

ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer — uitgebreid)

28 april 1999 *

In zaak T-221/95,

Endemol Entertainment Holding BV, vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Zevenend (Nederland), vertegenwoordigd door O. W. Brouwer en P. Wytinck, advocaten te Brussel, en M. van Empel, advocaat te Amsterdam, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij J. Loesch, advocaat aldaar, Rue Goethe 11,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door W. Wils, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

* Procestaal: Engels.

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 96/346/EG van de Commissie van 20 september 1995 inzake een procedure op grond van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad (IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol) (PB 1996, L 134, blz. 32), waarbij de overeenkomst tot oprichting van de gemeenschappelijke onderneming Holland Media Groep onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: P. Lindh, kamerpresident, R. García-Valdecasas, K. Lenaerts, J. D. Cooke en M. Jaeger, rechters,

griffier: H. Jung

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 15 juli 1998,

het navolgende

Arrest

De juridische context

- ¹ Artikel 2 van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (gerectificeerd in PB 1990, L 257, blz. 13; deze gerectificeerde versie is in casu toepasselijk; hierna: «verordening nr. 4064/89») bepaalt:

«1. Concentraties in de zin van deze verordening worden aan de hand van onderstaande bepalingen getoetst op hun verenigbaarheid of onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt.

Bij die beoordeling houdt de Commissie rekening

- a) met de noodzaak op de gemeenschappelijke markt een daadwerkelijke mededinging te handhaven en te ontwikkelen in het licht van met name de structuur van alle betrokken markten en van de reële of potentiële mededinging van binnen of buiten de Gemeenschap gevestigde ondernemingen;
- b) met de marktpositie van de betrokken ondernemingen, hun economische en financiële macht, de keuzemogelijkheden van leveranciers en afnemers, hun

toegang tot voorzieningsbronnen en afzetmarkten, het bestaan van juridische of feitelijke hinderpalen voor de toegang tot de markt, de ontwikkeling van vraag naar en aanbod van de betrokken producten en diensten, de belangen van de tussen- en eindverbruikers, alsmede de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang voor zover deze in het voordeel van de consument is en geen belemmering vormt voor de mededinging.

2. Concentraties die geen machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd, worden verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt.

3. Concentraties die een machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan wordt belemmerd, worden onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt.»

2 Artikel 3, lid 1, bepaalt:

«Een concentratie komt tot stand doordat

a) twee of meer voorheen onafhankelijke ondernemingen fuseren

b) of

— één of meer personen die reeds zeggenschap over ten minste één onderneming bezitten, of

— één of meer ondernemingen

door de verwerving van participaties of vermogensbestanddelen, bij overeenkomst of op elke andere wijze, rechtstreeks of middellijk zeggenschap over één of meer andere ondernemingen of delen daarvan verkrijgen.»

3 Artikel 3, lid 3, bepaalt:

«Met het oog op de toepassing van deze verordening berust de zeggenschap op rechten, overeenkomsten of andere middelen die, afzonderlijk of gezamenlijk, met inachtneming van alle feitelijke en juridische omstandigheden, het mogelijk maken een bepalende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming, met name

a) eigendoms- of gebruiksrechten op alle vermogensbestanddelen van een onderneming of delen daarvan;

b) rechten of overeenkomsten die een bepalende invloed verschaffen op de samenstelling, het stemgedrag of de besluiten van de ondernemingsorganen.»

4 Artikel 8, lid 2, bepaalt:

«Indien de Commissie vaststelt dat een aangemelde concentratie, eventueel na door de betrokken ondernemingen gewijzigd te zijn, voldoet aan het in artikel 2, lid 2, gedefinieerde criterium, geeft zij een beschikking waarbij zij verklaart dat de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is.

Zij kan aan haar beschikking voorwaarden en verplichtingen verbinden die moeten waarborgen dat de betrokken ondernemingen de door hen ten opzichte van de Commissie aangegane verbintenissen om het oorspronkelijke concentratieplan te wijzigen, nakomen. De beschikking waarbij verklaard wordt dat de concentratie verenigbaar is, bevat eveneens de restricties die rechtstreeks verbonden zijn aan en noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van de concentratie.»

5 Artikel 8, lid 3, luidt:

«Als de Commissie vaststelt dat een concentratie aan het in artikel 2, lid 3, gedefinieerde criterium voldoet, geeft zij een beschikking waarbij verklaard wordt dat de concentratie onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.»

6 Artikel 11 bepaalt:

« 1. Ter vervulling van de taken welke haar bij deze verordening zijn opgedragen, kan de Commissie bij de regeringen, bij de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, bij de in artikel 3, lid 1, onder b, bedoelde personen, alsmede bij ondernemingen en ondernemersverenigingen alle noodzakelijke inlichtingen inwinnen.

2. Wanneer de Commissie tot een persoon, een onderneming of een ondernemersvereniging, een verzoek om inlichtingen richt, zendt zij gelijktijdig een afschrift van dit verzoek aan de bevoegde autoriteit van de lidstaat op het grondgebied waarvan zich de woonplaats van de persoon, of de zetel van die onderneming of ondernemersvereniging bevindt.

3. In haar verzoek vermeldt de Commissie de rechtsgronden en het doel van haar verzoek; tevens wordt daarbij gewezen op de sancties waarin artikel 14, lid 1, onder b, voor het verstrekken van een onjuiste inlichting voorziet.

4. Tot het verstrekken van de gevraagde inlichtingen zijn verplicht: in het geval van ondernemingen, hun eigenaren of degenen die hen vertegenwoordigen, en, in het geval van rechtspersonen en van vennootschappen en verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid, degenen die volgens de wet of de statuten met de vertegenwoordiging zijn belast.

5. Indien een persoon, een onderneming of ondernemersvereniging de gevraagde inlichtingen niet binnen de door de Commissie gestelde termijn of onvolledig verstrekt, verlangt de Commissie de inlichtingen bij beschikking. In deze beschikking worden de gevraagde inlichtingen omschreven, wordt een passende termijn vastgesteld binnen welke deze moeten worden verstrekt en wordt gewezen op de in artikel 14, lid 1, onder b, en artikel 15, lid 1, onder a, voorziene sancties, alsmede op het recht om bij het Hof van Justitie tegen de beschikking in beroep te gaan.

6. De Commissie doet gelijktijdig een afschrift van haar beschikking toekomen aan de bevoegde autoriteit van de lidstaat op het grondgebied waarvan zich de woonplaats van de persoon, of de zetel van de onderneming of ondernemersvereniging bevindt.»

7 Artikel 19, lid 2, bepaalt:

«De Commissie voert de in deze verordening genoemde procedures uit in nauw en voortdurend contact met de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, die het recht hebben opmerkingen over deze procedures in te dienen.»

8 Artikel 22, lid 3, bepaalt:

«Indien de Commissie, op verzoek van een lidstaat, constateert dat een concentratie als omschreven in artikel 3 doch zonder communautaire dimensie in de zin van artikel 1, een machtspositie doet ontstaan of versterkt waardoor een daadwerkelijke mededinging op het grondgebied van de betrokken lidstaat in belangrijke mate zou worden belemmerd, kan zij, voor zover die concentratie de handel tussen lidstaten beïnvloedt, de in artikel 8, lid 2, tweede alinea, en leden 3 en 4, bedoelde beschikkingen geven.»

De feiten

9 De Commissie heeft bij beschikking 96/346/EG van 20 september 1995 inzake een procedure op grond van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad (IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol) (PB 1996, L 134, blz. 32; hierna: «bestreden beschikking») de concentratie in de vorm van de oprichting van de gemeenschappelijke onderneming Holland Media Groep (hierna: «concentratie»)

onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard op grond van artikel 8, lid 3, van verordening nr. 4064/89.

- 10 Partijen bij deze concentratie waren Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion SA (hierna: «CLT»), Verenigd Bezit VNU NV (hierna: «VNU»), RTL 4 SA (hierna: «RTL»), Endemol Entertainment Holding BV (hierna: «Endemol») en Veronica Omroep Organisatie (hierna: «Veronica»).
- 11 CLT is een omroeporganisatie naar Luxemburgs recht, die op diverse nationale markten actief is op de gebieden radio, televisie, uitgeverij en aanverwante sectoren.
- 12 VNU is een vennootschap naar Nederlands recht en uitgeefster van publieks- en vakmedia en geautomatiseerde gegevensbestanden. Zij houdt deelnemingen in verschillende omroepmaatschappijen, onder meer een indirect minderheidsbelang van 44,4 % in de Belgische commerciële zender VTM en een indirect belang van 38 % in RTL.
- 13 RTL is een vennootschap naar Luxemburgs recht, die gedeeltelijk Nederlands-talige radio- en televisieprogramma's aanbiedt. De programma's worden uitgezonden door CLT die direct en indirect 42,27 % van de aandelen in RTL houdt. CLT heeft de uiteindelijke zeggenschap in RTL, die op haar beurt 51 % van de aandelen in Holland Media Groep (hierna: «HMG») houdt.
- 14 Veronica, een vereniging naar Nederlands recht, was tot 1 september 1995 als openbare omroeporganisatie actief op de Nederlandse radio- en televisiemarkt. Zij was een van de vier openbare omroeporganisaties die hun programma's op de publieke zender Nederland 2 uitzonden. Op 1 september 1995 heeft Veronica het publieke omroepbestel verlaten om als commerciële televisiezender verder te gaan.

- 15 Endemol, een vennootschap naar Nederlands recht, is het resultaat van een fusie in 1994 tussen J. E. Entertainment BV en John de Mol Communications BV. Het centrum van de activiteiten van Endemol bevindt zich in Nederland, doch de onderneming heeft andere vestigingen in Europa. Endemol's belangrijkste bedrijfsactiviteiten zijn de productie van televisieprogramma's, de exploitatie van televisiestudio's, de exploitatie van televisie-formats (dit wil zeggen oorspronkelijke programmaformules die zich lenen voor reproductie), de productie en exploitatie van theaterprogramma's en de organisatie van manifestaties.
- 16 Uitsluitend met het oog op de concentratie hebben Veronica en Endemol Veronica Media Groep (hierna: «VMG») opgericht, een vennootschap naar Nederlands recht waarin zij ieder voor 53 % respectievelijk 47 % deelnemen. VMG houdt 49 % van de aandelen in HMG.
- 17 Het doel van de concentratie was de oprichting van HMG, die zich zou gaan toeleggen op de levering en samenstelling van radio- en televisieprogramma's die door haarzelf, CLT, Veronica of anderen naar Nederland en Luxemburg zouden worden uitgezonden. Alle op Nederland gerichte activiteiten van partijen op radio- en televisiegebied werden in HMG ondergebracht. De door RTL ingebrachte activa omvatten de televisiekanalen RTL 4 en RTL 5 en de daarmee verbonden activa, alsmede haar radiokanaal voor rockmuziek. Voorts droeg RTL het recht van gebruik van CLT's omroepvergunning (de «concession») over, haar activiteiten op het gebied van de levering en samenstelling van (overwegend Nederlandstalige) radio- en televisieprogramma's bestemd voor uitzending in Nederland en Luxemburg, en haar 50 %-deelneming in IPN SA (hierna: «IPN»), het reclamebedrijf dat voor de kanalen RTL 4 en RTL 5 reclamezendtijd verkoopt. De door Veronica en Endemol ingebrachte activa omvatten het televisiekanal Veronica en de daarmee verbonden activa, en de radioactiviteiten van Endemol (het kanaal Holland FM Radio).
- 18 Tevens hadden Endemol en HMG een tienjarige productieovereenkomst gesloten ter voorziening in de productiebehoeften van HMG voor haar drie kanalen. Endemol garandeerde, in 60 % van HMG's behoefte aan Nederlandstalige producties te zullen voorzien, terwijl omgekeerd HMG zich verbond om 60 % — in waarde — van haar behoeften aan specifieke programma's bij Endemol te

dekken. Bovendien bezat HMG een voorkeursrecht ten aanzien van nieuwe TV-sterren en programmaformules die door Endemol werden gelanceerd, gekocht of ontdekt.

- 19 Bij brief van 19 april 1995 verzocht de Nederlandse regering de Commissie krachtens artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89, een onderzoek in te stellen naar de concentratie, die communautaire dimensie miste.

- 20 Bij beschikking van 22 mei 1995 leidde de Commissie overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 de tweede fase van de in deze verordening geregelde procedure in.

- 21 Aangezien de bepalingen van verordening nr. 4064/89 inzake schorsing niet van toepassing zijn op procedures ex artikel 22, hebben partijen de operatie kunnen realiseren zoals in punt 17 hierboven beschreven. De programma's van RTL 4 en RTL 5 werden dan ook vanaf 1 september 1995 uitgezonden op basis van de Luxemburgse omroepvergunning van CLT. De programma's van Veronica werden uitgezonden met een Nederlandse vergunning voor commerciële omroep.

- 22 Bij de bestreden beschikking van 20 september 1995 heeft de Commissie de overeenkomst tot oprichting van de gemeenschappelijke onderneming HMG onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard, omdat de concentratie zou leiden tot het ontstaan van een machtspositie op de Nederlandse markt voor televisiereclame en tot een versterking van de machtspositie van Endemol op de Nederlandse markt van onafhankelijk geproduceerde Nederlandstalige televisieprogramma's, waardoor de daadwerkelijke mededinging in Nederland aanzienlijk zou worden belemmerd.

- 23 Tevens heeft de Commissie de partijen uitgenodigd om binnen drie maanden, gerekend vanaf de kennisgeving van de bestreden beschikking, passende maatregelen voor te stellen om op de markt voor televisiereclame en op die van de onafhankelijke productie van televisieprogramma's in Nederland de daadwerkelijke mededinging te herstellen.

Procesverloop, gebeurtenissen na de instelling van het beroep en conclusies van partijen

- 24 Bij verzoekschrift, op 4 december 1995 neergelegd ter griffie van het Gerecht, hebben alle partijen bij de concentratie het onderhavige beroep ingesteld.
- 25 Bij op 7 mei 1996 ter griffie van het Gerecht neergelegde akte hebben verzoeksters meegedeeld, dat besprekingen met de Commissie werden gevoerd om tot overeenstemming te komen over een gewijzigde concentratie die voor haar aanvaardbaar zou kunnen zijn vanuit het oogpunt van de gemeenschappelijke markt.
- 26 Bij beschikking 96/649/EEG van 17 juli 1996 inzake een procedure op grond van verordening nr. 4064/89 van de Raad (IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol) (PB L 294, blz. 14), heeft de Commissie de gewijzigde concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard, mits de in de verbintenissen van de partijen vervatte voorwaarden en verplichtingen volledig werden nagekomen. Deze voorwaarden — vermeld in de punten 11 en 12 van de beschikking — hielden in:
- a) Endemol beëindigt haar deelneming in het kapitaal van HMG; Endemol is dus niet langer aandeelhouder van HMG; op grond van de nieuwe fusieovereenkomst houdt RTL 65 % en Veronica 35 % van de aandelen in HMG;

b) op 1 januari 1997 staakt HMG de exploitatie van RTL 5 als kanaal voor het brede publiek en zal zij deze zender transformeren tot een nieuwskanaal (dit wil zeggen een kanaal dat zich beperkt tot het uitzenden van nieuws en actualiteitenprogramma's) in overeenstemming met het ontwerp-ondernemingsplan dat HMG op 1 mei 1996 bij de Commissie heeft ingediend. Volgens dit plan zal het kanaal op termijn als een betaaltelevisiekanaal worden geëxploiteerd, dat het grootste deel van zijn inkomsten uit betalingen van de kijkers of de kabelexploitanten verkrijgt. Op verzoek van de partijen kan de Commissie deze uiterste termijn voor de omvorming van RTL 5 tot een nieuwskanaal met drie maanden verlengen indien dit beslist noodzakelijk is voor de partijen om deze omvorming te kunnen verwezenlijken. Binnen een periode van vijf jaar na de vaststelling van deze beschikking mag HMG zonder voorafgaande goedkeuring van de Commissie het fundamentele karakter van dit nieuwskanaal niet wijzigen, noch wezenlijk van genoemd ondernemingsplan afwijken.

27 Deze beschikking is partijen betekend bij brief van 25 juli 1996.

28 Na deze beschikking hebben Veronica, RTL, CLT en VNU bij brief, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 11 september 1996, te kennen gegeven, hun beroep in deze zaak te willen intrekken.

29 Bij beschikking van 7 oktober 1996 heeft de president van de Vierde kamer (uitgebreid) de doorhaling gelast van Veronica, RTL, CLT en VNU als verzoekende partijen in deze zaak, met veroordeling van deze partijen in de eigen kosten en in viervijfde van de kosten van de Commissie tot aan hun afstand van instantie.

30 De enig overgebleven verzoekster in deze zaak is dus Endemol.

31 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht besloten zonder voorafgaande instructiemaatregelen tot de mondelinge behandeling over te gaan.

Het heeft verzoekster en de Commissie evenwel op 17 juni 1998 verzocht enkele schriftelijke vragen te beantwoorden en bepaalde stukken over te leggen. Verzoekster en de Commissie hebben de vragen beantwoord en de gevraagde stukken overgelegd op 6 juli 1998.

32 In haar antwoord van 6 juli 1998 op de vragen van het Gerecht heeft verzoekster te kennen gegeven, twee onderdelen van het vierde middel, betreffende respectievelijk de positie van Endemol op de televisieomroepmarkt en Endemols positie op de markt voor televisiereclame, in te trekken.

33 Partijen zijn ter terechtzitting van 15 juli 1998 in hun pleidooien en antwoorden op vragen van het Gerecht gehoord.

34 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie in de kosten te veroordelen.

35 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te veroordelen.

Ten gronde

- 36 Verzoekster stelt vier middelen voor, te weten 1) onbevoegdheid van de Commissie tot het geven van de bestreden beschikking, daar zij enkel gerechtigd was een onderzoek in te stellen op de markt voor televisiereclame en niet tevens op die voor televisieproducties; 2) schending van de rechten van de verdediging doordat verzoekster onvoldoende toegang tot het dossier is verleend; 3) schending van wezenlijke vormvoorschriften, en 4) schending van de artikelen 2 en 3 van verordening nr. 4064/89.

1. Het eerste middel: onbevoegdheid van de Commissie

Argumenten van partijen

- 37 Verzoekster betoogt, dat de Commissie enkel gerechtigd was een onderzoek in te stellen op de televisiereclamemarkt en niet tevens op die voor televisieproducties. De bevoegdheid van de Commissie ter zake van concentraties zonder communautaire dimensie is afhankelijk van een verzoek van een lidstaat, gelet op artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89. De Nederlandse regering had de Commissie enkel gevraagd, de concentratie te onderzoeken voor de televisiereclamemarkt. De Commissie kon dan ook uitsluitend die markt onderzoeken en mocht het onderzoek niet eigener beweging uitbreiden.

- 38 De Nederlandse regering had haar verzoek uitdrukkelijk beperkt tot de televisiereclamemarkt, zowel in de brief van 19 april 1995, als in de begeleidende nota, waarin werd gezegd dat de mogelijke implicaties op de televisiereclamemarkt de reden vormden waarom de Nederlandse regering de fusie wilde laten toetsen aan verordening nr. 4064/89.
- 39 De Commissie antwoordt, dat artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 is vastgesteld om een doeltreffende controle op concentraties mogelijk te maken in gevallen waarin een lidstaat niet over een regeling ter zake beschikt. Op grond van deze bepaling kan een lidstaat dus een zaak aan de Commissie voorleggen ingeval de nationale mogelijkheden tekortschieten om de bespeurde negatieve gevolgen voor de mededinging te redresseren.
- 40 Een lidstaat kan niet enkel een bepaald aspect van de concentratie aan de Commissie ter beoordeling voorleggen. Een verzoek uit hoofde van deze bepaling impliceert integendeel een onderzoek van de concentratie in haar geheel en op dezelfde manier alsof zij een communautaire dimensie had. Haar bevoegdheden ter zake zouden ruimer zijn dan nodig, indien moest worden aangenomen, dat het op te lossen mededingingsvraagstuk reeds door de verzoekende lidstaat was bepaald.
- 41 In casu had de Nederlandse regering haar verzoek ook niet beperkt tot de televisiereclamemarkt. Blijkens haar brief aan de Commissie wilde zij duidelijk de gehele operatie aan verordening nr. 4064/89 getoetst zien. De Nederlandse regering heeft eenvoudig te kennen gegeven, dat naar haar indruk de concentratie behalve op de televisiereclamemarkt niet tot een wezenlijke versterking van de positie van de partijen zou leiden en dat de reden van het verzoek haar bezorgdheid voor die markt was. Ook de begeleidende nota bevatte niets wat erop duidde, dat de Commissie enkel om een onderzoek op de televisiereclamemarkt werd verzocht.

Beoordeling door het Gerecht

- 42 Artikel 22, lid 3, van verordening nr. 4064/89 bepaalt, kort gezegd, dat de Commissie op verzoek van een lidstaat kan onderzoeken, of een concentratie zonder communautaire dimensie verenigbaar is met de verordening. Het onderzoek van de Commissie wordt uitsluitend afgebakend door hetgeen in artikel 22 is bepaald. Volgens het vijfde lid bijvoorbeeld mag de Commissie slechts de maatregelen nemen die strikt noodzakelijk zijn om een daadwerkelijke mededinging te handhaven of te herstellen op het grondgebied van de lidstaat op wiens verzoek zij is opgetreden. Artikel 22 verleent echter geen enkele bevoegdheid aan de lidstaat, noch om de voortgang van het onderzoek van de Commissie te controleren nadat hij een concentratie aan haar ter beoordeling heeft voorgelegd, noch om de omvang van het onderzoek van de Commissie terzake te begrenzen.
- 43 Voorts blijkt duidelijk uit het dossier, dat de Nederlandse regering het onderzoek van de betrokken concentratie door de Commissie niet heeft willen beperken, zoals door verzoekster is gesteld.
- 44 Gezien haar brief van 19 april 1995 verwachtte de Nederlandse regering, dat de Commissie de concentratie in haar geheel en niet slechts een enkel aspect ervan zou onderzoeken. De eerste alinea van deze brief luidt als volgt:

«Onder verwijzing naar artikel 22, lid 3, van de verordening van de Raad nr. 4064/89 verzoek ik u namens de Nederlandse regering de samenwerking van RTL 4, CLT, VNU, Veronica en Endemol te toetsen aan de concentratieverordening.»

- 45 Blijkens de derde alinea van die brief heeft de Nederlandse regering de aandacht van de Commissie weliswaar in het bijzonder op de televisiereclamemarkt gevestigd, doch heeft zij daarmee niet de bedoeling gehad de omvang van het onderzoek van de Commissie te begrenzen. Deze alinea luidt als volgt:

«Voor zover de Nederlandse regering dit kan beoordelen, krijgt de samenwerking de gestalte van een concentratie (...) [De Nederlandse regering] acht nader onderzoek wenselijk naar de vraag of de concentratie een machtspositie zou kunnen doen ontstaan of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de televisiereclamemarkt op het Nederlandse grondgebied op een significante wijze zou worden belemmerd.»

- 46 Deze conclusie wordt nog versterkt doordat het adviescomité voor concentraties, dat ingevolge artikel 19 van verordening nr. 4064/89 moet worden geraadpleegd, in zijn advies van 5 september 1995 over de ontwerpbeschikking de opvatting van de Commissie heeft gesteund, dat haar onderzoek zich tot de concentratie in haar geheel en niet slechts tot enkele bijzondere aspecten ervan behoorde uit te strekken. Het advies van het comité op dit punt was eenstemmig, daar ook de Nederlandse vertegenwoordiger instemde.

- 47 Het eerste middel faalt derhalve.

2. Het tweede middel: schending van de rechten van de verdediging

Argumenten van partijen

- 48 Verzoekster stelt, dat de Commissie haar rechten van de verdediging heeft geschonden, gezien de wijze waarop zij met haar recht op toegang tot het dossier is omgegaan.
- 49 De rechten van de verdediging omvatten het recht van de belanghebbende ondernemingen om toegang te krijgen tot de stukken waarop de Commissie zich beroept, zodat zij hun standpunt over de juistheid en de relevantie ervan kenbaar kunnen maken. De Commissie is verplicht, de ondernemingen waartegen een procedure krachtens artikel 85, lid 1, van het Verdrag is ingeleid, toegang te verschaffen tot alle belastende en ontlastende stukken die zij in de loop van het onderzoek heeft verzameld, met uitzondering van de documenten die zakengeheimen van andere ondernemingen bevatten, de interne documenten van de Commissie en andere vertrouwelijke informatie (arrest Gerecht van 18 december 1992, *Cimenteries CBR e.a./Commissie*, T-10/92, T-11/92, T-12/92 en T-15/92, *Jurispr. blz. II-2667*, punt 41).
- 50 Deze rechtspraak is weliswaar ontwikkeld in zaken die procedures op grond van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag betroffen, doch kan het beginsel van bescherming van de rechten van de verdediging in procedures op grond van verordening nr. 4064/89 niet resulteren in een minder belangrijk recht op toegang tot de stukken in het dossier van de Commissie. Artikel 18 van verordening nr. 4064/89 bevat namelijk evenals artikel 13 van verordening (EG) nr. 3384/94 van de Commissie van 21 december 1994 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening nr. 4064/89 (PB L 377, blz. 1; hierna: «verordening nr. 3384/94»), regelingen betreffende het recht om te worden gehoord, die gelijk zijn aan die in artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (PB 1962, blz. 204), en in artikel 4 van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, 13, blz. 2268; hierna: «verordening 99/63»). De voormelde recht-

spraak is derhalve onverkort van toepassing op procedures krachtens verordening nr. 4064/89.

- 51 Het dossier dat de partijen bij de concentratie hebben kunnen inzien, was kennelijk incompleet; tal van stukken van marktpartijen waren namelijk vervangen door niet-vertrouwelijke samenvattingen die niet de identiteit van die partijen vermeldden. De Commissie weigerde zelfs de identiteit bekend te maken van de ondernemingen die niet om vertrouwelijkheidsbescherming hadden gevraagd, omdat aldus kon worden achterhaald welke die andere ondernemingen waren. Dit standpunt is nog eventueel te begrijpen voor de eerste vragenlijst aan de onafhankelijke producenten, die aan vijf onafhankelijke producenten van televisieprogramma's was gezonden, doch dit valt moeilijk vol te houden voor de tweede algemene vragenlijst die aan alle andere onafhankelijke producenten vermeld in het Nederlands Omroep Handboek 1994/1995 (hierna: «Handboek») was gezonden.
- 52 Zonder indicaties over de identiteit van de ondernemingen die hadden gereageerd, geven deze niet-vertrouwelijke samenvattingen een vertekend beeld van de marktomstandigheden. Zonder kennis van de identiteit van deze ondernemingen was het verzoekster onmogelijk om daartegen stelling te nemen.
- 53 Voorts klaagt verzoekster, dat het overzicht dat was verstrekt bij de stukken waartoe de partijen bij de concentratie toegang was verleend, niets vermeldde over de aard en het onderwerp van de stukken. De vermeldingen in dit overzicht hadden nu echter voldoende nauwkeurig bepaalde informatie behoren te verschaffen om hen in staat te stellen te beoordelen, of de beschreven documenten voor hun verdediging van belang konden zijn.
- 54 Zij stelt, geen toegang te hebben gehad tot de antwoorden van een onafhankelijke producent, te weten IDTV, aan wie de Commissie een aparte vragenlijst had gezonden. Voorts is geen vragenlijst gezonden aan D & D Productions Inter-

national BV, de Nederlandse dochtermaatschappij van de Belgische producent D & D, evenmin als aan Sleswijk Entertainment BV, die is overgenomen door D & D.

- 55 Zij stelt verder, dat de Commissie nieuwe stukken heeft verzameld nadat de partijen bij de concentratie toegang tot het dossier was verleend, en hun nimmer hierover heeft geïnformeerd of in de gelegenheid heeft gesteld ze in te zien. De stelling van de Commissie, dat de eigen producties van de openbare omroepen voornamelijk voor eigen gebruik zijn bestemd, kan alleen maar betekenen, dat zij na de hoorzitting nog informatie heeft verzameld. Zou deze stelling steunen op informatie afkomstig van de partijen bij de concentratie, wat onaannemelijk is, dan is zij kennelijk onjuist.
- 56 Bovendien klaagt zij erover, dat de Commissie telefonisch informatie heeft ingewonnen, die nimmer aan de partijen bij de concentratie is voorgelegd. Verzoekster is derhalve niet in staat geweest op deze informatie te reageren. Aangezien deze informatie niet is te verifiëren, had de Commissie ze niet mogen gebruiken. Het telefonisch verzamelen van informatie druist haars inziens in tegen de fundamentele beginselen van de rechten van de verdediging in mededingingszaken. Dergelijke informatie kan niet alleen verkeerd worden begrepen, bovendien is er geen rechtsregel die de ondervraagde persoon verplicht juiste cijfers op te geven; dit is anders bij de schriftelijke inlichtingenverzoeken, waarin duidelijk wordt gewezen op de sancties in geval van het verstrekken van onjuiste informatie. Ook is dit in strijd met de tekst van de regeling en met de wil van de wetgever en komt het in feite neer op een weigering van de Commissie het gemeenschapsrecht toe te passen. Praktische moeilijkheden die zich voor de Commissie voordoen, kunnen haar niet ontslaan van de verplichting verordening nr. 4064/89 toe te passen.
- 57 De Commissie is eveneens van mening, dat in procedures krachtens verordening nr. 4064/89 dezelfde beginselen inzake de toegang tot stukken van toepassing zijn als in procedures krachtens de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. Zij wijst er evenwel op, dat de besluitvorming over concentratievoornemens aan een zeer strikt tijdschema is gebonden in het belang van de bij dergelijke operaties betrokken partijen. Dit brengt mee, dat de bescherming van de rechten van de

verdediging van de partijen moet worden afgewogen tegen het ruimere algemene belang bij een doeltreffend toezicht op concentraties.

- 58 De toegang tot de samenvattingen van de antwoorden van de onafhankelijke producenten op de vragenlijsten was voldoende om verzoekster in staat te stellen het verzamelde bewijsmateriaal te bestrijden, aangezien die samenvattingen een duidelijk beeld gaven van de visie van buitenstaanders op de vermoedelijke consequenties van de concentratie. De identiteit van degenen van wie de antwoorden afkomstig zijn, is niet van belang voor de geloofwaardigheid ervan. Waar het om gaat, is dat zij inzicht geven in de preoccupaties van andere marktpartijen en in de kracht van de ter motivering aangevoerde argumenten. Verzoekster beschikte derhalve over de mogelijkheid te reageren op iedere stelling van een derde waarmee zij het niet eens was.
- 59 Om haar publieke taak op het gebied van het concentratietoezicht te kunnen vervullen, heeft de Commissie gedetailleerde en openhartige reacties nodig van derden die mogelijk benadeeld kunnen worden. Zij moet dan ook kunnen garanderen, dat hun opmerkingen vertrouwelijk worden behandeld (arrest Gerecht van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, T-65/89, Jurispr. blz. II-389, punt 33, bevestigd door arrest Hof van 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, C-310/93 P, Jurispr. blz. I-865, punten 26 en 27).
- 60 Het feit dat nog niet alle antwoorden op de verzonden vragenlijsten ontvangen waren op het tijdstip waarop verzoekster het dossier kon inzien, doet geen afbreuk aan de waarde van het bewijsmateriaal waarop de Commissie zich heeft gesteund. De meeste van de grote onafhankelijke producenten vermeld in het Handboek hebben de vragenlijst beantwoord, zodat de antwoorden waarover de Commissie beschikte bij de voorbereiding van de mededeling van de punten van bezwaar, de opvattingen weerspiegelden van de belangrijkste partijen op de markt van Nederlandstalige televisieproducties.
- 61 Het overzicht van de inhoud van het dossier bevatte algemene informatie over de aard van de verzamelde inlichtingen.

- 62 Volgens de Commissie hebben de partijen wel degelijk toegang gehad tot de antwoorden van IDTV en D & D, door middel van niet-vertrouwelijke samenvattingen.
- 63 Zij benadrukt, dat zij na 26 juli 1995 — de datum waarop partijen het dossier hebben ingezien — geen schriftelijk bewijsmateriaal meer heeft verzameld. Daarentegen is wel juist, dat de onafhankelijke producenten die de vragenlijst niet hadden beantwoord, na die datum telefonisch waren benaderd. Dit was partijen tijdens de hoorzitting meegedeeld, doch deze hadden niet verzocht om toegang tot die aanvullende informatie. Deze informatie betrof enkel de duur en de waarde in Hollandse gulden van de televisieprogramma's die de benaderde onderneming had geproduceerd. Aangezien dit gegevens zijn, waarvan alleen de betrokken ondernemingen nauwkeurig op de hoogte kunnen zijn, hadden partijen ze in geval van bekendmaking toch niet kunnen aanvechten. Ook indien er sprake zou zijn van een vormfout, hetgeen de Commissie bestrijdt, dan nog zou verzoekster daardoor niet zijn geschaad.
- 64 Tot slot stelt de Commissie, dat toepassing van de procedure van artikel 11, lid 5, van verordening nr. 4064/89 ondoenlijk was, gezien het grote aantal zeer kleine marktpartijen. Aanvulling van de ontvangen schriftelijke antwoorden door middel van telefonische navraag was dan ook een geschikt middel geweest.

Beoordeling door het Gerecht

De toegang tot de niet-vertrouwelijke samenvattingen

- 65 Blijkens de rechtspraak is de procedure inzake toegang tot het dossier in mededingingszaken bedoeld om degenen die een mededeling van punten van bezwaar ontvangen, in staat te stellen kennis te nemen van de bewijselementen in

het dossier van de Commissie, opdat zij op basis van deze elementen een dienstig antwoord kunnen geven op de conclusies waartoe de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar is gekomen. Het recht op toegang tot het dossier vindt derhalve zijn rechtvaardiging in de noodzaak, de betrokken ondernemingen de mogelijkheid te bieden zich naar behoren te verweren tegen de in de mededeling van punten van bezwaar tegen hen geformuleerde grieven (arrest Cimenteries CBR e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 38).

66 Nochtans kan de toegang tot bepaalde stukken worden geweigerd, met name tot stukken of delen daarvan die zakengeheimen van andere ondernemingen bevatten, tot interne documenten van de Commissie, tot informatie waardoor klagende partijen die onbekend wensen te blijven, zouden kunnen worden geïdentificeerd, en tot inlichtingen die de Commissie zijn verstrekt onder voorbehoud van geheimhouding (arrest van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, reeds aangehaald, punt 29, bevestigd door arrest van 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, reeds aangehaald, punten 26 en 27).

67 Het recht van ondernemingen op bescherming van hun zakengeheimen moet evenwel in evenwicht worden gebracht met de bescherming van de rechten van de verdediging (arrest Gerecht van 29 juni 1995, ICI/Commissie, T-36/91, Jurispr. blz. II-1847, punt 98). Zo kan er een verplichting zijn voor de Commissie, deze tegengestelde belangen met elkaar in overeenstemming te brengen door het opstellen van niet-vertrouwelijke samenvattingen van de stukken die zakengeheimen of andere gevoelige gegevens bevatten (arrest ICI/Commissie, reeds aangehaald, punt 103).

68 Naar het oordeel van het Gerecht zijn deze beginselen eveneens van toepassing op de toegang tot de dossiers in zaken betreffende concentraties die in het kader van verordening nr. 4064/89 worden onderzocht, ook al kan de toepassing van deze beginselen in zekere mate worden geconditioneerd door het vereiste van snelheid, dat de algemene opzet van deze verordening kenmerkt (arrest Gerecht van 27 november 1997, Kaysersberg/Commissie, T-290/94, Jurispr. blz. II-2137, punt 113).

- 69 In casu staat vast, dat bepaalde onafhankelijke producenten op de vragenlijsten van de Commissie enkel hebben willen antwoorden op voorwaarde dat hun identiteit niet bekend werd gemaakt aan de partijen bij de concentratie. De Commissie kan derhalve geen verwijt ervan worden gemaakt, de identiteit van deze ondernemingen geheim te hebben gehouden en slechts niet-vertrouwelijke samenvattingen van hun antwoorden te hebben verstrekt aan de partijen.
- 70 Om deze voorwaarde te respecteren mocht de Commissie evenmin de identiteit van de andere onafhankelijke producenten bekendmaken, die niet om vertrouwelijke behandeling hadden verzocht alvorens de vragenlijsten te beantwoorden. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, bevatten de antwoorden op de vragenlijsten informatie over het marktsegment waarin de desbetreffende respondent actief is. Onder deze omstandigheden kon de Commissie niet uitsluiten, dat wanneer zij de identiteit van die producenten bekend maakte, die niet om vertrouwelijke behandeling hadden verzocht, de partijen toch de identiteit van de producenten zouden kunnen achterhalen die wel daarom hadden verzocht.
- 71 Zoals de Commissie stelt, bevatten de antwoorden op de vragenlijsten in casu enkel het standpunt van buitenstaanders over de waarschijnlijke gevolgen van de concentratie. De niet-vertrouwelijke samenvattingen gaven de strekking van die opvattingen duidelijk weer. Kennis van de identiteit van die derden was dan ook geen vereiste om stelling te kunnen nemen tegen die opvattingen.
- 72 Het feit dat verzoekster slechts toegang heeft gehad tot niet-vertrouwelijke samenvattingen van de antwoorden van de onafhankelijke producenten op de hun toegezonden vragenlijsten, levert bijgevolg geen schending op van haar rechten van de verdediging.

De presentatie van het dossieroverzicht

- 73 De wijze van presentatie van het dossieroverzicht is in overeenstemming met die welke het Gerecht heeft goedgekeurd in het arrest van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie (reeds aangehaald, punten 29-33), bevestigd door het Hof in hogere voorziening (arrest van 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, reeds aangehaald).
- 74 In casu staat vast, dat de tot het dossier behorende stukken die partijen op 26 juli 1995 toegankelijk waren gemaakt, in chronologische volgorde waren gepresenteerd en dat de Commissie een overzicht had opgesteld van alle 279 stukken die dit dossier omvatte. Dit overzicht, overgelegd als bijlage 16 bij het verzoekschrift, bevatte twee soorten informatie. In de eerste plaats waren de stukken naar hun aard gerangschikt. Daartoe was een indeling in dertien rubrieken gemaakt, die aan de betrokken ondernemingen zijn meegedeeld (jaarverslagen, interne nota's, informatieverzoeken enz.). Voor elk stuk of groep van stukken was middels het desbetreffende rubrieknummer aangegeven, tot welke rubriek of rubrieken het stuk of de groep stukken behoorde. In de tweede plaats was voor elk stuk of groep stukken gespecificeerd, of het stuk of de stukken geheel dan wel gedeeltelijk toegankelijk was/waren voor de betrokken ondernemingen, vertrouwelijk of van geen belang was/waren.
- 75 Vijf categorieën stukken zijn partijen niet toegankelijk gemaakt. Ten eerste zuiver interne stukken van de Commissie, ten tweede bepaalde correspondentie met de lidstaten, ten derde bepaalde antwoorden op inlichtingenverzoeken krachtens artikel 11 van verordening nr. 4064/89, ten vierde bepaalde correspondentie met derden, en ten vijfde een of meer studierapporten.
- 76 Verzoekster kan zich niet met succes beklagen over het feit, dat de Commissie haar geen toegang heeft verschaft tot de zuiver interne stukken van de Commissie; hierin hoefde geen inzage te worden gegeven, zoals het Gerecht reeds heeft beslist (zie boven, punt 66). Hetzelfde geldt voor de correspondentie

met de lidstaten en met bepaalde derden, de toegang waartoe de Commissie mocht weigeren wegens het vertrouwelijke karakter ervan. Met betrekking tot de antwoorden van derden op inlichtingenverzoeken heeft het Gerecht reeds beslist, dat de Commissie de rechten van de verdediging niet heeft geschonden door van sommige van die antwoorden slechts een niet-vertrouwelijke samenvatting te verstrekken (zie boven, punten 69-72).

- 77 Wat het of de op het overzicht vermelde studierapport(en) betreft waarop verzoekster in replek heeft gewezen en die of dat haar niet toegankelijk zijn (is) gemaakt, moet worden vastgesteld, dat de Commissie in de bestreden beschikking en in de mededeling van de punten van bezwaar ex artikel 18 van verordening nr. 4064/89 slechts twee rapporten aanhaalt, te weten een econometrische studie van KPMG Management Consulting ten behoeve van de instructie van de zaak, en een rapport van Young & Rubicam getiteld «Media in Europe, Europe Media Cost Comparison 1993». Van eerstgenoemde studie is partijen een kopie toegezonden en van de tweede bevond zich een kopie in het dossier dat partijen op 26 juli 1995 hebben kunnen inzien. Andere rapporten zijn in de bestreden beschikking of de mededeling van de punten van bezwaar niet genoemd en verzoekster heeft geen concrete aanwijzingen verstrekt, dat aan deze stukken informatie uit een dergelijk rapport ten grondslag zou kunnen liggen.
- 78 De wijze van presentatie van het dossieroverzicht door de Commissie in deze zaak levert derhalve geen schending van de rechten van de mededinging op.

De antwoorden van IDTV en Sleswijk-D & D

- 79 Verzoekster bestrijdt niet de stelling van de Commissie, dat haar toegang is verleend tot de niet-vertrouwelijke samenvattingen van de antwoorden van IDTV en Sleswijk-D & D. Deze grief moet derhalve worden verworpen.

Verzameling van stukken nadat verzoekster het dossier had ingezien

- 80 Naar het oordeel van het Gerecht heeft verzoekster haar stelling niet bewezen, dat de Commissie nieuwe stukken over de markt van Nederlandse televisieproducties zou hebben verzameld nadat zij het dossier had ingezien, en dat die stukken haar nimmer ter beschikking waren gesteld. In het verzoekschrift heeft zij in het bijzonder gewezen op de eerste drie zinnen van punt 89 van de bestreden beschikking, luidend als volgt:

«De eigen producties van de openbare omroepen zijn voornamelijk voor eigen gebruik bestemd. Hoewel deze producties soms op de internationale markt worden aangeboden, worden zij doorgaans niet aan de andere omroepen op de Nederlandse markt aangeboden. Er is dan ook geen rechtstreekse concurrentie tussen eigen producties en door onafhankelijke producenten vervaardigde programma's die op de markt worden aangeboden.»

- 81 Ter terechtzitting heeft de Commissie aangetoond, dat de eerste twee zinnen zijn overgenomen uit de mededeling van de punten van bezwaar respectievelijk het antwoord van de partijen daarop. De mededeling van de punten van bezwaar dateert van 18 juli 1995 en is dus voorafgegaan aan de inzage van het dossier door partijen op 26 juli. In de derde zin wordt enkel de logische conclusie uit de twee voorgaande zinnen getrokken, en deze zin bevat geen nieuwe informatie.

- 82 Wat de brief van 25 augustus 1995 van de Nederlandse vereniging van Erkende Reclame Adviesbureaus (hierna: «VEA») betreft, heeft niet te worden onderzocht, of in zoverre sprake is van een schending van de rechten van de verdediging, aangezien verzoekster haar klachten tegen de beoordeling van HMG's positie op de televisiereclamemarkt heeft ingetrokken (zie boven, punt 32).

Telefonische informatie-inwinning

- 83 Het staat vast, dat de Commissie aan alle in het Handboek vermelde onafhankelijke producenten een brief in de zin van artikel 11 van verordening nr. 4064/89 heeft gezonden, vergezeld van een vragenlijst, en dat zij degenen die niet hebben geantwoord, telefonisch heeft gevraagd om opgave van de duur en de waarde in Hollandse gulden van de in 1994 geproduceerde televisieprogramma's. De Commissie had deze gegevens nodig om de omvang van de markt van onafhankelijk geproduceerde televisieprogramma's en het aandeel van Endemol daarin te kunnen bepalen.
- 84 Het doel van artikel 11 van verordening nr. 4064/89 is, de Commissie in staat te stellen alle inlichtingen in te winnen die zij ter vervulling van de haar bij deze verordening opgedragen taken nodig heeft. Wanneer zij iemand een inlichtingenverzoek stuurt, moet zij daarin de rechtsgronden en het doel van het verzoek, alsmede de sancties op het verstrekken van onjuiste inlichtingen vermelden. Artikel 11 schrijft evenwel niet voor, dat de benaderde personen schriftelijk moeten antwoorden. In casu hebben de meeste van de grote ondernemingen schriftelijk geantwoord. Wegens het vereiste van snelheid, dat de algemene opzet van verordening nr. 4064/89 kenmerkt (arrest Kaysersberg/Commissie, reeds aangehaald, punt 113), heeft de Commissie besloten de antwoorden van de ondernemingen waaraan zij een brief in de zin van artikel 11 had gezonden, maar die nog niet hadden gereageerd, telefonisch op te vragen. Aangezien de meeste aldus benaderde ondernemingen ook de antwoorden hebben verstrekt die de Commissie voor haar analyse nodig had, en derhalve hebben voldaan aan hun verplichtingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 4064/89, had toepassing van de formele procedure geregeld in artikel 11, lid 5, van de verordening te ver voeren.
- 85 Hieruit volgt, dat de Commissie artikel 11 van verordening nr. 4064/89 niet heeft geschonden door de ondernemingen waaraan zij reeds een brief in de zin van deze bepaling had gezonden, maar die niet hadden gereageerd, telefonisch te benaderen teneinde haar onderzoek te completeren.

- 86 Aangezien evenwel tussen partijen vaststaat, dat de telefonisch verkregen informatie als zodanig niet aan verzoekster is voorgelegd, dient niettegenstaande de afwezigheid van een schending van verordening nr. 4064/89 te worden bezien, of de Commissie hiermede de rechten van de verdediging als in de bovenaangehaalde rechtspraak bepaald (punt 65), heeft geschonden.
- 87 Volgens deze rechtspraak behoeft voor de vaststelling van een schending van de rechten van de verdediging slechts vast komen te staan, dat de niet-overlegging van de betrokken stukken het verloop van de procedure en de inhoud van de beschikking ten nadele van verzoekster heeft kunnen beïnvloeden (arrest ICI/Commissie, reeds aangehaald, punt 78).
- 88 In dit verband moet eraan worden herinnerd, dat aan de hand van de specifieke omstandigheden van elk afzonderlijk geval moet worden onderzocht, of er sprake is van een schending van de rechten van de verdediging (arrest ICI/Commissie, reeds aangehaald, punt 70).
- 89 Het Gerecht stelt in de eerste plaats vast, dat de telefonisch ingewonnen inlichtingen door de Commissie zijn gebruikt ter berekening van Endemol's aandeel in de markt van onafhankelijk geproduceerde Nederlandstalige televisieprogramma's, dat haars inziens «ruim 50 %» bedroeg. Dit globale cijfer is verzoekster tijdens de hoorzitting op 8 augustus 1995 meegedeeld. De Commissie heeft aan de hand van deze gegevens eveneens de aandelen van de tien overige belangrijkste producenten op deze markt uitgerekend. De Commissie had Endemol reeds te kennen gegeven, namelijk in de mededeling van 18 juli 1995 ex artikel 18 van verordening nr. 4064/89 en tijdens de inzage van het dossier door de partijen op 26 juli 1995, dat volgens haar schattingen haar marktaandeel ongeveer 60 % bedroeg. Tegelijkertijd had zij ook een eerste raming van de marktaandelen van de vijf overige belangrijkste producenten gepresenteerd. Wat deze schattingen betreft, heeft Endemol dus gelegenheid gehad schriftelijk te reageren in het door de partijen op 4 augustus 1995 ingediende verzoekschrift, terwijl zij over de herziene cijfers van de Commissie op de hoorzitting opmerkingen had kunnen maken.

- 90 In de tweede plaats staat vast, dat de betrokken inlichtingen zoals die door de individuele ondernemingen zijn verstrekt, uitsluitend de duur en de waarde van de door hen als onafhankelijke producenten geproduceerde televisieprogramma's betroffen. Enkel de gevraagde ondernemingen konden daarvan nauwkeurig op de hoogte zijn. Ook al zou de Commissie deze gegevens bekend hebben gemaakt, die overigens een vertrouwelijk karakter hadden, dan had Endemol ze toch niet kunnen bestrijden.
- 91 Bijgevolg heeft de Commissie verzoeksters rechten van de verdediging niet geschonden door haar deze gegevens niet ter beschikking te stellen in de vorm waarin ze door de individuele producenten waren verstrekt.

3. Het derde middel: schending van wezenlijke vormvoorschriften

Argumenten van partijen

- 92 Verzoekster betoogt, dat tijdens de hoorzitting op 8 augustus 1995 een groot aantal nieuwe en belangwekkende feitelijke en juridische elementen aan het licht waren gekomen. Aangezien het adviescomité en het college van commissarissen niet de beschikking hebben gehad over een verslag met het proces-verbaal van de hoorzitting, hebben deze organen niet met volledige kennis van de essentiële feiten van de zaak beraadslaagd. Het feit dat een magneetbandopname van de hoorzitting is gemaakt, kan aan deze schending van een wezenlijk vormvoorschrift niet afdoen, die moet leiden tot nietigverklaring van de bestreden beschikking.
- 93 De Commissie stelt, kort gezegd, dat zij geen officieel proces-verbaal hoeft op te stellen van hoorzittingen in zaken die onder verordening nr. 4064/89 vallen, en dat het feit dat het adviescomité of de leden van de Commissie in casu niet over een dergelijk proces-verbaal beschikten, geen invloed heeft gehad op de uitkomst van de procedure.

Beoordeling door het Gerecht

- 94 Uit artikel 15, lid 5, van verordening nr. 3384/94 volgt duidelijk, dat de Commissie de verklaringen van de personen die tijdens een officiële hoorzitting worden gehoord, enkel dient op te tekenen. De Commissie is niet verplicht een proces-verbaal van een dergelijke hoorzitting op te maken, dit in tegenstelling tot de regeling van artikel 9, lid 4, van verordening nr. 99/63, volgens welke van de essentiële verklaringen van ieder die gehoord is, «proces-verbaal wordt opge- maakt, dat na lezing door hem wordt ondertekend».
- 95 Verzoekster kan dus niet stellen, dat een dergelijk proces-verbaal aan de leden van de Commissie of van het adviescomité had moeten worden voorgelegd alvorens de bestreden beschikking werd vastgesteld.
- 96 Dit middel moet derhalve worden verworpen.

4. Het vierde middel: schending van de artikelen 2 en 3, leden 1 en 3, van verordening nr. 4064/89

- 97 Het vierde middel bestrijdt de juistheid van de conclusie van de Commissie, dat verzoeksters deelneming in HMG haar machtspositie op de Nederlandse markt van onafhankelijk geproduceerde Nederlandstalige televisieprogramma's versterkte. Dit middel omvat twee hoofdklachten. In de eerste plaats zou verzoekster geen machtspositie hebben op de relevante markt, en in de tweede plaats zou haar deelneming aan de concentratie haar positie op die markt niet versterken.

De machtspositie van verzoekster

- 98 Verzoekster stelt enerzijds, dat de Commissie de relevante markt van de onafhankelijke productie van Nederlandse televisieprogramma's onjuist heeft afgebakend, en anderzijds, dat zo de enge omschrijving van de relevante markt door de Commissie al juist zou zijn, nog steeds niet kan worden gezegd, dat zij een machtspositie op die markt heeft.

Onjuiste afbakening van de relevante markt

— Argumenten van partijen

- 99 Verzoekster is van mening, dat de Commissie de relevante markt onjuist heeft afgebakend door de markt van de onafhankelijke productie van Nederlandstalige televisieprogramma's als losstaand van de markt van de eigen producties van de openbare omroepen te beschouwen. De drie door de Commissie terzake aangevoerde argumenten zijn onjuist, te weten dat de openbare omroepen andersoortige programma's produceren dan Endemol, dat de openbare omroepen voornamelijk voor eigen gebruik produceren en dat de openbare omroepen niet vrij kunnen kiezen, of zij een programma zelf zullen produceren dan wel aan een onafhankelijke producent zullen uitbesteden.
- 100 In de eerste plaats acht zij het onjuist, dat de openbare omroepen andersoortige programma's produceren dan zij zelf. Zij produceren wel degelijk amusementsprogramma's die vergelijkbaar zijn met de hare, en zij zelf produceert eveneens goedkope spelprogramma's, praatprogramma's en «infotainment». In 1994 vertegenwoordigden de grootschalige amusementsprogramma's slechts 35 % van de waarde van haar productie en 16,7 % van de geproduceerde uren.

- 101 In de tweede plaats zijn de eigen producties van de openbare omroepen niet voornamelijk voor eigen gebruik bestemd. De openbare omroepen hebben 345 programma's op de internationale markt aangeboden via het verkoopbureau van de Nederlandse Omroepprogramma Stichting (NOS, een overkoepelende organisatie die administratieve diensten verleent aan de openbare omroepen), terwijl haar aanbod op deze markt slechts 80 programma's omvat.
- 102 In de derde plaats is het onjuist te stellen, dat een openbare omroep niet vrij kan kiezen, of hij een programma zelf zal produceren dan wel aan een onafhankelijke producent zal uitbesteden. Er zijn wel omroepen die over uitgebreide interne productiefaciliteiten beschikken, doch er zijn er ook met veel bescheidener middelen. Het argument van de Commissie, dat de openbare omroepen wegens hun grote investeringen gedwongen zijn hun eigen programma's te produceren, strookt dus niet met de door haar zelf gegeven beschrijving van de markt. Bovendien, wanneer een omroep over voldoende personeel en faciliteiten beschikt om een behoorlijk aantal programma's te produceren, dan maakt dat voor hem de keuze tussen interne of externe productie gemakkelijker.
- 103 De Commissie betoogt in de eerste plaats, dat de openbare omroepen een duidelijke neiging hebben om de hoogwaardige amusementsprogramma's aan te kopen en zelf de programma's te produceren die aansluiten bij hun rol van openbare omroep, alsmede de laagwaardige «opvul»-programma's. Verzoekster is veel sterker op het gebied van het grootschalige amusement. Hoewel zij 13,3 % van het totale aantal zendingen in Nederland produceert, vertegenwoordigt haar productie 17,8 % van de productie naar waarde. Haar productie kost dus 42 % per uur meer dan de productie van de rest van de markt, waaruit duidelijk blijkt dat haar «productie-mix» heel anders is.
- 104 In de tweede plaats stelt zij, dat de interne producties van de openbare omroepen niet op de markt komen, althans niet op de Nederlandse. Ook al biedt de NOS op de internationale markt 345 programma's aan die door de openbare omroepen zijn geproduceerd, dit neemt niet weg, dat deze internationale verkopen geen betekenis hebben voor de Nederlandse markt.

105 In de derde plaats meent zij, dat de mogelijkheid van een «maken of kopen»-beslissing eigenlijk een illusie is. Wanneer een openbare omroep aanzienlijk heeft geïnvesteerd in eigen productiefaciliteiten, dan zullen die faciliteiten een belangrijke, grotendeels vastliggende kostenfactor betekenen. Op korte termijn is er geen ander alternatief dan die faciliteiten zo veel mogelijk te gebruiken. Omroepen zonder productiefaciliteiten staan niet voor deze keuze en kunnen moeilijk worden geacht invloed uit te oefenen op de markt van de onafhankelijke productie.

— Beoordeling door het Gerecht

106 Alvorens in te gaan op de door de Commissie gegeven omschrijving van de relevante markt, zij eraan herinnerd, dat de basisregels van verordening nr. 4064/89 en in bijzonder artikel 2 de Commissie een discretionaire bevoegdheid verlenen, met name ten aanzien van economische beoordelingen. Bijgevolg moet de gemeenschapsrechter bij zijn controle van de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid, die van wezenlijk belang is voor de invulling van de regels inzake concentraties, rekening houden met de aan de economische normen van de concentratieregeling ten grondslag liggende beoordelingsmarge (arrest Hof van 31 maart 1998, Frankrijk e.a./Commissie, C-68/94 en C-30/95, Jurispr. blz. I-1375, punten 223 en 224).

107 Het Gerecht is van oordeel, dat de Commissie de relevante markt juist heeft gedefinieerd door de onafhankelijke productie van Nederlandstalige televisieprogramma's als een markt te beschouwen die losstaat van die van de eigen producties van de openbare omroepen.

108 In de eerste plaats kunnen de programma's van de onafhankelijke producenten die van de openbare omroepen slechts gedeeltelijk vervangen. De eigen producties van de openbare omroepen omvatten voor het merendeel programma's die in het verlengde liggen van hun rol van openbare omroep, alsmede laagwaardige aanvullende programma's. Anderzijds is verzoekster, naar niet is bestreden, verreweg de grootste onafhankelijke producent in Nederland en veel sterker op

het gebied van de grootschalige amusementsprogramma's dan de openbare omroepen; dit soort programma's vertegenwoordigt 35 % van haar productie. Volgens cijfers van de Commissie, die verzoekster niet heeft bestreden, zijn de kosten per uur van haar productie 42 % hoger dan die van de andere producenten op de markt, waaruit duidelijk blijkt dat haar programma's een ander profiel hebben.

- 109 In de tweede plaats worden sommige eigen producties van de openbare omroepen weliswaar op de internationale markt verkocht, doch deze verkopen hebben geen betekenis voor de Nederlandse markt. Verzoekster erkent, dat wat de Nederlandse markt betreft de eigen producties van de openbare omroepen voornamelijk voor eigen gebruik zijn bestemd. Er is dus geen rechtstreekse concurrentie tussen de eigen producties van de openbare omroepen, die in beginsel niet aan andere omroepen op de Nederlandse markt worden aangeboden, en de door onafhankelijke producenten vervaardigde programma's die op deze markt worden aangeboden.
- 110 In de derde plaats kon de Commissie zich redelijkerwijs op het standpunt stellen, dat een openbare omroep in het algemeen niet de keuze heeft tussen het zelf maken van een programma en het uitbesteden aan een onafhankelijke producent.
- 111 Enerzijds heeft verzoekster niet het argument van de Commissie weerlegd, dat de openbare omroepen met een aanzienlijke eigen productie grote investeringen in productiefaciliteiten hebben gedaan en met name ook het nodige personeel voor die productie in dienst hebben genomen, hetgeen een flinke kostenfactor vormt. In deze omstandigheden komt de opvatting van de Commissie redelijk voor, dat wanneer de openbare omroepen hun opdrachten aan onafhankelijke producenten aanzienlijk zouden opvoeren ten nadele van de eigen productie, zij niettemin de kosten van de eigen productiecapaciteit moeten dragen zonder dat de gerealiseerde investeringen een adequaat rendement in termen van geproduceerde programma's opleveren. Een dergelijk beleid zou, althans op lange termijn, commercieel niet houdbaar zijn.

- 112 Anderzijds wordt de stelling van de Commissie, dat de openbare omroepen wegens hun aanzienlijke investeringen gedwongen zijn hun programma's zelf te produceren, niet ontkracht door het feit dat sommige omroepen slechts zeer kleine productiefaciliteiten hebben. Het is immers duidelijk, dat omroepen zonder eigen productiefaciliteiten hun programma's wel moeten kopen bij de onafhankelijke producenten.

Geen machtspositie voor Endemol op de relevante markt

— Argumenten van partijen

- 113 Verzoekster betoogt, dat ook indien de enge opvatting van de Commissie van de relevante markt werd aanvaard, zij niet kan worden geacht een machtspositie op die markt te bezitten. Er zijn namelijk in Nederland 97 producenten actief op de markt. Slechts 29 producenten hebben de vragenlijsten van de Commissie schriftelijk beantwoord; de door de overigen telefonisch verstrekte informatie is niet betrouwbaar. De Commissie heeft haar marktaandeel derhalve berekend op basis van onvolledig bewijsmateriaal.
- 114 De Commissie is van mening, dat het feit dat verzoekster de niet in het Handboek genoemde producenten — hierin waren 85 producenten opgenomen, verzoekster inbegrepen — niet kende, aangeeft, dat deze zo klein waren dat zij geen enkel belang hadden voor haar beoordeling van de markt.
- 115 Zij herinnert eraan, dat zeer grote marktaandelen een bijzonder belangrijke aanwijzing zijn voor het bestaan van een machtspositie. Wanneer een onderneming namelijk gedurende lange tijd een groot stabiel blijvend marktaandeel heeft, wordt zij daardoor een onontkoombare handelspartner, en in een dergelijke situatie kan het bestaan van een machtspositie reeds worden afgeleid uit het

marktaandeel. In casu had verzoekster een marktaandeel van meer dan 50 % en was zij verreweg de grootste onderneming op de markt.

- 116 Verzoekster stelt verder, dat de andere factoren op grond waarvan de Commissie een machtspositie op de relevante markt heeft aangenomen, niet gefundeerd zijn.
- 117 In de eerste plaats is het niet juist, dat zij een preferentiële toegang tot buitenlandse programmaformules bezit, die vervolgens aan het Nederlandse publiek worden aangepast. In de afgelopen drie jaar heeft zij slechts 38 programma's geproduceerd op basis van buitenlandse formules, en niet ruim 60 zoals de Commissie stelt. De Commissie lijkt te zijn afgegaan op bepaalde subjectieve antwoorden van haar concurrenten, die echter volstrekt onbetrouwbaar zijn, daar haar concurrenten niet precies weten welke formules zij bezit.
- 118 Van de 143 programma's die zij in 1994 had geproduceerd, waren er 45 niet gebaseerd op een bepaalde programmaformule. Bovendien zijn veel van de populaire formules die zij gebruikt, eigendom van omroepen. Het is niet juist, dat zij de populairste Nederlandse programmaformules bezit.
- 119 De Commissie is van mening, genoegzaam te hebben aangetoond dat verzoekster een groot aantal van de populairste Nederlandse programmaformules bezit en een preferentiële toegang tot buitenlandse formules heeft. Met haar stelling, dat verzoekster preferentiële toegang tot deze formules heeft, heeft zij enkel de opvatting van een groot aantal van haar concurrenten weergegeven, die meenden dat Endemol een sterke positie innam, in het bijzonder vanwege haar financiële potentieel, waardoor zij programma's kon kopen door middel van «output deals» (contracten met omroepen voor een bepaalde hoeveelheid programma's). De helft van de populairste, niet met sportactiviteiten verband houdende amusementsprogramma's in het seizoen 1993/1994 waren door verzoekster geproduceerd.

- 120 Verzoekster stelt in de tweede plaats, dat het onjuist is, dat zij een groot aantal van de populairste Nederlandse televisiepersoonlijkheden onder contract heeft.
- 121 Evenmin zijn haar activiteiten op theatergebied een element van betekenis voor de televisiepersoonlijkheden, aangezien nagenoeg geen van hen van de daardoor geboden mogelijkheden gebruik heeft gemaakt. Ook het feit dat zij een eigen agentschap voor sterren heeft, is niet van belang. Dit agentschap houdt zich enkel bezig met de tijdplanning van evenementen. Endemol is niet bevoegd voor haar sterren contracten te sluiten.
- 122 De Commissie werpt tegen, dat zij op grond van de door de andere ondernemingen op de productiemarkt geuite bezorgdheid had geconcludeerd, dat verzoekster contracten — vele op exclusieve basis — had gesloten met een groot aantal van de populairste Nederlandse televisiepersoonlijkheden. Het feit dat weinig gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden om in andere media dan de televisie op te treden, is niet van belang; waar het om gaat is, dat het bestaan van die mogelijkheden het voor hen aantrekkelijk kan maken om voor verzoekster te gaan werken in plaats van voor een ander, waardoor haar positie nog verder wordt versterkt. Overigens heeft zij niet beweerd, dat dit een bijzonder belangrijke factor is geweest voor de conclusie, dat verzoekster een machtspositie had.
- 123 In de derde plaats stelt verzoekster, dat het een misvatting is te denken dat de in andere landen gerealiseerde winsten haar positie in Nederland versterken. Deze middelen worden primair gebruikt voor de expansie van de dochtermaatschappijen in de verschillende betrokken landen.
- 124 Volgens de Commissie versterken de omvangrijke activiteiten van verzoekster buiten Nederland haar machtspositie op de Nederlandse markt. Door haar dochtermaatschappijen heeft zij een preferentiële toegang tot de internationale markt en wordt de financiële positie van de hele groep verbeterd, wat tot uiting komt in de financiering van grote producties en bij de beslissing, op welk gebied

investeringen het grootste rendement zullen opleveren. In het bijzonder blijkt dit uit het feit, dat verzoekster de grootste leverancier van RTL Duitsland is, de grootste Duitse commerciële omroep.

125 In de vierde plaats stelt verzoekster, dat verschillende feitelijke omstandigheden die zij had aangevoerd, maar door de Commissie zijn verwaarloosd, bewijzen dat zij geen machtspositie heeft. Ten eerste is zij niet in staat, de huidige concurrenten uit te schakelen of nieuwkomers de toegang te beletten; zo zijn in de laatste jaren verschillende nieuwe ondernemingen op de Nederlandse productiemarkt actief geworden. Ten tweede bevinden haar afnemers zich niet in een afhankelijkheidsrelatie; dit blijkt wel uit het feit, dat zij sinds de oprichting van HMG wordt geboycot door diverse openbare omroepen, die de uitzending van drie zeer populaire programma's hebben stopgezet. Ten derde heeft de Commissie onvoldoende rekening gehouden met de toekomstige groei van de markt van televisieproducties en met het feit dat zij niet profiteert van die groei. Zo heeft het nieuwe particuliere televisiestation SBS geen programma's van haar gekocht, Kindernet, ook een nieuwe omroep, wordt een rechtstreekse concurrent van RTL 4, en Euro 7, de derde nieuwe omroep, zal pas in 1995 programma's van haar gaan kopen.

126 De Commissie merkt op, dat de ondernemingen die de laatste jaren tot de Nederlandse markt hebben weten door te dringen, de hulp van een gevestigde lokale partner nodig hadden. D & D heeft Sleeswijk overgenomen, die reeds een grote Nederlandse producent was. Grundy heeft vaste voet op de Nederlandse markt gekregen met behulp van een joint venture met verzoekster. Het is dus duidelijk, dat zelfs grote internationale groepen niet tot de Nederlandse markt kunnen doordringen zonder de steun van aldaar reeds aanwezige marktpartijen.

127 Gezien de ontwikkelingen op de Nederlandse televisiemarkt zal weliswaar de vraag van alle omroepen toenemen, doch zal het grootste deel van de extra vraag in waarde naar alle waarschijnlijkheid afkomstig zijn van Veronica wegens haar extra zendtijd. Aangezien verzoekster reeds de belangrijkste leverancier van Veronica is, waar thans nog de productieovereenkomst en een structurele band, door middel van de gezamenlijke zeggenschap met RTL in HMG, bijkomen, valt zeer moeilijk aan te nemen, dat het grootste deel van Veronica's extra behoefte aan programma's niet door haar zal worden gedekt. Bovendien zal de vraag van Veronica als de financieel sterkste omroep naar alle waarschijnlijkheid meer dure

drama- en amusementsproducties omvatten, waarin verzoekster zich heeft gespecialiseerd. De drie nieuwe particuliere stations hebben daarentegen slechts zeer bescheiden programmabudgetten, zodat hun productiebehoeften relatief gezien onbelangrijk zullen zijn.

- 128 Ten slotte stelt zij te hebben aangetoond, dat de inkomsten van de openbare omroepen in de toekomst zullen dalen, zodat een stijging van hun vraag naar dure programma's niet waarschijnlijk is. Het is onjuist om in de eigen productiecapaciteit van de openbare omroepen een concurrentiefactor van betekenis te zien voor de markt van onafhankelijke producties.

— Beoordeling door het Gerecht

- 129 Allereerst dient de methode te worden gezien, aan de hand waarvan de Commissie verzoeksters aandeel in de Nederlandse markt van onafhankelijk geproduceerde Nederlandstalige televisieprogramma's heeft berekend.
- 130 In de eerste plaats heeft de Commissie terecht de marktaandelen van de verschillende producenten berekend op basis van de waarde van de programma's en niet op basis van het aantal geproduceerde uren. De resultaten van het onderzoek van de Commissie, waaruit bleek dat de waarde van televisieproducties per uur varieerde van 30 000 HFL tot 300 000 HFL, zijn door verzoeker immers niet bestreden. Onder deze omstandigheden is de enige realistische manier om de marktaandelen te berekenen, derhalve op basis van de waarde en niet op die van de hoeveelheid.
- 131 In de tweede plaats is de berekening van Endemol's marktaandeel door de Commissie redelijk. Blijkens haar schriftelijke antwoorden aan het Gerecht heeft de Commissie aan 84 onafhankelijke producenten een vragenlijst gezonden, en niet slechts aan 75, zoals in de memories is gesteld. Deze 84 producenten waren al de producenten die in het Handboek waren genoemd, verzoekster zelf niet

meegerekend. Blijkens de tijdens het onderzoek van de zaak opgestelde nota's heeft de Commissie van 29 producenten schriftelijke informatie ontvangen over onder meer het geproduceerde aantal programma-uren in 1994 en de waarde van deze programma's in Hollandse gulden. Van 37 andere producenten kreeg zij telefonisch inlichtingen over deze twee punten. Zij heeft dus van 78 % van de 84 producenten antwoord ontvangen. Voor de 18 overige producenten waarvan zij geen informatie bezat, heeft zij de waarde van het geproduceerde aantal programma-uren geschat aan de hand van de gegevens van andere producenten met een zelfde aantal werknemers. Ten slotte heeft zij op basis van die gegevens en die van verzoekster de totale omvang van de markt en verzoeksters aandeel daarin berekend.

- 132 Bijgevolg heeft de Commissie geen fout gemaakt door in de bestreden beschikking het marktaandeel van Endemol aan te geven met «ruim 50 %».
- 133 Overigens heeft de Commissie in haar antwoord op een van de schriftelijke vragen van het Gerecht duidelijk gemaakt, dat ook al had zij voor een van de 29 producenten, die wel schriftelijk had geantwoord, maar niet het gevraagde cijfer had opgegeven, een geschatte waarde van diens programma's behoren mee te rekenen, dit geen verschil had gemaakt, daar Endemol's marktaandeel dan nog steeds ruim 50 % was geweest.
- 134 Vervolgens dient te worden onderzocht, of de Commissie in casu terecht een machtspositie van Endemol op de relevante markt heeft aangenomen. Volgens vaste rechtspraak kan een zeer aanzienlijk marktaandeel op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie leveren, in het bijzonder wanneer de marktaandelen van de andere marktpartijen veel kleiner zijn, zoals hier het geval is (zie arresten Hof van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 41, en 3 juli 1991, Akzo/Commissie, C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 60, en arrest Gerecht van 12 december 1991, Hilti/Commissie, T-30/89, Jurispr. blz. II-1439, punten 91 en 92).

- 135 Het onderzoek van de Commissie heeft uitgewezen, dat het marktaandeel van de op een na grootste producent tussen 5 en 10 % lag, dat de aandelen van vier andere producenten tussen 2 en 5 % en die van de vijf andere grootste producenten tussen 1 en 2 % lagen, en dat aandelen van de overige producenten minder dan 1 % bedroegen. Onder deze omstandigheden kan niet worden gezegd, dat het standpunt van de Commissie, dat verzoekster een machtspositie op de relevante markt had, op een kennelijke beoordelingsfout berust.
- 136 Bovendien heeft de Commissie op een aantal andere sterke punten van Endemol gewezen, die haar een veel machtigere positie verschaffen dan haar concurrenten. Deze zullen hieronder achtereenvolgens worden besproken.
- 137 Wat in de eerste plaats de preferentiële toegang tot buitenlandse programmaformules betreft, heeft verzoekster niet ontkend dat — zoals de Commissie stelt — haar financiële middelen haar in een sterke positie brachten, waardoor zij programma's door middel van «output deals» kon kopen. Ter terechtzitting heeft de Commissie uitgelegd, dat het voor een producent gemakkelijker is om de benodigde formules te verkrijgen, wanneer hij reeds een overeenkomst met een omroep heeft gesloten voor een bepaald aantal programma's. Het feit dat de programma-inhoud in beginsel niet in de overeenkomst wordt gespecificeerd, doet hieraan niet af, zoals verzoekster heeft aangevoerd. Waar het om gaat is, dat hij reeds in het bezit is van een overeenkomst die hem garandeert, dat hij een bepaald aantal programma-uren kan produceren.
- 138 Met betrekking tot de programmaformules in het algemeen heeft verzoekster niet bestreden, dat in het seizoen 1993-1994 de helft van de populairste niet-sportprogramma's door haar waren geproduceerd en dat 24 van deze 28 producties gebaseerd waren op een programmaformule. Onder deze omstandigheden kan het feit dat een derde van verzoeksters producties in 1994 niet was gebaseerd op een programmaformule of dat — volgens haar zeggen — andere populaire formules aan omroepen en niet aan haar zelf toebehoorden, niet afdoen aan de opvatting van de Commissie.

- 139 De Commissie heeft eveneens gelijk waar zij opmerkt, dat in de drie jaar voorafgaand aan de concentratie meer dan 60 van de door verzoekster geproduceerde programma's op buitenlandse formules waren gebaseerd, zoals blijkt uit de lijst die verzoekster bij haar antwoord aan de Commissie van 14 juli 1995 op het inlichtingenverzoek van 7 juni 1995 heeft meegezonden en in bijlage 11 bij het verzoekschrift heeft overgelegd. Het door verzoekster genoemde aantal van 38 programma's heeft blijkens die lijst betrekking op het in deze periode gebruikte aantal buitenlandse formules en niet op het aantal programma's dat op basis van dergelijke formules was geproduceerd.
- 140 Voorts kon de Commissie niet voorbijgaan aan het standpunt van de andere producenten en van de openbare en commerciële omroepen, die meenden dat verzoekster een groot aantal van de meest succesvolle Nederlandse formules en preferentiële toegang tot buitenlandse formules bezat.
- 141 In de tweede plaats is de stelling van verzoekster, dat een belangrijk aantal televisiepersoonlijkheden hetzij onder contract staat bij de omroepen, hetzij vrij beschikbaar is, niet voldoende ter weerlegging van het standpunt van de Commissie, dat verzoekster een groot aantal van de populairste Nederlandse televisiepersoonlijkheden onder contract had. Wat betreft de mogelijkheden voor deze sterren om in andere media dan de televisie op te treden, en het feit dat verzoekster een eigen boekingskantoor voor sterren heeft, kan niet worden uitgesloten, dat deze factoren haar positie op de markt tot op zekere hoogte hebben kunnen versterken, ook al hebben zij, zoals de Commissie erkent, geen belangrijke rol gespeeld bij de vaststelling, dat verzoekster een machtspositie bezat.
- 142 Wat in de derde plaats de activiteiten buiten Nederland betreft, heeft verzoekster naar het oordeel van het Gerecht de stelling van de Commissie niet tegengesproken, dat haar omvangrijke activiteiten buiten Nederland haar positie op de Nederlandse markt kunnen versterken, omdat haar dochtermaatschappijen haar preferentiële toegang tot de internationale markt verschaffen en de financiële positie van de hele groep helpen verbeteren.

- 143 In de vierde plaats is het Gerecht van oordeel, dat de andere door verzoekster aangevoerde feitelijke omstandigheden geen steun bieden aan haar stelling. Ook al zijn er in de jaren vóór de concentratie andere ondernemingen op de Nederlandse productiemarkt verschenen, verzoekster heeft niet ontkend, dat deze nieuwkomers de hulp van gevestigde lokale partner nodig hadden, althans gedurende de eerste tijd. Wat de pretense boycot door bepaalde openbare omroepen na de aankondiging van de oprichting van HMG betreft, moet worden opgemerkt, dat verzoekster in 1994 naar eigen zeggen 88,2 % van haar productie aan Veronica, RTL 4 en RTL 5 heeft geleverd; het standpunt van de Commissie, dat deze boycot slechts van ondergeschikt belang is, komt derhalve niet onredelijk voor.
- 144 Verder heeft verzoekster niet aangetoond, in hoeverre de stelling van de Commissie, dat Kindernet — een station dat uitsluitend overdag programma's speciaal voor kinderen uitzendt — en Euro 7 — een kanaal met nieuws en documentaires — zeer bescheiden programmabudgetten hebben en dat derhalve hun productiebehoeften in waarde relatief gezien onbelangrijk zullen zijn, onjuist zou zijn. Bovendien zullen de door verzoekster geproduceerde programma's van geen enkel belang zijn voor Euro 7. Verzoekster heeft voorts niet bestreden, dat het programmabudget van Veronica bijna driemaal zo groot is als dat van SBS.
- 145 Bovendien heeft verzoekster niet bewezen, dat de Commissie ten onrechte van mening is, dat het grootste deel van de extra vraag naar Nederlandstalige producties afkomstig zal zijn van Veronica, die programma's nodig heeft om 4 1/2 dag extra zendtijd te vullen, terwijl de openbare omroepen daarentegen slechts een gat van 2 1/2 dag hoeven te vullen ten gevolge van Veronica's vertrek uit het openbare omroepbestel. Aangezien verzoekster reeds de grootste leverancier van Veronica was, kon de Commissie eveneens in redelijkheid concluderen, dat het grootste deel van Veronica's extra behoefte aan programma's door haar zal worden gedekt.
- 146 Gezien het voorgaande heeft de Commissie de betrokken markt en het door verzoekster gehouden aandeel daarin op juiste wijze bepaald en heeft zij op juiste gronden een machtspositie van verzoekster op deze markt aangenomen.

147 Deze klacht moet derhalve worden verworpen.

De versterking van verzoeksters machtspositie

148 Volgens verzoekster is de Commissie ten onrechte van mening, enerzijds dat HMG onder de gezamenlijke zeggenschap van VMG en RTL staat, en anderzijds dat verzoeksters deelneming aan de concentratie haar positie op de Nederlandse markt van onafhankelijk geproduceerde Nederlandstalige televisieprogramma's versterkt.

Geen gezamenlijke zeggenschap van VMG en RTL in HMG

— Argumenten van partijen

149 Verzoekster betoogt, dat HMG vier organen omvat, te weten de algemene vergadering van aandeelhouders, de aandeelhouderscommissie, de raad van bestuur en de programmadirecteuren. Voor het merendeel van de belangrijke commerciële beslissingen van de raad van bestuur betreffende de strategie van HMG, het driejarige ondernemingsplan en het jaarlijkse budget, grote kapitaalinvesteringen en (obligatie)leningen is de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders vereist. Dit geldt eveneens voor het «algemene programmeringsconcept» en voor de benoeming en het ontslag van de programmadirecteuren en van de algemeen directeur-secretaris.

150 In de algemene vergadering van aandeelhouders zijn VMG en RTL gelijkelijk vertegenwoordigd. Endemol, partner van Veronica in VMG, heeft evenwel slechts een minderheidsbelang, aangezien VMG 49 % van de aandelen in HMG bezit en

de stemrechten van VMG en RTL volgens het op HMG toepasselijke Luxemburgse recht niet zijn gebonden aan het aantal vertegenwoordigers, maar aan het aantal aandelen dat ieder van hen bezit.

- 151 Volgens artikel 3, lid 4, van de fusieovereenkomst streeft de algemene vergadering naar besluitvorming bij consensus. Wordt geen overeenstemming bereikt, dan wordt de kwestie op de agenda van de volgende algemene vergadering geplaatst, waarop «het desbetreffende voorstel met enkelvoudige meerderheid van het aantal op deze vergadering uitgebrachte stemmen kan worden goedgekeurd». Dit betekent, dat op een dergelijke tweede vergadering de facto RTL een meerderheid heeft met 51 % van de stemmen.
- 152 Met een beroep op het arrest van het Gerecht van 19 mei 1994, *Air France/Commissie* (T-2/93, Jurispr. blz. II-323), waarin het bestaan van gezamenlijke zeggenschap was aanvaard wegens het feit dat de voornaamste besluiten van de raad van bestuur ten minste door één van de door TAT SA en British Airways benoemde leden moesten worden genomen, is zij van mening, dat RTL de alleenzeggenschap heeft, daar de andere aandeelhouders het nemen van belangrijke besluiten niet kunnen blokkeren.
- 153 De aandeelhouderscommissie van HMG, waarin eveneens een gelijk aantal vertegenwoordigers van RTL en VMG zitting heeft, besluit met eenstemmigheid, doch is enkel bevoegd voor de onderwerpen genoemd in artikel 3, lid 3, van de fusieovereenkomst; deze zijn beperkt tot de rechten verband houdend met de normale bescherming van minderheidsaandeelhouders en hebben niets te maken met de programmering van HMG.
- 154 Op grond van een en ander is verzoekster van mening, dat de Commissie geen overtuigend argument of bewijs heeft aangevoerd voor haar standpunt, dat zij door haar structurele band met HMG in een positie verkeert om de algemene programmering en het aankoopbeleid van HMG te beïnvloeden op een wijze die

haar positie op de markt van onafhankelijke producties versterkt (punt 100 van de bestreden beschikking).

- 155 Zij voegt eraan toe, dat aangezien zij slechts een minderheidsbelang in HMG heeft, niet is voldaan aan de voorwaarden waaronder een deelneming in het kapitaal van een concurrent onder het verbod van artikel 85 van het Verdrag kan vallen [arrest van 17 november 1987, BAT en Reynolds/Commissie (142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487; hierna: «arrest Philip Morris»)], zodat de concentratie uit mededingingsoogpunt geen bezwaren oproept.
- 156 De Commissie herinnert eraan dat zij tot haar standpunt, dat HMG onder de gezamenlijke zeggenschap van RTL en VMG staat, is gekomen, omdat de belangrijkste beleidsbeslissingen van de raad van bestuur de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders behoeven. Hoewel RTL theoretisch uiteindelijk haar wil kan opleggen, is het niet aannemelijk, dat zij dit zal doen, gelet op de termijn die is voorzien in de procedure van artikel 3, lid 4, van de fusieovereenkomst, en op het feit dat HMG en RTL een goede relatie met verzoekster in stand moeten houden, aangezien zij op grond van de productieovereenkomst HMG's grootste leverancier van programma's is. VMG heeft dus een beslissende invloed in HMG als gevolg van het feit dat in de praktijk RTL en VMG de belangrijkste beslissingen betreffende HMG gezamenlijk moeten nemen. Overigens meent zij, dat verzoekster het arrest Air France/Commissie (reeds aangehaald) verkeerd heeft begrepen.
- 157 Voorts stelt zij, dat het doel van de aandeelhouderscommissie is, problemen op te lossen die de instemming van alle aandeelhouders vereisen. Voor een belangrijke wijziging van het profiel, de positionering of de programmeringsformule van een van de drie stations is echter eenstemmigheid nodig. Een soortgelijke procedure geldt voor wijziging van de algemene contractsbepalingen van het personeel van de zenders. De eis, dat dergelijke wijzigingen met eenparigheid van stemmen moeten worden goedgekeurd, gaat verder dan wat ter bescherming van de belangen van een minderheidsaandeelhouder nodig is, en bevestigt, dat van gezamenlijke zeggenschap in HMG sprake is.

158 De Commissie is verder van mening, dat het arrest Philip Morris (reeds aangehaald) in casu niet van belang is.

— Beoordeling door het Gerecht

159 Volgens artikel 3, lid 3, van verordening nr. 4064/89 berust de zeggenschap op rechten, overeenkomsten of andere middelen die, afzonderlijk of gezamenlijk, met inachtneming van alle feitelijke en juridische omstandigheden, het mogelijk maken een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming.

160 Gelet op de feitelijke en juridische omstandigheden van de zaak is de Commissie terecht van mening, dat HMG onder de gezamenlijke zeggenschap staat van VMG (Veronica en Endemol) en RTL.

161 Blijkens de fusieovereenkomst moeten de belangrijkste strategische beslissingen eerst door de algemene vergadering van aandeelhouders zijn goedgekeurd, voordat zij in de raad van bestuur in stemming kunnen worden gebracht. Dit geldt onder meer voor beslissingen inzake de strategie van HMG, het driejarige ondernemingsplan en het jaarlijkse budget, grote investeringen, het «algemene programmeringsconcept» en de benoeming en het ontslag van de programma-directeuren en van de algemeen directeur-secretaris.

162 Volgens artikel 3, lid 4, van de fusieovereenkomst komen de besluiten in de algemene vergadering tot stand bij consensus. Al die besluiten hebben dus de instemming van RTL en VMG nodig. Voor het geval geen overeenstemming bestaat, is voorzien in een termijn van vijftien dagen waarin de vertegenwoordigers van RTL en VMG alles in het werk moeten stellen om tot overeenstemming te komen. Pas aan het einde van deze twee etappes kan een besluit met gewone meerderheid van stemmen worden genomen, en dan bezit RTL een meerderheid met 51 % van de stemmen.

163 Voorts is de voorafgaande goedkeuring van de aandeelhouderscommissie, die bij algemene stemmen besluit, vereist voor besluiten van de raad van bestuur, die verder gaan dan wat ter bescherming van de belangen van een minderheidsaandeelhouder nodig is. Zo kan een besluit over een belangrijke wijziging van het profiel, de positionering of de programmeringsformule van een van de drie stations slechts met algemene stemmen worden genomen. Hetzelfde geldt voor de oprichting van een nieuw station dat in rechtstreekse concurrentie zou komen te staan met een van de drie bestaande stations. Over deze aspecten van de strategie van HMG en van haar «algemene programmeringsconcept» zal dus noodzakelijkerwijs een volkomen overeenstemming tussen RTL en VMG moeten bestaan.

164 Gezien het bepaalde in de fusieovereenkomst kon de Commissie zich derhalve redelijkerwijs op het standpunt stellen, dat HMG onder de gezamenlijke zeggenschap van RTL en VMG staat. Bijgevolg behoeft niet te worden ingegaan op hetgeen verzoekster heeft gesteld met betrekking tot de alleenzeggenschap van RTL of het arrest Philip Morris (reeds aangehaald).

Geen versterking van verzoeksters positie op de relevante markt

— Argumenten van partijen

165 Verzoekster betoogt, dat haar deelneming in het kapitaal van HMG haar niet in staat stelt invloed uit te oefenen op de algemene programmering en het aankoopbeleid van HMG. De veronderstelde mogelijkheid om andere producenten de toegang tot HMG te beletten, berust op de vermeende gezamenlijke zeggenschap; wat RTL 4, RTL 5 en Veronica betreft, was zij echter al sinds vijf jaar de belangrijkste leverancier van RTL en Veronica, en haar programma's

hebben in die tijd het gezicht van RTL en Veronica al in belangrijke mate bepaald. Haar positie wordt dus niet versterkt door de oprichting van HMG en evenmin wordt de mededinging erdoor belemmerd.

- 166 De Commissie stelt, dat de moedermaatschappijen HMG slechts kunnen exploiteren op basis van wederzijdse instemming met de voornaamste strategische beslissingen. Haars inziens is het onrealistisch aan te nemen, dat verzoeksters participatie louter een financiële belegging zou zijn die haar geen beslissende invloed op de activiteiten van HMG verleent. Haar belangrijkste zorg was het dan ook geweest, te voorkomen dat door de structurele banden tussen verzoekster en HMG de betrokken markt voor andere producenten zou worden afgesloten en verzoeksters positie op die markt werd versterkt.

— Beoordeling door het Gerecht

- 167 Naar het oordeel van het Gerecht heeft de Commissie geen beoordelingsfout gemaakt door te concluderen, dat dankzij de tussen de fusiepartners gecreëerde structurele band en de zeggenschap die verzoekster en Veronica gezamenlijk met RTL over HMG zouden gaan uitoefenen, verzoekster de beschikking kreeg over een brede verkoopbasis voor haar producties. Zonder die structurele band was het realistisch geweest te veronderstellen, dat andere producenten een veel groter gedeelte van de door HMG benodigde extra programma's zouden kunnen leveren. Geen enkele andere producent in Nederland beschikte over een zelfde mogelijkheid om een veilige verkoopbasis te verwerven en het aankoopbeleid van een omroep te beïnvloeden. De bepalingen van de productieovereenkomst (zie boven, punt 18) konden deze conclusie alleen maar versterken.

- 168 Voorts hebben de partijen zelf gesteld, dat de relatie van leverancier en afnemer die tussen Endemol en RTL en Veronica bestond, een belangrijke factor was bij

het uittekenen van het profiel van RTL 4, RTL 5 en Veronica en ook een belangrijke factor zou zijn voor het toekomstige succes van HMG. Evenzo hebben zij erkend, dat de concentratie ten dele was bedoeld om voor verzoekster het risico verbonden aan de productie van nieuwe programmaformules te verminderen door te zorgen voor een optimalisering van haar inkomsten uit succesvolle formules. De Commissie kon dan ook in redelijkheid tot de conclusie komen, dat verzoekster haar veelbelovendste of aantrekkelijk gebleken programma's aan HMG zou gaan leveren, een en ander ten koste van de andere omroepen.

169 Onder deze omstandigheden heeft verzoekster naar het oordeel van het Gerecht niet het bewijs geleverd, dat de Commissie de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid heeft overschreden of een kennelijke fout heeft gemaakt door te concluderen, dat de concentratie zou leiden tot een versterking van de machtspositie van verzoekster op de Nederlandse markt van onafhankelijk geproduceerde Nederlandstalige televisieprogramma's en dat de daadwerkelijke mededinging op de markt daardoor aanzienlijk zou worden belemmerd.

170 Dit betoog faalt derhalve, zodat het beroep in zijn geheel moet worden verworpen.

Kosten

171 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij, gelet op de vordering van verweerster en de kostenveroordeling in de beschikking van de president van de Vierde kamer (uitgebreid) van 7 oktober 1996, behalve in haar eigen kosten, te worden verwezen in een vijfde van de door verweerster gemaakte kosten vóór de afstand van instantie door Veronica, RTL, CLT en VNU, en in alle later door haar gemaakte kosten.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer — uitgebreid),

rechtdoende:

- 1) Verwerpt het beroep.
- 2) Verwijst verzoekster in haar eigen kosten alsmede in een vijfde van de door verweerster gemaakte kosten vóór de afstand van instantie door Veronica, RTL, CLT en VNU op 7 oktober 1996, en in alle later door haar gemaakte kosten.

Lindh

García-Valdecasas

Lenaerts

Cooke

Jaeger

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 28 april 1999.

De griffier

De president van de Vierde kamer

H. Jung

P. Lindh