentie tussen de partijen was tijdens de toepassingsperiode van het niet-concurrentiebeding, de volgende:
- A) Telefónica:
- (i) wholesaletoeegang (fysieke toegang) tot netwerkinfrastructuur (LLU);
 - (ii) universele diensten;

⁽³⁾ Arrest Telefónica, punt 221 en arrest PT, punt 181; Zaak T-691/14, Servier SAS e.a./Europese Commissie, ECLI:EU:T:2018:922, punten 319, 327 en 328, arrest van het Gerecht van 21 mei 2014, T-519/09, Toshiba Corp./Europese Commissie, ECLI:EU:T:2014:263, punt 231.

- (iii) SIRDEE (Emergency Digital Radio System)-diensten; alsmede
 - (iv) bepaalde diensten, onderdeel van de vaste communicatiediensten in openbare ruimten die door Telefónica worden geleverd (betalingsdiensten, verkoop van defibrillatoren en verhuur van buitenreclame-oplossingen).
- B) Pharol:
- (i) wholesaletaegang (fysieke toegang) tot netwerkinfrastructuur (LLU);
 - (ii) wholesalediensten voor het uitzenden van digitale televisie; alsmede
 - (iii) wholesalediensten voor analoge terrestrische televisie-uitzendingen.

5. GELDBOETEN

- (15) De Commissie past dezelfde overwegingen toe als in 2013 met betrekking tot de zwaartefactor voor de geldboete, de duur van de inbreuk, het in aanmerking te nemen aandeel van de waarde van de verkopen en het bestaan van verzwarende en verzachtende omstandigheden.
- (16) Het aangepaste basisbedrag bedraagt niet meer dan 10 % van de totale omzet van Telefónica in 2020. Na een reeks opeenvolgende transacties en reorganisaties binnen het bedrijf heeft Pharol in 2020 geen omzet behaald, wat geen goede weerspiegeling is van zijn economisch gewicht. De Commissie is van oordeel dat, zoals vereist door de rechtspraak, de omzet van Pharol in het jaar 2013, dat het laatste volledige jaar van de normale economische activiteit van Pharol over een periode van 12 maanden vertegenwoordigt ⁽⁴⁾, het best de reële economische situatie van Pharol weergeeft en een toereikend afschrikkend effect waarborgt. Het aangepaste basisbedrag van Pharol bedraagt niet meer dan 10 % van de totale omzet voor het boekjaar 2013.
- (17) Ten slotte, hoewel de fouten met betrekking tot de waarde van de verkopen door Telefónica het gevolg waren van de eigen foutieve berekeningen van Telefónica, zou de Commissie deze fouten met betrekking tot de waarde van de verkopen niet hebben ontdekt en zou zij daarom de geldboete niet hebben kunnen verhogen als de geldboeten van het besluit van 2013 niet nietig waren verklaard door het Gerecht. In die omstandigheden en gezien het relatief bescheiden effect dat deze fouten hadden op de hoogte van de geldboete en het feit dat er al een aanzienlijke periode is verstreken sinds die fouten (12 september 2012), acht de Commissie het in dit specifieke geval redelijk haar beoordelingsbevoegdheid overeenkomstig punt 37 van de richtsnoeren voor geldboeten ⁽⁵⁾ te gebruiken om de geldboete voor Telefónica te verlagen tot het niveau dat in het besluit van 2013 was vastgesteld.
- (18) Het uiteindelijke bedrag van de individuele geldboeten die zijn opgelegd overeenkomstig artikel 23, lid 2, van Verordening (EG) nr. 1/2003 is daarom als volgt:

Partij	Totale geldboete (EUR)
Telefónica	66 894 000
Pharol	12 146 000

⁽⁴⁾ Zoals bijvoorbeeld vermeld in het arrest van het Gerecht van 28 april 2010, T-456/05 en T-457/05, Gütermann en Zwicky/Commissie, ECLI:EU:T:2010:168, punten 94-103 en andere verwijzingen daarvan.

⁽⁵⁾ "Hoewel de algemene methode voor de vaststelling van geldboeten in deze richtsnoeren uiteen wordt gezet kunnen de bijzondere kenmerken van een gegeven zaak of de noodzaak om een bepaald afschrikkend niveau te bereiken, een afwijking van deze methode of van de in punt 21 vastgestelde maxima rechtvaardigen."