

RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

30. september 2003 *

I sag T-158/00,

Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD), Köln (Tyskland), ved Rechtsanwälte P. Mailänder og A. Bartosch, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved .P. Wiedner, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

støttet af

Kirch PayTV GmbH & Co. KGaA, Unterföhring (Tyskland), ved Rechtsanwalt K. Metzloff, og med valgt adresse i Luxembourg,

og

British Sky Broadcasting Group plc (BSkyB), Isleworth (Det Forenede Kongerige), ved solicitors S. Wisking og D. Livingston, og med valgt adresse i Luxembourg,

intervenienter,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning SG (2000) D/102552 af 21. marts 2000 (sag COMP/JV.37), som i henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1) erklærer en fusion, hvorved BSkyB erhverver fælles kontrol over KirchPayTV, forenelig med fællesmarkedet og med aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS
RET I FØRSTE INSTANS (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Jaeger, og dommerne K. Lenaerts og J. Azizi,

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 9. januar 2002,

afsagt følgende

Dom

Relevante retsregler

- 1 Ifølge artikel 1 i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1), som berigtiget (EFT 1990 L 257, s. 13), og som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30. juni 1997 (EFT L 180, s. 1, herefter »forordning nr. 4064/89« eller »fusionsforordningen«) finder forordningen anvendelse på alle fusioner af fællesskabsdimension som defineret i artikel 1, stk. 2 og 3.
- 2 Hvis Kommissionen fastslår, at den anmeldte fusion vel er omfattet af denne forordning, men ikke rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, beslutter den i henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 4064/89 ikke at modsætte sig den og erklærer den forenelig med fællesmarkedet (herefter »fase I«).
- 3 Det bestemmes i artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89, at hvis Kommissionen derimod konstaterer, at den anmeldte fusion er omfattet af forordningen og rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, beslutter den at indlede proceduren (herefter »fase II«).

4 Artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 bestemmer:

»Hvis Kommissionen fastslår, at en anmeldt fusion efter ændringer foretaget af de deltagende virksomheder ikke længere rejser alvorlig tvivl som omhandlet i stk. 1, litra c), kan den beslutte at erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet efter stk. 1, litra b).

Kommissionen kan til beslutninger vedtaget efter stk. 1, litra b), knytte betingelser og påbud for at sikre, at de deltagende virksomheder indfrier de tilsagn, de har afgivet over for Kommissionen med henblik på at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet.«

5 Ifølge artikel 18, stk. 1, i Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 af 1. marts 1998 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til forordning nr. 4064/89 (EFT L 61, s. 1) skal »[t]ilsagn, som de pågældende virksomheder har afgivet over for Kommissionen i overensstemmelse med artikel 6, stk. 2, i forordning [...] nr. 4064/89, og som parterne ønsker taget i betragtning med henblik på en beslutning efter artikel 6, stk. 1, litra b), i den forordning, [...] være Kommissionen i hænde senest tre uger efter datoen for modtagelsen af anmeldelsen«.

6 I sin meddelelse om løsninger, der er acceptable i henhold til forordning nr. 4064/89 og forordning nr. 447/98 (EFT 2001 C 68, s. 3, herefter »meddelelsen om acceptable løsninger«), redegør Kommissionen for de principper, der gælder for tilsagnene.

Faktiske omstændigheder

- 7 Den 22. december 1999 modtog Kommissionen i henhold til artikel 4 i forordning nr. 4064/89, som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30. juni 1997 (EFT L 180, s. 1), og som berigtiget (EFT 1998 L 40, s. 17, herefter »forordning nr. 1310/97«), en anmeldelse af en planlagt fusion, hvorved British Sky Broadcasting Group plc (herefter »BSkyB«) og Kirch Vermögensverwaltungs GmbH & Co. KG (herefter »KVV«) erhverver fælles kontrol over KirchPayTV GmbH & Co. KGaA (herefter »KirchPayTV«).
- 8 BSkyB er et britisk medieselskab, der især er aktivt inden for analoge og digitale tv-tjenester udbudt via satellit og kabel i Det Forenede Kongerige og Irland, men som tillige udbyder jordbaseret digitalt tv i Det Forenede Kongerige. BSkyB markedsfører sine egne betalings-tv-kanaler, enten direkte eller gennem kabel- eller antenneoperatører. Selskabet ejer ligeledes kapitalandele i British Interactive Broadcasting/Open, som udbyder digitale interaktive tv-tjenester i Det Forenede Kongerige. Endelig er BSkyB leverandør af en lang række tv-relaterede tjenester.
- 9 På anmeldelsestidspunktet opererede BSkyB ikke på de tyske markeder for betalings-tv, digitalt interaktivt tv og erhvervelse af tv-rettigheder.
- 10 Det tyske selskab KirchPayTV kontrolleredes på tidspunktet for anmeldelsen fuldstændigt af KVV, der igen var et 100%-ejet datterselskab af mediekoncernen Kirch, som drev virksomhed på områderne gratis tv, handel med rettigheder til

sportsprogrammer og fiktionsværker, filmproduktion, tv-udsendelser, virksomheds-tv, betalings-tv samt tekniske tjenesteydelser i forbindelse med betalings-tv.

- 11 Anmeldelsen af den planlagte fusion, som Kommissionen modtog den 22. december 1999, blev offentliggjort i EF-Tidende af 11. januar 2000 (EFT C 7, s. 5). Samme dag modtog sagsøgeren fra Kommissionen en begæring om oplysninger med anmodning om, at sagsøgeren inden den 14. januar 2000 fremsatte sine bemærkninger til den planlagte fusions følger for konkurrencen.
- 12 Sagsøgeren meddelte inden udløbet af fristen Kommissionen, at den pågældende fusionsplan ifølge sagsøgeren ville føre til dels en styrkelse af KirchPayTV's dominerende stilling på markederne for betalings-tv, erhvervelse af programrettigheder samt tekniske tjenesteydelser i forbindelse med betalings-tv, dels skabelse af en dominerende stilling på markedet for digitale interaktive tv-tjenester. Sagsøgeren har ligeledes udtrykt frygt for, at tilnærmelsen mellem Kirch og BSkyB vil styrke den vertikale integration af de deltagende virksomheder på de pågældende markeder og begrænse konkurrencen mellem medlemsstaterne, bl.a. på områderne erhvervelse af tv-programmer og digitale interaktive tv-tjenester.
- 13 Den 21. januar 2000 sendte sagsøgeren yderligere og mere detaljerede bemærkninger herom til Kommissionen. Konklusionen i bemærkningerne var, at Kommissionen skulle forbyde den anmeldte fusion med den begrundelse, at fusionen ville være uforenelig med fællesmarkedet. Subsidiært anførte sagsøgeren, at der skulle være knyttet mindstekrav og -betingelser til en eventuel tilladelse til fusionen.

- 14 Efter Kommissionens anmodning redegjorde sagsøgeren i en skrivelse af 22. februar 2000 til Kommissionen for de konkurrenceretlige krav, vilkår og offentligretlige tilsagn, som selskabet fandt nødvendige i forbindelse med den planlagte fusion.
- 15 Sagsøgeren gentog, at selskabet ikke fandt, at betingelserne for at tillade den planlagte fusion var opfyldt, og fremsatte subsidiært en række forslag til tilsagn, som det fandt, at fusionsparterne under alle omstændigheder måtte acceptere.
- 16 Fusionsparterne forelagde Kommissionen en pakke tilsagn. Kommissionen anmodede den 29. februar 2000 sagsøgeren om at fremsætte sine bemærkninger til tilsagnene inden den 2. marts 2000.
- 17 Sagsøgeren kritiserede i sit svar af 2. marts 2000 forslagene til tilsagn for ikke at være andet end et løfte om ikke at misbruge KirchPayTV's dominerende stilling.
- 18 Den 14. marts 2000 anmodede Kommissionen sagsøgeren om inden den 15. marts 2000 kl. 13 at fremsætte sine bemærkninger til en første ændret udgave af tilsagnspakken. Sagsøgeren sendte en kortfattet kommentar.
- 19 Kommissionen underrettede ikke sagsøgeren om en anden, ændret udgave af tilsagnspakken og opfordrede ikke sagsøgeren til at fremsætte bemærkninger hertil. Sagsøgeren fik gennem en tredjepart kendskab til den anden, ændrede udgave af tilsagnspakken den 18. marts 2000.

- 20 Ved beslutning af 21. marts 2000 (herefter »den anfægtede beslutning«) godkendte Kommissionen på visse betingelser den pågældende fusion på grundlag af artikel 6, stk. 1, litra b), og artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 og artikel 57 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS).

Den anfægtede beslutning

- 21 I den anfægtede beslutning har Kommissionen gennemgået fusionens følger for tre berørte markeder, nemlig markederne for betalings-tv, digitalt interaktivt tv samt erhvervelse af tv-rettigheder.

1. Markedet for betalings-tv

- 22 Ifølge betragtning 23-27 til den anfægtede beslutning udgør betalings-tv og gratis tv, dvs. reklamefinansieret privat tv og licens- og reklamefinansieret offentligt tv, to særskilte markeder. Ifølge Kommissionen er markedet for betalings-tv af national dimension.
- 23 I den anfægtede beslutning har Kommissionen konstateret, at KirchPayTV gennem selskabet Premiere nærmest har monopol på levering af betalings-tv-tjenester i Tyskland. Kommissionen har ligeledes konstateret, at BSkyB dominerer markedet for betalings-tv i Det Forenede Kongerige. I betragtning 51 har Kommissionen konkluderet, at fusionen rejser alvorlig tvivl med hensyn til foreneligheden med fællesmarkedet, idet den styrker KirchPayTV's dominerende

stilling på markedet for betalings-tv i Tyskland. Kommissionen finder nemlig, at KirchPayTV i kraft af den kapital og knowhow, der tilføres af BSkyB, er i stand til at opretholde sin dominerende stilling på markedet. Kommissionen har herom anført:

»Tilførsel af kapital og knowhow

50. Parterne har selv erkendt, at KirchPayTV har behov for »en betydelig kapitaltilførsel« for at kunne udvikle sine aktiviteter. Parterne har anslået KirchPayTV's samlede investeringsbehov til [...] og de tab, der skal dækkes, til [...]. Ifølge anmeldelsen har KirchPayTV imidlertid ikke været i stand til at rejse yderligere kapital på markedet. Ud over kapital vil BSkyB bidrage med sin marketingviden og knowhow, som KirchPayTV i højeste grad mangler, således som visse operatører på markedet har oplyst over for Kommissionen.

I betragtning af de betydelige omkostninger, der er knyttet til aktivitetsudøvelse på dette marked, især fordi de analoge tjenester inden for de nærmeste år skal omdannes til digitale tjenester, tvivler Kommissionen meget på, at KirchPayTV uden fusionen vil være i stand til at opretholde sin stilling på det tyske marked for betalings-tv. F.eks. vil den manglende modernisering af betalings-tv-tjenesterne for at opfylde markedets forventninger eller den manglende evne til at bevare kontrollen over programindholdet, som er nødvendig for betalings-tv, i væsentlig grad forbedre en tredjeparts mulighed for på mellemlangt sigt at få adgang til markedet. Ifølge artikel 2, stk. 1, litra b), i forordningen om fusionskontrol skal Kommissionen ved vurderingen af en fusions følger for konkurrencen tage hensyn til parternes økonomiske og finansielle styrke. Det skal ligeledes bemærkes, at Kommissionen i en række beslutninger har tilkendegivet, at en fusion, der består i en væsentlig kapitaltilførsel, kan føre til skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling.«

24 Endvidere har Kommissionen i betragtning 52-72 til den anfægtede beslutning gennemgået spørgsmålet om fjernelsen af den potentielle konkurrence. Kommissionen har i betragtning 54 konkluderet, at hverken BSkyB eller nogen anden virksomhed »på kort eller mellemlang sigt« vil kunne trænge ind på det tyske betalings-tv-marked. Dette er der ifølge Kommissionen fire hovedårsager til:

- gratis tv er så dominerende på det tyske marked, at det hindrer en væsentlig udvikling af betalings-tv
- Kirch kontrollerer gennem BetaResearch dekoderinfrastrukturen (d-box-dekoderen) og den teknologi, der er nødvendig for at kontrollere adgangen til det tyske marked
- BSkyB råder ikke over programmer, der egner sig for det tyske marked
- for at få adgang til det tyske marked for betalings-tv kræves meget store investeringer.

25 Derfor har Kommissionen i betragtning 70 til den anfægtede beslutning konkluderet, at BSkyB »på kort eller mellemlangt sigt« ikke er en potentiel ny aktør på det pågældende marked.

2. Markedet for digitale interaktive tv-tjenester

- 26 I den anfægtede beslutning konstateres det, at der for tiden ikke er adgang til digitale interaktive tv-tjenester i Tyskland, men at KirchPayTV meget snart vil være aktiv på dette marked. Kommissionen har ligeledes konstateret, at mindst fire andre virksomheder, nemlig Bertelsmann, sagsøgeren, UPC og Primacom-koncernen, forbereder en snarlig indtrængen på markedet. BSkyB er den eneste virksomhed i Europa, der har direkte erfaring med markedet for digitale interaktive tv-tjenester.
- 27 Operatørerne på dette marked er principielt ikke leverandører af de produkter og tjenester, der tilbydes forbrugerne og købes af disse. Operatørerne stiller en »platform« til rådighed, hvorfra programsælgerne eller -udbyderne promoverer og sælger deres produkter og tjenester. Det er således først og fremmest sælgerne, der repræsenterer efterspørgselen og skaber operatørernes indtægter. De digitale interaktive tv-tjenester, der normalt vil kunne udbydes, er bl.a. homebanking, fjernundervisning samt ferie- og rejsetjenester.
- 28 Selv om Kommissionen har konstateret, at markedet for digitale interaktive tv-tjenester og markedet for betalings-tv er to særskilte markeder, har den ikke desto mindre anført, at sidstnævnte marked kan være den »løftestang«, der baner vej for de digitale interaktive tv-tjenester. Da betalings-tv tilbyder eksklusive programmer, vil det kunne tiltrække et stort antal seere, hvis indkomst ligger over gennemsnittet. De to markeder er adskilte, men supplerer hinanden. Det geografiske marked er også i dette tilfælde et nationalt marked.
- 29 Hvad angår de digitale interaktive tv-tjenester har Kommissionen konstateret, at Kirch, fordi selskabet kontrollerer den dominerende dekoderninfrastruktur i Tyskland (d-box-dekoderen), som ligeledes er nødvendig for at kunne modtage

digitalt interaktivt tv, allerede har en væsentlig konkurrencemæssig fordel på dette marked. Kommissionen finder, at fusionen yderligere vil kunne fremme skabelsen af en dominerende stilling, idet BSkyB vil kunne bidrage med den nødvendige finansiering og den knowhow, selskabet har opnået på det britiske marked. Også på dette punkt finder Kommissionen derfor, at der er alvorlig tvivl med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet.

3. Markedet for erhvervelse af senderrettigheder

- 30 Ifølge den anfægtede beslutning er film og sportsbegivenheder de produkter, der skal »sælge« betalings-tv, og det er nødvendigt at besidde ophavsretten til disse produkter for at gøre programmerne tilstrækkeligt tiltrækkende til at få potentielle abonnenter til at betale for modtagelsen af tv-tjenesterne.
- 31 Senderrettigheder erhverves med henblik på et land eller et sprogområde (eller et område »med fælles sprog«), det vil i dette tilfælde sige det tyske marked eller det tysksprogede marked. Derimod erhverves visse rettigheder til sportsbegivenheder for hele Europa, hvorefter de videresælges til de enkelte lande. Der kan således være et særskilt geografisk marked for paneuropæiske senderrettigheder til sportsbegivenheder. Kommissionen finder det dog ikke nødvendigt i den foreliggende sag at afgrænse markedet mere præcist.
- 32 Kommissionen har i den anfægtede beslutning konstateret, at Kirch dominerer markedet for erhvervelse af senderrettigheder i Tyskland (gennem eksklusive aftaler med lang løbetid), mens BSkyB dominerer dette marked i Det Forenede Kongerige.

- 33 Kommissionen har ikke rejst tvivl om markedet for erhvervelse af tv-rettigheder og finder det bl.a. usandsynligt, at der vil ske en akkumulering af henholdsvis KirchPayTV's og BSkyB's erhvervelser.

4. Tilsagn

- 34 Under hensyn til de af parterne foreslåede tilsagn, som ifølge Kommissionen er egnede til at fjerne Kommissionens alvorlige tvivl med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet for så vidt angår fusionens følger for markerne for betalings-tv og digitale interaktive tv-tjenester, har Kommissionen godkendt fusionen på grundlag af artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 4064/89.

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 35 Sagsøgeren har anlagt denne sag ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 13. juni 2000.
- 36 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 29. september 2000 har KirchPayTV fremsat begæring om at måtte intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande. Begæringen blev imødekommet ved kendelse afsagt den 11. december 2000.
- 37 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 23. november 2000 har BSkyB fremsat begæring om at måtte intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande. Begæringen blev imødekommet ved kendelse afsagt den 19. februar 2001.

38 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

- Kommissionens beslutning af 21. marts 2000 vedrørende sag COMP/JV.37 annulleres.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

39 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Afvisning, subsidiært frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

40 KirchPayTV har nedlagt følgende påstande:

- Afvisning, subsidiært frifindelse.
- Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

41 BSKyB har nedlagt følgende påstande:

— Afvisning, subsidiært frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder de af BSKyB afholdte omkostninger.

Formaliteten

1. *Sagsøgerens søgsmålskompetence*

Parternes argumenter

42 Sagsøgeren har anført, at selskabet er umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede beslutning, som omhandlet i artikel 230, stk. 4, EF.

43 Kommissionen betvivler, at selskabet er individuelt berørt af den anfægtede beslutning.

- 44 Kommissionen har gjort gældende, at den blotte omstændighed, at selskabet har deltaget i den administrative procedure, selv om det er sket på Kommissionens opfordring, ikke er tilstrækkelig til at godtgøre, at det er individuelt berørt af den anfægtede beslutning, især fordi mange andre virksomheder i den foreliggende sag ligeledes har udtalt sig under proceduren eller er blevet hørt af Kommissionen. Behandlingen af en fusionssag indebærer pr. definition regelmæssig kontakt med mange virksomheder.
- 45 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at sagsøgeren for tiden alene er aktiv på markedet for gratis tv, som ikke er omfattet af den anfægtede beslutning. Således angår de forpligtelser til at opfylde målet om indførelse af digitale sendeteknikker, som sagsøgeren har påberåbt sig, under alle omstændigheder alene dette marked.
- 46 Derimod er der intet, der tyder på, at sagsøgeren har planer om at trænge ind på markedet for betalings-tv, som er omfattet af den anfægtede beslutning. Sagsøgeren kan således end ikke betegnes som en potentiel konkurrent på dette marked.
- 47 Sagsøgeren kan højst anses for en potentiel konkurrent på det fremtidige marked for digitale interaktive tv-tjenester, men selskabet vil da blot være én af de mange potentielle konkurrenter på dette fremtidige marked. Denne konklusion anfægtes ikke af, at sagsøgeren deltager i udviklingen af en konkurrerende teknisk platform.
- 48 Hvad angår sagsøgerens argument om, at selskabet er individuelt berørt af den anfægtede beslutning, idet styrkelsen af den dominerende stilling på markedet for betalings-tv påvirker parternes stilling på markedet for tekniske tjenester til brug for digitalt tv og dermed også på markedet for gratis digitalt tv, har

Kommissionen gjort gældende, at ifølge retspraksis er det at være en konkurrent, endog kun en potentiel konkurrent, på et marked, der behandles i den anfægtede beslutning, i sig selv utilstrækkeligt til at kunne påberåbe sig status som individuelt berørt. Dette gælder så meget desto mere i den foreliggende sag, som det pågældende marked end ikke er omfattet af beslutningen.

- 49 Med hensyn til fusionsparternes tilsagn finder Kommissionen, at hvis sagsøgeren anser sig for berettiget til at nyde fordel af tilsagnene, gælder dette tillige enhver tredjepart, der har til hensigt at påberåbe sig disse tilsagn.
- 50 Kommissionen har konkluderet, at sagsøgeren blot er én af de mange virksomheder, der er potentielle konkurrenter til eller kunder hos fusionsparterne. Sagsøgerens situation adskiller sig således ikke fra situationen for samtlige de virksomheder, der kan anses for (potentielle) konkurrenter til KirchPayTV, eller som opererer på nabomarkederne. Sagsøgeren er således ikke, som tilfældet var i den sag, der gav anledning til dommene Air France I (Rettens dom af 19.5.1994, sag T-2/93, Air France mod Kommissionen, den såkaldte »Air France I«-dom, Sml. II, s. 323, præmis 82) og Air France II (Rettens dom af 24.3.1994, sag T-3/93, Air France mod Kommissionen, den såkaldte »Air France II«-dom, Sml. II, s. 121, præmis 45), den eneste konkurrent til fusionsdeltagerne. Endvidere adskiller sagsøgerens situation i relation til den omhandlede fusion sig ikke klart fra situationen for andre virksomheder inden for den samme sektor i modsætning til situationen for sagsøgeren i den sag, der førte til Air France I-dommen (præmis 82).
- 51 KirchPayTV har bestridt, at sagsøgeren er umiddelbart berørt af den anfægtede beslutning. Med henblik herpå har KirchPayTV henvist til Air France I-dommen (præmis 80) og heraf udledt, at for at være umiddelbart berørt som omhandlet i artikel 230, stk. 4, EF, skal selskabet operere på de markeder, som den anfægtede beslutning vedrører. Men den anfægtede beslutning berører alene det sagsøgende selskab for så vidt angår dets stilling på markedet for gratis digitalt tv, hvor det er en potentiel konkurrent, men som ikke er genstand for den anfægtede beslutning.

- 52 KirchPayTV har ligeledes bestridt, at sagsøgeren er individuelt berørt af den anfægtede beslutning.
- 53 KirchPayTV har i denne forbindelse for det første gjort gældende, at deltagelse i den administrative procedure ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at individualisere sagsøgeren.
- 54 Formålet med kravet om søgsmålskompetence i annulationssager, nemlig at begrænse søgsmålsadgangen, vil ikke være opfyldt, hvis den blotte deltagelse i en fusionsprocedure anses for at være et tilstrækkeligt kriterium. I betragtning af de mange medvirkende ved disse procedurer ville antallet af personer med søgsmålskompetence nemlig blive alt for stort.
- 55 KirchPayTV har for det andet bestridt, at fusionsparternes tilsagn individualiserer sagsøgeren. Tilsagnene kan nemlig være til fordel for mange konkurrenter og ikke alene for sagsøgeren.
- 56 KirchPayTV har for det tredje bestridt, at sagsøgerens deltagelse i sammenslutningen Free Universe Network (herefter »FUN«) individualiserer selskabet. FUN er nemlig ikke en teknisk platform og en potentiel konkurrent, men blot en interessesammenslutning, der har til formål at indføre en række tekniske løsninger med henblik på driften af tekniske platforme. FUN kan som simpel interesse-sammenslutning ikke være individuelt berørt af den anfægtede beslutning. Så meget desto mindre kan det udledes af sagsøgerens deltagelse i sammenslutningen, at sagsøgeren er individuelt berørt af beslutningen.

- 57 KirchPayTV har for det fjerde konstateret, at sagsøgeren er en arbejdssammenslutning af offentlige radio- og tv-foretagender. Ifølge fast retspraksis kan en forening, der er oprettet for at varetage en gruppe medlemmers kollektive interesser, imidlertid ikke anses for at være individuelt berørt af en beslutning, der påvirker denne gruppes interesser generelt (Domstolens kendelse af 18.12.1997, sag C-409/96 P, Sveriges Betodlares og Henrikson mod Kommissionen, Sml. I, s. 7531, præmis 45, og Rettens dom af 11.2.1999, sag T-86/96, Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen og Hapag-Lloyd mod Kommissionen, Sml. II, s. 179, præmis 55 ff.). En sådan sammenslutning kan bl.a. ikke anlægge sag, når sammenslutningens medlemmer som i den foreliggende sag ikke har søgsmålskompetence.

Rettens bemærkninger

- 58 I artikel 230, stk. 4, EF, bestemmes, at »[e]nhver fysisk eller juridisk person kan indbringe klage over beslutninger, der retter sig til ham, samt over beslutninger, som, skønt de er udfærdiget i form af en forordning eller en beslutning rettet til en anden person, dog berører ham umiddelbart og individuelt«.
- 59 Sagsøgeren er ikke adressat for den anfægtede beslutning, som alene er rettet til fusionsparterne, og det må derfor undersøges, om sagsøgeren er umiddelbart og individuelt berørt af den.
- 60 Det er i modsætning til, hvad KirchPayTV har hævdet, ubestridt, at sagsøgeren er umiddelbart berørt. Da den anfægtede beslutning muliggør en øjeblikkelig gennemførelse af den påtænkte fusion, kan den nemlig medføre en øjeblikkelig ændring af situationen på de relevante markeder, som således udelukkende beror på de involverede parters bestemmelse (jf. Air France II-dommen, præmis 80, og Rettens dom af 3.4.2003, T-114/02, BaByliss mod Kommissionen, Sml. II, s. 1279, præmis 89).

- 61 Det skal således undersøges, om sagsøgeren tillige er individuelt berørt af den anfægtede beslutning.
- 62 Efter fast retspraksis vil andre personer end en beslutnings adressater alene kunne påstå, at de berøres individuelt, hvis beslutningen »rammer dem på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som adressaten« (Domstolens dom af 15.7.1963, sag 25/62, Plaumann mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411, org.ref.: Rec. s. 197, på s. 223, og af 10.12.2002, sag C-312/00 P, Kommissionen mod Camar og Tico, Sml. I, s. 11355, præmis 73 og den deri nævnte retspraksis).
- 63 I den foreliggende sag skal det undersøges, om sagsøgerens deltagelse i proceduren og den omstændighed, at sagsøgerens markedsposition berøres, individualiserer sagsøgeren, som omhandlet i artikel 230 EF.
- 64 Hvad for det første angår deltagelsen i proceduren bemærker Retten, at sagsøgeren den 11. januar 2000 modtog en begæring om oplysninger fra Kommissionen i henhold til artikel 11 i forordning nr. 4064/89, hvori Kommissionen anmodede selskabet om inden tre dage at fremsætte sine bemærkninger til den planlagte fusions følger for konkurrencen. Sagsøgeren sendte Kommissionen de ønskede oplysninger ved skrivelse af 14. januar 2000.
- 65 Den 21. januar 2000, dvs. inden udløbet af den frist på ti dage, der var fastsat i meddelelsen om offentliggørelse af fusionsplanen i EF-Tidende, jf. artikel 4, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, sendte sagsøgeren Kommissionen et notat med yderligere bemærkninger til den planlagte fusions følger for konkurrencesituationen på de pågældende markeder samt for sagsøgerens egen situation.

- ⁶⁶ Den 22. februar 2000 tilstillede sagsøgeren på ny — efter anmodning fra taskforcen vedrørende fusionskontrol — Kommissionen et meget detaljeret notat indeholdende sagsøgerens bemærkninger til alle følsomme aspekter af fusionen. Notatet, hvori sagsøgeren fastholdt, at fusionen var uforenelig med fællesmarkedet, indeholdt tillige en redegørelse for de betingelser, krav og tilsagn, sagsøgeren fandt nødvendige, hvis Kommissionen skulle beslutte ikke at modsætte sig fusionen. Forslagene vedrørte betingelserne for åbning af de pågældende markeder og især adgangen uden forskelsbehandling af andre dekodere end d-box-dekoderen til samtlige tv-programmer og interaktive tjenester, andre operatørers adgang til KirchPayTV's programrettigheder samt forhindring af Kirch-koncernens indirekte påvirkning af anvendelsen af Deutsche Telekom AG's bredbåndskabelnet.
- ⁶⁷ En gennemgang af den anfægtede beslutning viser, at Kommissionen ti gange har henvist til tredjeparters bemærkninger (betragtning 49, 50, 53, 57, 71, 73, 75, 77, 79 og 84 til den anfægtede beslutning), og at de fleste bemærkninger vedrører spørgsmål, der udtrykkeligt er rejst af sagsøgeren i de bemærkninger, selskabet har sendt til Kommissionen under den administrative procedure.
- ⁶⁸ Sagsøgeren har således i sit notat af 22. februar 2000 gjort gældende, at Kirch alene ikke har tilstrækkelig økonomisk styrke til selv at udvikle digitale tjenester, mens det i notaterne af 14. og 21. januar 2000 hedder, at BSkyB har en enestående erfaring og knowhow inden for marketing og distribution af betalings-tv, som skal overføres ifølge aftalen. I betragtning 49 til den anfægtede beslutning har Kommissionen imidlertid påpeget, at en række tredjeparter har hævdet, at fusionen vil styrke KirchPayTV's dominerende stilling på det tyske marked for betalings-tv ved at tilføre KirchPayTV betydelig kapital og knowhow. I betragtning 50 ff. til den anfægtede beslutning har Kommissionen ud fra disse betragtninger konkluderet, at der består alvorlig tvivl.

- 69 I betragtning 53 til den anfægtede beslutning har Kommissionen anført, at en række tredjeparter har peget på, at BSkyB er den mest sandsynlige nye aktør på det tyske marked for betalings-tv, hvilket sagsøgeren havde nævnt i sit notat af 14. januar 2000.
- 70 Kommissionen har i betragtning 75 til den anfægtede beslutning konstateret, at KirchPayTV's indtrængen på markedet for digitale interaktive tv-tjenester risikerer at skabe en dominerende stilling ved at gøre d-box-teknologien til standarddekoderteknologien i Tyskland, hvilket sagsøgeren havde fremhævet i sit notat af 21. januar 2000.
- 71 Endelig har Kommissionen i betragtning 84 til den anfægtede beslutning besvaret tredjeparternes argument om Kirch-koncernens store muligheder for at erhverve senderrettighederne, et problem, som sagsøgeren havde nævnt i sine notater af 14. og 21. januar 2000.
- 72 Kommissionen har således i den anfægtede beslutning taget udgangspunkt i en række argumenter, som sagsøgeren havde påberåbt sig under den administrative procedure.
- 73 Endvidere har Kommissionen anmodet sagsøgeren om at tilkendegive sit syn på eventuelle tilsagn, der kan fjerne den alvorlige tvivl, som fusionen giver anledning til, og sagsøgerens forslag er i hvert fald delvis medtaget i den anfægtede beslutning.
- 74 Kommissionen har ligeledes forelagt sagsøgeren de to første udgaver af tilsagnene med henblik på bemærkninger. Kommissionen har som svar på Rettens skriftlige spørgsmål anført, at der ud over sagsøgeren kun er to andre virksomheder, nemlig

Bertelsmann AG og Universal Studios Inc., der også har modtaget en genpart af de to første udgaver af tilsagnene. I modsætning til sagsøgeren har Bertelsmann endvidere modtaget den tredje og sidste udgave af tilsagnene.

- 75 Det skal endvidere bemærkes, at sagsøgerens skrivelser til Kommissionen ikke blot udgør en ensidig og uopfordret henvendelse fra sagsøgeren, idet Kommissionen flere gange har opfordret sagsøgeren til at fremsætte sine bemærkninger.
- 76 Sagsøgeren har således deltaget aktivt i proceduren. Selv om Kommissionen har ret i, at den blotte deltagelse i proceduren givetvis ikke i sig selv kan godtgøre, at sagsøgeren er individuelt berørt af beslutningen, især ikke når der er tale om fusioner, hvor en omhyggelig undersøgelse kræver regelmæssig kontakt med mange virksomheder, forholder det sig ikke desto mindre således, at den aktive deltagelse i den administrative procedure er et forhold, der jævnligt tages hensyn til i retspraksis på konkurrenceområdet, herunder også i forbindelse med fusionskontrollen, med henblik på i forening med andre specifikke omstændigheder at godtgøre, at sagen kan antages til påkendelse (dommen i sagen BaByliss mod Kommissionen, præmis 95). Dette gælder så meget desto mere i den foreliggende sag, som denne aktive deltagelse som fastslået ovenfor har påvirket procedurens forløb og i hvert fald delvis indholdet af den anfægtede beslutning hvad angår såvel bestemmelsen af den alvorlige tvivl, som fusionen rejser, som de tilsagn, der ifølge Kommissionen er nødvendige for at fjerne tvivlen (jf. i denne retning Domstolens dom af 28.1.1986, sag 169/84, Cofaz mod Kommissionen, Sml. s. 391, præmis 24 og 25).
- 77 Hvad for det andet angår påvirkningen af sagsøgerens stilling på markedet skal Retten først og fremmest bemærke, at den pågældende fusion angår markedet for betalings-tv, og at det er ubestridt, at sagsøgeren ikke opererer på dette marked. Sagsøgeren har endog i en skrivelse af 22. februar 2000 til Kommissionen oplyst, at »ARD public broadcasting stations are neither mandated nor considering to enter the PayTV market«.

78 At sagsøgeren ikke kan anses for en konkurrent, end ikke potentiel konkurrent til KirchPayTV på markedet for betalings-tv, indebærer dog ikke nødvendigvis, at sagsøgeren ikke er individuelt berørt af beslutningen. Selv om KirchPayTV's aktiviteter er koncentreret om betalings-tv, er dette marked blot ét af de tre markeder, hvor fusionen ifølge Kommissionen styrker Kirch-koncernens dominerende stilling. Hertil kommer, at ligesom potentielle konkurrenter til fusionsparterne kan anlægge sag til prøvelse af godkendelsesbeslutningen, når der er tale om oligopolistiske markeder (jf. i denne retning Rettens dom af 27.11.1997, sag T-290/94, Kaysersberg mod Kommissionen, Sml. II, s. 2137, og dommen i sagen BaByliss mod Kommissionen), forholder det sig således, at når en monopolvirksomhed som i den foreliggende sag får styrket sin markedsposition ved en fusion, kan et annulationssøgsmål rejst af en virksomhed, der alene er til stede på nabo-, opstrøms- eller nedstrømsmarkedet, under visse omstændigheder ligeledes antages til realitetsbehandling.

79 I den foreliggende sag er der fem forhold, der beviser, at sagsøgerens stilling er berørt, nemlig: eksistensen af en vis konkurrence mellem gratis tv og betalings-tv, den fremtidige konvergens mellem gratis tv og betalings-tv som følge af digitaliseringen, fusionens påvirkning af de digitale interaktive tv-tjenester, sagsøgerens deltagelse i FUN-projektet samt erhvervelsen af senderrettigheder.

Eksistensen af en vis konkurrence mellem gratis tv og betalings-tv

80 Selv om markedet for gratis tv, som sagsøgeren opererer på, og markedet for betalings-tv som omhandlet i betragtning 23-25 til den anfægtede beslutning er to særskilte markeder, erkendes det udtrykkeligt i beslutningens betragtning 56, at der er en vis vekselvirkning mellem disse to markeder. Det hedder nemlig i beslutningen i forbindelse med gennemgangen af hindringerne for adgangen til det tyske marked for betalings-tv, at dette marked har vanskeligt ved at udvikle sig som følge af gratis tv-markedets store styrke.

- 81 For så vidt fusionen har til formål at øge Kirch-koncernens økonomiske styrke gennem tilførsel af kapital og knowhow fra BSkyB, således at Kirch kan udvikle og modernisere sine aktiviteter på markedet for betalings-tv, kan fusionen få en række konsekvenser for markedet for gratis tv. Sagsøgeren er en af de to offentlige tv-foretagender, der er aktive på markedet for gratis tv i Tyskland, og er endvidere en af de største operatører på dette marked. Det kan bl.a. forventes, at hvis det lykkes for Kirch at tiltrække nye abonnenter efter fusionen, vil sagsøgeren miste seere og dermed få færre reklameindtægter. Set fra denne synsvinkel vil den anfægtede beslutning således berøre sagsøgeren.

Den fremtidige konvergens mellem gratis tv og betalings-tv som følge af digitaliseringen

- 82 I den anfægtede beslutning anerkendes det ligeledes, jf. betragtning 25, at det efter digitaliseringen vil kunne forventes, at betalings-tv og gratis tv til en vis grad vil konvergere.
- 83 Da betalings-tv endvidere for tiden er det eneste område, hvor den digitale teknik har kunnet udvikle sig, påvirker KirchPayTV's dominerende stilling på markedet for betalings-tv markedet for digitalt tv.
- 84 Sagsøgeren er imidlertid som følge af sine public service-forpligtelser forpligtet til at forsøge at opfylde regeringens mål, nemlig indførelse af digital tv-teknologi.

- 85 Selv om fusionen finder sted på markedet for betalings-tv, vil den således kunne påvirke sagsøgerens konkurrencemæssige stilling på det fremtidige marked for gratis digitalt tv i Tyskland.

Fusionens påvirkning af de digitale interaktive tv-tjenester

- 86 Det fremgår af betragtning 30-41 og 73-80 til den anfægtede beslutning, at den planlagte fusion vil påvirke det fremtidige marked for digitale interaktive tv-tjenester. Kommissionen har nemlig i betragtning 32, 40 og 94 påpeget, at markedet for betalings-tv er en »løftestang« for udviklingen af dette marked, idet betalings-tv tilbyder eksklusive programmer, der gør det muligt for operatørerne af interaktive tv-tjenester at tiltrække et stort antal seere med høje indkomster. Da fusionen styrker Kirch-koncernens stilling på markedet for betalings-tv (betragtning 50), vil den således ligeledes styrke koncernens stilling på det fremtidige marked for interaktive tv-tjenester. Ifølge betragtning 73 er sagsøgeren en af de fire operatører, der har bebudet, at de har til hensigt i nær fremtid at udvikle interaktive tjenester.
- 87 Endvidere kræver etableringen af den tekniske infrastruktur, der er nødvendig for at etablere digitale interaktive tv-tjenester, betydelige investeringer. I den anfægtede beslutning er det i betragtning 75 anført, at fusionen vil kunne begrænse tredjeparters adgang til markedet væsentligt, idet den vil gøre det muligt for Kirch at trænge ind på markedet før alle andre operatører og således væsentligt forøge adgangshindringerne ved at indføre d-box-dekoderen som standarddekoder i Tyskland.
- 88 Fusionen vil således påvirke sagsøgerens stilling som fremtidig aktør på markedet for digitale interaktive tv-tjenester, idet den dels vil styrke den potentielle konkurrent Kirch, dels vil øge sagsøgerens afhængighed af Kirch-koncernens teknologi, som vil være nødvendig for at få adgang til dette marked.

Sagsøgerens deltagelse i FUN-projektet

- 89 Det er ubestridt, at det er nødvendigt at råde over en vis teknologi for at kunne udbyde digitale tv-tjenester, enten der er tale om betalings-tv, gratis tv eller interaktivt tv. For tiden er den eneste teknologi, der anvendes i Tyskland til digital kabeltransmission, den teknologi, der er udviklet af Kirchs datterselskab BetaResearch, og som anvendes af BetaDigital, et andet Kirch-datterselskab, samt Deutsche Telekom, som af BetaResearch har fået licens til at anvende Kirch-teknologien. Sagsøgeren er den eneste tv-operatør, der deltager i FUN-sammen slutningen bestående af virksomheder, som alle på forskellig vis (bl.a. ved at bidrage med scramblingteknologi, en dekoder, en elektronisk programoversigt mv.) bidrager til etableringen af en ny digital platform i Tyskland. FUN har sat sig som mål at etablere en åben alternativ platform, dvs. en platform, der i modsætning til KirchPayTV's platform ikke fungerer med et patenteret adgangskontrolsystem. KirchPayTV's dominerende stilling på markedet for tekniske tjenester til brug for digitalt tv, som er en følge af selskabets dominerende stilling på markedet for tjenester, der er knyttet til betalings-tv, kan gøre det vanskeligere at udvikle FUN-platformen. Sagsøgeren er således særlig berørt af den planlagte fusions følger.

Erhvervelsen af senderrettigheder

- 90 Da fusionen øger Kirch-koncernens økonomiske styrke og styrker koncernens forbindelser med BSkyB, en anden stor køber af senderrettigheder, kan det ikke udelukkes, at fusionen påvirker sagsøgeren som køber af sådanne rettigheder.
- 91 Ifølge betragtning 81 og 83 til den anfægtede beslutning dominerer Kirch og BSkyB henholdsvis det tyske og det britiske marked for erhvervelse af senderrettigheder til film og vigtige sportsbegivenheder, og BSkyB har desuden visse senderrettigheder i Tyskland.

- 92 Kommissionen har ganske vist i betragtning 85 ff. til den anfægtede beslutning konkluderet, at fusionen ikke giver anledning til alvorlig tvivl på dette marked, idet den hverken styrker Kirchs dominerende stilling væsentligt eller indebærer risiko for en hemmelig aftale mellem KirchPayTV's moderselskaber.
- 93 Sagsøgeren har imidlertid dels under den administrative procedure udtrykt frygt for, at fusionen kan føre til en koncentration af efterspørgselen efter film- og sportsrettigheder på det tyske marked, et problem, fusionsparterne har søgt at afhjælpe ved et tilsagn, dels for Retten bestridt, at tilsagnet er tilstrækkeligt, og kritiseret, at Kommissionen i den anfægtede beslutning blot har taget tilsagnet til efterretning uden at gøre tilsagnets indhold til en forudsætning for godkendelsen af fusionen.
- 94 Under disse omstændigheder er sagsøgeren, som er fusionsparternes konkurrent på markedet for erhvervelse af senderrettigheder på det tyske marked, ligeledes berørt af den anfægtede beslutning.
- 95 Sagsøgeren er således ved sin kvalificerede deltagelse i den administrative procedure, under hvilken selskabet har fremsat bemærkninger, som delvis har bestemt indholdet af den anfægtede beslutning samt tilsagnenes karakter, og fordi dets stilling på markederne for digitalt tv, digitale interaktive tv-tjenester, tekniske tjenester til brug for digitalt tv samt erhvervelse af senderrettigheder specifikt berøres, umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede beslutning, hvorfor sagen kan antages til realitetsbehandling.

2. Betingelserne i procesreglementets artikel 44, stk. 1

- 96 For det første har Kommissionen gjort gældende, at sagen må afvises, idet der i stævningen udifferentieret henvises til argumenterne fra den administrative procedure eller ikke redegøres tilstrækkelig klart for de retlige argumenter.
- 97 Retten må fastslå, at henvisningen til de under den administrative procedure fremsatte argumenter ikke bevirker, at sagen skal afvises. Da det, som allerede fastslået af Retten, »[ikke tilkommer] Retten ved hjælp af bilagene at forsøge at klarlægge, hvilke anbringender der kan antages at udgøre grundlaget for søgsmålet, idet bilagene alene skal fungere som bevismateriale og et middel til sagens oplysning« (Rettens dom af 7.11.1997, sag T-84/96, Cipeke mod Kommissionen, Sml. II, s. 2081, præmis 34), skal der derimod ikke tages hensyn til argumenter, som sagsøgeren har fremført under den administrative procedure, men som ikke er medtaget i stævningen.
- 98 For det andet finder Kommissionen ikke, at stævningen opfylder kravene i procesreglementets artikel 44, stk. 1, litra c) og e), idet søgsmålsgrundene ikke er begrundet, og sagsøgeren ikke på nogen måde har underbygget sine påstande. Da disse klagepunkter ikke vedrører sagens formalitet, men de forskellige anbringender, vil de blive behandlet under gennemgangen af disse.

Realiteten

- 99 Sagsøgeren har til støtte for sit søgsmål påberåbt sig fem anbringender, nemlig for det første en fejlagtig vurdering af de faktiske omstændigheder i henseende til artikel 2, stk. 3 og 4, i forordning nr. 4064/89, for det andet tilsidesættelse af artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, for det tredje tilsagnenes utilstrække-

lighed, for det fjerde en procedurefejl som følge af, at der ikke er indledt nogen procedure i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89, og for det femte en uacceptabel indskrænkning af tredjeparters ret til at deltage i proceduren.

1. Det første anbringende: fejlagtig vurdering af de faktiske omstændigheder i henseende til artikel 2, stk. 3 og 4, i forordning nr. 4064/89

Parternes argumenter

- 100 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen med hensyn til fusionens følger for konkurrencen på markedet for betalings-tv i Tyskland i betragtning 54 til den anfægtede beslutning — ud fra de argumenter, der er fremført i betragtning 56-70 til beslutningen — har konkluderet, at hverken BSkyB eller nogen anden virksomhed på kort og mellemlang sigt er en potentiel konkurrent til KirchPayTV på dette marked.
- 101 Ifølge sagsøgeren er denne konklusion i strid med Kommissionens konstatering i betragtning 50 til den anfægtede beslutning, hvori Kommissionen har udtalt, at den alvorligt tvivlede på KirchPayTV's evne til at fastholde sin stilling på markedet for betalings-tv i Tyskland i tilfælde af, at fusionen ikke blev til noget, og at hvis KirchPayTV ikke fastholdt sin stilling på dette marked, ville markedsadgangen på mellemlang sigt blive væsentligt forbedret for tredjeparter.
- 102 Der rejses således kritik af, at Kommissionen har vurderet fusionens følger for den potentielle konkurrence på dette marked alene ud fra status quo på tidspunktet for beslutningen, dvs. ud fra KirchPayTV's ubestridte dominerende stilling, i

stedet for at tage udgangspunkt i den ændring af denne stilling, som ifølge Kommissionen selv må forventes på mellemlang sigt, hvis fusionen ikke gennemføres.

- 103 Sagsøgeren har kritiseret denne måde at bedømme den potentielle konkurrence på, hvor Kommissionen ved bestemmelsen af det fusionerende selskabs markedsposition og de hindringer for potentielle konkurrenters adgang til markedet, som denne stilling indebærer, har taget hensyn til status quo og ikke til de sandsynlige fremtidige ændringer i markedspositionen.
- 104 Ifølge sagsøgeren giver denne måde at vurdere den potentielle konkurrence på en fejlagtig vurdering af de faktiske omstændigheder, som forhindrer en korrekt bedømmelse af fusionen i henseende til fusionsforordningens artikel 2, stk. 3 og 4.
- 105 Sagsøgeren har præciseret, at det ikke bestrider nogen af de forhold, som Kommissionen påberåber sig i betragtning 56-70 til den anfægtede beslutning til støtte for det synspunkt, at hverken BSKyB eller nogen anden virksomhed kan anses for potentielle konkurrenter til KirchPayTV.
- 106 Som svar på KirchPayTV's argument om, at Kommissionen i sin analyse af fusionens følger for den potentielle konkurrence mellem KirchPayTV og BSKyB eller andre virksomheder er gået ud fra en prognose over situationen på mellemlang sigt og således ikke har baseret sig på status quo, har sagsøgeren erkendt, at Kommissionen ved denne analyse faktisk har taget delvis hensyn til udsigterne på mellemlang sigt. Men ved analysen har Kommissionen imidlertid ikke taget hensyn til, at tredjeparters muligheder for at få adgang til det tyske marked for betalings-tv, som den selv har nævnt i betragtning 50 til den anfægtede beslutning, vil blive væsentligt forbedret på mellemlang sigt, hvis KirchPayTV ikke får tilført megen ny kapital. I stedet for at tage hensyn til denne reduktion på

mellemlang sigt af hindringerne for markedsadgangen har Kommissionen tværtimod ud fra KirchPayTV's aktuelle dominerende stilling med hensyn til teknologi og programindhold konkluderet, at der ikke er nogen potentiel konkurrence. Kommissionen har således vurderet den potentielle konkurrence ud fra status quo.

- 107 Sagsøgeren har bestridt berettigelsen af BSkyB's argumenter om, at størrelsen af det tyske marked for gratis tv udgør en væsentlig hindring for potentielle konkurrenters adgang til det tyske marked for betalings-tv, og at en fiasko for KirchPayTV ikke vil forbedre de potentielle konkurrenters adgang til dette marked, men tværtimod afskrække disse og illustrere det objektive omfang af hindringerne for adgangen til dette marked.
- 108 Disse argumenter er rent hypotetiske og derfor åbenbart irrelevante. Alene de juridiske overvejelser, Kommissionen faktisk har nævnt i den anfægtede beslutning, og ikke de overvejelser, den kunne have nævnt, er relevante ved bedømmelsen af, om beslutningen udgør en tilsidesættelse af fusionsforordningens artikel 2, stk. 3.
- 109 Ifølge sagsøgeren er størrelsen af det tyske marked for gratis tv endvidere kun et af de fire argumenter, Kommissionen har fremført for at bestride eksistensen af en potentiel konkurrence på det tyske marked for betalings-tv. Intetsteds i den anfægtede beslutning har Kommissionen anført, at den finder, at det tyske marked for gratis tv har nogen særlig betydning i den forbindelse. Kommissionen har ej heller anført, at en fiasko for KirchPayTV vil afskrække potentielle konkurrenter fra at gøre forsøget.
- 110 Kommissionen har principalt gjort gældende, at anbringendet må afvises.

- 111 På den ene side må anbringendet afvises, fordi det udifferentieret henviser til de argumenter, sagsøgeren fremførte under den administrative procedure. Kommissionen har i denne forbindelse bl.a. henvist til følgende passage på side 6 i stævningen:

»Med henblik på klagesagen gentages de argumenter, der er blevet fremført over for Kommissionen med hensyn til vurderingen af konkurrencen og den nødvendige kontrol med konkurrencen mod virkningerne af den omtvistede fusion.«

- 112 På den anden side redegøres der i stævningen ikke tilstrækkeligt klart for de retlige argumenter. Sagsøgeren fremfører blot en række bemærkninger om, at Kommissionen har ændret sin beslutningspraksis, hjulpet KirchPayTV med varigt at konsolidere sin dominerende stilling og med urette udelukket BSkyB som potentiel konkurrent. Men det fremgår ikke af stævningen, hvori det urigtige skøn, Kommissionen hævdes at have begået i den anfægtede beslutning, består.
- 113 Subsidiært finder Kommissionen med støtte fra KirchPayTV og BSkyB ikke, at anbringendet kan tages til følge.

Retten's bemærkninger

- 114 Med hensyn til Kommissionens argument om, at anbringendet skal afvises, må Retten fastslå, at selv om stævningen ikke er særlig eksplicit, fremgår det dog deraf, at sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen har vurderet de faktiske omstændigheder fejlagtigt i henseende til artikel 2, stk. 3 og 4, i forordning nr. 4064/89 ved ikke at betragte BSkyB som en potentiel konkurrent. I øvrigt er den omstændighed, at sagsøgeren ikke har underbygget sin påstand om, at BSkyB

skal betragtes som en potentiel konkurrent til KirchPayTV, et spørgsmål, der henhører under realitetsbehandlingen. Anbringendet bør således ikke afvises.

- 115 Sagsøgeren har nærmere bestemt gjort gældende, at Kommissionen har fejlbedømt de faktiske omstændigheder i henseende til artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, ved i betragtning 54 til den anfægtede beslutning at anføre, at hverken BSKyB eller nogen anden virksomhed vil kunne trænge ind på det tyske marked for betalings-tv, selv om Kommissionen i betragtning 50 til den anfægtede beslutning hævder, at KirchPayTV uden den økonomiske indsprøjtning, der vil være en følge af fusionen, ikke vil være i stand til foretage de investeringer, der er nødvendige for at bevare sin nuværende dominerende stilling på dette marked. Sagsøgeren har kritiseret Kommissionen for, at den ikke har taget hensyn til KirchPayTV's svage økonomi, og for at den har begået en fejl ved ikke at betragte BSKyB som en potentiel konkurrent.
- 116 Retten må for det første fastslå, at vurderingerne i betragtning 50 og 54 i modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, ikke er selvmodsigende.
- 117 Dels vedrører vurderingerne i disse to betragtninger ikke samme periode. Mens der i betragtning 50 kun regnes med en forbedring af betingelserne for tredjeparters adgang til markedet på mellemlang sigt, vedrører konstateringen i betragtning 54 nemlig, at hverken BSKyB eller nogen anden virksomhed er potentielle konkurrenter, alene en periode, der strækker sig fra det kort- til det middelfristede, dvs. en kortere periode end den, der er tale om i betragtning 50.
- 118 Dels er betragtning 50 til den anfægtede beslutning formuleret som en hypotese, idet Kommissionen blot har anført, »at det i høj grad ville forbedre betingelserne for markedsadgang, hvis [KirchPayTV] undlader at modernisere sine betalings-tv-

tjenester for at opfylde markedets forventninger, eller hvis det er umuligt for [KirchPayTV] at bevare den kontrol over programindholdet, der er nødvendig i forbindelse med betalings-tv«.

- 119 Endvidere fremgår det ligeledes af selve formuleringen af betragtning 54 til den anfægtede beslutning, at Kommissionen i modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, i sin gennemgang af fusionens følger for konkurrencen ikke har baseret sig på status quo, men har givet en prognose på kort eller mellemlangt sigt.
- 120 For det andet skal Retten bemærke, at Kommissionen, når den i betragtning 54 til den anfægtede beslutning konstaterer, at hverken BSKyB eller nogen anden virksomhed på kort eller mellemlang sigt er en potentiel konkurrent til KirchPayTV på det tyske marked for betalings-tv, som nævnt i betragtning 55 til den anfægtede beslutning henholder sig til fire væsentlige forhold, som der redegøres nærmere for i betragtning 56-70 til den anfægtede beslutning, nemlig den store udbredelse af gratis tv i Tyskland (betragtning 56 og 57 til den anfægtede beslutning), Kirch-koncernens kontrol over den dekoderinfrastruktur og dekrypteringsteknologi, der anvendes i Tyskland (betragtning 58-64 til den anfægtede beslutning), Kirch-koncernens kontrol over vigtige senderrettigheder til film og sportsbegivenheder, der gør det vanskeligt for en potentiel konkurrent at få adgang til disse programmer (betragtning 65-67 til den anfægtede beslutning) og den manglende sandsynlighed for, at BSKyB på kort eller mellemlang sigt vil trænge ind på det pågældende marked, hvilket skyldes de store investeringer, dette kræver (betragtning 68-70 til den anfægtede beslutning).
- 121 Som det udtrykkeligt fremgår af replikken, har sagsøgeren ikke bestridt nogen af disse fire forhold.
- 122 Sagsøgeren har imidlertid gjort gældende, at som følge af Kirch-koncernens svage økonomi, som gør det umuligt for koncernen at investere tilstrækkeligt i programmerne og i den teknologiske infrastruktur, er hindringerne for adgangen

til markedet blevet reduceret så meget, at BSkyB må anses for en potentiel konkurrent.

- 123 Denne indvending må forkastes, idet sagsøgeren ikke har påvist, hvorledes Kirch-koncernens svage økonomi i sig selv og trods Kommissionens argumenter kan berettigede til at konkludere, at der på kort eller mellemlang sigt er en potentiel konkurrence på det pågældende marked.
- 124 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at KirchPayTV's svage økonomi højst kan påvirke to af de fire forhold, som Kommissionen har henholdt sig til for at underbygge påstanden om manglende potentiel konkurrence, nemlig Kirch-koncernens kontrol over den tyske dekoderinfrastruktur og krypteringsteknologi samt adgangen til programindholdet. Kirchs økonomiske vanskeligheder mod-siger aldeles ikke de to andre nævnte forhold, nemlig gratis tv's store udbredelse i Tyskland og de store investeringsbehov, men bekræfter tværtimod deres betydning. En fiasko vil nemlig snarere afskrække andre virksomheder fra at trænge ind på dette marked og bekræfte, at der er hindringer, også store hindringer for markedsadgangen, som er uafhængige af KirchPayTV's stilling.
- 125 Den omstændighed, at KirchPayTV som følge af gratis tv's store udbredelse i Tyskland ikke kan få økonomien til at løbe rundt, selv om selskabet kontrollerer infrastrukturen og programindholdet og er den eneste operatør på markedet for betalings-tv, vil således kunne afskrække enhver anden operatør fra at forsøge at trænge ind på markedet.
- 126 Bliver det en fiasko for KirchPayTV, vil dette blot bekræfte rigtigheden af, at det er nødvendigt at råde over betydelige midler for at trænge ind på markedet. Sagsøgeren har ikke bestridt påstanden i betragtning 68 og 69 til den anfægtede beslutning om, at BSkyB, da selskabet er tvunget til at investere betydelige summer

for at etablere sig som operatør af digitale tv-tjenester i Det Forenede Kongerige og etablere en satellitplatform for at klare sig i konkurrencen, sandsynligvis ikke kan finde de nødvendige midler til at trænge ind på et nyt og i første omgang underskudsgivende marked.

- 127 Sagsøgerens argument om, at hvis ikke KirchPayTV får tilført ny kapital efter fusionen, vil potentielle konkurrenter trænge ind på det pågældende marked, bygger således på den ikke godtgjorte forudsætning, at en økonomisk fiasko for KirchPayTV på dette marked vil fremme potentielle konkurrenters adgang til markedet.
- 128 Anbringendet om, at Kommissionen har anlagt et urigtigt skøn ved ikke at anse BSKyB for en potentiel konkurrent på kort eller mellemlang sigt, kan således ikke tages til følge.
- 129 Under alle omstændigheder er anbringendet irrelevant, idet Kommissionen i betragtning 51 og 92 til den anfægtede beslutning har konkluderet, at fusionen rejser alvorlig tvivl, fordi den styrker KirchPayTV's dominerende stilling på markedet for betalings-tv i Tyskland i kraft af de midler, der indskydes af BSKyB. Konstateringen i betragtning 54 til den anfægtede beslutning af, at der ikke er potentiel konkurrence på kort og mellemlang sigt, synes således ikke at udgøre grundlaget for den anfægtede beslutning og kan derfor ikke medføre annullation af denne.
- 130 Det skal i denne forbindelse have for øje, at i henhold til artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 skal fusioner, der ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence begrænses i væsentlig grad inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, erklæres forenelige med fællesmarkedet. Heraf følger, at når en fusion skaber eller styrker en dominerende stilling, skal Kommissionen desuagtet tillade den, hvis den ikke begrænser den effektive konkurrence i væsentlig grad (jf. i denne retning Air France I-dommen,

præmis 78 og 79, Rettens dom af 25.3.1999, sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. II, s. 753, præmis 170, 180 og 193, og af 6.6.2002, sag T-342/99, Airtours mod Kommissionen, Sml. II, s. 2585, præmis 58).

- 131 Da Kommissionen har fastslået, at fusionen rejser alvorlig tvivl, må den nødvendigvis have fundet, at fusionen begrænser konkurrencen i væsentlig grad. Da det er ubestridt, at KirchPayTV har monopol på markedet for betalings-tv i Tyskland, kan denne konkurrencebegrænsning alene vedrøre den potentielle konkurrence. Selv om Kommissionen i betragtning 54 til den anfægtede beslutning har fastslået, at der ikke foreligger nogen potentiel konkurrence, må det, da Kommissionen har rejst alvorlig tvivl og pålagt parterne at afgive tilsagn, fastslås dels, at beslutningen ikke desto mindre hviler på den forudsætning, at der er en potentiel konkurrence, om end kun på lang sigt, dels at fusionen begrænser konkurrencen.
- 132 Det første anbringende om, at de faktiske omstændigheder er blevet fejlagtigt vurderet, idet BSkyB skulle have været anset for en potentiel konkurrent, skal således forkastes.

2. Det andet anbringende: Tilsidesættelse af artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 4064/89

Parternes argumenter

- 133 Sagsøgeren har påpeget, at fusionen i den foreliggende sag er blevet erklæret forenelig med fællesmarkedet i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 1,

litra b), i første fase af fusionskontrollen og efter de pågældende virksomheders afgivelse af tilsagn.

- 134 Sagsøgeren har gjort gældende, at praksis med at erklære en fusion forenelig med fællesmarkedet på grundlag af tilsagn fra de pågældende virksomheder allerede i første fase af fusionskontrollen — en gængs kommissionspraksis, der er blevet voldsomt kritiseret i den juridiske litteratur — først for nylig har fået formel hjemmel i fusionsforordningens nye artikel 6, stk. 2, der er indført ved forordning nr. 1310/97.
- 135 Sagsøgeren har anført, at der i forordning nr. 1310/97 er fastsat indskrænkende betingelser for udnyttelsen af denne mulighed, idet muligheden kun består, såfremt »konkurrenceproblemet er klart afgrænset og let kan afhjælpes«, jf. betragtning 8 til forordningen.
- 136 Efter sagsøgerens opfattelse er denne indskrænkning i overensstemmelse med systematikken i fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, hvorefter Kommissionen, hvis den konstaterer, at fusionen rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, beslutter at indlede anden fase af fusionskontrollen. Ifølge sagsøgeren er det netop i tilfælde af, at konkurrenceproblemerne i forbindelse med fusionen ikke opfylder kriterierne i betragtning 8 til forordning nr. 1310/97, at Kommissionen skal indlede anden fase af kontrollen.
- 137 Sagsøgeren har erkendt, at Kommissionen ved vurderingen af, om et konkurrenceproblem er »klart afgrænset og let kan afhjælpes«, råder over et vidt skøn, som Retten kun har begrænsede muligheder for at efterprøve (jf. i denne retning Domstolens dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 62).

- 138 Sagsøgeren har fastslået, at denne fortolkning hverken er draget i tvivl af Kommissionen eller af BSKyB, men udelukkende af KirchPayTV, hvis argumenter sagsøgeren imidlertid bestrider.
- 139 Som svar på KirchPayTV's argument om, at sagsøgerens synspunkt ikke tager hensyn til proportionalitetsprincippet og hurtighedsprincippet, har sagsøgeren anført, at disse principper overholdes i fusionsforordningens nye artikel 6, stk. 2. betragtning 8 til forordning nr. 1310/97 er netop en begrænsning af hurtighedsprincippet. Herudover har KirchPayTV ifølge sagsøgeren med urette baseret sine argumenter på den forudsætning, at hvis de i første kontrolfase afgivne tilsagn er tilstrækkelige, vil tilsagnet i anden kontrolfase være ude af proportioner. Det er nemlig kun, hvis konkurrenceproblemet er klart afgrænset og let kan afhjælpes, at Kommissionen allerede i første kontrolfase har mulighed for at vurdere, om tilsagnene er egnede til at fjerne Kommissionens alvorlige tvivl med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet. Hvis Kommissionen derimod allerede i slutningen af første kontrolfase har mulighed for at konkludere, at tvivlen er fjernet, også selv om betingelserne i betragtning 8 til forordning nr. 1310/97 ikke er opfyldt, vil Kommissionen være forledt til overilet at acceptere vigtige tilsagn til løsning af yderst komplekse konkurrenceproblemer blot for at spare de pågældende virksomheder for anden kontrolfase.
- 140 Som svar på KirchPayTV's argument om, at den frist, Kommissionen får til at gennemgå de foreslåede tilsagn, er næsten lige så kort i anden kontrolfase, nemlig fire uger, som i første kontrolfase, nemlig tre uger, har sagsøgeren kritiseret, at argumentet ikke siger noget om den retlige rækkevidde af betragtning 8 til forordning nr. 1310/97, eller hvorfor denne betragtning skulle være uden retlig betydning. Desuden har KirchPayTV ikke taget hensyn til, at der før den frist på fire uger, Kommissionen har til at gennemgå tilsagnene i anden kontrolfase, er en frist på tre måneder fra tidspunktet for indledningen af anden kontrolfase, og at der før denne frist på tre måneder er hele fristen i første kontrolfase. I løbet af de tre første måneder af anden kontrolfase har Kommissionen mulighed for grundigt at analysere de rejste konkurrenceproblemer. Ønsker Kommissionen derimod at

erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet på grundlag af de pågældende virksomheders tilsagn allerede i slutningen af første kontrolfase, råder den alt i alt kun over en frist på seks uger fra anmeldelsen af fusionen til at vedtage en endelig beslutning.

- 141 Som svar på KirchPayTV's argument om, at det fremgår af Kommissionens grønbog om revision af fusionsforordningen (KOM(96) 19 endelig af 31.1.1996), at Kommissionen finder, at en frist på to uger er tilstrækkelig til at kontrollere de tilsagn, der afgives i første kontrolfase, har sagsøgeren gjort gældende, at denne passage (punkt 126) skal sammenholdes med og vurderes på baggrund af Kommissionens udtalelse (punkt 123) om, at tilsagn kun kan accepteres i første kontrolfase, »hvor de konkurrencemæssige problemer er indlysende og begrænsede i forhold til hele transaktionen og let kan afhjælpes, og hvor der uden besvær kan føres kontrol med, at tilsagnene indfries«.
- 142 Sagsøgeren finder ikke, at betingelserne i betragtning 8 til forordning nr. 1310/97 er opfyldt i den foreliggende sag, idet konkurrenceproblemerne i forbindelse med fusionen ikke er klart afgrænsede og ikke let kan afhjælpes.
- 143 Sagsøgeren har for at begrunde dette synspunkt for det første henvist til, at tre andre fusioner vedrørende Kirch-koncernens selskaber og de tyske markeder for henholdsvis betalings-tv og de hertil knyttede tekniske og administrative tjenester for nylig er erklæret uforenelige med fællesmarkedet, nemlig ved Kommissionens beslutning 94/922/EF af 9. november 1994 (sag IV/M.469 — MSG Media Service) (EFT L 364, s. 1, herefter »MSG Media Service-beslutningen«), Kommissionens beslutning 1999/153/EF af 27. maj 1998 (sag IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere) (EFT 1999 L 53, s. 1, herefter »Bertelsmann/Kirch/

Premiere-beslutningen») og Kommissionens beslutning 1999/154/EF af 27. maj 1998 (sag IV/M.1027 — Deutsche Telekom/BetaResearch) (EFT 1999 L 53, s. 31, herefter »Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningen«).

- 144 Alene dette finder sagsøgeren er bevis for, at de konkurrenceproblemer, der er opstået på de samme markeder i den foreliggende sag, og som i øvrigt ifølge sagsøgeren har lighedspunkter med de tre foregående sager, hverken er afgrænsede eller lette at afhjælpe.
- 145 Sagsøgeren har præciseret, at selskabet ikke hævder, at de faktiske omstændigheder, der er tale om ovennævnte tre forbudsbeslutninger, er identiske med de omstændigheder, der er baggrunden for den anfægtede beslutning i den foreliggende sag. De konkurrencemæssige følger, som en godkendelse af de fusioner, der blev forbudt ved de tre ovennævnte beslutninger, ville have forårsaget, er dog identiske med følgerne af den fusion, der er blevet tilladt ved den anfægtede beslutning.
- 146 De tre ovennævnte beslutninger og den beslutning, der er anfægtet i den foreliggende sag, har alle rejst det problem, at Kirch-koncernens dominerende stilling styrkes på markederne for betalings-tv og erhvervelse af tv-rettigheder samt på markedet for digitale interaktive tv-tjenester, som behandles for første gang i den anfægtede beslutning.
- 147 Kirch-koncernens dominerende stilling er endog blevet yderligere styrket efter vedtagelsen af ovennævnte tre beslutninger som følge af KirchPayTV's overtagelse af dels betalings-tv-kanalen Premiere fra Bertelsmann-koncernen, dels Canal+ SA og efter overførelsen af aktiver fra den digitale betalingskanal DF1 til Premiere.

- 148 I alle fire sager har det været vanskeligt korrekt at bedømme omfanget af de tekniske og administrative tjenester, der ydes til brug for digitalt tv, og i denne forbindelse af den kontrol, d-box-dekoderen giver Kirch-koncernen over dekoderteknikken.
- 149 Sagsøgeren har i denne forbindelse anført, at fusionerne i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutningen (betragtning 139) og Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningen (betragtning 64 og 78) bl.a. er erklæret uforenelige med fællesmarkedet, fordi de pågældende virksomheders tilsagn ikke har gjort det muligt at fratage Kirch-koncernen kontrollen over dekoderteknikken. I den foreliggende sag har Kommissionen derimod i den anfægtede beslutning indtaget den diametralt modsatte holdning ved at acceptere tilsagn, som dog ikke fratager Kirch-koncernen denne kontrol.
- 150 Sagsøgeren finder, at denne radikale holdningsændring nødvendigvis fører til en af følgende to konklusioner: Enten har Kommissionen i den foreliggende sag haft vanskeligheder med at bedømme konkurrenceproblemerne i forbindelse med fusionen korrekt, hvilket indebærer, at problemerne ikke er klart afgrænsede, eller også er det lykkedes for Kommissionen at afgrænse de rejste konkurrenceproblemer. I sidstnævnte tilfælde må den omstændighed, at tilsagnene i Bertelsmann/Kirch/Premiere- og Deutsche Telekom/BetaResearch-sagerne blev afvist, mens tilsvarende tilsagn afgivet i den foreliggende sag er blevet accepteret, nødvendigvis føre til den konklusion, at selv om konkurrenceproblemerne i disse sager er afgrænsede, er de ikke lette at afhjælpe.
- 151 I intet af de to tilfælde er betingelserne for, at Kommissionen kan acceptere tilsagn i første kontroloffase, opfyldt.

- 152 Sagsøgeren har bestridt det argument, der er fremført af både KirchPayTV og BSKyB, nemlig at de tre beslutninger i de foregående sager bekræfter den erfaring, Kommissionen har opnået hvad angår analyse og løsning af de konkurrenceproblemer, fusionerne kan rejse på de pågældende markeder, og således i modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, er et indicium for, at konkurrenceproblemerne i den foreliggende sag er klart afgrænsede og let kan afhjælpes. Sagsøgeren ønsker at vide, hvorledes intervenienterne vil forklare, at Kommissionen i 1998 fandt, at problemet med styrkelsen af Kirch-koncernens dominerende stilling på markedet for betalings-tv i Tyskland kun kunne afhjælpes ved, at koncernen gav afkald på kontrollen over d-box-dekodersystemet, mens Kommissionen mindre end to år senere, hvor markedsvilkårene er de samme, uden anden begrundelse finder, at problemet også kan afhjælpes uden sådanne tilsagn.
- 153 Sagsøgeren har for det andet henvist til, at Kommissionen i den foreliggende sag skulle tage stilling til, om og i givet fald hvorledes man i betragtning af den bestående monopolsituation og truslen om en fremtidig monopolsituation kunne holde markederne åbne for potentielle fremtidige konkurrenter og forhindre, at andre operatører på disse markeder, som er tvunget til at benytte de af monopolhavernes adfærd. Sagsøgeren har konkluderet, at konkurrenceproblemerne i forbindelse med fusionen er yderst komplekse og derfor ikke er klart afgrænsede og ikke let kan afhjælpes.
- 154 Sagsøgeren har for det tredje gjort gældende, at konkurrenceproblemerne kompleksitet er en følge af selve beslutningens konklusioner. Kommissionen udtrykker to gange i beslutningen, nemlig i betragtning 51 og 80, at fusionen rejser alvorlig tvivl med hensyn til foreneligheden med fællesmarkedet, idet der er risiko for, at fusionen dels styrker Kirch-koncernens dominerende stilling på markedet for betalings-tv i Tyskland (betragtning 51), dels skaber en dominerende stilling eller endog et monopol på det fremtidige marked for digitale interaktive tv-tjenester (betragtning 80).

- 155 Sagsøgeren har for det fjerde henvist til antallet, kompleksiteten og den meget kontroversielle karakter af de af de pågældende virksomheder foreslåede tilsagn samt til de ændringer, der løbende er foretaget i tilsagnene under proceduren.
- 156 Sagsøgeren har i denne forbindelse afvist BSKyB's argument om, at jo flere tilsagn de pågældende virksomheder afgiver, desto lettere er det at afhjælpe konkurrenceproblemerne, og finder derimod, at jo flere tilsagn, de pågældende virksomheder skal afgive for at afhjælpe konkurrenceproblemerne, desto vanskeligere og mere kompliceret er det at afhjælpe dem.
- 157 Endelig har sagsøgeren afvist BSKyB's argument om, at den omstændighed, at BSKyB i sine bemærkninger under proceduren har foreslået tilsagn, som vil kunne fjerne den alvorlige tvivl med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet, er et indicium for, at de rejste konkurrenceproblemer let kan afhjælpes. For det første har BSKyB nemlig kun subsidiært, og kun fordi Kommissionen udtrykkeligt har anmodet herom, afgivet sine tilsagn, selv om selskabet især i sine bemærkninger meget detaljeret har redegjort for, hvorfor selskabet finder, at fusionen nødvendigvis må erklæres uforenelig med fællesmarkedet. For det andet hviler BSKyB's argument på den forudsætning, at konkurrenceproblemer kan afhjælpes gennem tilsagn, hvilket nødvendigvis indebærer, at disse problemer let kan afhjælpes. Denne forudsætning er klart fejlagtig. Hvis forudsætningen er korrekt, vil dette indebære, at tilsagn afgivet i første kontrolfase, hvis de bliver accepteret, nødvendigvis bliver det i denne første fase, idet der på grund af proportionalitetsprincippet ikke kan indledes en ny kontrolfase.
- 158 Efter Kommissionens opfattelse skal anbringendet afvises, idet sagsøgeren ikke tilstrækkelig klart har redegjort for de retlige argumenter. Anbringendet er absolut ikke begrundet, men bygger på en vag henvisning til fusionskontrolpraksis.

- 159 Kommissionen og intervenienterne har gjort gældende, at anbringendet må afvises og under alle omstændigheder er ugrundet.

Retten's bemærkninger

- 160 Med hensyn til Kommissionens argument om, at anbringendet må afvises, idet sagsøgeren ikke tilstrækkelig klart har redegjort for sine argumenter og blot vagt henviser til fusionskontrolpraksis uden at give nogen begrundelse, skal Retten fastslå, at selv om det er korrekt, at stævningen ikke er særlig eksplicit, fremgår det dog af den, at sagsøgeren har påberåbt sig et anbringende om tilsidesættelse af artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 4064/89. I øvrigt er den omstændighed, at sagsøgeren angiveligt ikke har underbygget sine argumenter tilstrækkeligt, et spørgsmål, der skal behandles i forbindelse med sagens realitet, og ikke i forbindelse med dens formalitet.
- 161 Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen ikke kunne godkende fusionen i første fase af proceduren på grundlag af tilsagnene, idet konkurrenceproblemerne ikke er klart afgrænsede og ikke let kan afhjælpes.
- 162 Det skal indledningsvis bemærkes, at forordning nr. 4064/89 i sin oprindelige version ikke indeholdt nogen udtrykkelig bestemmelse vedrørende Kommissionens accept af tilsagn i første fase, idet artikel 8, stk. 2, kun gav Kommissionen mulighed for i anden fase at erklære en fusion forenelig med fællesmarkedet, når parternes tilsagn fjernede den alvorlige tvivl. Artikel 6, stk. 2, vedrørende beslutninger truffet i første fase indeholdt ikke tilsvarende bestemmelser, hvilket synes at indebære, at Kommissionen, hvis den fandt, at en fusion rejste alvorlig tvivl, ikke havde andet valg end at indlede den anden fase. Ikke desto mindre har Kommissionen i praksis bl.a. under hensyntagen til det proportionalitets- og

hurtighedsprincip, der gælder for fusionskontrolproceduren, godkendt en række fusioner i første fase, hvis parternes tilsagn har gjort det muligt at afhjælpe konkurrenceproblemerne.

- 163 Ved forordning nr. 1310/97 blev der indført en bestemmelse i fusionsforordningen, som udtrykkeligt giver Kommissionen mulighed for at godkende en fusion i første fase på grundlag af parternes tilsagn. Betragtning 8 til forordning nr. 1310/97 er affattet således: »Kommissionen kan erklære en fusion forenelig med fællesmarkedet i anden procedurefase på baggrund af tilsagn fra parterne, som er afpasset efter og i fuldt omfang vil eliminere konkurrenceproblemerne; den bør også kunne acceptere tilsagn under første procedurefase, når konkurrenceproblemet er klart afgrænset og let kan afhjælpes«. Fusionsforordningens artikel 6, stk. 2, som ændret ved forordning nr. 1310/97 bestemmer med hensyn til Kommissionens gennemgang i første fase: »Hvis Kommissionen fastslår, at en anmeldt fusion efter ændringer foretaget af de deltagende virksomheder ikke længere rejser alvorlig tvivl som omhandlet i stk. 1, litra c), kan den beslutte at erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet efter stk. 1, litra b)«.

- 164 Det anbringende, der gennemgås her, rejser således to spørgsmål, nemlig for det første, om artikel 6, stk. 2, som hævdet af sagsøgeren, alene giver mulighed for at acceptere tilsagn i første fase, såfremt konkurrenceproblemet er klart afgrænset og let kan afhjælpes, jf. betragtning 8 til forordning nr. 1310/97, eller om tilsagn, som hævdet af Kommissionen, allerede kan accepteres i første fase, også selv om problemet ikke er klart afgrænset eller let kan afhjælpes, når blot tilsagnene bevirker, at fusionen ikke længere rejser alvorlig tvivl, på samme måde som i anden fase. Det andet spørgsmål, der vedrører den retlige vurdering af de faktiske omstændigheder, er, om det konkurrenceproblem, der rejses af den pågældende fusionsplan, kan anses for at være klart afgrænset og let at afhjælpe.

165 Efter Rettens opfattelse skal det andet spørgsmål behandles først.

166 I stævningen har sagsøgeren til støtte for sit anbringende blot gjort gældende, at Kommissionen har rejst alvorlig tvivl og tidligere har forbudt tre fusioner på de pågældende markeder.

167 Det er åbenbart, at argumentet om, at Kommissionen har fastslået, at fusionen rejser alvorlig tvivl med hensyn til foreneligheden med fællesmarkedet, er ugrundet. Det er nemlig først, når Kommissionen finder, at den undersøgte fusion rejser alvorlig tvivl, at parterne opfordres til at afgive tilsagn for at fjerne denne tvivl. Tilsagnene har altid til formål at fjerne alvorlig tvivl og gøre den planlagte fusion forenelig med fællesmarkedet. At Kommissionen har rejst alvorlig tvivl kan således på ingen måde bevise, at konkurrenceproblemerne i den foreliggende sag ikke var klart afgrænsede eller ikke let kunne afhjælpes.

168 Hvad angår sagsøgerens påstand om, at konkurrenceproblemerne i forbindelse med den planlagte fusion ikke er klart afgrænsede, skal bemærkes, at sagsøgeren som svar på Kommissionens begæring om oplysninger af 11. januar 2000 bl.a. har anført, at fusionen vil styrke KirchPayTV's dominerende stilling på markederne for betalings-tv, erhvervelse af programrettigheder og tekniske tjenesteydelser i forbindelse med betalings-tv. Som følge af den store overlapning mellem de tekniske tjenester, der er knyttet til betalings-tv-tjenester, og dem, der er knyttet til digitale interaktive tv-tjenester (set-top-box, elektroniske programoversigter, adgangskontrol-tjenester), er Kirch-koncernens dominerende stilling i Tyskland en væsentlig hindring for alle potentielle konkurrenters adgang til markedet for digitale interaktive tv-tjenester. Det viser sig således, at sagsøgeren på blot tre dage har været i stand til at identificere de største potentielle konkurrenceproblemer,

som netop er dem, Kommissionen har nævnt i den anfægtede beslutning. Under disse omstændigheder kan sagsøgeren ikke hævde, at fusionsplanen rejser konkurrenceproblemer, der ikke er klart afgrænsede.

- 169 Hvad angår den omstændighed, at Kommissionen tidligere har vedtaget tre beslutninger indeholdende forbud mod fusioner på de pågældende markeder, skal for det første bemærkes, at alle fusioner skal behandles ud fra deres egne virkninger på markedet. Således kan den samme fusion, der anmeldes på ny efter et forbud, eventuelt godkendes, hvis markedsvilkårene har ændret sig således, at fusionen ikke længere synes at være uforenelig med fællesmarkedet. Således kan det eventuelt være relevant at sammenligne forskellige fusioner, men kun hvis det godtgøres, at fusionen rejser de samme konkurrenceproblemer og vedrører markeder, hvor vilkårene ikke har ændret sig, og hvor kendetegnene er de samme.
- 170 Heraf følger, at en ikke nærmere uddybet påstand om, at Kommissionen tidligere har forbudt andre fusioner på tv-markederne i Tyskland, ikke er tilstrækkelig til at godtgøre, at Kommissionen ikke kan acceptere tilsagn i første fase i forbindelse med den pågældende fusion. Allerede af denne grund skal sagsøgerens klagepunkt afvises.
- 171 Endvidere er de af sagsøgeren påberåbte beslutninger irrelevante, idet de vedrører andre parter samt markeder og konkurrenceproblemer, der ikke kan sammenlignes med markederne og problemerne i den foreliggende sag.
- 172 Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutningen vedrørte ganske vist i lighed med den foreliggende sag markedet for betalings-tv i Tyskland, men der var tale om en fusion mellem de to eneste virksomheder, der opererede på det tyske marked, nemlig Bertelsmann og Kirch, mens beslutningen i den foreliggende sag vedrører

BSkyB's (det selskab, der opererer på det britiske marked for betalings-tv) erhvervelse af kapitalandele i et selskab, der virker på det tyske marked. Da det er ubestridt, at markederne for betalings-tv skal afgrænses ud fra en national, eller i hvert fald sproglig, synsvinkel, indebærer den planlagte fusion ingen overlapning af markedsandele, men alene en styrkelse af KirchPayTV's dominerende stilling efter tilførslen af kapital fra BSKyB. Konkurrenceproblemerne i de to sager kan således ikke sammenlignes.

- 173 Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningen vedrørte ikke de samme markeder som dem, der undersøges i den foreliggende sag. Fusionen, som var samtidig med den fusion, der var genstand for Kirch/Bertelsmann/Premiere-beslutningen, gav Deutsche Telekom adgang til Kirchs dekoderteknologi til brug for Deutsche Telekoms kabelnet, hvilket gjorde dette til den eneste tilgængelige på det tyske marked, uanset om der var tale om satellit- eller kabeltransmission. Deutsche Telekom, der var den største kabeloperatør, ville således have været i stand til at blokere adgangen til kabelnettet for enhver operatør, der ønskede at konkurrere med Premieres satellittransmitterede digitale programpakke.
- 174 MSG Media Service-beslutningen vedrørte skabelsen af en dominerende stilling på markedet for tekniske tjenesteydelser til betalings-tv i Tyskland, som også ville have ført til en dominerende stilling på markedet for betalings-tv. Beslutningen kan således ej heller sammenlignes med den beslutning, der anfægtes i den foreliggende sag, og som vedrører en forbedret adgang til kapital.
- 175 Sagsøgerens påstand i replikken om, at de faktiske omstændigheder i de tre sager ganske vist var forskellige fra omstændighederne i den foreliggende sag, men at de konkurrencemæssige følger ville have været de samme som i den foreliggende sag, hvis fusionerne var blevet godkendt, bekræfter blot, at problemerne i de pågældende sager ikke kan sammenlignes. Fusionerne i de tre sager ville nemlig have skabt monopoler ved at samle parternes forskellige konkurrerende eller komplementære aktiviteter, mens problemet i den foreliggende sag er en følge af styrkelsen af KirchPayTV's stilling efter tilførslen af kapital fra BSKyB.

- 176 Under alle omstændigheder har Kommissionen tilsyneladende ikke vedtaget de tre forbudsbeslutninger med den begrundelse, at konkurrenceproblemerne ikke var klart afgrænsede eller ikke let kunne afhjælpes ved tilsagn afgivet i første fase, og det har sagsøgeren i øvrigt heller ikke hævdet. De tre beslutninger er nemlig vedtaget efter afslutningen af anden fase, ikke fordi problemerne ikke var klart afgrænsede eller ikke let kunne afhjælpes, men fordi de af parterne foreslåede tilsagn ikke var tilstrækkelige til at fjerne den alvorlige tvivl og gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet. Som sagsøgeren selv har understreget, må dette anbringende ikke sammenblandes med spørgsmålet om, hvorvidt de foreslåede tilsagn som omhandlet i den anfægtede beslutning er tilstrækkelige, et spørgsmål, der skal behandles i forbindelse med det tredje anbringende.
- 177 De tre beslutninger, som sagsøgeren har påberåbt sig, kan ikke tages til indtægt for, at konkurrenceproblemerne ikke var klart afgrænsede og ikke let kunne afhjælpes, men vidner tværtimod om, at Kommissionen havde et indgående kendskab til sektoren. Som nævnt var de konkurrencemæssige følger af de tre planlagte fusioner ikke de samme som i den foreliggende sag, men disse tre tidligere beslutninger bevirker, at Kommissionen har haft lejlighed til at undersøge konkurrenceproblemerne på de tyske markeder for betalings-tv, tekniske tjenesteydelser samt senderrettigheder til film og sportsbegivenheder.
- 178 I betragtning af den store erfaring, Kommissionen har opnået under behandlingen af disse tidligere sager og af en række andre sager, der ikke er nævnt af sagsøgeren, herunder især sagen British Interactive Broadcasting/Open (sag IV/36.539), som vedrørte oprettelsen af et joint venture, der skulle levere interaktive tv-tjenester i Det Forenede Kongerige, og som havde deltagelse af dels betalings-tv-operatøren BSkyB, der er ekspert i senderrettigheder og tekniske tjenesteydelser på dekoderområdet, dels den dominerende telekommunikationsoperatør, British Telecom, kan argumentet om sagens kompleksitet ikke tages til følge. Det skal endvidere bemærkes, at emnets tekniske karakter og den omstændighed, at tilsagnene er omfattende og komplekse, ikke i sig selv udelukker, at Kommissionens alvorlige tvivl med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet let kan fjernes. Hertil kommer, at selv om et teknisk område umiddelbart kan forekomme en lægmand meget komplekst, er dette ikke nødvendigvis tilfældet for fagfolk, først og fremmest naturligvis de berørte parter

og tredjeparter, som udmærket er i stand til om fornødent at belyse området for Kommissionen. I forordningen sondres der i øvrigt ikke mellem fusionerne, alt efter hvilket område de vedrører.

- 179 Et argument om de mange tilsagn, parterne har afgivet, kan ej heller tages til følge, idet det store antal lige så vel kan indikere, at parterne ved at afgive de mange tilsagn har løst alle aspekter af konkurrenceproblemerne i forbindelse med fusionen.
- 180 Endelig er der ikke noget grundlag for sagsøgerens argument om den dominerende stilling, KirchPayTV eller mere generelt hele Kirch-koncernen indtager. Dominansgraden er nemlig ikke i sig selv et bevis for, at problemet ikke let kan afhjælpes.
- 181 Uden at det er fornødent at tage stilling til, om tilsagnene alene kan accepteres i første fase, såfremt konkurrenceproblemerne er klart afgrænsede og let kan afhjælpes, eller om det er tilstrækkeligt, at tilsagnene fjerner den alvorlige tvivl, som fusionen rejser, skal det andet anbringende således forkastes, idet det ikke er godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at anse problemet for klart afgrænset og let at afhjælpe.

3. Det tredje anbringende: Tilsagnenes utilstrækkelighed

- 182 Sagsøgeren har gjort gældende, at de af Kommissionen accepterede tilsagn er utilstrækkelige til at fjerne den alvorlige tvivl med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet. Sagsøgeren har til støtte for dette anbringende

fremført kritik af samtlige tilsagn under ét, specifik kritik af forskellige tilsagn og kritik af, at visse angiveligt nødvendige tilsagn ikke er blevet afgivet.

Bemærkninger gældende for samtlige tilsagn under ét

Parternes argumenter

- ¹⁸³ Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at fusionskontrollen skal have større værdi end den generelle overvågning af misbrug af en dominerende stilling, som er foreskrevet i artikel 82 EF, idet fusionskontrollen ikke alene skal forhindre misbrug af en dominerende stilling, men ligeledes hindre, at fusionen fører til skabelse eller styrkelse af en sådan dominerende stilling (jf. i denne retning betragtning 137 til Kommissionens beslutning 2001/98/EF af 13.10.1999 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag IV/M.1439 — Telia/Telenor) (EFT 2001 L 40, s. 1)).
- ¹⁸⁴ Sagsøgeren har heraf udledt, at et tilsagn, der ikke giver et løfte om ikke at misbruge en dominerende stilling, ikke gør det muligt at sikre, at fusionskontrollen er mere værd end den i artikel 82 EF omhandlede overvågning. Et sådant tilsagn har nemlig alene til formål at forhindre adfærd, der under alle omstændigheder er forbudt ved artikel 82 EF, nemlig misbrug af en dominerende stilling, men er ikke egnet til at forhindre skabelsen eller styrkelsen af en sådan dominerende stilling, hvilket dog er målet for fusionskontrollen.

- 185 For at nå dette mål kræves det, at parternes tilsagn nøjagtigt afspejler de konkurrenceproblemer, fusionen rejser.
- 186 Sagsøgeren finder, at de foreslåede tilsagn blot er løfter om ikke at misbruge de af Kommissionen konstaterede dominerende stillinger, og at tilsagnene ikke er egnede til at forhindre skabelsen eller styrkelsen af disse dominerende stillinger. Sagsøgeren har heraf udledt, at tilsagnene ikke kan fjerne Kommissionens alvorlige tvivl med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet. Derfor burde Kommissionen ikke have accepteret tilsagnene, men i stedet have indledt den anden kontrolfase.
- 187 Sagsøgeren har bestridt KirchPayTV's argument om, at tilsagnene binder nogle af Kirch-koncernens selskaber, nemlig i den foreliggende sag BetaDigital, Gesellschaft für digitale Fernsehdienste GmbH (herefter »BetaDigital«) og Beta Research, Gesellschaft für die Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen GmbH (herefter »BetaResearch«), som ikke selv har en dominerende stilling på de markeder, på hvilke de opererer, således at tilsagnene er mere end et løfte om ikke at misbruge en dominerende stilling.
- 188 Sagsøgeren har i denne forbindelse erkendt, at den stilling, der indtages af BetaDigital, som udnytter Kirch-koncernens tekniske platform på satellit transmissionsområdet, svækkes af, at kabeltransmission i Tyskland har større udbredelse end satellittransmission. Men sagsøgeren finder, at der skal tages hensyn til, at den tekniske platform for kabeltransmission udnyttes af en virksomhed, der ganske vist ikke tilhører Kirch-koncernen, nemlig MSG MediaServices GmbH, et datterselskab af Deutsche Telekom, men som anvender dekoderteknologien fra BetaResearch, der hører til Kirch-koncernen. For at åbne markederne for betalings-tv i Tyskland og for digitale interaktive tv-tjenester, dvs. tjenester, som med rimelighed kan hævdes kun at kunne transmitteres af de to medier (kabel og satellit) samtidigt, burde man have sikret, at denne dekoderteknologi ikke udelukkende udnyttes af MSG MediaServices GmbH.

- 189 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at tilsagnene er i strid med Kommissionens meddelelse om acceptable løsninger. I denne meddelelse fortolker Kommissionen dommen i sagen Gencor mod Kommissionen og fastslår, at tilsagnene skal kunne gennemføres effektivt og inden for en kort frist, og at tilsagnene ikke må kræve yderligere tilsyn, når først de er gennemført (punkt 10). Men i den foreliggende sag er dette princip ikke overholdt, idet tilsagnene kræver et tilsyn på mellemlang og lang sigt.
- 190 Sagsøgeren har for det tredje anført, at tilsagnene alene binder Kirch-koncernen. BSKyB har imidlertid mulighed for på visse betingelser at overtage enekontrollen over KirchPayTV og således indtage en dominerende stilling uden til gengæld at være bundet af tilsagnene i den anfægtede beslutning.
- 191 Kommissionen og intervenienterne har gjort gældende, at disse klagepunkter er ugrundede.

Rettens bemærkninger

- 192 Det skal indledningsvis bemærkes, at i henhold til artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 kan Kommissionen, hvis den, efter at parterne har afgivet tilsagn, fastslår, at fusionen ikke længere rejser alvorlig tvivl, beslutte at erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet efter artikel 6, stk. 1, litra b). Da forordningen tager sigte på at forhindre skabelsen eller styrkelsen af markedsstrukturer, der væsentligt kan begrænse den effektive konkurrence i fællesmarkedet, skal de foreslåede tilsagn kunne fjerne enhver alvorlig tvivl, som den pågældende fusion ifølge Kommissionen rejser.

- 193 Som det fremgår af retspraksis, er Kommissionen alene beføjet til at acceptere tilsagn, der kan forhindre skabelsen eller styrkelsen af den dominerende stilling, som Kommissionens gennemgang af fusionen har afsløret. For at kontrollere, om dette kriterium er overholdt, skal tilsagnene gennemgås hver for sig, uden at det er fornødent at tage stilling til, om tilsagnene er adfærdsmæssige eller strukturelle. Selv om tilsagn af strukturel karakter principielt er at foretrække frem for adfærdsmæssige tilsagn, for så vidt som de endeligt eller i hvert fald for en længere periode hindrer, at den dominerende stilling skabes eller styrkes, uden at der i øvrigt kræves kontrolforanstaltninger på mellemlang eller lang sigt, kan det ikke på forhånd udelukkes, at tilsagn, der ved første øjekast er af adfærdsmæssig karakter, som f.eks. adgang til afgørende faciliteter på ikke-diskriminerende vilkår, også kan hindre skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling (dommen i sagen Gencor mod Kommissionen, præmis 319).
- 194 I betragtning af de komplekse økonomiske vurderinger, Kommissionen skal foretage under udøvelsen af det skøn, den råder over ved vurderingen af fusionsparternes tilsagn, påhviler det endvidere den sagsøger, der vil opnå annullation af en beslutning om godkendelse af en fusion med den begrundelse, at tilsagnene er utilstrækkelige til at fjerne den alvorlige tvivl, at godtgøre, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn (Rettens dom af 3.4.2003, sag T-119/02, Royal Philips Electronics mod Kommissionen, Sml. II, s. 1433, præmis 78).
- 195 Anbringendet om tilsagnenes utilstrækkelighed skal behandles på baggrund af disse principper.
- 196 Kommissionen har i den foreliggende sag fastslået, at fusionen risikerer at styrke Kirch-koncernens dominerende stilling på det tyske marked for betalings-tv og skabe en dominerende stilling for koncernen på det fremtidige marked for digitale interaktive tv-tjenester, med den begrundelse, at tredjeparter forhindres i at få

adgang til det pågældende marked. Sagsøgeren har ikke bestridt den alvorlige tvivl, der redegøres for i den anfægtede beslutning, og hævder ikke, at fusionen rejser anden alvorlig tvivl, men har alene gjort gældende, at tilsagnene er utilstrækkelige til at fjerne denne tvivl.

- 197 For at fjerne denne alvorlige tvivl har Kommissionen krævet og accepteret en omfattende tilsagnspakke. Tilsagnene har til formål at afhjælpe de påviste konkurrenceproblemer ved at reducere hindringerne for markedsadgangen hvad angår udbuddet af tv-tjenester i abonnement og at forhindre, at KirchPayTV udnytter sin påståede dominans på markedet for tv-tjenester i abonnement til egen fordel, når selskabet opererer på markedet for digitale interaktive tv-tjenester. I det væsentlige kan anføres, at den første del af disse tilsagn vedrører programudbydernes frie adgang til markedet (tilsagn nr. 1-5). Den anden del af tilsagnene har til formål at gøre det lettere for operatørerne af tekniske platforme at få adgang til markedet og derved skabe yderligere muligheder for at sende programmer via konkurrerende platforme (tilsagn nr. 6-10). Umiddelbart synes tilsagnspakken således at lette markedsadgangen og derved fjerne den alvorlige tvivl, som styrkelsen af KirchPayTV's stilling som følge af fusionen giver anledning til.
- 198 Som første led af anbringendet har sagsøgeren fremført tre generelle klagepunkter vedrørende samtlige tilsagn.
- 199 Hvad for det første angår klagepunktet om, at tilsagnene blot udgør løfter om ikke at misbruge den dominerende stilling, Kommissionen har konstateret, skal bemærkes, at selv om tilsagnene egentlig fremstår som adfærdsmæssige tilsagn, har de strukturel karakter, idet de tager sigte på at afhjælpe et strukturelt problem, nemlig tredjeparters adgang til markedet. Kommissionen kunne således med rimelighed konkludere, at indgåelsen af Simulcrypt-aftaler, tredjeparters adgang til d-box-dekoderens programmeringsgrænseflade, indførelsen af DVB-MHP-standarden samt indrømmelsen af licenser til at udnytte d-box-dekoderens teknologi og til at fremstille dekodere konsekvent muliggør og styrker

konkurrencen på den digitale infrastrukturens forskellige niveauer. Tilsagnene kan således ikke betegnes som simple adfærdsmæssige tilsagn, der er uegnede til at afhjælpe de af Kommissionen påviste konkurrenceproblemer.

- 200 Da tilsagnene som nævnt åbner for konkurrencen på den digitale sendeinfrastrukturens forskellige niveauer, går de således langt videre end et simpelt forbud mod at misbruge en dominerende stilling.
- 201 Endvidere bemærkes, at spørgsmålet ikke er, om forpligtelserne som følge af tilsagnene som anført henhører under artikel 82 EF, men om tilsagnene er egnede til at afhjælpe problemerne i forbindelse med fusionen. Det må imidlertid fastslås, at sagsøgeren i stævningen kun på det abstrakte plan rejser tvivl om tilsagnenes egnethed, og at sagsøgeren ikke ser på, om tilsagnene står i rimeligt forhold til de konkurrenceproblemer, Kommissionen klart har påvist.
- 202 Endvidere har sagsøgeren ikke godtgjort, at tilsagnene ikke har større værdi end den generelle overvågning af misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF. Ved den generelle overvågning af misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel 82 EF er det nemlig Kommissionen og tredjeparter, der skal bevise, at der er tale om en dominerende stilling på det pågældende marked og om et misbrug af denne dominerende stilling. Når der som betingelse for at godkende en fusion kræves afgivelse af tilsagn, overgår bevisbyrden til gengæld til fusionsparterne, som skal godtgøre, at tilsagnene indfries. Dette indebærer, at tilsagnene allerede af denne grund overgår den generelle overvågning i henhold til artikel 82 EF.

- 203 Hertil kommer, at det uden tilsagn ville være nødvendigt at indføre en national procedure eller en fællesskabsprocedure i henhold til artikel 82 EF, hvis resultat ville være usikkert og under alle omstændigheder vanskeligere at håndhæve. Retssubjekternes retssikkerhed ville således blive svækket. Derimod fastsætter tilsagnene detaljerede forpligtelser, der skal opfyldes inden for korte frister, og hvis opfyldelse er sikret ved en effektiv og bindende voldgiftsprocedure, hvorved bevisbyrden overgår til Kirch-koncernen. Tilsagnene giver således en meget større retssikkerhed end artikel 82 EF.
- 204 Det må ligeledes fastslås, at sagsøgeren ej heller har godtgjort, at betingelserne for at anvende artikel 82 EF er opfyldt.
- 205 Ganske vist fremgår det af beslutningen, at KirchPayTV har en dominerende stilling på det tyske marked for betalings-tv, men sagsøgeren har ikke påvist, at denne dominerende stilling er blevet misbrugt, og ej heller anført, hvorledes den skulle være blevet misbrugt. Tilsagnspakken vil derimod straks gøre det muligt væsentligt at begrænse hindringerne for tredjeparters adgang såvel til markedet for betalings-tv som til nabomarkederne.
- 206 Som KirchPayTV med rette har anført, binder tilsagnene en række selskaber i Kirch-koncernen, som opererer på andre markeder end dem, der er omfattet af den anfægtede beslutning, uden at det er påvist, at disse selskaber har en dominerende stilling på de pågældende markeder eller på de øvrige markeder, som de opererer på.
- 207 Tilsagn nr. 1-3 er således rettet til BetaDigital, som anvender Kirch-koncernens tekniske platform til satellittransmission, hvorigennem KirchPayTV's og andre tv-selskabers programmer sendes. Da satellittransmission er meget mindre udbredt i Tyskland end kabeltransmission, og da den tekniske platform til kabeltransmission udnyttes af et selskab uden for Kirch-koncernen, nemlig MSG MediaServices GmbH, der er et datterselskab af Deutsche Telekom, synes BetaDigital ikke

umiddelbart at have en dominerende stilling på markedet for tekniske tjenester.

- 208 Sagsøgeren har ej heller godtgjort, at det pågældende marked og Kirch-selskabernes stilling på dette marked har en sådan karakter, at de indskrænkende betingelser for at anvende retspraksis om afgørende faciliteter er opfyldt i den foreliggende sag, og endnu mindre at det kan retfærdiggøres at pålægge disse selskaber forpligtelser eller sanktioner, som i lighed med tilsagn kan fremme konkurrencen på disse markeder.
- 209 Endvidere er sanktionerne ved manglende indfrielse af tilsagn mere effektive end sanktionerne ved manglende opfyldelse af de retlige forpligtelser i henhold til artikel 82 EF. Det fremgår af artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 4064/89, at Kommissionen kan tilbagekalde den beslutning, den har truffet, hvis de berørte virksomheder undlader at efterkomme et til beslutningen knyttet påbud. Artikel 82 EF hjemler ikke nogen sådan sanktion.
- 210 Hvad for det andet angår argumentet om, at tilsagnene ikke kan accepteres, idet de kræver tilsyn på mellemlang sigt, skal Retten bemærke, at meddelelsen om acceptable løsninger ikke har den betydning og rækkevidde, som sagsøgeren tillægger den.
- 211 I punkt 10 i meddelelsen om acceptable løsninger har Kommissionen anført, at når først fusionen er gennemført, kan de ønskede konkurrencevilkår på markedet reelt ikke genskabes, før tilsagnene er opfyldt, og bestemmer, at tilsagnene derfor skal kunne gennemføres effektivt og inden for en kort frist, og at tilsagnene ikke må kræve yderligere tilsyn, når de først er gennemført. Denne præcisering har ikke til formål at forbyde Kommissionen at kontrollere indfrielsen af tilsagnene, men at sikre, at tilsagnene er egnede til at afhjælpe de konkurrenceproblemer, fusionen

rejser, således at de efter indfrielsen ikke derudover kræver en varig kontrol fra Kommissionens side.

- 212 I den foreliggende sag er der givet tilsagn om en række specifikke foranstaltninger, der skal åbne for adgangen til de forskellige markeder, og en bindende voldgiftsprocedure, der skal følges, hvis indfrielsen giver vanskeligheder.
- 213 Hvad for det tredje angår argumentet om, at den anmeldte aftale ligeledes indebærer, at BSKyB overtager enekontrollen over KirchPayTV, skal blot bemærkes, at den anfægtede beslutning alene vedrører BSKyB's og Kirchs overtagelse af den fælles kontrol over KirchPayTV. BSKyB's overtagelse af enekontrollen over KirchPayTV ville være en ny fusionsplan, der skulle anmeldes til Kommissionen og behandles af denne.
- 214 De klagepunkter, der er fremført i anbringendets første led, kan derfor ikke tages til følge.

Specifikke bemærkninger til visse tilsagn

Tredjeparters adgang til Kirch-koncernens platform (tilsagn nr. 1-3)

— Parternes argumenter

- 215 Sagsøgeren finder, at tilsagnene om at give interesserede tredjeparter adgang til Kirch-koncernens tekniske platform, dvs. om at tilbyde tekniske tjenester på rimelige, passende og ikke-diskriminerende vilkår, blot er en gentagelse af den

retlige forpligtelse, som ifølge Domstolens praksis påhviler enhver virksomhed, der har en dominerende stilling på markedet, og som udbyder faciliteter, som andre virksomheder har brug for for at kunne udøve deres erhvervsaktiviteter. Sagsøgeren har i denne forbindelse anført, at når udbyderen af en facilitet, der er nødvendig for at levere andre tjenester på underordnede markeder, indtager en dominerende stilling, og når disse faciliteter ikke kan reproducere af de øvrige virksomheder til en økonomisk forsvarlig pris, er udbyderen forpligtet til at give sidstnævnte virksomheder adgang til de pågældende faciliteter (Domstolens dom af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, Sml. I, s. 743, præmis 48 ff., og af 26.11.1998, sag C-7/97, Bronner, Sml. I, s. 7791, præmis 23 ff.).

- 216 Disse tilsagn gør det således blot vanskeligere for KirchPayTV at misbruge sin dominerende stilling uden dog at forhindre den styrkelse af denne dominerende stilling, som fusionen medfører. Tilsagnene er derfor utilstrækkelige.
- 217 Sagsøgeren har tilføjet, at tilsagnene på mellemlang og lang sigt fordrer en yderligere kontrol fra Kommissionens side, hvilket er i strid med dommen i sagen Gencor mod Kommissionen og med meddelelsen om acceptable løsninger.
- 218 Sagsøgeren har bestridt KirchPayTV's påstand om, at markedet for tekniske tjenester ikke er berørt af fusionen. Denne påstand er nemlig i strid med den af KirchPayTV anerkendte omstændighed, at tilsagnene ved at give potentielle konkurrenter adgang til Kirch-koncernens tekniske tjenester har til formål at afhjælpe de konkurrenceproblemer, som fusionen rejser. Herved anerkender KirchPayTV stiltiende, at åbningen af markedet for tekniske tjenester har afgørende betydning for potentielle konkurrenters adgang til markederne for betalings-tv og digitale interaktive tv-tjenester.

- 219 Kommissionen og intervenienterne har gjort gældende, at dette klagepunkt er ugrundet.

— Rettens bemærkninger

- 220 Sagsøgeren har nærmere bestemt gjort gældende, at tilsagnene om at give interesserede tredjeparter adgang til Kirch-koncernens tekniske platform blot er en opfyldelse af den forpligtelse, der ifølge artikel 82 EF påhviler enhver virksomhed med en dominerende stilling på markedet til at stille sine tekniske tjenester til rådighed for tredjeparter for at give disse mulighed for at konkurrere med virksomheden. Sagsøgeren har således bestridt, at tilsagnene er tilstrækkelige.
- 221 Kirch-koncernens tre første tilsagn har til formål at give programudbyderne adgang til markederne for betalings-tv og digitale interaktive tv-tjenester. Tilsagnene sikrer disse udbyderes adgang på rimelige, passende og ikke-diskriminerende vilkår til Kirch-koncernens tekniske platform til satellittransmission, således at deres digitale tjenester kan modtages af d-box-dekoderen. Derved må de tre tilsagn siges at påvirke strukturen. Der er ikke blot tale om et løfte om ikke at misbruge en dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF, og tilsagnene synes som sådanne ikke uegnede til at afhjælpe de konkurrenceproblemer, fusionen i den foreliggende sag rejser.
- 222 Det bemærkes i øvrigt, at de forskellige tjenester udbydes hver for sig, at der er en pligt til særskilt bogføring og til at give tredjeparter adgang til bogføringen inden for to uger, at Kirch-koncernen er forpligtet til at oplyse om priser og salgsbetingelser og til at samarbejde, og at Kirch-koncernen er forpligtet til at behandle tredjeparter på samme måde som koncernens selskaber.

- 223 Endvidere binder tilsagnene en række Kirch-selskaber, som udøver deres virksomhed på andre markeder end dem, der er omfattet af den anfægtede beslutning, og som ikke beviseligt har en dominerende stilling på det marked, der er tale om i den foreliggende sag, eller på de markeder, hvorpå de opererer. Disse selskaber synes således ikke at være omfattet af artikel 82 EF, hvorfor det ikke kan gøres gældende, at tilsagnene har til formål ikke at tilsidesætte artikel 82 EF.
- 224 Denne konklusion anfægtes ikke af, at artikel 82 EF i undtagelsestilfælde også omfatter konkurrenceproblemer af strukturel karakter, der kan sammenlignes med de problemer, der er søgt afhjulpet ved tilsagnene (Domstolens dom af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, dommen i sagen RTE og ITP mod Kommissionen, præmis 48 ff., og Bronner-dommen, præmis 23 ff.).
- 225 Det fremgår af ovennævnte retspraksis, at der kun kan være tale om misbrug, hvis nægtelsen af adgang til faciliteter, der er absolut nødvendige for leveringen af andre tjenester på underordnede markeder, medfører, at enhver konkurrence på nedstrømsmarkedet udelukkes, uden at dette kan begrundes ud fra objektive forhold.
- 226 I den foreliggende sag har sagsøgeren ikke godtgjort, at Kirch råder over sådanne faciliteter, således at koncernen skal opfylde de nævnte forpligtelser.
- 227 Det skal tværtimod bemærkes, at transmissionen af digitale signaler kan ske både via kabler og via satellit. FUN-projektet har netop til formål at udvikle en alternativ platform, som dog kun kan anvendes til satellittransmission. Men i den anfægtede beslutning fastslås det i betragtning 62, at satellittransmission i Tyskland ikke kan sammenlignes med kabeltransmission, idet en tv-operatør, der kun sender via satellit, kun vil nå ud til en tredjedel af husstandene. Endvidere

bemærkes det, at Kirch på kabeltransmissionsområdet kun råder over den teknologi, der anvendes i Deutsche Telekom's kabelnet.

228 Klagepunktet kan således ikke tages til følge.

Åbning af adgangen til Kirch-koncernens d-box-system for tredjeparters applikationer (tilsagn nr. 4).

— Parternes argumenter

229 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at åbningen af adgangen til Kirch-koncernens d-box-system for tredjeparters applikationer blot er en gentagelse af en retlig forpligtelse, der under alle omstændigheder består, jf. retspraksis vedrørende artikel 82 EF. Sagsøgeren har i denne forbindelse anført, at da d-box-systemet som nævnt i den anfægtede beslutning (betragtning 61 ff.) allerede indebærer en monopolstilling, er systemet under alle omstændigheder undergivet den generelle kontrol med misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel 82 EF. Det pågældende tilsagn indeholder ikke nogen absolut forpligtelse til at give adgang, idet det er betinget af, at Kirch og tredjeparterne kan blive enige om rimelige, passende og ikke-diskriminerende vilkår. Således indfører dette tilsagn blot en varig adfærdskontrol, som i henhold til artikel 82 EF allerede eksisterer for virksomheder, der har en dominerende stilling, uden at give tredjeparter yderligere fordele.

230 For det andet finder sagsøgeren, at kun et tilsagn om Kirch-koncernens overdragelse af kontrollen over d-box-systemet ville have været tilstrækkeligt.

- 231 For det første ændrer tilsagnet intet ved, at Kirch bevarer kontrollen over den teknologiske udvikling af d-box-systemet. Ifølge sagsøgeren har Kommissionen i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutningen (betragtning 37-39) og Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningen (betragtning 56-61) erklæret de pågældende fusioner uforenelige med fællesmarkedet bl.a. for at forhindre, at d-box-teknologien bliver den eneste digitale standard, der anvendes i tysk sprogområde, hvilket ville have medført, at enhver anden potentiel bruger af et system for adgangskontrol ville være afhængig af den licenspolitik, der føres af BetaResearch, der tilhører Kirch-koncernen. Det pågældende tilsagn ville netop ikke have fjernet Kirch-koncernens kontrol over den teknologiske infrastruktur og følgerne heraf, nemlig at tredjeparter ville være afhængige af en licens fra Kirch-koncernen. Sagsøgeren har i denne forbindelse henledt opmærksomheden på, at Kommissionen i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutningen (betragtning 139) og Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningen (betragtning 64) har afvist at acceptere tilsagn, der kan sammenlignes med tilsagnene i den foreliggende sag, med den begrundelse, at tilsagnene intet ændrer ved, at Kirch-koncernen kontrollerer udviklingen af d-box-teknologien.
- 232 Sagsøgeren har ligeledes tilbagevist Kommissionens argument om, at Bertelsmann/Kirch/Premiere- og Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningerne ikke kan sammenlignes med beslutningen i den foreliggende sag. Det er rigtigt, at de nævnte sager afviger fra den foreliggende med hensyn til de faktiske omstændigheder, men ikke med hensyn til de rejste konkurrenceproblemer, der fremstår som identiske.
- 233 For det andet har sagsøgeren anført, at tilsagnet ikke opfylder kriterierne i Kommissionens meddelelse om acceptable løsninger. Det hedder heri, at »[s] kyldes konkurrenceproblemet kontrol med nøgleteknologier, er afhændelse af sådanne teknologier den foretrukne løsning, idet den fjerner en varig forbindelse mellem den fusionerede enhed og dens konkurrenter. Kommissionen kan imidlertid acceptere licensordninger (helst eksklusive licenser uden begrænsninger i anvendelsesområdet for licenshaveren) som et alternativ til afhændelse, når f.eks. en afhændelse ville have været til gene for en effektiv igangværende forskning [...]« (punkt 29).

- 234 Sagsøgeren har heraf udledt, at problemet med KirchPayTV's dominerende stilling på markederne for betalings-tv og digitale interaktive tv-tjenester i den foreliggende sag principielt kun kunne være afhjulpet, hvis Kirch-koncernen fuldstændig havde afhændet kontrollen over dekoderteknologien, som er afgørende for at få adgang til disse markeder, hvilket ville indebære Kirch-koncernens afhændelse af kontrollen over BetaResearch. På intet tidspunkt har fusionsparterne fremført argumenter, der kan begrunde en fravigelse af princippet i meddelelsen om acceptable løsninger, især ikke den i meddelelsen nævnte situation, hvor afhændelsen skaber hindringer for igangværende forskning.
- 235 Endelig har sagsøgeren tilbagevist KirchPayTV's argument om, at tilsagnet ville gøre det muligt for tredjeparter at levere deres tjenester ved hjælp af d-box-systemet uden at være forpligtet til på forhånd at opnå licens eller tilladelse fra Kirch-koncernen. Tilsagnet omfatter nemlig ikke adgangskontrolteknologien og berører således ikke tredjeparters praktiske behov for at indgå en aftale med Kirch-koncernen om anvendelsen af denne teknologi, her en Simulcrypt-aftale. Denne konsekvens kunne være undgået, hvis Kirch-koncernen som krævet af sagsøgeren under den administrative procedure havde accepteret at installere en fælles grænseflade i d-box-dekoderen, hvilket Kirch-koncernen dog hidtil fast har nægtet at gøre.
- 236 Kommissionen og intervenienterne har gjort gældende, at dette klagepunkt er ugrundet.

— Rettens bemærkninger

- 237 Sagsøgeren har hævdet, at det ikke er tilstrækkeligt at åbne for adgangen til d-box-systemet. Da d-box-systemet allerede indebærer en monopolstilling, er

systemet under alle omstændigheder undergivet den generelle kontrol med misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel 82 EF. I øvrigt finder sagsøgeren, at alene Kirch-koncernens afhændelse af kontrollen over d-box-systemet vil være tilstrækkelig.

- 238 Retten skal bemærke, at fusionsplanen intet ændrer ved Kirch-koncernens kontrol over den teknologiske infrastruktur.
- 239 Kirch-koncernen har ved dette fjerde tilsagn sikret, at applikationsgrænsefladen (d-box-systemet) vil være åben for tredjeparter og således muliggøre transmission af yderligere applikationer som f.eks. programoversigter.
- 240 Det må fastslås, at sagsøgeren ikke har forklaret, hvorfor kun en afhændelse af Kirch-koncernens kontrol over d-box-systemet vil være tilstrækkelig til at fjerne tvivlen i forbindelse med fusionen.
- 241 Endvidere er markedet for digital dekoderteknologi ikke berørt af fusionen. Hertil kommer, at da tilsagnet giver tredjeparter mulighed for at levere tjenester via d-box-systemet uafhængigt af licenser eller tilladelser fra Kirch-koncernen, synes kontrollen over dette system og hermed over systemets videreudvikling ikke at kunne hindre tredjeparters adgang til markederne for betalings-tv og digitale interaktive tv-tjenester.

242 Sagsøgerens argument om, at tilsagnet blot er en gentagelse af en retlig forpligtelse i henhold til artikel 82 EF, må forkastes af ovennævnte grunde.

243 Klagepunktet vedrørende dette tilsagn kan således ikke tages til følge.

244 Denne konklusion anfægtes ikke af sagsøgerens argument om, at Kommissionen har afvist at acceptere tilsagn, der kan sammenlignes med tilsagnene i den foreliggende sag, i Bertelsmann/Kirch/Premiere- og Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningerne med den begrundelse, at tilsagnene ikke berørte Kirch-koncernens kontrol over d-box-teknologien. Som nævnt ovenfor kan fusionen i den foreliggende sag og de konkurrenceproblemer, den rejser, nemlig ikke sammenlignes med de fusioner og problemer, der var genstand for disse tre beslutninger.

245 For at afgøre, om Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn, må det endvidere undersøges, om Kommissionen kunne antage, at den foreslåede tilsagnspakke ville løse de påviste konkurrenceproblemer; det er ikke afgørende, om et tilsagn isoleret set er fundet utilstrækkeligt i forbindelse med en anden fusion. I den foreliggende sag har Kommissionen efter fase I konkluderet, at tilsagnene fjerner den alvorlige tvivl, fusionen rejser. Formålet med tilsagnet er nemlig at gøre det muligt for interesserede tredjeparter at udvikle applikationer til digitalt interaktivt tv på Kirch-koncernens tekniske platform. Bl.a. under hensyntagen til interoperabiliteten mellem disse applikationer synes Kommissionen ikke at have anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at finde, at tilsagnet ligeledes medfører åbning af markedet for digitalt tv.

246 Klagepunktet kan således ikke tages til følge.

Applikationernes interoperabilitet (tilsagn nr. 5)

— Parternes argumenter

247 Sagsøgeren finder, at tilsagnet om at sikre applikationernes interoperabilitet blot er et nødvendigt supplement til ovennævnte tilsagn, som blot føjer noget til den løbende adfærdskontrol og ikke vil kunne afhjælpe det konkurrenceproblem, der allerede blev konstateret i Bertelsmann/Kirch/Premiere- og Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningerne samt i den anfægtede beslutning (bl.a. betragtning 61), og som består i Kirch-koncernens kontrol over d-box-systemet.

248 Kommissionen og intervenienterne har gjort gældende, at dette klagepunkt er ugrundet.

— Rettens bemærkninger

249 Med dette femte tilsagn vil Kirch-koncernen sikre applikationernes interoperabilitet, dvs. sikre, at der findes en fælles standard, nemlig MHP.

250 Retten skal bemærke, at adfærdsmæssige tilsagn kan accepteres, såfremt de har strukturelle virkninger, dvs. hvis de kan hindre skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling (dommen i sagen Gencor mod Kommissionen).

- 251 Sagsøgeren har ikke godtgjort, at det pågældende tilsagn ikke hører til denne kategori. Tværtimod skal applikationernes interoperabilitet sikre, at interesserede tredjeparter kan udvikle applikationer til digitalt interaktivt tv, der egner sig til flere forskellige tekniske platforme. I modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, kan man udmærket forestille sig etableringen af konkurrerende tekniske platforme, idet FUN-projektet netop tager sigte på at udvikle en sådan teknisk platform.
- 252 Endvidere nødvendiggør forpligtelsen til at indføre DVB-MHP-standarden i modsætning til, hvad sagsøgeren har hævdet, ikke en løbende adfærdskontrol, idet den standardiserede grænseflade strukturelt set vil åbne markedet for leverandører af konkurrerende applikationer. Enhver virksomhed vil nemlig herved få mulighed for at udvikle applikationsprogrammer, som er klar til brug, og tilbyde tilsvarende tjenester også uden licens eller tilladelse fra Kirch-koncernen.
- 253 Endvidere vil kombinationen af fjerde og femte tilsagn gøre det muligt at give applikationer adgang til markedet.
- 254 Det må under alle omstændigheder fastslås, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn.
- 255 Klagepunktet kan derfor ikke tages til følge.

Interoperabilitet mellem konkurrerende platforme (tilsagn nr. 6)

— Parternes argumenter

- 256 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kirch-koncernens tilsagn om at sørge for at indgå Simulcrypt-aftaler med brugerne af konkurrerende tekniske platforme ikke er egnet til at anfægte den dominerende stilling, Kirch-koncernen i kraft af sit beskyttede adgangskontrolsystem, nemlig d-box-systemet, har på markedet for tekniske tjenester, som også omfatter adgangskontrolsystemerne. Tilsagnet er en forpligtelse til at udvise en bestemt adfærd, en forpligtelse, som Kirch-koncernen i forvejen har i henhold til artikel 82 EF, og som derfor ikke har større værdi end den generelle overvågning af misbrug af en dominerende stilling, der er omhandlet i denne artikel.
- 257 Indholdet af den forpligtelse til at udvise en bestemt adfærd, som Kirch-koncernen har indgået, er nemlig særdeles vagt. For det første forpligter Kirch-koncernen sig alene til at gøre alt for at sikre, at Simulcrypt-aftalerne træder i kraft hurtigst muligt. Endvidere forudsætter opfyldelsen af denne forpligtelse, at operatøren af en konkurrerende teknisk platform samarbejder, i det omfang det er objektivt nødvendigt, at denne operatør opnår rimelige og passende vilkår, og endelig at den tekniske sikkerhed i adgangskontrolsystemet ikke er så stor, at det tilsvarende d-box-system bliver truet.
- 258 Endvidere forudsætter tilsagnet, som indebærer indgåelse af Simulcrypt-aftaler mellem operatører af konkurrerende platforme og BetaResearch, der er et datterselskab af Kirch-koncernen, ifølge sagsøgeren stadig velvilje fra Kirch-koncernens side. Men denne velvilje hos Kirch-koncernen er tvivlsom, idet koncernen også sender programmer og i denne egenskab kan blive skadet ved indgåelsen af Simulcrypt-aftaler, der gør det lettere at sende konkurrerende programmer. Der er således risiko for en interessekonflikt mellem BetaResearch,

der leverer tekniske tjenester, og moderkoncernen, som er programudbyder. BetaResearch's uafhængighed, når selskabet træffer forretningsbeslutninger, er således ikke sikret.

- 259 Sagsøgeren har i denne forbindelse anført, at denne risiko for misbrug er blevet analyseret og påtalt af Kommissionen i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutningen (betragtning 58) og Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningen (betragtning 38). Sagsøgeren har ligeledes henvist til FUN-sammenslutningens dårlige erfaringer med at forhandle med Kirch-koncernen om en Simulcrypt-aftale.
- 260 Endelig forudsætter tilsagnet eksistensen af konkurrerende adgangskontrolsystemer. Det er dog uklart, hvorledes disse kan få fodfæste på markedet.
- 261 Som svar på KirchPayTV's argument om, at Simulcrypt-aftalerne alene indgås mellem tekniske platforme, men at Kirch-koncernen på kabeltransmissionsområdet ikke driver nogen sådan platform, har sagsøgeren anført, at den vigtigste tekniske platform på dette område, nemlig MSG MediaServices GmbH, alene anvender den af Kirch-koncernen udviklede teknologi.
- 262 Med hensyn til KirchPayTV's bemærkning om, at der for nylig er opstået nye tekniske platforme til kabeltransmission, har sagsøgeren udtalt, at dette ikke var tilfældet på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning og derfor er irrelevant. I virkeligheden kan det indtil videre heller ikke hævdes, at der er opstået sådanne nye platforme, idet Deutsche Telekom, som ejer størstedelen af kabelnettet og gennem sit datterselskab MSG MediaServices GmbH driver den vigtigste tekniske platform på sendeområdet, lægger for mange hindringer i vejen

for potentielle operatører af konkurrerende platforme. Sagsøgeren har i denne forbindelse henvist til de meget store vanskeligheder, operatøren af den konkurrerende platform, PrimaCom, har haft med at indgå en Simulcrypt-aftale med MSG MediaServices GmbH.

- 263 Kommissionen og intervenienterne har gjort gældende, at dette klagepunkt er ugrundet.

— Rettens bemærkninger

- 264 Det sjette tilsagn har til formål at give andre betalings-tv-kanaler og digitale interaktive tjenester adgang til d-box-systemet.

- 265 Kirch-koncernen har således forpligtet sig til at indgå Simulcrypt-aftaler med operatører af tekniske platforme, som anvender andre krypteringssystemer. Som nævnt giver Simulcrypt-proceduren mulighed for at anvende forskellige krypteringssystemer, uden at kunden behøver flere dekodere for at dekryptere de modtagne signaler, idet platformoperatørerne udveksler krypteringsnøgler. Således kan alle de pågældende programmer modtages med blot én dekode.

- 266 Dette tilsagn skal sikre etableringen af konkurrerende tekniske platforme ved at gøre det muligt at modtage via d-boxen, hvis Simulcrypt-proceduren anvendes, såfremt en udbyder af tekniske tjenester ønsker at anvende et konkurrerende krypteringssystem. Kommissionen og intervenienterne har uimodsagt af sagsøgeren hævdet, at udbyderne af tekniske tjenester således har mulighed for frit at vælge krypteringssystem, og at dette tilsagn styrker konkurrencen mellem operatørerne af tekniske platforme og konkurrencen på dekodermarkedet.

- 267 I øvrigt skal Retten erindre om, at ethvert tilsagn udgør en retlig forpligtelse, hvis manglende opfyldelse eventuelt kan få Kommissionen til at tilbagekalde fusions-tilladelsen. Den omstændighed, som sagsøgeren i øvrigt ikke har bevist, at Kirch muligvis udviser manglende vilje til at indfri tilsagnet, kan ikke påberåbes som bevis for, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn, da den vurderede, at tilsagnet vil afhjælpe konkurrenceproblemerne.
- 268 Endvidere er det pågældende tilsagn ikke isoleret. Det skal betragtes som en del af den samlede tilsagnspakke fra Kirch-koncernen og især sammenholdes med tilsagnet om en alternativ teknisk platform til Kirch-koncernens betalings-tv-programmer.
- 269 Dette klagepunkt kan derfor ikke tages til følge.

Andre tekniske platformes adgang til Kirch-koncernens betalings-tv-tjenester (tilsagn nr. 7)

— Parternes argumenter

- 270 Sagsøgeren har for det første anført, at Kirch-koncernens tilsagn om også at markedsføre sine betalings-tv-programmer gennem andre tekniske platforme, bl.a. ved Simulcrypt-aftaler, intet ændrer ved Kirch-koncernens dominerende stilling på markederne for betalings-tv og de tilsvarende tekniske tjenester og ikke har større værdi end overvågningen af misbrug af dominerende stilling i henhold til artikel 82 EF.

- 271 For det første letter dette tilsagn ikke konkurrerende platformes adgang til markedet, men forudsætter blot stiltiende, at de konkurrerende platforme har markedsadgang, og lover blot at behandle disse platforme loyalt og i overensstemmelse med konkurrenceretten.
- 272 For det andet er betingelserne for at udvise denne loyale adfærd særdeles vage.
- 273 For det tredje skaber tilsagnet en interessekonflikt, som begrænser dets virkning. Ved at forpligte Kirch-koncernen til at markedsføre sine betalings-tv-programmer gennem konkurrerende tekniske platforme tvinger tilsagnet nemlig Kirch-koncernen til at træffe afgørelser, som i givet fald er i strid med koncernens egne interesser som programudbyder. Under disse omstændigheder er det tvivlsomt, om tilsagnet vil blive opfyldt loyalt. Sagsøgeren har gjort opmærksom på, at Kommissionen helt korrekt har fastslået dette i sine Bertelsmann/Kirch/Premiere- og Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutninger.
- 274 I denne forbindelse har sagsøgeren henvist til FUN-sammenslutningens dårlige erfaringer med etablering af en konkurrerende teknisk platform. I strid med det pågældende tilsagn og under falske forudsætninger nægtede KirchPayTV nemlig at give FUN-sammenslutningen adgang til Kirch-koncernens betalings-tv-udbud. Sagsøgeren har endvidere henvist til de vanskeligheder, den tekniske kabeltransmissionsplatform PrimaCom har haft med at indgå en Simulcrypt-aftale med Kirch-koncernen. Endelig har sagsøgeren påpeget, at der indtil videre ikke findes nogen eksempler på praktisk mulige Simulcrypt-løsninger, der kan fungere mellem forskellige krypteringssystemer.
- 275 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at tilsagnet i strid med dommen i sagen Gencor mod Kommissionen og meddelelsen om acceptable løsninger nødvendiggør en yderligere adfærdskontrol.

- 276 Kommissionen og intervenienterne har gjort gældende, at dette klagepunkt er ugrundet.

— Rettens bemærkninger

- 277 Ved dette syvende tilsagn forpligter Kirch-koncernen sig til også at markedsføre sine betalings-tv-programmer gennem andre tekniske platforme, bl.a. ved brug af Simulcrypt-aftaler.
- 278 Det må fastslås, at dette tilsagn letter markedsadgangen for operatørerne af konkurrerende tekniske platforme og således indirekte fremmer konkurrencen mellem udbydere af betalings-tv ved at gøre det muligt for disse gennem de tekniske platforme at sende deres programmer sammen med Kirch-koncernens betalings-tv-programmer.
- 279 Med hensyn til sagsøgerens argument vedrørende de vanskeligheder, sagsøgeren angiveligt har haft med at få opfyldt tilsagn nr. 7 i sin egenskab af medoperatør af den alternative FUN-platform, skal bemærkes, at FUN ifølge intervenienterne, der ikke er blevet modsagt af sagsøgeren, ikke har indledt den voldgiftsprocedure, der er fastsat i tilsagnene.
- 280 Hvad angår sagsøgerens argument om, at tilsagn nr. 7 ikke åbner markedet, men forudsætter eksistensen af konkurrerende tekniske platforme, skal Retten gentage, at tilsagnene ikke kan anskues isoleret.

281 Som Kommissionen har anført, vil interoperabiliteten mellem konkurrerende tekniske platforme, der sikres gennem Simulcrypt-aftaler (tilsagn nr. 6), gennem tilrådighedsstillelsen af Kirch-koncernens betalings-tv-programmer (tilsagn nr. 7) samt eventuelt gennem en licens til at anvende d-box-teknologien (tilsagn nr. 8), gøre det lettere for en teknisk platform at få adgang til markedet. Tilsagn nr. 6 og 7 har således til formål at give en betalings-tv-konkurrent mulighed for at sende via en anden teknisk platform end den, der tilbydes af Kirch.

282 Klagepunkterne vedrørende tilsagn nr. 7 kan derfor ikke tages til følge.

Andre konkurrerende platformes anvendelse af d-box-teknologien (tilsagn nr. 8)

— Parternes argumenter

283 Sagsøgeren finder ikke, at Kirch-koncernens tilsagn om at give operatører af konkurrerende platforme adgang til d-box-teknologien ændrer noget ved Kirch-koncernens kontrol over den teknologiske udvikling af dette system.

284 For det første har Kommissionen i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutningen (betragtning 139) og Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningen (betragtning 64) afvist at acceptere et tilsagn af samme type med den begrundelse, at det ikke ville bringe kontrollen over den teknologiske udvikling af d-box-systemet til ophør. Ifølge sagsøgeren giver den anfægtede beslutning ikke nogen begrundelse for, hvorfor der i den foreliggende sag, hvor de faktiske omstændigheder er de samme, skal anlægges et andet konkurrenceretligt synspunkt.

285 For det andet er tilsagnet i strid med de betingelser, der er fastsat af direktøren for taskforcen for kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser for at acceptere tilsagn af denne type (G.-H. Drauz, »Remedies under the merger regulation«, *International antitrust law & policy*, Fordham Corporate Law Institute, New York, 1996, s. 219-238, på s. 225 ff.), især følgende betingelser:

— Licensgiveren må ikke kunne unddrage sig virkningerne af den indrømmede licens ved f.eks. at nægte at yde vigtig teknisk bistand.

— Licensgiveren må ikke forlange en urimelig licensafgift.

— Kommissionen må ikke være tvunget til løbende at kontrollere overholdelsen af licensaftalen f.eks. ved at kontrollere rimeligheden af licensafgifterne.

286 Sagsøgeren har i denne forbindelse for det første anført, at det åbenbart alene er henvisningen til passende og ikke-diskriminerende vilkår, der skal forhindre fastsættelsen af urimelige licensafgifter, for det andet, at tilsagnet ikke indeholder særlige bestemmelser om teknisk bistand, og endelig og især, at tilsagnet tvinger Kommissionen til en løbende adfærdskontrol.

- 287 Denne løbende adfærdskontrol er i strid med meddelelsen om acceptable løsninger.
- 288 Som svar på KirchPayTV's argument om, at eksistensen af en sådan løbende adfærdskontrol modsiges af, at der findes en voldgiftsprocedure, som lægger bevisbyrden over på Kirch-koncernen, har sagsøgeren påpeget, at disse forhold ikke sætter spørgsmålstegn ved kontrollens eksistens, og at nødvendigheden af en voldgiftsprocedure tværtimod beviser, at kontrollen eksisterer.
- 289 For det tredje er beslutningen selvmodsigende, idet den på den ene side indeholder en accept af det pågældende tilsagn, mens den på den anden side fastslår, at der er stor risiko for misbrug i den licenspolitik, der sandsynligvis vil blive ført af BetaResearch, der er et datterselskab af Kirch-koncernen, i sine forbindelser med KirchPayTV's potentielle konkurrenter på markedet for digitale interaktive tv-tjenester, og endog henviser til konkrete misbrugstilfælde, som berørte tredje-parter har givet meddelelse om (betragtning 37 til den anfægtede beslutning).
- 290 Sagsøgeren har bestridt KirchPayTV's argument om, at operatørerne af tekniske platforme har mulighed for at vælge enten d-box-teknologien (i kraft af tilsagnet), eller en konkurrerende teknologi, således at de når ud til d-box-abonnenterne via Simulcrypt-aftaler. De dårlige erfaringer, FUN og PrimaCom har haft med at forsøge at forhandle om Simulcrypt-aftaler med Kirch-koncernen, bekræfter, at den anden valgmulighed ikke er noget reelt alternativ.
- 291 Kommissionen og intervenienterne har gjort gældende, at dette klagepunkt er ugrundet.

— Rettens bemærkninger

- 292 Dette tilsagn skal som nævnt give operatørerne af konkurrerende platforme adgang til d-box-teknologien.
- 293 Tilsagnet letter således etableringen af konkurrerende tekniske platforme og dermed også konkurrerende programudbyderes markedsadgang, hvilket fremmer konkurrencen på markedet for betalings-tv.
- 294 Sagsøgerens argument om en modsigelse mellem den anfægtede beslutning og Bertelsmann/Kirch/Premiere- og Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningerne skal forkastes af ovennævnte grunde.
- 295 Med hensyn til sagsøgerens påstand om, at det pågældende tilsagn vil nødvendiggøre en løbende adfærdskontrol i strid med meddelelsen om acceptable løsninger, skal blot bemærkes, at samtlige tvister vedrørende indfrielsen af tilsagnene skal underkastes en voldgiftsprocedure, som sikrer tilstrækkelig kontrol. I øvrigt kan tredjeparter, der er utilfredse med indfrielsen af tilsagnet, anlægge en voldgiftssag, hvor bevisbyrden påhviler Kirch-koncernen. Med andre ord skal tilsagnets opfyldelse ganske vist kontrolleres, men kontrollen påhviler ikke Kommissionen.
- 296 Med hensyn til sagsøgerens argument om, at tilsagnet er i strid med de betingelser, der er fastsat i en publikation fra direktøren for taskforcen for kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser som forudsætning for at acceptere tilsagn af

denne type, bemærkes blot, at udtalelser fra en tjenestemand ikke afspejler nogen officiel stillingtagen fra Kommissionens side og ikke kan binde Kommissionen.

297 Endelig skal også sagsøgerens argument om, at Kommissionen ved at acceptere tilsagnet har set bort fra risikoen for, at BetaResearch vil misbruge sin dominerende stilling, når selskabet indrømmer licenser til anvendelse af d-box-systemet, forkastes. Dels kan operatører af tekniske platforme nemlig frit vælge en konkurrerende teknologi og nå ud til d-box-abonnenterne gennem Simulcrypt-aftaler, dels skal tilsagnet som nævnt ikke anskues isoleret, men som en del af en tilsagnspakke, som er sikret ved modsvarende påbud og betingelser, især en bindende voldgiftsprocedure.

298 Klagepunktet vedrørende tilsagn nr. 8 kan derfor ikke tages til følge.

Fremstilling af multisystemdekodere (tilsagn nr. 9)

— Parternes argumenter

299 Sagsøgeren har anført, at tilsagnet om at indrømme licenser for såkaldte multisystemdekodere ligeledes er i strid med Kommissionens vurdering i de tidligere beslutninger, nemlig Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutningen (betragtning 139) og Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningen (betragtning 64), hvorefter et sådant tilsagn ikke ud fra en konkurrenceretlig synsvinkel kan fjerne tvivlen, idet tilsagnet ikke fratager Kirch kontrollen over den teknologiske udvikling. Ifølge sagsøgeren er holdningsændringen med hensyn til den

konkurrenceretlige vurdering af forskellige sager, hvor de faktiske omstændigheder er identiske, på ingen måde blevet begrundet af Kommissionen.

- 300 Denne dominans kunne kun begrænses, såfremt Kommissionen havde pålagt Kirch-koncernen en yderligere forpligtelse til at give indehaverne af produktionslicenser til d-box-dekodere mulighed for at udstyre disse dekodere ikke alene med konkurrerende krypteringssystemer, men også med en fælles grænseflade. Blot at montere konkurrerende krypteringssystemer vil nemlig være en fuldstændig utilstrækkelig løsning, idet den vil tvinge operatører af tekniske platforme, der anvender disse konkurrerende krypteringssystemer, til at indgå Simulcrypt-aftaler med Kirch-koncernen og således ikke ville bringe Kirch-koncernens kontrol over d-box-systemet i fare.
- 301 Sagsøgeren har i denne forbindelse bestridt Kommissionens påstand om, at tilsagnet giver mulighed for at udstyre d-box-dekoderen med en fælles grænseflade.
- 302 Kommissionen og intervenienterne har gjort gældende, at dette klagepunkt er ugrundet.

— Rettens bemærkninger

- 303 Formålet med dette niende tilsagn er at give dekoderfabrikanter licens til udvikling af d-box-dekoderen ved at give dem tilladelse til at udstyre disse med andre adgangskontrolsystemer, herunder en fælles grænseflade. Ved fælles grænseflade forstås et modulsystem i hver enkelt d-box-dekoder, som giver mulighed for at anvende de forskellige dekrypteringsformer.

- 304 Det må fastslås, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at dette tilsagn ikke kan sikre, at de fremtidige d-box-abonnenter ligeledes kan nå gennem andre krypteringssystemer. Tilsagn nr. 9 skal således åbne markedet for operatører af tekniske platforme, programudbydere, potentielle d-box-fabrikanter og tillige leverandører af krypteringssystemer.
- 305 I øvrigt kan den foreliggende sag ikke sammenlignes med baggrunden for Bertelsmann/Kirch/Premiere- og Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningerne. Da der således ikke var tale om identiske situationer, var Kommissionen ikke forpligtet til at give en særlig begrundelse for sin beslutning.
- 306 Dette klagepunkt kan derfor ikke tages til følge.

Overgang fra det analoge til det digitale system (tilsagn nr. 10)

— Parternes argumenter

- 307 Sagsøgeren finder ikke, at tilsagnet om at tilbyde alle KirchPayTV-abonnenter, der ikke råder over en analog dekoder, en digital dekoder (d-box), vil gøre det lettere for interesserede operatører at få adgang til markederne for betalings-tv og digitale interaktive tv-tjenester og tilbyde disse abonnenter deres tjenester. Som følge af afvisningen af løsningen med den fælles grænseflade vil tredjeparters adgang til de pågældende markeder gennem d-box-dekoderen nemlig i hvert fald forudsætte, at der indgås Simulcrypt-aftaler med Kirch-koncernen, som imidlertid nægter at indgå sådanne aftaler.

- 308 Kommissionen og intervenienterne har gjort gældende, at dette klagepunkt er ugrundet.

— Rettens bemærkninger

- 309 Sagsøgeren har ikke bestridt, at dette tilsagn om at tilbyde enhver KirchPayTV-abonnent, der ikke råder over en analog dekoder, en digital dekoder (d-box) sikrer, at Premieres abonnenter får rådighed over en digital dekoder, og at programudbyderne ikke udelukkes fra markedet, fordi de sender deres programmer digitalt. Tilsagnet forhindrer, at konkurrerende operatørers aktiviteter på de pågældende markeder begrænses, fordi forbrugerne anvender analoge dekodere, som ikke egner sig til denne type af aktiviteter. Sagsøgeren har således ikke godtgjort, hvorfor Kommisswionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at antage, at tilsagnet åbner markedet for konkurrerende operatører.
- 310 Klagepunktet vedrørende dette tilsagn kan derfor ikke tages til følge.

Begrænsning af yderligere kabelkapacitet (tilsagn nr. 11)

— Parternes argumenter

- 311 Sagsøgeren finder ikke KirchPayTV's tilsagn om frem til den 31. december 2000 ikke at indgive flere ansøgninger om tildeling af yderligere digital kabelkapacitet er egnet til at svække Kirch-koncernens teknologiske dominans på markedet.

Tilsagnet er ej heller egnet til at fjerne de betænkeligheder, Kommissionen har givet udtryk for i den anfægtede beslutning (betragtning 78) med hensyn til Deutsche Telekom's anvendelse af den teknologi, Kirch-koncernens datterselskab BetaResearch råder over med henblik på digital transmission af tv-programmer via bredbåndsnettet. Betænkelighederne skyldtes en frygt for, at KirchPayTV ville få en dominerende stilling på markedet for digitale interaktive tv-tjenester.

- 312 Sagsøgeren har anført, at betænkelighederne i mellemtiden har vist sig berettiget, idet Deutsche Telekom og Kirch-koncernen i dag har planer om at drive BetaResearch som joint venture, hvilke planer er blevet anmeldt til Bundeskartellamt.
- 313 Sagsøgeren har bestridt Kommissionens påstand om, at selskabet har haft til hensigt at pålægge en operatør, der ikke deltager i fusionen, nemlig Deutsche Telekom, forpligtelser. Selskabet har blot givet udtryk for det synspunkt, at tilsagnet ikke kan fjerne den alvorlige tvivl med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet, som Kommissionen har givet udtryk for i den anfægtede beslutning (betragtning 78).
- 314 Kommissionen og intervenienterne har gjort gældende, at dette klagepunkt er ugrundet.

— Rettens bemærkninger

- 315 Formålet med tilsagnet om ikke at indgive flere ansøgninger om tildeling af yderligere digital kabelkapacitet frem til den 31. december 2000 er at fjerne

frygten for, at Kirch-koncernens betalings-tv-udbud vil fylde for meget på kabelnettet, således at der ikke længere bliver tilstrækkelig plads til tredjearters udbud.

- 316 Sagsøgerens kritik af, at Kommissionen ikke har pålagt Deutsche Telekom at anvende en anden teknologi end Kirch-koncernens teknologi til sine kabelnet, må forkastes. Deutsche Telekom har nemlig ikke del i den pågældende fusion, således at Kommissionen ikke kan pålægge selskabet forpligtelser inden for rammerne af den foreliggende sag.
- 317 Den planlagte fusion har endvidere ingen forbindelse med Deutsche Telekoms beslutning om at anvende Kirch-koncernens teknologi til sit kabelnet.
- 318 I øvrigt er sagsøgerens bemærkning om den planlagte oprettelse af et joint venture mellem Deutsche Telekom og BetaResearch irrelevant, idet de eventuelle konkurrenceproblemer i forbindelse med dette projekt er uden sammenhæng med den anfægtede beslutning.
- 319 Sagsøgerens klagepunkt kan derfor ikke tages til følge.

Kritik af, at der mangler en række angiveligt nødvendige tilsagn

- 320 Sagsøgeren har kritiseret Kommissionen for ikke at have afkrævet fusionsparterne en række tilsagn, som selskabet foreslog under den administrative procedure (sagsøgerens skrivelser af henholdsvis 22.2.2000, 2.3.2000 og 15.3.2000), og som

ifølge selskabet ville have fjernet de alvorligste tvivl, som Kommissionen selv har konstateret med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet, uden dog at være tilstrækkelige til at sikre denne forenelighed.

- 321 Sagsøgeren har kritiseret KirchPayTV's argument om, at tilsagn nr. 1-5 ville have været tilstrækkelige, at tilsagn nr. 6-9 om åbning af markedet for tekniske tjenester end ikke var nødvendige, og at andre tilsagn med en endnu større rækkevidde var så meget desto mindre nødvendige. KirchPayTV har nemlig ved ikke at anse tilsagn nr. 6-9 for nødvendige vist, at det fejlvurderer betydningen af Kirch-koncernens kontrol over d-box-teknologien for åbningen af markederne for betalings-tv og digitale interaktive tv-tjenester. Følges denne tankegang, vil man skulle annullere den anfægtede beslutning med den begrundelse, at den pålægger parterne at afgive unødvendige tilsagn.

Manglende tilsagn om at udstyre d-box-dekoderen med en fælles grænseflade

— Parternes argumenter

- 322 Sagsøgeren har gjort gældende, at det var en fejl, at det ikke blev pålagt fusionsparterne at afgive det af sagsøgeren foreslåede tilsagn om at udstyre d-box-dekoderen med en fælles grænseflade.
- 323 Sagsøgeren har i denne forbindelse anført, at de med KirchPayTV konkurrerende operatører på grundlag af de accepterede tilsagn kun vil kunne sende deres programmer via d-box-dekoderen ved at anvende det adgangskontrolsystem, der er udviklet af BetaResearch fra Kirch-koncernen, nemlig BetaCrypt, som de først har ret til at anvende efter at have indgået en Simulcrypt-aftale med BetaResearch.

Nødvendigheden af at indgå en Simulcrypt-aftale vil imidlertid gøre disse operatører afhængige af BetaResearch, og der er risiko for, at Kirch-koncernen vil misbruge denne stilling for at beskytte sine interesser på markederne for betalings-tv og digitale interaktive tv-tjenester på bekostning af sine potentielle konkurrenter på disse markeder.

324 Denne risiko var blevet påtalt af Kommissionen i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutningen (betragtning 58) og Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningen (betragtning 38) samt af det schweiziske forbundsministerium for miljø, transport, energi og kommunikation i en afgørelse af 8. november 1999 vedrørende den schweiziske betalings-tv-operatør Teleclub AG, hvoraf KirchPayTV besidder 40% af kapitalen, og som ligeledes anvender d-box-dekoderen.

325 Sagsøgeren har tilføjet, at denne risiko i mellemtiden er blevet endnu større efter Kirch-koncernens overtagelse af hele betalings-tv-kanalen Premiere og efter denne kanals fusion med DF1, hvorved Premiere World er opstået. Sagsøgeren har ligeledes påpeget de praktiske vanskeligheder, visse operatører, herunder FUN, har haft med at indgå Simulcrypt-aftaler med BetaResearch.

326 For at undgå denne risiko har sagsøgeren foreslået, at Kirch-koncernen forpligtes til at udstyre d-box-dekoderen med en fælles grænseflade, der giver mulighed for via den samme dekoder at modtage krypterede programmer ved hjælp af forskellige adgangskontrolsystemer. Denne løsning, Multicrypt-løsningen, vil afværge ovennævnte ulemper og give konkurrerende operatører mulighed for at sende programmer, der er beskyttet af andre adgangskontrolsystemer end det, der anvendes af Kirch-koncernen, via d-box-dekoderen uden at skulle indgå Simulcrypt-aftaler med koncernen.

- 327 Som svar på KirchPayTV's argumenter har sagsøgeren bestridt, at Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/47/EF af 24. oktober 1995 om standarder for transmission af tv-signaler (EFT L 281, s. 51, herefter »direktiv 95/47«), der er et harmoniseringsdirektiv vedtaget med hjemmel i artikel 47, stk. 2, EF, artikel 55 EF og artikel 95 EF, begrænser det skøn, Kommissionen kan udøve ved vurderingen af de tilsagn, der skal accepteres i henhold til fusionskontrollov-givningen. Sagsøgeren har ligeledes bestridt relevansen i henhold til fusions-kontrollovgivningen af argumenter om, at Simulcrypt-løsningen i modsætning til Multicrypt-løsningen har praktiske fordele for den endelige bruger.

— Rettens bemærkninger

- 328 Indledningsvis skal bemærkes, at Kommissionen råder over et vidt skøn ved vurderingen af, om tilsagn er nødvendige for at fjerne den alvorlige tvivl, en fusion rejser.
- 329 Det tilkommer således ikke Retten at sætte sin egen vurdering i stedet for Kommissionens, idet Rettens kontrol skal begrænses til at påse, at Kommissionen ikke har anlagt et åbenbart urigtigt skøn. Især indebærer en manglende hensyntagen til de af sagsøgeren foreslåede tilsagn ikke i sig selv, at den anfægtede beslutning er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn, og den omstændighed, at Kommissionen kunne have accepteret andre tilsagn, som måske endog ville have været gunstigere for konkurrencen, kan ikke føre til en annullation af beslutningen, såfremt Kommissionen med rimelighed kan konkludere, at tilsagnene i beslutningen gør det muligt at fjerne den alvorlige tvivl.

- 330 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen burde have krævet et tilsagn om at udstyre d-box-dekoderen med en fælles grænseflade i stedet for et tilsagn om Simulcrypt-aftaler.
- 331 Retten skal for det første bemærke, at både Simulcrypt-systemet og den fælles grænseflades krypteringssystem kan forhindre, at en seer, der abonnerer på betalingskanaler, der er beskyttet af forskellige adgangskontrolsystemer, tvinges til at anvende flere forskellige dekodere. I direktiv 95/47 anses de to løsninger i øvrigt for at være ligeværdige.
- 332 Sagsøgeren har endvidere ikke bestridt KirchPayTV's påstand om, at Simulcrypt-løsningen har en række fordele, som den fælles grænseflade ikke har. KirchPayTV har således anført dels, at Simulcrypt-løsningen giver en bedre beskyttelse mod hackere, dels at den fælles grænseflade tvinger seeren til ud over dekoderen at anskaffe sig moduler svarende til de forskellige adgangskontrolsystemer og skifte modul for at kunne se programmer, der er krypteret på en anden måde. KirchPayTV har ligeledes anført, at de aktuelle d-box-brugere ikke kan nås ved hjælp af den fælles grænseflade.
- 333 Som fastslået ovenfor er sagsøgerens argument om, at tilsagnet vedrørende Simulcrypt-aftaler ikke er tilstrækkeligt til at løse konkurrenceproblemerne i den foreliggende sag, ugrundet.
- 334 Under disse omstændigheder kan Kommissionen ikke anses for at have anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved ikke at kræve et tilsagn vedrørende den fælles grænseflade.

Manglende tilsagn om de eventuelle forbindelser mellem BetaResearch og Deutsche Telekom

— Parternes argumenter

- 335 Sagsøgeren har kritiseret, at Kommissionen ikke har taget hensyn til sagsøgerens forslag om at kræve et tilsagn med henblik på at forhindre, at der knyttes selskabsretlige eller aftaleretlige bånd mellem BetaResearch og Deutsche Telekom, som ville sikre, at den af BetaResearch udviklede teknologiske standard bliver den eneste standard, der anvendes på bredbåndskabelnetten tilhørende Deutsche Telekom, som kontrollerer størstedelen af de disponible net. Sagsøgeren har anført, at udsigten til sådanne bånd giver anledning til alvorlige betænkeligheder, som Kommissionen har redegjort for i sin Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutning (betragtning 33 ff.).
- 336 Som svar på Kommissionens argument om, at den ikke kan pålægge tredjeparter retlige forpligtelser, har sagsøgeren anført, at Kommissionen meget vel kunne have pålagt Kirch-koncernen at gribe ind over for Deutsche Telekom for at få dette selskab til at ophøre med alene at anvende den af BetaResearch udviklede teknologiske standard. Sagsøgeren finder, at Kommissionen, hvis Kirch-koncernen ikke kunne opfylde dette tilsagn, burde have fastslået denne manglende opfyldelse og opretholdt de tvivl med hensyn til, om denne eksklusive anvendelse er i overensstemmelse med konkurrenceretten, som Kommissionen udtrykkeligt har nævnt i den anfægtede beslutning (betragtning 61 til den anfægtede beslutning).
- 337 Sagsøgeren har tilføjet, at Kommissionen hidtil ikke har sat sig imod Deutsche Telekoms og Kirch-koncernens planer om at drive BetaResearch som joint venture, selv om dette projekt involverer to selskaber, der har en dominerende stilling.

- 338 Som svar på KirchPayTV's argument om, at risikoen for, at Deutsche Telekom vil anvende den af BetaResearch udviklede teknologiske standard, neutraliseres af salget af en stor del af Deutsche Telekoms bredbåndskabelnet, har sagsøgeren gjort gældende, at tidspunktet og betingelserne for dette salg ikke var fastlagt på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning og stadig ikke er blevet fastlagt.

— Rettens bemærkninger

- 339 Sagsøgeren har kritiseret, at Kommissionen ikke har sat begrænsninger for en eventuel forbindelse mellem Deutsche Telekom og BetaResearch.
- 340 Det må for det første fastslås, at klagepunktet ikke kan tages til følge, idet sagsøgeren i stævningen blot har kritiseret Kommissionen for at have set bort fra sagsøgerens forslag om at forbyde en sådan forbindelse uden at forklare og endnu mindre bevise, hvorfor et tilsagn herom er nødvendigt for at fjerne den alvorlige tvivl, Kommissionen har givet udtryk for angående den planlagte fusion.
- 341 For det andet kunne Kommissionen under ingen omstændigheder have fulgt sagsøgerens forslag, idet Kommissionen i en beslutning vedtaget i henhold til forordning nr. 4064/89 ikke kan acceptere et tilsagn, som forpligter en tredjepart, der ikke deltager i fusionen.
- 342 For det tredje vedrører sagsøgerens klagepunkt ifølge dets ordlyd et manglende forbud mod en eventuel forbindelse mellem Deutsche Telekom og BetaResearch. Sagsøgeren har i replikken henvist til den procedure, der er indledt ved det tyske

Bundeskartellamt vedrørende Deutsche Telekom og BetaResearchs planer om at oprette et joint venture. Det må fastslås, at de eventuelle konkurrenceproblemer i forbindelse med dette projekt ikke har nogen forbindelse med den anfægtede beslutning, og at sagsøgerens indsigelser i så henseende skal stiles til den myndighed, der er kompetent til at tage stilling til dette projekt.

- 343 For så vidt sagsøgeren i replikken også synes at ville anfægte det forhold, at Deutsche Telekom i dag alene anvender den af BetaResearch udviklede teknologi i sine kabelnet, må det for det fjerde fastslås dels, at dette klagepunkt må afvises, idet det er nyt eller i hvert fald ikke opfylder kravene i artikel 44, stk. 1, litra c), i Rettens procesreglement, dels at Deutsche Telekom's beslutning om at anvende BetaResearchs teknologi i sine kabelnet er truffet før den fusion, der er genstand for den anfægtede beslutning, og ikke har nogen forbindelse med fusionen.

- 344 Klagepunktet kan derfor ikke tages til følge.

Manglende tilsagn om opdeling af programmer, teknologi og udstyr

— Parternes argumenter

- 345 Sagsøgeren har kritiseret Kommissionen for ikke at have fulgt sagsøgerens forslag om at pålægge Kirch-koncernen dels at tilbyde d-box-dekoderen til kunder, som alene ønsker at se programmer fra andre operatører og ikke ønsker at abonnere

på de betalingsprogrammer, der udbydes af KirchPayTV, nemlig Premiere World, dels at give kunderne mulighed for at modtage Premiere World ved hjælp af udstyr, der konkurrerer med d-box-dekoderen. Ifølge sagsøgeren ville sådanne tilsagn have bragt den vertikale integration, der i den foreliggende sag består mellem teknologi og programmer, til ophør.

- 346 Sagsøgeren har gjort gældende, at uden en opdeling af programmer, teknologi og udstyr har operatører, som udvikler eller udbyder en teknologi, der konkurrerer med d-box-teknologien, ikke større udsigt til succes, idet de ikke kan sikre, at det eneste komplette betalings-tv-program, der for tiden udbydes på markedet, nemlig Premiere World, kan udsendes ved hjælp af deres teknologi. Sagsøgeren har i denne forbindelse påpeget de konkurrenceretlige ulemper ved, at der skabes eller opretholdes en dominerende stilling på markedet hvad angår teknologien, jf. Kommissionens konstatering i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutningen (betragtning 56 ff.) og Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutningen (betragtning 33 ff.) angående virkningerne af det Kirch-kontrollerede d-box-system. Sagsøgeren har ligeledes anført, at Kommissionen selv har fastslået i sin meddelelse om acceptable løsninger, at hvis konkurrenceproblemet skyldes kontrol over nøgleteknologier, er afhændelse af sådanne teknologier den foretrukne løsning (betragtning 29 og 30).

- 347 Sagsøgeren har bestridt Kommissionens argument om, at opdelingen mellem programmer, teknologi og udstyr allerede er sikret ved de tilsagn, der giver tredjeparter adgang til Kirch-koncernens tekniske platform (tilsagn nr. 1-3), og som giver konkurrerende tekniske platforme adgang til KirchPayTV's betalings-tv-tjenester (tilsagn nr. 7). Sagsøgeren finder disse tilsagn virkningsløse og henviser til sin kritik af dem. Angående tilsagn nr. 7 har sagsøgeren bl.a. peget på de betydelige praktiske vanskeligheder, den alternative FUN-platform har haft med at indgå en aftale med Kirch-koncernen om adgang til Premiere World's programmer.

— Rettens bemærkninger

- 348 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen burde have krævet et tilsagn, hvorved Kirch forpligtes til dels at tilbyde d-box-dekoderen til kunder, der ikke ønsker at abonnere på KirchPayTV's betalings-tv-programmer, dels at give sine abonnenter mulighed for at modtage Kirch-koncernens programmer ved hjælp af andet udstyr end d-box-dekoderen.
- 349 Det skal bemærkes, at tilsagn nr. 1-3 om tredjeparters adgang til Kirch-koncernens tekniske platform og tilsagn nr. 7 om andre tekniske platformes adgang til Kirch-koncernens betalings-tv-tjenester netop har til formål at sikre konkurrerende tredjeparters adgang. Sagsøgeren har påstået, at disse tilsagn er utilstrækkelige til at fjerne den alvorlige tvivl, Kommissionen har givet udtryk for, og disse klagepunkter er allerede blevet forkastet ovenfor.
- 350 I øvrigt må det fastslås, at sagsøgeren ikke har godtgjort og end ikke forklaret, hvorfor det skulle være nødvendigt at afgive det af sagsøgeren foreslåede tilsagn, når de allerede afgivne tilsagn sikrer, at der træffes foranstaltninger til åbning af markederne.
- 351 Sagsøgeren har således ikke godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn, og klagepunktet kan derfor ikke tages til følge.
- 352 Denne konklusion kan ikke anfægtes af sagsøgerens argument i replikken, hvorefter den tekniske FUN-platform har haft vanskeligheder med at få adgang til Kirch-koncernens betalings-tv-programmer, Premiere World. Tilsagnene indeholder nemlig detaljerede bestemmelser om en voldgiftsprocedure, der bl.a. giver

mulighed for at vedtage bindende foranstaltninger til løsning af problemer af denne art, og hvis resultatet af voldgiftsproceduren er, at Kirch ikke har indfriet sine tilsagn, har Kommissionen mulighed for i henhold til artikel 8, stk. 5, i forordning nr. 4064/89 at tilbagekalde den anfægtede beslutning.

353 Det tredje anbringende skal således forkastes.

4. Det fjerde anbringende: Proceduremangel som følge af, at der ikke er indledt en procedure i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89

Parternes argumenter

354 Sagsøgeren finder, at Kommissionen i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 2, sammenholdt med betragtning 8 til forordning nr. 1310/97 alene kan acceptere tilsagn i første kontrolfase, såfremt konkurrenceproblemerne er klart afgrænsede og let kan afhjælpes, og at Kommissionen kun i så fald kan undlade at indlede proceduren i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c).

355 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen i den anfægtede beslutning har udtrykt alvorlig tvivl med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet (jf. bl.a. betragtning 51 og 80). Sagsøgeren har endvidere henvist til sine argumenter om, at såvel konkurrenceproblemerne i forbindelse med fusionen som de foreslåede tilsagn er meget komplekse, og tillige at de accepterede tilsagn helt åbenbart er

utilstrækkelige. Sagsøgeren har heraf udledt, at konkurrenceproblemerne i den foreliggende sag ikke er klart afgrænsede og ikke let kan afhjælpes, hvorfor Kommissionen burde have indledt proceduren i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c).

- 356 Sagsøgeren finder, at denne undladelse af at indlede den pågældende procedure udgør en proceduremangel.
- 357 Sagsøgeren har til støtte for dette synspunkt ligeledes henvist til Rettens dom af 10. maj 2000, SIC mod Kommissionen (sag T-46/97, Sml. II, s. 2125). I denne dom, der er afsagt i en statsstøttesag, har Retten annulleret en kommissionsbeslutning, hvorved Kommissionen afviste at kvalificere en af en klager kritiseret finansiering som statsstøtte uden at indlede den formelle procedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF. Sagsøgeren har anført, at Retten til støtte for denne konklusion påpegede de store vanskeligheder ved denne klassificering samt den omstændighed, at afvisningen af at indlede den formelle procedure havde frataget klageren muligheden for at deltage i proceduren og fremsætte sine bemærkninger. Da problemet i den foreliggende sag, der ganske vist vedrører fusionskontrol og ikke statsstøtte, i det væsentlige kan sammenlignes med problemet i ovennævnte sag og endog er mere komplekst end dette, finder sagsøgeren, at det i den foreliggende sag havde været så meget desto mere nødvendigt at indlede proceduren.
- 358 Sagsøgeren har anført, at KirchPayTV's fortolkning af fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c), ikke tager hensyn til betragtning 8 til forordning nr. 1310/97 og til den omstændighed, at de tilsagn, der er accepteret i den foreliggende sag, er åbenbart utilstrækkelige.
- 359 Som svar på KirchPayTV's argument om, at dommen i sagen SIC mod Kommissionen ikke er relevant, bl.a. på grund af forskellene mellem statsstøtteproceduren og fusionskontrolproceduren, har sagsøgeren udtalt, at undladelsen

af at indlede proceduren i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c), bl.a. har berøvet sagsøgeren de udvidede proceduremæssige rettigheder i henhold til artikel 18, stk. 4, i forordning nr. 4064/89.

- 360 Kommissionen og intervenienterne har gjort gældende, at dette anbringende må forkastes.

Rettens bemærkninger

- 361 Sagsøgeren har påberåbt sig tre argumenter til støtte for sit anbringende om, at Kommissionen var forpligtet til at indlede anden fase af proceduren.

- 362 Hvad for det første angår argumentet om, at Kommissionen har fundet, at fusionsplanen rejser alvorlig tvivl, bemærkes, at selv om fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c), bestemmer, at Kommissionen er forpligtet til at indlede proceduren, hvis den konstaterer, at fusionen rejser alvorlig tvivl med hensyn til, om den er forenelig med fællesmarkedet, er det også udtrykkelig bestemt, at denne forpligtelse ikke anfægter artikel 6, stk. 2. Stk. 2 giver netop Kommissionen mulighed for ikke at indlede ovennævnte procedure og erklære fusionen forenelig med fællesmarkedet, såfremt den fastslår, at fusionen efter ændringer foretaget af de deltagende virksomheder ikke længere rejser alvorlig tvivl.

- 363 Heraf følger, at selv om Kommissionen finder, at fusionen rejser alvorlig tvivl, indebærer dette ikke nødvendigvis, at den er forpligtet til at indlede anden fase af proceduren, når blot parterne har afgivet tilsagn, som fjerner denne tvivl. Og

Kommissionen har i betragtning 94 til den anfægtede beslutning fastslået, at parternes tilsagn fjerner den alvorlige tvivl.

364 For det andet skal Retten bemærke, at sagsøgerens argumenter om dels, at Kommissionen ikke kunne acceptere tilsagnene i første fase, idet konkurrenceproblemerne ikke var klart afgrænsede, dels at tilsagnene ikke fjernede den alvorlige tvivl i forbindelse med fusionen, allerede er blevet forkastet under behandlingen af henholdsvis andet og tredje anbringende.

365 Endelig må det fastslås, at det tredje argument, hvorved sagsøgeren har sammenlignet den foreliggende sag med sagen SIC mod Kommissionen, ikke kan tages til følge, idet sagsbehandlingsproceduren i henhold til fusionsforordningens artikel 6 ikke kan sidestilles med procedurerne i henhold til artikel 88 EF.

366 For det første har berørte tredjeparter i den indledende fase af statsstøtteproceduren ikke ret til at deltage i proceduren. For det andet er Kommissionen forpligtet til at indlede den formelle procedure, såfremt den under den indledende procedure i henhold til artikel 88 EF fastslår, at projektet udgør statsstøtte som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, og såfremt der er tvivl om foreneligheden med fællesmarkedet. Fastslår Kommissionen derimod, at en fusion rejser alvorlig tvivl, men at ændringer af fusionsplanerne eller de pågældende virksomheders tilsagn fjerner denne tvivl, er den ikke forpligtet til at indlede anden fase.

367 Det fjerde anbringende skal således forkastes.

5. Det femte anbringende: Uacceptabel indskrænkning af tredjeparters ret til at deltage i proceduren

Parternes argumenter

368 Ifølge sagsøgeren har Kommissionen tilsidesat tredjeparters ret til at deltage i proceduren, idet den har accepteret tilsagn, der er afgivet så sent af fusionsparterne, at sagsøgeren ikke har nået at tage stilling hertil i tide.

369 Sagsøgeren har erindret om, at artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 447/98 bestemmer, at tilsagn, som de pågældende virksomheder har afgivet over for Kommissionen i overensstemmelse med artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, og som parterne ønsker taget i betragtning med henblik på en beslutning efter sidstnævnte forordnings artikel 6, stk. 1, litra b), skal være Kommissionen i hænde senest tre uger efter datoen for modtagelsen af anmeldelsen.

370 Sagsøgeren har fortolket denne bestemmelse således, at alle tilsagn, som de pågældende parter ønsker at afgive, skal være Kommissionen i hænde senest tre uger efter datoen for modtagelsen af anmeldelsen. Kun mindre og klart afgrænsede ændringer kan anses for acceptable efter udløbet af denne frist.

371 Sagsøgeren har støttet denne fortolkning på tre argumenter.

- 372 For det første fremgår det af fusionsforordningens artikel 10, stk. 6, at hvis Kommissionen ikke har vedtaget en beslutning i henhold til artikel 6, stk. 1, litra b), inden for fristen på seks uger, anses fusionen for at være forenelig med fællesmarkedet. Sagsøgeren har heraf udledt, at hvis det accepteres, at fusionsparterne uindskrænket kan ændre deres tilsagn efter udløbet af den frist på tre uger, der er fastsat i artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 447/98 om anmeldelser, giver dette parterne mulighed for at foreslå væsentlige ændringer kort før udløbet af fristen på seks uger og således tvinge Kommissionen til at godkende fusionen i henhold til fusionsforordningens artikel 10, stk. 6.
- 373 For det andet kan den foreslåede fortolkning begrundes ud fra betragtning 8 til forordning nr. 1310/97, hvorefter Kommissionen kun kan acceptere tilsagn i første fase af proceduren, når konkurrenceproblemet er klart afgrænset og let kan afhjælpes. Sagsøgeren har i denne forbindelse også henvist til meddelelsen om acceptable løsninger, hvori Kommissionen i punkt 37 fastslår, at eftersom løsninger i første fase er beregnet til at give et enkelt svar på et klart afgrænset konkurrenceproblem, kan der kun accepteres begrænsede ændringer.
- 374 Sagsøgeren har i denne forbindelse afvist KirchPayTV's argument om, at ændringer, hvorved der tages hensyn til tredjeparters bemærkninger, ikke er et indicium for, at de af fusionen rejste konkurrenceproblemer ikke er klart afgrænsede eller ikke let kan afhjælpes. Kommissionen har nemlig kun ret til at tage hensyn til tredjeparters bemærkninger og kræve, at parterne ændrer de afgivne tilsagn, såfremt disse bemærkninger skaber tvivl hos Kommissionen om, hvorvidt fusionen kan erklæres forenelig med fællesmarkedet. Væsentlige og hyppige ændringer af afgivne tilsagn som følge af tredjeparters bemærkninger vil således være tegn på, at fusionen rejser betydelige vanskeligheder.

- 375 For det tredje bekræftes den foreslåede fortolkning af, at artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 447/98 om anmeldelser ikke giver Kommissionen mulighed for at forlænge fristen for afgivelse af tilsagn i modsætning til samme artikels stk. 2, som vedrører tilsagn afgivet i anden fase.
- 376 I betragtning af ovenstående har sagsøgeren konkluderet, at Kommissionen principielt ikke længere kan tage hensyn til ændringer af tilsagnene, som foreslås efter udløbet af den frist, der er fastsat i artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 447/98, det vil i den foreliggende sag sige efter den 29. februar 2000.
- 377 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen ikke desto mindre efter denne dato har taget hensyn til to ændringer af tilsagnspakken, som må anses for væsentlige, og som af åbenbare taktiske årsager først blev fremlagt kort tid før udløbet af den frist på seks uger, der er fastsat i artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 4064/89.
- 378 Herved har Kommissionen ifølge sagsøgeren i uacceptabel grad begrænset tredjeparters ret til at deltage i proceduren. Sagsøgeren finder denne konstatering bekræftet af, at sagsøgeren selv kun fik en frist på knap 24 timer til at tage stilling til den første ændring af tilsagnspakken, og at sagsøgeren ikke har haft mulighed for at fremsætte bemærkninger til den anden ændring af pakken.
- 379 Sagsøgeren har præciseret, at selskabet ikke påberåber sig tilsidesættelse af tredjeparters ret til at blive hørt. Derfor har sagsøgeren anfægtet relevansen af Kommissionens og KirchPayTV's argumenter, hvorved der sås tvivl om eksistensen af en sådan ret. Sagsøgeren har af samme grund bestridt relevansen af KirchPayTV's henvisning til artikel 16, stk. 1, i forordning nr. 447/98 og af argumentet om, at der ikke er fastsat nogen frist for høring af tredjeparter i henhold til artikel 18, stk. 4, i forordning nr. 4064/89.

- 380 Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at dommen i sagen Kaysersberg mod Kommissionen, hvorpå Kommissionen har støttet sit argument om, at tredje-parters rettigheder under fusionskontrolproceduren er meget begrænsede, er irrelevant, idet dommen vedrører faktiske omstændigheder, der ligger før ikrafttrædelsen af forordning nr. 447/98 og hermed også af forordningens artikel 18, stk. 1, som fastsætter en frist for afgivelse af tilsagn. Sagsøgeren har anført, at Retten i dommens præmis 141 udtrykkeligt nævner denne manglende bestemmelse om frister og fastslår, at denne mangel indebærer, at Kommissionen i nævnte sag ikke kunne nægte at behandle selv meget sent afgivne tilsagn. Sagsøgeren har heraf udledt, at det modsatte må gøre sig gældende her.
- 381 Kommissionen har med støtte fra KirchPayTV påstået sagsøgerens argumenter vedrørende dette anbringende forkastet.

Rettens bemærkninger

- 382 Fusionsparterne indgav den 7. februar 2000 en komplet anmeldelse af fusionen og foreslog den 29. februar 2000 Kommissionen en række tilsagn og den 14. og 16. marts 2000 to ændrede udgaver af disse.
- 383 Artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 447/98 bestemmer:

»Tilsagn, som de pågældende virksomheder har afgivet over for Kommissionen i overensstemmelse med artikel 6, stk. 2, i forordning [...] nr. 4064/89, og som parterne ønsker taget i betragtning med henblik på en beslutning efter artikel 6,

stk. 1, litra b), i denne forordning, skal være Kommissionen i hænde senest tre uger efter datoen for modtagelsen af anmeldelsen.»

- 384 I den foreliggende sag erklærede Kommissionen den 7. februar 2000, at anmeldelsen var komplet, og fristen for at afgive tilsagn over for Kommissionen i fase I udløb således den 29. februar 2000 efter den beregningsmetode for frister, der er fastlagt i artikel 6-9 og artikel 18, stk. 3, i forordning nr. 447/98. Den oprindelige udgave af tilsagnene blev således forelagt Kommissionen inden for de frister, der er fastsat i artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 447/98.
- 385 Det er dog ubestridt, at den oprindelige udgave af tilsagnene ikke er den, der endeligt blev accepteret af Kommissionen i den anfægtede beslutning, og at såvel den ændrede som den endelige udgave af tilsagnene blev fremlagt af parterne efter den 29. februar 2000. Spørgsmålet er herefter, om Kommissionen havde ret til at acceptere tilsagnene.
- 386 Hvad dette angår har Retten allerede fastslået, at artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 447/98 skal fortolkes således, at selv om fusionsparterne ikke kan tvinge Kommissionen til at tage hensyn til tilsagn og ændringer heraf, der er fremlagt efter udløbet af fristen på tre uger, skal Kommissionen, hvis denne skønner at have den fornødne tid til at gennemgå tilsagnene, kunne godkende fusionen på baggrund af disse tilsagn, også selv om ændringerne finder sted efter udløbet af fristen på tre uger (dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, præmis 239).
- 387 Kommissionen havde således ret til at acceptere den ændrede udgave af tilsagnene og den endelige udgave af disse efter udløbet af den frist på tre uger, der er fastsat i artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 447/98, idet denne frist ikke er bindende for Kommissionen.

388 Vel har Kommissionen i punkt 37 i meddelelsen om acceptable løsninger anført følgende:

»Viser vurderingen, at de tilbudte tilsagn ikke er tilstrækkelige til at fjerne de konkurrenceproblemer, der er opstået i forbindelse med fusionen, underrettes parterne herom. Eftersom løsninger i fase I er beregnet til at give et enkelt svar på et klart afgrænset konkurrenceproblem, kan der kun accepteres begrænsede ændringer i de foreslåede tilsagn. Sådanne ændringer, der fremlægges som en omgående reaktion på resultatet af høringerne, omfatter præciseringer, detailforbedringer og/eller andre forbedringer, som sikrer, at tilsagnene er anvendelige og effektive.«

389 Men denne meddelelse skal fortolkes på baggrund af artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 447/98.

390 Kommissionen skal således, hvis den skønner, at den har den fornødne tid til at gennemgå ændringer foretaget i tilsagnene efter udløbet af fristen, være i stand til at godkende fusionen på baggrund af de ændrede tilsagn.

391 Under alle omstændigheder må Retten fastslå, at de ændringer, Kommissionen i den foreliggende sag har accepteret efter udløbet af fristen på tre uger, er af begrænset omfang i punkt 37 i meddelelsens forstand, dvs. at de »[er fremlagt] som en omgående reaktion på resultatet af høringerne [og] omfatter, præciseringer, detailforbedringer og/eller andre forbedringer, som sikrer, at tilsagnene er anvendelige og effektive«.

392 Det skal i denne forbindelse først og fremmest bemærkes, at sagsøgeren i sine skriftlige og mundtlige indlæg ikke har påvist og end ikke anført, hvilke

væsentlige ændringer der skulle være foretaget efter udløbet af fristen på tre uger, men blot har hævdet, at der er foretaget sådanne ændringer.

393 Generelt viser en sammenligning mellem den oprindelige udgave af tilsagnene, der blev fremlagt inden udløbet af fristen på tre uger, og den første ændring af disse tilsagn samt den endelige udgave af tilsagnene, der blev accepteret af Kommissionen, at hverken Kommissionens overordnede mål, nemlig at åbne for markedsadgangen, eller selve essensen i de enkelte tilsagn er blevet ændret. Endvidere forekommer den ændrede og den endelige udgave af tilsagnene at være en »forbedring« i forhold til den oprindelige udgave af tilsagnene, idet de nemlig giver mulighed for at tage hensyn til tredjeparters og især sagsøgerens bemærkninger.

394 Med hensyn til de ændringer, der er foretaget i den ændrede udgave i forhold til den oprindelige udgave vedrørende de tre første tilsagn om tredjeparters adgang til Kirch-plattformen, består disse bl.a. i en udvidelse af kredsen af adressater for tilsagnene til at omfatte alle berørte tredjeparter og ikke længere blot tv-operatører og en præcisering af den samarbejdsforpligtelse, det pågældende Kirch-selskab har over for tilbudsmodtageren, herunder forpligtelsen til at videregive oplysninger om adgangskontrolsystemet og de tekniske tjenester senest en måned efter modtagelsen af en skriftlig anmodning herom fra den berørte tredjepart.

395 Hvad angår det fjerde tilsagn om at give tredjeparters applikationer adgang til Kirch-koncernens d-box-system består de ændringer, der er foretaget i den endelige udgave, især i at gøre adgangen til d-box-dekoderens driftssystem via Application Programming Interface, kendt under betegnelsen DVB Multimedia Home Platform (MHP) (herefter »API«) betinget af, at Kirch og tredjeparterne bliver enige om rimelige, passende og ikke-diskriminerende vilkår. Endvidere ændrer de nye bestemmelser om afprøvningen af tredjeparters applikationer ikke rækkevidden af tilsagnet.

- 396 Det må således fastslås, at selve essensen i tilsagnet om at give tredjeparter større adgang til Kirch-koncernens d-box-system er uændret, og at ændringerne udgør forbedringer som omhandlet i punkt 37 i meddelelsen om acceptable løsninger.
- 397 Med hensyn til det femte tilsagn vedrørende applikationernes interoperabilitet via API består ændringerne i den endelige udgave blot i en ændring af den frist, inden for hvilken denne interoperabilitet skal være sikret, og en garanti for, at der ikke kræves yderligere licenser for at udvikle MHP-kompatible applikationer.
- 398 Hvad angår det sjette tilsagn om konkurrerende platformes interoperabilitet beskriver den endelige udgave af tilsagnet blot mere detaljeret, på hvilke betingelser Kirch tilbyder at indgå Simulcrypt-aftaler med samtlige leverandører af digitale adgangskontrolsystemer. Kirch forpligter sig således til at gøre alt for at sikre, at Simulcrypt-aftalerne træder i kraft så hurtigt som muligt og ikke længere efter en frist på 12 måneder. Indfrielsen af dette tilsagn afhænger endvidere af, at leverandøren af et adgangskontrolsystem og Kirch samarbejder, »i det omfang det er objektivt nødvendigt«. Der er således tale om ændringer, som hverken ændrer arten af eller det grundlæggende indhold i tilsagnet.
- 399 Med hensyn til det syvende tilsagn, som vedrører andre tekniske platformes adgang til Kirch-koncernens betalings-tv-tjenester, må det fastslås, at den betingelse om forbud mod forskelsbehandling mellem de abonnenter, der modtager tv-signaler via Kirch-koncernens tekniske platform, og de abonnenter, der modtager tv-signaler via andre platforme, der er føjet til Kirch-koncernens forpligtelse til at sælge sine betalings-tv-tjenester direkte til kunderne (eller abonnenterne), er en forbedring af den oprindelige udgave af dette tilsagn, men den hverken ændrer rækkevidden eller arten af tilsagnet.

- 400 For så vidt angår ændringerne til ottende tilsagn om andre konkurrerende platformes anvendelse af d-box-teknologien må det fastslås, at ændringerne af den oprindelige udgave er en forbedring af tilsagnet, idet bestemmelsen om tredjeparters garantier er erstattet af en bestemmelse om tildeling af licenser på et rimeligt og ikke-diskriminerende grundlag til enhver berørt tredjepart, der anmoder herom.
- 401 Ændringerne af det niende tilsagn om fremstilling af multisystemdekodere består i en nærmere præcisering af rækkevidden af Kirch-koncernens tilsagn og har bidraget til at lette tredjeparters adgang. I den ændrede udgave af tilsagnet har Kirch-koncernen nemlig forpligtet sig til ikke at forhindre fabrikanterne i at udstyre sådanne dekodere med et adgangskontrolsystem for en tredjepart og ikke at nægte at levere sine betalings-tv-tjenester til kunder (eller abonnenter), blot fordi disse ønsker at anvende et d-box-system udstyret med et sådant adgangskontrolsystem. I den endelige udgave tilføjes det, at Kirch forpligter sig til ikke at pålægge fabrikanterne andre restriktioner, som forhindrer dem i at fremstille dekodere udstyret med yderligere adgangskontrolsystemer.
- 402 De eneste tilsagn, der er tilføjet, er tilsagn nr. 10 og 11, som vedrører henholdsvis overgangen fra det analoge til det digitale system og begrænsningen af den yderligere kabelkapacitet. I forhold til de ni øvrige tilsagn kan denne tilføjelse dog ikke anses for en væsentlig ændring, idet disse tilsagn blot skal forbedre tredjeparters adgang til de forskellige berørte markeder, en adgang, der netop sikres ved de ni første tilsagn.
- 403 Tilsagnet om overgangen fra det analoge til det digitale system, der har til formål at forhindre, at berørte tredjeparters aktiviteter på markederne for betalings-tv eller digitale interaktive tjenester begænses, fordi brugerne anvender analoge dekodere, som ikke egner sig til denne type af aktiviteter, kan nemlig ikke anses

for en væsentlig ændring, men derimod som en forbedring, der øger tredjeparters adgang til Kirch-systemet.

- 404 Tilsvarende kan Kirch-koncernens sidste tilsagn om ikke frem til den 31. december 2000 at indgive flere ansøgninger om tildeling af yderligere digital kabelkapacitet, der har til formål at forhindre, at Kirch-koncernens betalings-tv-udbud står for stærkt i forhold til tilbuddene fra tredjeparter, ikke betragtes som en væsentlig ændring, men derimod som en forbedring af den oprindelige udgave af tilsagnene, som skal gøre disse anvendelige og effektive.
- 405 Det fremgår af det ovenfor anførte, at den ændrede og den endelige udgave af tilsagnene kan anses for begrænsede ændringer som omhandlet i punkt 37 i meddelelsen om acceptable løsninger og derfor kan accepteres af Kommissionen også efter udløbet af den frist, der er fastsat i artikel 18, stk. 1, i forordning nr. 447/98.
- 406 Hertil kommer, at sagsøgeren flere gange i sine indlæg har gentaget, at de pågældende ændringer er »ustandselige praktiske ændringer af tilsagn, som allerede i deres oprindelige udgave var uegnede og utilstrækkelige«. Dette fører til den konklusion, at sagsøgeren i virkeligheden anfægter de oprindelige tilsagn og ikke de ændringer, der er foretaget heri som følge af tredjeparters bemærkninger for at gøre dem effektive og anvendelige, og at hverken arten eller rækkevidden af de pågældende tilsagn er blevet ændret.
- 407 Ændringerne af de oprindelige tilsagn er således begrænsede i den betydning, hvori udtrykket anvendes i punkt 37 i meddelelsen om acceptable løsninger.

- 408 Retten mangler dog endnu at undersøge, om Kommissionens accept af ændringerne af de oprindelige tilsagn efter fristen på tre uger som hævdet af sagsøgeren har begrænset sagsøgerens proceduremæssige rettigheder.
- 409 Det skal for det første fastslås, at sagsøgeren, inden selskabet den 29. februar 2000 fik underretning fra Kommissionen om BSKyB's og Kirch-koncernens tilsagnsforslag, som tredjepart har deltaget i proceduren og har modtaget en begæring om oplysninger fremsendt af Kommissionen den 11. januar 2000, hvori sagsøgeren blev anmodet om at fremsætte sine bemærkninger til fusionsplanens følger for konkurrencen. Disse bemærkninger blev indgivet henholdsvis den 14. og den 21. januar 2000 og blev efterfulgt af en samtale med Generaldirektoratet for Konkurrence den 9. februar 2000.
- 410 Endvidere har sagsøgeren efter anmodning fra Kommissionen ved skrivelse af 22. februar 2000 sendt denne sin redegørelse for de konkurrenceretlige krav, vilkår og offentligretlige tilsagn, sagsøgeren fandt nødvendige.
- 411 Sagsøgeren blev tillige som nævnt i stævningen anmodet om at tage stilling til de oprindelige tilsagn inden for en frist på knap 48 timer samt til den første del af ændringerne til tilsagnene inden for en frist på 24 timer.
- 412 Således kritiserede sagsøgeren i sin skrivelse af 2. marts 2000, at de oprindelige tilsagn, som fusionsparterne havde foreslået, ikke var andet end et løfte om ikke at misbruge KirchPayTV's dominerende stilling. Sagsøgeren gentog endnu en gang,

at fusionsplanen selv under hensyntagen til mere vidtgående tilsagn ikke var i overensstemmelse med fællesskabsretten.

- 413 Hertil kommer, at sagsøgeren desuden havde mulighed for at fremsætte sine bemærkninger til den første del af ændringerne i sin skrivelse af 15. marts 2000. Her gentog sagsøgeren sin frygt for, at Kirch-koncernens dominerende stilling på markedet for betalings-tv i Tyskland ville blive styrket, og at der nærmest ville blive skabt et monopol på levering af tekniske platforme og tjenester. Sagsøgeren krævede ligeledes ændringer af tilsagnene med henblik på yderligere åbning af adgangen til markedet for andre set-top-dekodere end d-box-dekodere og åbning af Kirch-systemet for MHP-standarden uden fastsættelse af frister, betingelser eller diskriminerende forretningsmæssige byrder.
- 414 Det må således fastslås, at Kommissionen har hørt tredjeparterne, herunder sagsøgeren, i første fase.
- 415 Det må derfor yderligere fastslås, at sagsøgeren har haft rig mulighed for at tilkendegive sin holdning til rækkevidden og arten af de tilsagn, som ifølge sagsøgeren skulle afgives af fusionsparterne, og som Kommissionen skulle fastsætte som betingelse eller påbud.
- 416 I dommen i sagen Kaysersberg mod Kommissionen fastslog Retten i præmis 119, at der fuldt ud er taget hensyn til den berettigede interesse for udenforstående virksomheder, når de på grundlag af de oplysninger, Kommissionen fremsender til dem under den procedure, som er indledt i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89, navnlig oplysninger om de forpligtelser, de deltagende virksomheder har tilbudt at påtage sig, kan fremsætte deres bemærkninger til de ændringer, som agtes foretaget i forslaget til fusion med henblik på at fjerne den alvorlige tvivl, der er med hensyn til, om fusionen er forenelig med

fællesmarkedet. Det er i så fald i tilstrækkelig grad sikret, at Kommissionen kan tage hensyn til de bemærkninger, der fremsættes af udenforstående konkurrerende virksomheder, ved vurderingen af, om fusionen er i overensstemmelse med fællesskabsretten, og navnlig, om de af de deltagende virksomheder foreslåede tilsagn i denne forbindelse er tilstrækkelige.

- 417 Med hensyn til den omstændighed, at sagsøgeren kun havde en frist på knap 24 timer til at kommentere de første ændringer af de oprindelige tilsagn, skal bemærkes, at der i artikel 18, stk. 4, i forordning nr. 4064/89 og i forordning nr. 447/98 ikke er fastsat nogen specifik forpligtelse med hensyn til længden af den af Kommissionen fastsatte frist. Angående dette spørgsmål fastslog Retten i dommen i sagen Kaysersberg mod Kommissionen følgende:

»[...] den omstændighed, at sagsøgeren kun havde to hverdage til at fremsætte sine bemærkninger til de af [parterne] foreslåede ændringer til den påtænkte fusion, [er] ikke i sig selv [...] tilstrækkelig til, at Kommissionen har tilsidesat den ret til at blive hørt, der i henhold til artikel 18, stk. 4, i forordning nr. 4064/89 tilkommer sagsøgeren. Denne fortolkning underbygges af, at selv om de udenforstående virksomheder, der har ret til at blive hørt, har en berettiget interesse i, at de indrømmes en tilstrækkelig frist hertil, må dette ses i sammenhæng med det krav om hurtighed, der generelt karakteriserer forordning nr. 4064/89, og som indebærer, at Kommissionen har pligt til at overholde strenge tidsfrister for udstedelsen af den endelige beslutning, idet fusionen anses for at være erklæret forenelig med fællesmarkedet i tilfælde af, at fristerne ikke overholdes.«

- 418 Af samme årsager og især fordi der er tale om en beslutning, Kommissionen har truffet i fase I, kan den omstændighed, at sagsøgeren kun har haft knap 24 timers frist til at kommentere ændringerne til de oprindelige tilsagn, som sagsøgeren var bekendt med, ikke påvirke beslutningens lovlighed.

- 419 Endvidere oplyser sagsøgeren ikke, hvorledes en længere frist ville have givet selskabet mulighed for at fremsætte flere bemærkninger til den første del af ændringerne af de af BSKyB og Kirch foreslåede tilsagn for at tilkendegive, om det fandt tilsagnene tilstrækkelige eller utilstrækkelige. Sagsøgeren kritiserer blot Kommissionen for den for korte frist. De kritikpunkter, sagsøgeren fremfører over for Retten, er stort set de samme som dem, der blev fremført under den administrative procedure.
- 420 Heraf følger, at klagepunktet vedrørende den korte frist, der blev indrømmet sagsøgeren til at fremsætte sine bemærkninger til de af fusionsparterne foreslåede tilsagn og de deri foretagne ændringer, er ugrundet.
- 421 Hvad angår klagepunktet om, at den anden del af ændringerne ikke er blevet forelagt sagsøgeren, som derved ikke har fået mulighed for at fremsætte bemærkninger til disse ændringer af de oprindelige tilsagn, har sagsøgeren som nævnt ovenfor haft mulighed for at tilkendegive sin holdning til rækkevidden og arten af de tilsagn, som ifølge sagsøgeren skulle afgives af fusionsparterne og kræves som betingelse eller påbydes af Kommissionen, hvis fusionen skulle kunne erklæres for forenelig med fællesmarkedet.
- 422 Endvidere fremgår det af dommen i sagen Kayzersberg mod Kommissionen (præmis 120), at Kommissionen i fase II ikke er forpligtet til i henhold til artikel 18, stk. 4, i forordning nr. 4064/89 at anmode de udenforstående virksomheder, som har en retlig interesse, om en udtalelse vedrørende den endelige udgave af de tilsagn, som de deltagende virksomheder har påtaget sig for at tage hensyn til de indsigelser, Kommissionen har fremsat, bl.a. på grundlag af de udenforstående virksomheders bemærkninger til de af de pågældende virksomheder foreslåede tilsagn.

- 423 Dette gælder så meget desto mere, når der er tale om en kommissionsbeslutning vedtaget ved afslutningen af fase I.
- 424 Hvad angår klagepunktet om den korte frist til at fremsætte bemærkninger har sagsøgeren ej heller fremlagt nogen oplysninger om, hvilke bemærkninger selskabet kunne have haft til den anden del af ændringerne.
- 425 Det femte anbringende er derfor ugrundet.
- 426 Det følger af det anførte, at Kommissionen må frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

- 427 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, skal selskabet bære sine egne omkostninger og herudover betale de af Kommissionen og intervenienterne, KirchPayTV og BSkyB, afholdte omkostninger i overensstemmelse med disses påstande herom.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Afdeling)

- 1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.
- 2) Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD) bærer sine egne omkostninger og betaler de af Kommissionen og intervenienterne, KirchPayTV GmbH & Co. KGaA og British Sky Broadcasting Group plc (BSkyB), afholdte omkostninger.

Jaeger

Lenaerts

Azizi

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 30. september 2003.

H. Jung

Justitssekretær

K. Lenaerts

Afdelingsformand

Indhold

Relevante retsregler	II - 3834
Faktiske omstændigheder	II - 3836
Den anfægtede beslutning	II - 3839
1. Markedet for betalings-tv	II - 3839
2. Markedet for digitale interaktive tv-tjenester	II - 3842
3. Markedet for erhvervelse af senderrettigheder	II - 3843
4. Tilsagn	II - 3844
Retsforhandlinger og parternes påstande	II - 3844
Formaliteten	II - 3846
1. Sagsøgerens søgsmålskompetence	II - 3846
Parternes argumenter	II - 3846
Rettens bemærkninger	II - 3850
Eksistensen af en vis konkurrence mellem gratis tv og betalings-tv	II - 3855
Den fremtidige konvergens mellem gratis tv og betalings-tv som følge af digitaliseringen	II - 3856
Fusionens påvirkning af de digitale interaktive tv-tjenester	II - 3857
Sagsøgerens deltagelse i FUN-projektet	II - 3858
Erhvervelsen af senderrettigheder	II - 3858
2. Betingelserne i procesreglementets artikel 44, stk. 1	II - 3860
Realiteten	II - 3860
1. Det første anbringende: fejlagtig vurdering af de faktiske omstændigheder i henseende til artikel 2, stk. 3 og 4, i forordning nr. 4064/89	II - 3861
Parternes argumenter	II - 3861
Rettens bemærkninger	II - 3864

2.	Det andet anbringende: Tilsidesættelse af artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 4064/89	II - 3869
	Parternes argumenter	II - 3869
	Rettens bemærkninger	II - 3877
3.	Det tredje anbringende: Tilsagnenes utilstrækkelighed	II - 3883
	Bemærkninger gældende for samtlige tilsagn under ét	II - 3884
	Parternes argumenter	II - 3884
	Rettens bemærkninger	II - 3886
	Specifikke bemærkninger til visse tilsagn	II - 3892
	Tredjeparters adgang til Kirch-koncernens platform (tilsagn nr. 1-3) ...	II - 3892
	— Parternes argumenter	II - 3892
	— Rettens bemærkninger	II - 3894
	Åbning af adgangen til Kirch-koncernens d-box-system for tredjeparters applikationer (tilsagn nr. 4).	II - 3896
	— Parternes argumenter	II - 3896
	— Rettens bemærkninger	II - 3898
	Applikationernes interoperabilitet (tilsagn nr. 5)	II - 3901
	— Parternes argumenter	II - 3901
	— Rettens bemærkninger	II - 3901
	Interoperabilitet mellem konkurrerende platforme (tilsagn nr. 6)	II - 3903
	— Parternes argumenter	II - 3903
	— Rettens bemærkninger	II - 3905
	Andre tekniske platformes adgang til Kirch-koncernens betalings-tv-tjenester (tilsagn nr. 7)	II - 3906
	— Parternes argumenter	II - 3906
	— Rettens bemærkninger	II - 3908
	Andre konkurrerende platformes anvendelse af d-box-teknologien (tilsagn nr. 8)	II - 3909
	— Parternes argumenter	II - 3909
	— Rettens bemærkninger	II - 3912
		II - 3949

Fremstilling af multisystemdekodere (tilsagn nr. 9)	II - 3913
— Parternes argumenter	II - 3913
— Rettens bemærkninger	II - 3914
Overgang fra det analoge til det digitale system (tilsagn nr. 10)	II - 3915
— Parternes argumenter	II - 3915
— Rettens bemærkninger	II - 3916
Begrænsning af yderligere kabelkapacitet (tilsagn nr. 11)	II - 3916
— Parternes argumenter	II - 3916
— Rettens bemærkninger	II - 3917
Kritik af, at der mangler en række angiveligt nødvendige tilsagn	II - 3918
Manglende tilsagn om at udstyre d-box-dekoderen med en fælles grænseflade	II - 3919
— Parternes argumenter	II - 3919
— Rettens bemærkninger	II - 3921
Manglende tilsagn om de eventuelle forbindelser mellem BetaResearch og Deutsche Telekom	II - 3923
— Parternes argumenter	II - 3923
— Rettens bemærkninger	II - 3924
Manglende tilsagn om opdeling af programmer, teknologi og udstyr ...	II - 3925
— Parternes argumenter	II - 3925
— Rettens bemærkninger	II - 3927
4. Det fjerde anbringende: Proceduremangel som følge af, at der ikke er indledt en procedure i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89	II - 3928
Parternes argumenter	II - 3928
Rettens bemærkninger	II - 3930
5. Det femte anbringende: Uacceptabel indskrænkning af tredjeparters ret til at deltage i proceduren	II - 3932
Parternes argumenter	II - 3932
Rettens bemærkninger	II - 3935
Sagens omkostninger	II - 3946