

RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

18. september 2001 *

I sag T-112/99,

Métropole télévision (M6), Neuilly sur Seine (Frankrig),

Suez-Lyonnaise des eaux, Nanterre (Frankrig),

France Télécom, Paris (Frankrig),

ved avocat D. Théophile, og med valgt adresse i Luxembourg,

og

Télévision française 1 SA (TF1), Paris, ved avocats P. Dunaud og P. Elsen, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgere,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved E. Gippini Fournier og K. Wiedner, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: fransk.

støttet af

CanalSatellite, Paris, ved advokats L. Cohen-Tanugi og F. Brunet, og med valgt adresse i Luxembourg,

intervenient,

angående en påstand om annullation af artikel 2 og 3 i Kommissionens beslutning 1999/242/EF af 3. marts 1999 om en procedure efter EF-traktatens artikel 85 (IV/36.237 — TPS) (EFT L 90, s. 6),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Tredje Afdeling)

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

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 18. januar 2001,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

A — *Beskrivelse af transaktionen*

- 1 Denne sag vedrører Kommissionens beslutning 1999/242/EF af 3. marts 1999 om en procedure efter EF-traktatens artikel 85 (IV/36.237 — TPS) (EFT L 90, s. 6) (herefter »den anfægtede beslutning«) vedrørende oprettelsen af selskabet Télévision par satellite (herefter »TPS«), som har til formål at udtænke, udvikle og udsende et udbud af programmer og tjenester udsendt digitalt via satellit til fransktalende seere i Europa mod betaling (76. betragtning til den anfægtede beslutning).
- 2 Selskabet, som blev oprettet som et interessentskab efter fransk lov af seks større franske selskaber inden for tv (Métropole télévision (M6), Télévision française 1 SA (TF1), France 2 og France 3), telekommunikation og kabeldistribution (France Télécom og Suez-Lyonnaise des eaux), er nytilkommet på nogle markeder, der er kraftigt domineret af en historisk operatør, nemlig selskabet Canal+ og dets datterselskab CanalSatellite.

B — *Berørte markeder og markedsstruktur*

- 3 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at oprettelsen af TPS især berører markedet for betalings-tv (23. og 24. betragtning til den anfægtede beslutning). Endvidere berører transaktionen markedet for opkøb af senderrettigheder samt markedet for markedsføring af temakanaler.
- 4 Hvad angår det berørte geografiske marked har Kommissionen i den anfægtede beslutning anført, at disse forskellige markeder på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning skulle vurderes ud fra en national synsvinkel, således at markederne i den foreliggende sag kun omfatter Frankrig (40.-43. betragtning til den anfægtede beslutning).

1. *Det franske marked for betalings-tv*

- 5 Som det fremgår af 25. betragtning til den anfægtede beslutning, er dette marked et andet end markedet for frit tilgængelige kanaler (også kaldet »ukodet tv«). På sidstnævnte marked opstår det forretningsmæssige forhold mellem tv-selskabet og annoncøren, hvorimod der i forbindelse med betalings-tv er tale om et forretningsmæssigt forhold mellem tv-selskabet og seeren som abonnent. Derfor er konkurrencevilkårene forskellige på disse to markeder.

- 6 Af den anfægtede beslutning fremgår også, at markedet for betalings-tv på tidspunktet for beslutningens vedtagelse omfattede tre former for distribution (jordbaseret æterbåren distribution, distribution via satellit og distribution via kabel), og at disse forskellige distributionsformer ikke udgjorde særskilte markeder (30. betragtning til den anfægtede beslutning).
- 7 Den ældste operatør på det franske marked for betalings-tv er selskabet Canal+, som har et meget veletableret image og har samlet en stor mængde knowhow om forvaltning (44. betragtning til den anfægtede beslutning). Canal+-koncernen driver desuden virksomhed på området for distribution af kabel-tv, idet selskabet kontrollerer kabelnettet NumériCâble. Endvidere tilbyder Canal+ gennem sit datterselskab CanalSatellite en pakke af digitale betalingskanaler via satellit (herefter »den digitale pakke«) (46. betragtning til den anfægtede beslutning). Det fremgår af den anfægtede beslutning, at »med hensyn til abonnenter udgjorde Canal+-koncernen, herunder 'premium'-kanalen Canal+, CanalSatellite og kabelnettet Numéricâble, ultimo juni 1998 ca. 70% af det franske marked for betalings-tv« (47. betragtning).
- 8 I april 1996 lancerede den franske AB-koncern, der især beskæftiger sig med programproduktion og distribution af tv-rettigheder, en anden operatør på markedet for betalings-tv, nemlig selskabet AB-Sat. AB-Sat havde ultimo juni 1998 100 000 abonnenter (49. betragtning til den anfægtede beslutning).
- 9 Endelig havde TPS 457 000 abonnenter ultimo juli 1998 og regnede med at nå op på 600 000 abonnenter inden årets udgang (50. betragtning til den anfægtede beslutning).

2. Markedet for opkøb af senderrettigheder, bl.a. til film og sport

- 10 Da film og sport er de to vigtigste produkter, betalings-tv kan tilbyde, er det nødvendigt at opkøbe senderrettigheder til sådanne programmer for at kunne sammensætte et tilstrækkeligt attraktivt tilbud til at overbevise kommende abonnenter om at betale for at modtage tv-kanaler (34. betragtning til den anfægtede beslutning).
- 11 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at TPS' vigtigste konkurrenter på dette marked, især med hensyn til opkøb af senderrettigheder til amerikanske og franske film og til sportsbegivenheder, er Canal+ og de temakanaler, Canal+ har interesser i (58. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen anfører endvidere i den anfægtede beslutning, at »Canal+-koncernen står særlig stærkt på dette marked«, og at AB-Sat samt de almene kanaler også er aktive på dette marked (ovennævnte betragtning).

3. Markedet for markedsføring og udnyttelse af temakanaler

- 12 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at temakanalerne er uundværlige for sammensætningen af et attraktivt udbud af betalings-tv, og at markedet for markedsføring og udnyttelse af temakanaler er i kraftig udvikling i Frankrig, især efter indførelsen af den digitale teknologi (37., 38, 39. og 65.-69. betragtning til den anfægtede beslutning).

- 13 Hvad angår markedsstrukturen hedder det i den anfægtede beslutning:

»Efter at satellitplatformene er dukket op, har alle aktørerne på markedet for betalings-tv fået andele i de temakanaler, der udsendes på dette marked. Fordelingen af de vigtigste aktørers kapitalinteresser på dette marked er ret homogen. Canal+-koncernen er dog en vigtig aktør, fordi den har interesser i de ældste kanaler og samtidig har den største penetration på kabelområdet samt det største antal abonnenter« (67. og 68. betragtning til den anfægtede beslutning).

C — Anmeldelse og anmeldte aftaler

- 14 Oprettelsen af TPS førte i første omgang til kontakt med Kommissionen i sommeren 1996 med henblik på en anmeldelse i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med virksomhedssammenlutninger (EFT 1990 L 257, s. 13, senest ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30.6.1997 (EFT L 180, s. 1)) (1. betragtning til den anfægtede beslutning). Da Kommissionen imidlertid havde underrettet de selskaber, der deltog i oprettelsen af TPS, om, at TPS ikke var et joint venture i betydningen af et selskab, der kontrolleres af to eller flere andre virksomheder i forening, anmeldte disse selskaber den 18. oktober 1996 transaktionen til Kommissionen og anmodede om negativattest, subsidiært en fritagelse i medfør af Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81) (ovennævnte betragtning).
- 15 Der er anmeldt fire aftaler. De grundlæggende principper for driften af TPS er fastlagt i konventionen af 11. og 18. april 1996 (herefter »konventionen«). De blev senere konkretiseret og struktureret i anpartshaveraftalen af 19. juni 1996

samt i vedtægterne for selskaberne TPS og TPSG, der blev undertegnet samme dato (70. betragtning til den anfægtede beslutning). Aftalerne gælder i ti år (71. betragtning til den anfægtede beslutning).

- 16 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen især har hæftet sig ved tre klausuler i disse aftaler, nemlig konkurrenceklausulen, klausulen om temakanaler og eksklusivitetsklausulen.

1. *Konkurrenceklausulen*

- 17 Denne klausul er gengivet i konventionens artikel 11 og i ovennævnte anparts-haveraftales artikel 5.3 og er efter anmodning fra Kommissionen blevet præciseret nærmere i et tillæg af 17. september 1998. Klausulen er affattet således:

»Undtagen når der er tale om forhold, der var indledt inden indgåelsen af aftalerne, eller når det drejer sig om at sælge nye nationale programmer og tjenester, som ikke er omfattet af en aftale med TPS, forpligter parterne sig til, så længe de er anpartshavere i TPS, ikke direkte eller indirekte på nogen måde at have interesser i selskaber, der udsender og markedsfører eller har til formål at udsende og markedsføre et udbud af digitale programmer og tv-tjenester mod betaling via satellit til fransktalende husstande i Europa« (77. betragtning til den anfægtede beslutning).

2. Klausulen om temakanaler

- 18 I konventionens artikel 6 (under overskriften »Udbuddet af digitale programmer og tjenester«) og ovennævnte anpartshaveraftales artikel 5.4 er det bestemt, at TPS har fortrinsret og forkøbsret til sine anpartshaveres produktion af temakanaler og tv-tjenester. Klausulen har følgende ordlyd:

»For at forsyne TPS med de nødvendige programmer forpligter parterne sig til at give TPS fortrinsret til deres egne programmer og tjenester eller dem, som de i praksis har rådet over i redigeringselskabet, eller dem, som dette selskab kan producere. TPS har desuden forkøbsret på de bedste vilkår, konkurrenterne kan tilbyde, på alle programmer og tjenester, som TPS' anpartshavere tilbyder tredjemand. Hvis TPS accepterer dem, enten eksklusivt eller ikke-eksklusivt, skal selskabet anvende finansielle og kontraktlige bestemmelser, der mindst svarer til dem, der ville gælde for programmerne og tjenesterne andetsteds.

Ved overtagelse af disse kanaler og tjenester afgør TPS frit efter eget skøn, om selskabet skal acceptere eller afvise at lade disse programmer og tjenester indgå i selskabets digitale udbud, enten eksklusivt eller ikke-eksklusivt, idet det er aftalt, at parterne bekræfter deres målsætning om at kunne råde eksklusivt over programmerne og tjenesterne i TPS' digitale udbud« (78. og 79. betragtning til den anfægtede beslutning).

3. Eksklusivitetsklausulen

- 19 Endelig bestemmer konventionens artikel 6, at de almene kanaler, der har deltaget i oprettelsen og lanceringen af TPS, nemlig M6, TF1, France 2 og

France 3, skal distribueres eksklusivt af TPS (81. betragtning til den anfægtede beslutning). TPS påtager sig de tekniske omkostninger i forbindelse med transport og distribution af kanalerne, men betaler ikke for dem (ovennævnte betragtning).

D — *Den anfægtede beslutning*

- 20 Kommissionen vedtog den anfægtede beslutning den 3. marts 1999.
- 21 Som det fremgår af beslutningens artikel 1, konstaterede Kommissionen, at den på grundlag af de foreliggende oplysninger ikke havde grund til at gribe ind i medfør af EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (nu artikel 81, stk. 1, EF), over for oprettelsen af TPS.
- 22 Hvad derimod angår de klausuler, der er omhandlet i præmis 17, 18 og 19 ovenfor, konkluderede Kommissionen, at:
- den ikke havde grund til at gribe ind over for konkurrenceklausulen i en treårig periode, dvs. indtil den 15. december 1999 (den anfægtede beslutnings artikel 2)

- eksklusivitetsklausulen samt klausulen om temakanalerne i en treårig periode, dvs. indtil den 15. december 1999, kunne være omfattet af en fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3 (den anfægtede beslutnings artikel 3).

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 23 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 10. maj 1999 har sagsøgerne anlagt den foreliggende sag.

- 24 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 5. november 1999 har selskabet CanalSatellite anmodet om tilladelse til at intervenere i den foreliggende sag til støtte for Kommissionens påstande.

- 25 Formanden for Rettens Tredje Afdeling har ved kendelse af 31. januar 2000 givet CanalSatellite tilladelse til at intervenere og har delvis taget sagsøgernes anmodning om fortrolig behandling af visse oplysninger i stævningen og bilagene hertil til følge.

- 26 Intervenienten har indleveret sit skriftlige indlæg den 24. marts 2000. Kommissionen, TF1 og M6 har indleveret deres bemærkninger til dette indlæg henholdsvis den 4., 5. og 8. maj 2000.

27 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Tredje Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling. Som led i de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, der er fastsat i artikel 64 i Rettens procesreglement, har Retten opfordret parterne til at besvare spørgsmål og Kommissionen til at fremlægge et dokument. Begge disse opfordringer er efterkommet inden for den fastsatte frist.

28 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål under retsmødet den 18. januar 2001.

29 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutnings artikel 2 og 3 annulleres.

— Kommissionen og intervenienten tilpligtes in solidum at betale sagens omkostninger.

30 Kommissionen og intervenienten har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

A — *Formaliteten*

Parternes argumenter

- 31 Kommissionen har med støtte fra intervenienten gjort gældende, at sagsøgernes søgsmål må afvises, idet det efter fast retspraksis kun er retsakter, der kan have bindende retsvirkninger, der påvirker sagsøgernes interesser, der kan anfægtes. Kommissionen har ligeledes påpeget, at det, som det fremgår af Rettens dom af 17. september 1992, sag T-138/89, NBV og NVB mod Kommissionen (Sml. II, s. 2181, præmis 31), og af 22. marts 2000, forenede sager T-125/97 og T-127/97, Coca-Cola mod Kommissionen (Sml. II, s. 1733, præmis 79), kun er retsaktens konklusion, der kan have retsvirkninger og derfor være bebyrdende. Derimod kan den pågældende beslutnings begrundelse kun underkastes Rettens eller Domstolens efterprøvelse, såfremt den som begrundelse i en bebyrdende retsakt er nødvendig som støtte for retsaktens konklusion.
- 32 Men ifølge Kommissionen er konklusionen i en beslutning, der i lighed med den anfægtede beslutning i den foreliggende sag indrømmer en negativ attest og en fritagelse, ikke bebyrdende for adressaten. Derfor må det af sagsøgerne anlagte annullationssøgsmål afvises.
- 33 Kommissionen finder denne konklusion så meget mere berettiget, som den anfægtede beslutnings retsvirkninger ophørte den 15. december 1999. Den foreliggende sag har derfor alene teoretisk interesse.

- 34 Sagsøgerne har bestridt, at den foreliggende sag må afvises. De har gjort gældende, at den anfægtede beslutning har bindende retsvirkninger, som berører deres interesser (Domstolens dom af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639, præmis 9), idet negativattesten og fritagelsen kun er indrømmet for tre år. Sagsøgerne har endvidere anført, at i Rettens dom af 15. september 1998, forenede sager T-374/94, T-375/94, T-384/94 og T-388/94, European Night Services m.fl. mod Kommissionen (Sml. II, s. 3141), som ligeledes vedrørte en række annullationssøgsmål til prøvelse af en beslutning om fritagelse, som var rejst af de begunstigede, blev sagerne antaget til realitetsbehandling.

Rettens bemærkninger

- 35 Retten skal bemærke, at ifølge fast retspraksis foreligger der retsakter eller beslutninger, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i medfør af EF-traktatens artikel 173 (efter ændring nu artikel 230 EF), når foranstaltningerne har bindende retsvirkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling (dommen i sagen IBM mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 34, præmis 9, og Domstolens dom af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1375, præmis 62, samt Rettens dom af 4.3.1999, sag T-87/96, Assicurazioni Generali og Unicredito mod Kommissionen, Sml. II, s. 203, præmis 37, og dommen i sagen Coca-Cola mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 31, præmis 77).
- 36 Således har enhver fysisk eller juridisk person adgang til at anlægge annullationssøgsmål til prøvelse af en EF-institutions beslutning, hvori en klar og præcis begæring, der er fremsat af denne person, og som henhører under nævnte institutions kompetence, helt eller delvis ikke tages til følge [jf. i denne retning angående en begæring fremsat i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17 Domstolens dom af 25.10.1977, sag 26/76, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 1875, præmis 13]. I en sådan situation har en hel eller delvis afvisning af begæringen nemlig bindende retsvirkninger, som kan berøre den persons interesser, som har fremsat begæringen.

- 37 Ud fra disse principper skal det undersøges, om det foreliggende annullations-søgsmål kan antages til realitetsbehandling.
- 38 I den foreliggende sag anmeldte sagsøgerne til Kommissionen aftalerne om oprettelse af TPS og de begrænsninger, de anså for accessoriske til denne transaktion, for i medfør af artikel 2 i forordning nr. 17 at opnå en negativattest gældende i aftalernes løbetid, dvs. i ti år, subsidiært for i medfør af samme forordnings artikel 4, stk. 1, at opnå en individuel fritagelse af samme varighed.
- 39 Det fremgår imidlertid af den anfægtede beslutnings konklusion, at både negativattesten vedrørende konkurrenceklausulen (artikel 2) og den individuelle fritagelse vedrørende eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanalerne (artikel 3) kun indrømmes for tre år.
- 40 Denne begrænsning af varigheden af den negativattest og fritagelse, der er omhandlet i ovennævnte artikel 2 og 3, medfører, at sagsøgerne kun i en meget kortere periode end den, de oprindeligt regnede med, er omfattet af den retssikkerhed, som sådanne beslutninger giver. Endvidere har sagsøgerne uden på dette punkt at blive modsagt af Kommissionen hævdet, at dette forhold ligeledes har påvirket den beregning af investeringernes rentabilitet, der lå til grund for indgåelsen af de anmeldte aftaler.
- 41 Således har denne del af den anfægtede beslutnings konklusion bindende retsvirkninger, der kan berøre sagsøgernes interesser.
- 42 I denne forbindelse er det uden betydning, at sagsøgerne eventuelt efter en ny anmeldelse af de omtvistede begrænsninger kan opnå en ny negativattest eller

fritagelse af kortere, samme eller endog længere varighed end den første negativattest eller fritagelse. Da sagsøgerne nemlig ikke allerede nu har den retssikkerhed, de ville have haft, hvis den negativattest og fritagelse, der er fastsat i henholdsvis artikel 2 og 3 i den anfægtede beslutning, var blevet indrømmet for ti år, er der ingen tvivl om, at deres interesser berøres af denne del af den anfægtede beslutnings konklusion.

- 43 Endelig skal det bemærkes, at i modsætning til de påstande, der var nedlagt i sagerne NBV og NVB mod Kommissionen og Coca-Cola mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 31, vedrører det af sagsøgerne anlagte annullationssøgsmål den anfægtede beslutnings konklusion og ikke begrundelsen. Sagsøgerne har nemlig nedlagt påstand om annullation af artikel 2 og 3 i den anfægtede beslutnings konklusion. Endvidere fastslog Retten ganske vist i dommen i sagen NBV og NVB mod Kommissionen (præmis 32), at en beslutning om udstedelse af negativattest »[efterkom] ansøgerens ansøgning, og at den efter sit indhold hverken [kunne] ændre ansøgerens retsstilling eller være bebyrdende for denne«, men det skal bemærkes, at negativattesten i den sag, der gav anledning til den nævnte dom, var blevet udstedt for et tidsrum, der svarede til det, de pågældende parter havde ansøgt om. Som nævnt ovenfor blev negativattesten i den foreliggende sag derimod kun udstedt for tre år, selv om sagsøgerne havde ansøgt om, at den blev udstedt for ti år.

- 44 Den foreliggende sag kan således antages til realitetsbehandling.

B — *Realiteten*

- 45 Retten vil først gennemgå anbringenderne om annullation af den anfægtede beslutnings artikel 3, dvs. anbringenderne om eksklusivitetsklausulen og klau-

sulen om temakanaler. Herefter vil Retten behandle anbringendet om den anfægtede beslutnings artikel 2, som vedrører konkurrenceklausulen.

1. Anbringenderne om annullation af den anfægtede beslutnings artikel 3

- 46 Hvad angår den anfægtede beslutnings artikel 3 har sagsøgerne påberåbt sig to anbringender om fejlfortolkning af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1 og 3. For det første har de gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat traktatens artikel 85, stk. 1, idet sagsøgerne er af den opfattelse, principalt at eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler ikke udgør konkurrencebegrænsninger i denne bestemmelses forstand, subsidiært at disse forpligtelser må betegnes som begrænsninger, der er accessoriske til oprettelsen af TPS. For det andet finder sagsøgerne, at Kommissionen har tilsidesat traktatens artikel 85, stk. 3, idet den ikke har anvendt de fritagelseskriterier, der er fastlagt i denne bestemmelse, korrekt, og desuden har begået en skønsfejl hvad angår fritagelsens varighed.

a) Første anbringende om tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1

i) Det principale argument, hvorefter eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler ikke udgør konkurrencebegrænsninger i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand

- 47 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen, da den i den anfægtede beslutning fastslog, at eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler

udgør konkurrencebegrænsninger i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, dels har udøvet et fejlskøn, dels har anvendt bestemmelsen forkert.

- 48 Kommissionen har med støtte fra intervenienten bestridt rigtigheden af disse to klagepunkter.

— Klagepunktet om fejlskøn

Parternes argumenter

- 49 Sagsøgerne har henvist til, at Kommissionen for at kunne fastslå, at eksklusivitetklausulen er konkurrencebegrænsende, i 102.-107. betragtning til den anfægtede beslutning har bestræbt sig på at påvise, at de almene kanalers programmer er attraktive for seerne, og at klausulen medfører, at TPS' konkurrenter ikke får adgang til sådanne programmer. Men ifølge sagsøgerne er denne konstatering baseret på fejlskøn.
- 50 Sagsøgerne har nemlig gjort gældende, for det første at konstateringen af, at de almene kanaler, der udbydes af TPS, er attraktive, fordi der i Frankrig er områder, hvor kvaliteten af modtagelsen af de almene kanalers æterbårne jordbaserede udsendelser er middelmådig eller mangelfuld, er forkert. Ifølge sagsøgerne er tallene fra Médiamétrie's tomåneders seerundersøgelse for november/december 1997 (herefter »Médiamétrie-undersøgelsen«), der er nævnt af Kommissionen, fejlbehæftede, idet de ikke tager hensyn til, at næsten alle i Frankrig modtager TF1, France 2 og France 3 uden problemer. Til støtte for denne påstand har

sagsøgerne i retsmødet hævdede, dels at det ikke fremgår af Médiamétrie-undersøgelsen, hvilke metoder der er benyttet til undersøgelsen, dels at udsendelseskvaliteten for de franske tv-kanalers udsendelser bliver kontrolleret hvert femte år af Conseil supérieur de l'audiovisuel under behandlingen af sager om sendetilladelse eller forlængelse af sendetilladelse.

- 51 Sagsøgerne har for det andet anført, at det i modsætning til, hvad Kommissionen har anført i den anfægtede beslutning, fremgår af markedsundersøgelserne, at seerne vælger TPS mere på grund af det righoldige programudbud end på grund af muligheden for digital modtagelse af de almene kanalers programmer.
- 52 Sagsøgerne finder for det tredje, at Kommissionens påstand om, at de to øvrige digitale pakker, nemlig CanalSatellite og AB-Sat, har kunnet lanceres med succes uden eksklusive rettigheder til distribution af de almene kanaler, er uden relevans i den foreliggende sag. Sagsøgerne har nemlig påpeget, dels at CanalSatellite, da den blev lanceret, havde eksklusive senderrettigheder til mange film og sportsprogrammer og stadig har eksklusive rettigheder til distribution af Canal+, dels at AB-Sat dækker et andet markedssegment.
- 53 Endelig har sagsøgerne forklaret, at i modsætning til, hvad Kommissionen har fastslået i den anfægtede beslutning, indebærer den omstændighed, at TPS har de eksklusive rettigheder til distribution af de fire almene kanaler, som tiltrækker 90% af samtlige seere og ca. 75% af kabel-tv-seerne, ikke nødvendigvis, at konkurrenternes adgang til disse kanalers programmer er begrænset. Sagsøgerne har nemlig anført, at markedet for ukodet tv og markedet for betalings-tv er to forskellige markeder, således at der ikke kan være tale om en sådan forbindelse mellem årsag og virkning. Endvidere er det ifølge sagsøgerne ikke givet, at de fire almene kanaler, hvis de ikke var blevet inddraget i oprettelsen af TPS, ville have accepteret at deltage i en anden digital pakke. Sagsøgerne har endvidere peget på, at det, som det kan ses af situationen i de øvrige europæiske lande, hvor én operatør har monopol på markedet for betalings-tv, ikke længere er muligt for en helt ny operatør at komme ind på det franske marked for betalings-tv.

- 54 Kommissionen har med støtte fra intervenienten bestridt, at den anfægtede beslutnings konstatering af, at de eksklusive rettigheder til distribution af de fire almene kanaler udgør en konkurrencebegrænsning, bygger på et fejlskøn.

Rettens bemærkninger

- 55 Det skal bemærkes, at de faktiske forhold, sagsøgerne har påberåbt sig for at påvise, at Kommissionens konstatering af eksklusivitetsklausulens konkurrencebegrænsende karakter hviler på et fejlskøn, er enten urigtige eller irrelevante.
- 56 Det skal således for det første fremhæves, at i mangel af beviser, der kan støtte sagsøgernes synspunkt, kan Retten ikke tiltræde sagsøgernes påstande om, dels at oplysningerne i Médiamétrie-undersøgelsen om, at der i Frankrig er områder med dårlige modtageforhold, jf. 104. betragtning til den anfægtede beslutning, er urigtige, dels at næsten alle seere i Frankrig modtager TF1, France 2 og France 3 uden problemer.
- 57 Intervenienten har nemlig under retsmødet uden at blive modsagt af sagsøgerne fremhævet, at Médiamétrie-instituttet er det eneste analyseinstitut i Frankrig, der udarbejder seerundersøgelser, og at disse undersøgelser udgør en referenceramme for samtlige franske tv-kanaler, som bl.a. bruger dem til beregning af deres reklameindtægter.
- 58 I modsætning til, hvad sagsøgerne har hævdet, er den kontrol, der udøves hvert femte år af Conseil supérieur de l'audiovisuel i forbindelse med behandlingen af sager om sendetilladelser og forlængelse heraf, endvidere ikke noget bevis på, at

disse oplysninger er urigtige. Som sagsøgerne i øvrigt har erkendt under retsmødet, kontrollerer Conseil supérieur de l'audiovisuel nemlig alene kvaliteten af udsendelsen tv-kanalerne og ikke kvaliteten af de franske seeres modtagelse af disse kanaler.

- 59 Det skal ligeledes bemærkes, at eksistensen af store områder i Frankrig med dårlige modtageforhold, som er nævnt i Médiamétrie-undersøgelsen, synes at blive bekræftet af den markedsundersøgelse, sagsøgerne har fremlagt, idet det heraf fremgår, at [...] ¹ af de adspurgte har tegnet abonnement hos TPS »for at kunne modtage de nationale kanalers udsendelser ordentligt«.
- 60 Endvidere gjorde Kommissionen det helt klart i den anfægtede beslutning, at tallene i Médiamétrie-undersøgelsen kun var »en rettesnor, fordi de ud over de fire almene kanaler, der udelukkende udsendes af TPS, også omfatter Arte og La Cinquième, som kan ses af 80,6% af alle husstande, samt den æterbårne udgave af Canal+, som ca. [...] husstande modtager dårligt« (104. betragtning til den anfægtede beslutning).
- 61 Det skal for det andet bemærkes, at den omstændighed, at begrundelsen for at tegne abonnement hos TPS ifølge de forskellige markedsundersøgelser, TPS har bestilt (bl.a. BVA-undersøgelsen), først og fremmest er det righoldige programudbud og ikke muligheden for tillige at kunne modtage de almene kanaler, således som sagsøgerne har gjort gældende, ikke svækker Kommissionens konstatering. For så vidt de almene kanalers programmer er en styrkelse af TPS-udbuddet, bidrager de også til at gøre udbuddet mere attraktivt. Som fastslået ovenfor i præmis 59, fremgår det endvidere af de samme markedsundersøgelser, at en væsentlig del af de adspurgte har udtalt, at de har besluttet sig til at tegne et TPS-abonnement for at kunne modtage de almene kanalers udsendelser uden problemer.

1 — Fortrolige oplysninger, der er udeladt.

- 62 Hvad for det tredje angår sagsøgernes argument om, at det forhold, at CanalSatellite og AB-Sat har kunnet lanceres på markedet uden eksklusive rettigheder til distribution af de almene kanaler, er uden betydning i den foreliggende sag, skal det bemærkes, at denne oplysning er blevet givet af Kommissionen for at påvise, at de almene kanaler ikke udgør »en særskilt programkategori og [ikke kan] tilbyde et indhold, der er af afgørende betydning for betalings-tv« (106. betragtning til den anfægtede beslutning). Denne oplysning er ganske vist ikke af særlig stor betydning for afgørelsen af, om eksklusivitetsklausulen er konkurrencebegrænsende, men den gør det dog muligt at fastslå, at eksklusivitetsklausulen rent objektivt ikke er nødvendig for oprettelsen af TPS, således at bestemmelsen ikke kan anses for en accessorisk begrænsning (jf. i denne retning nedenfor i præmis 118 ff.).
- 63 Endelig må Retten forkaste de faktuelle argumenter, sagsøgerne har fremført for at påvise, at eksklusivitetsklausulen i modsætning til, hvad Kommissionen har anført i den anfægtede beslutning, ikke medfører, at »TPS' konkurrenter [nægtes] adgang til attraktive programmer«.
- 64 Det er nemlig åbenbart, at da kun TPS har ret til at distribuere de almene kanaler som følge af sine eksklusive rettigheder, nægtes TPS' konkurrenter adgang til programmer, som mange franske seere anser for attraktive.
- 65 Ej heller har sagsøgerne fremlagt oplysninger til støtte for deres påstand om, at det ikke kan udelukkes, at de almene kanaler nægter at blive distribueret af de øvrige digitale pakker.
- 66 Sagsøgerne har således ikke godtgjort, at Kommissionen har bygget sin konstatering af, at eksklusivitetsklausulen udgør en konkurrencebegrænsning i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, på et fejlskøn.

67 Dette klagepunkt må derfor forkastes.

— Klagepunktet om fejlagtig anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1 (undladelse af at anvende en »rule of reason«)

Parternes argumenter

- 68 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen burde have fulgt en »rule of reason« ved anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, i stedet for at anvende bestemmelsen abstrakt. Ifølge en sådan »rule of reason« er en konkurrencebegrænsende praksis ikke omfattet af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, såfremt den pågældende praksis har flere positive end negative følger for konkurrencen på et bestemt marked. Sagsøgerne er af den opfattelse, at Domstolen allerede har bekræftet, at der i Fællesskabets konkurrenceret er mulighed for at anvende en »rule of reason« (Domstolens dom af 8.6.1982, sag 258/78, Nungesser og Eisele mod Kommissionen, Sml. s. 2015, og af 6.10.1982, sag 262/81, Coditel m.fl., Sml. s. 3381, præmis 20). Sagsøgerne har endvidere hævdet, at i modsætning til, hvad Kommissionen har udtalt, er begge disse domme relevante i den foreliggende sag, fordi oprettelsen af TPS også er sket under særlige omstændigheder og på et særligt marked.
- 69 Sagsøgerne har gjort gældende, at anvendelsen af en »rule of reason« ville have ført til en konstatering af, at traktatens artikel 85, stk. 1, ikke finder anvendelse på eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler. Sagsøgerne har nemlig anført, at det indirekte kan udledes af Kommissionens argumentation vedrørende traktatens artikel 85, stk. 3, at disse klausuler ikke begrænser konkurrencen på det franske marked for betalings-tv, men tværtimod fremmer en sådan konkurrence, idet de giver en ny operatør adgang til et marked, som hidtil har været domineret af én operatør, nemlig CanalSatellite og dets moderselskab

Canal+, idet AB-Sat's programudbud ikke kan siges at være egentlig konkurrerende, men snarere supplerer Canal+'s udbud.

- 70 Ifølge sagsøgerne er der så meget desto større grund til at konkludere, at traktatens artikel 85, stk. 1, ikke finder anvendelse på eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler, som dette synspunkt støttes af Domstolens praksis. Heraf fremgår nemlig, dels at en eneforhandlingsaftale skal gøres til genstand for en økonomisk vurdering og ikke nødvendigvis er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1 (Domstolens dom af 30.6.1966, sag 56/65, Société technique minière, Sml. 1965-1968, s. 211, org.ref.: Rec. s. 337), dels at en enerettighed til at trænge ind på et nyt marked ikke er omfattet af forbuddet i denne artikel (dommen i sagen Nungesser og Eisele mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 68, og Société technique minière-dommen; mere generelt om rækkevidden af traktatens artikel 85, stk. 1 og 3, jf. Domstolens dom af 12.12.1995, sag C-399/93, Oude Luttikhuis m.fl., Sml. I, s. 4515, præmis 10, og Rettens dom af 14.5.1997, sag T-77/94, VGB m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 759, præmis 140, og dommen i sagen European Night Services m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 34, præmis 136).

- 71 Kommissionen bestrider, at den har tilsidesat traktatens artikel 85, stk. 1, ved ikke som foreslået af sagsøgerne at anvende en »rule of reason« i sin behandling af foreneligheden af eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler med denne bestemmelse.

Rettens bemærkninger

- 72 Ifølge sagsøgerne indebærer eksistensen af en »rule of reason« i Fællesskabets konkurrenceret, at der ved anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, skal foretages en afvejning af en aftales konkurrencefremmende og konkurrencebe- grænsende virkninger for at afgøre, om aftalen er omfattet af forbuddet i nævnte

artikel. Men det skal indledningsvis bemærkes, at i modsætning til, hvad sagsøgerne har hævdet, har Fællesskabets retsinstanser ikke bekræftet eksistensen af en sådan regel som sådan. Tværtimod har Domstolen og Retten i flere domme omhyggeligt anført, at det er tvivlsomt, at der eksisterer en »rule of reason« i Fællesskabets konkurrenceret (jf. Domstolens dom af 8.7.1999, sag C-235/92 P, Montecatini mod Kommissionen, Sml. I, s. 4539, præmis 133 (»Maksimen 'rule of reason', selv om den måtte antages at have sin plads inden for rammerne af traktatens artikel 85, stk. 1«) og Rettens dom af 10.3.1992, sag T-14/89, Montedipe mod Kommissionen, Sml. II, s. 1155, præmis 265, og af 6.4.1995, sag T-148/89, Tréfilunion mod Kommissionen, Sml. II, s. 1063, præmis 109).

- 73 Det skal endvidere fremhæves, at den fortolkning af traktatens artikel 85, stk. 1, der ønskes anvendt af sagsøgerne, er vanskeligt forenelig med bestemmelsens normative opbygning.
- 74 I traktatens artikel 85, stk. 3, gives nemlig udtrykkeligt mulighed for at fritage konkurrencebegrænsende aftaler, såfremt disse opfylder en række betingelser, bl.a. aftaler, som er nødvendige for at opnå visse mål, og som ikke giver virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer. Kun i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, kan der ske en afvejning af en begrænsnings konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende aspekter (jf. i denne retning Domstolens dom af 28.1.1986, sag 161/84, Pronuptia, Sml. s. 353, præmis 24, Rettens dom af 15.7.1994, sag T-17/93, Matra Hachette mod Kommissionen, Sml. II, s. 595, præmis 48, og dommen i sagen European Night Services m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 34, præmis 136). Traktatens artikel 85, stk. 3, ville miste en stor del af sin effektive virkning, hvis en sådan afvejning allerede skulle finde sted i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1.
- 75 Det er rigtigt, at Domstolen og Retten i en række domme har udtalt sig til fordel for en mere fleksibel fortolkning af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1 (jf. bl.a. dommene i sagerne Société technique minière og Oude Luttikhuis, nævnt ovenfor i præmis 70, Nungesser og Eisele mod Kommissionen samt Coditel m.fl.,

nævnt ovenfor i præmis 68, Pronuptia-sagen, nævnt ovenfor i præmis 74, og sagen European Night Services m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 34, samt Domstolens dom af 15.12.1994, sag C-250/92, DLG, Sml. I, s. 5641, præmis 31-35).

- 76 Disse domme kan dog ikke fortolkes således, at de bekræfter eksistensen af en »rule of reason« i Fællesskabets konkurrenceret. Dommene er snarere udtryk for en bredere retspraksis, hvorefter en aftale, der indskrænker handlefriheden for parterne eller en af disse, ikke ud fra en fuldstændig abstrakt vurdering og uden forskel nødvendigvis skal anses for at falde ind under forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1. Ved undersøgelsen af, om denne bestemmelse finder anvendelse på en aftale, er det nemlig nødvendigt at tage hensyn til aftalens konkrete anvendelsesområde, især den økonomiske og retlige sammenhæng, de pågældende virksomheder indgår i, de produkter/tjenesteydelser, der er tale om i aftalen, samt til, hvorledes det pågældende marked er opbygget og reelt fungerer (jf. bl.a. dommen i sagen European Night Services m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 34, præmis 136, dommen i sagen Oude Luttikhuis m.fl., nævnt ovenfor i præmis 70, præmis 10, dommen i sagen VGB m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 70, præmis 140, samt Domstolens dom af 28.2.1991, sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935, præmis 31).
- 77 Ved en sådan fortolkning undgås det nemlig, samtidig med at den normative opbygning af traktatens artikel 85, og især den effektive virkning af artiklens stk. 3, respekteres, at forbuddet i artiklens stk. 1 helt abstrakt og uden forskel kommer til at omfatte alle aftaler, der indskrænker handlefriheden for parterne eller en af disse. Det skal dog fremhæves, at en sådan løsning ikke indebærer, at en aftales konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger skal afvises ved afgørelsen af, om forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, finder anvendelse.
- 78 Det skal derfor fastslås, at Kommissionen, i modsætning til hvad sagsøgerne har hævdet, i den anfægtede beslutning har anvendt traktatens artikel 85, stk. 1, korrekt på eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler, idet det kun

påhvilede Kommissionen at afveje disse forpligtelsers konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende aspekter i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3.

- 79 Kommissionen har derimod i overensstemmelse med retspraksis vurderet disse klausulers konkurrencebegrænsende karakter i deres økonomiske og retlige sammenhæng. Kommissionen har således med rette fastslået, at de almene kanaler tilbyder abonnenterne hos en betalings-tv-virksomhed attraktive programmer, og at eksklusivitetsklausulen medfører, at TPS' konkurrenter ikke får adgang til disse programmer (102.-107. betragtning til den anfægtede beslutning). Hvad angår klausulen om temakanaler har Kommissionen fastslået, at denne fører til en begrænsning af udbuddet af temakanaler på markedet i ti år (101. betragtning til den anfægtede beslutning).
- 80 Dette klagepunkt må således forkastes.

ii) Den subsidiære argumentation, hvorefter eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler udgør accessoriske begrænsninger

— Parternes argumenter

Begrebet accessorisk begrænsning

- 81 Hvad angår begrebet accessorisk begrænsning har sagsøgerne fundet det hensigtsmæssigt at henvise til Kommissionens *XXIV Beretning om konkurrencepo-*

litikken fra 1994 (s. 119, nr. 166), hvoraf det fremgår, at »konkurrencebegrænsninger i [...] joint ventures« er »begrænsninger, som udelukkende pålægges parterne eller deres joint venture (og ikke tredjeparter), som er objektivt nødvendige for, at det pågældende joint venture kan fungere, og som derfor per definition er et nødvendigt led i joint venture-samarbejdet«.

- 82 Sagsøgerne har også henvist til Kommissionens meddelelse af 16. februar 1993 om vurdering i forhold til EØF-traktatens artikel 85 af joint venture-selskaber oprettet i samarbejdsøjemed (EFT 1993 C 43, s. 2, herefter »meddelelsen om joint venture-selskaber oprettet i samarbejdsøjemed«), hvori Kommissionen har anført, at aftaler, »der er direkte forbundet med JV-selskabet og nødvendige for dets eksistens, skal vurderes sammen med JV-selskabet. Set i forhold til konkurrencereglerne betragtes de som accessoriske begrænsninger, forudsat at de udfylder en underordnet funktion i forhold til hovedformålet med JV-selskabet« (nr. 66).
- 83 Sagsøgerne har endvidere anført, at det fremgår af meddelelsen om joint venture-selskaber oprettet i samarbejdsøjemed, dels at en eksklusiv brugslicens tildelt et JV-selskab uden tidsbegrænsning er blevet betragtet som absolut nødvendig for JV-selskabets oprettelse og drift, dels at teorien om accessoriske begrænsninger som regel finder anvendelse, når der er tale om JV-selskaber, der indleder nye aktiviteter på områder, hvor de stiftende selskaber hverken er aktuelle eller potentielle konkurrenter (nr. 76 i meddelelsen om joint venture-selskaber oprettet i samarbejdsøjemed).
- 84 Ifølge sagsøgerne har Kommissionen i sine beslutninger været tro over for disse principper.
- 85 Sagsøgerne har nemlig gjort gældende, at Kommissionen i sin beslutning 94/895/EF af 15. december 1994 om en procedure i henhold til artikel 85 i EF-

traktaten og artikel 53 i EØS-aftalen (sag IV/34.768 — International Private Satellite Partners) (EFT L 354, s. 75, nr. 61) har fundet, at konkurrencebegrænsende bestemmelser skal anses for accessoriske, når de er nødvendige for joint venture-selskabet og ikke går ud over, hvad der kræves med henblik på oprettelse og drift af dette selskab (jf. ligeledes Kommissionens beslutning 97/39/EF af 18.12.1996 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og EØS-aftalens artikel 53 (sag IV/35.518 — Iridium) (EFT 1997 L 16, s. 87, nr. 48 ff.) samt Kommissionens beslutning af 6.4.1995 om en fusions forenelighed med det fælles marked i henhold til forordning nr. 4064/89 (sag IV/M.564 — Havas Voyages/American Express) (EFT C 117, s. 8)).

- 86 Sagsøgerne har i øvrigt gjort gældende, at de af Kommissionen nævnte beslutninger og domme generelt ikke har nogen relevans for den foreliggende sag.
- 87 Sagsøgerne har nemlig anført, at både Pronuptia-dommen (nævnt ovenfor i præmis 74) og Domstolens dom af 11. juli 1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen (Sml. s. 2545), vedrører kriterierne for anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1 og 3, uden at sige noget om problemet med accessoriske begrænsninger. Sagsøgerne har endvidere hævdet, at Kommissionens beslutning 87/100/EØF af 17. december 1986 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (sag IV/31.340 — Mitchell Cotts/Sofiltra) (EFT 1987 L 41, s. 31, nr. 23) ikke bidrager med noget nyt. Hvad angår Kommissionens beslutning 90/410/EØF af 13. juli 1990 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (sag IV/32.009 — Elopak/Metal Box-Odin) (EFT L 209, s. 15, nr. 31) finder sagsøgerne, at den bekræfter snarere end afkræfter det princip, der er knæsat i de af sagsøgerne påberåbte beslutninger.
- 88 Endelig finder sagsøgerne, at i modsætning til hvad Kommissionen og intervenienten antyder, skal kvalificeringen af en klausul som en accessorisk begrænsning ikke bygge på en abstrakt analyse af klausulen, men på en grundig markedsanalyse.

- 89 Sagsøgerne har endvidere fremhævet, at Kommissionen har foretaget en sådan undersøgelse i den anfægtede beslutning. De har desuden noteret, at samtlige de beslutninger og domme, der er nævnt af intervenienten, viser, at der ved kvalificeringen af de »accessoriske begrænsninger« er taget hensyn til markeds-sammenhængen. Således har Domstolen i dommen i sagen Remia m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 87, i betragtning af sagens omstændig-heder nægtet at kvalificere en konkurrenceklausul, der skulle gælde i over fire år, som accessorisk begrænsning. I Kommissionens beslutning 1999/329/EF af 12. april 1999 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85 og 86 og EØS-aftalens artikel 53 og 54 (sag IV/D-1/30.373 — P & I Clubs-IGA og sag IV/D -1/37.143 — P & I Clubs) (EFT L 125, s. 12) er det efter en gennemgang af priserne og salgsbetingelserne på genforsikringsmarkedet fastslået, at den fælles indgåelse af genforsikringskontrakter i den pågældende sag var en accessorisk begrænsning. I Kommissionens beslutning 1999/574/EF af 27. juli 1999 om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag IV/36.581 — Télécom Développement) (EFT L 218, s. 24, herefter »Télécom Développement-beslutningen«) har Kommissionen foretaget en økonomisk og konkurrencemæssig vurdering af selskabet Télécom Développement's stilling på taletelefonimarkedet og konkluderet, at de anmeldte bestemmelser kunne kvalificeres som accessoriske begrænsninger. Endelig er det også på baggrund af de særlige omstændigheder i sagen, at Kommissionen i beslutning 97/39 har kvalificeret de anmeldte bestemmelser som accessoriske begrænsninger.
- 90 Kommissionen har med støtte fra intervenienten bestridt sagsøgernes fortolkning af begrebet accessorisk begrænsning.

Konsekvenserne af kvalificeringen som accessorisk begrænsning

- 91 Sagsøgerne har gjort gældende, at det fremgår såvel af Kommissionens publikationer som af dens beslutningspraksis, at forpligtelser, der kvalificeres som accessoriske begrænsninger, skal behandles på samme måde som hoved-transaktionen.

- 92 Sagsøgerne har nemlig påpeget, at Kommissionen i sin *XXIV Beretning om konkurrencepolitikken* har fremhævet, at accessoriske begrænsninger ikke »vurderes [...] særskilt efter artikel 85, stk. 1, hvis selve joint venturet ikke er i strid med artikel 85, stk. 1, eller kan fritages efter artikel 85, stk. 3. Normalt kan accessoriske begrænsninger kun accepteres i et begrænset tidsrum, men når der er tale om et joint venture, vil de almindeligvis kunne godkendes i hele dets levetid«. Sagsøgerne har ligeledes henvist til, at Kommissionen i sin meddelelse om joint venture-selskaber oprettet i samarbejdsøjemed har anført, at »hvis JV-selskabet som sådant ikke falder ind under artikel 85 stk. 1, falder supplerende aftaler, som ganske vist isoleret set er konkurrencebegrænsende, men skal betragtes som accessoriske i den ovenfor angivne betydning, heller ikke ind under kartelforbuddet« (nr. 67), og at de »skal vurderes sammen med JV-selskabet« (nr. 66).
- 93 Sagsøgerne har endvidere udtalt, at Kommissionen har anvendt disse principper i sine beslutninger. Således har Kommissionen i 62. betragtning til beslutning 94/895 anført, at såfremt joint venture-selskabet ikke falder inden for anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1, gør de omtvistede bestemmelser det heller ikke (jf. ligeledes beslutning 97/39, 48. betragtning).
- 94 Kommissionen har fremhævet, at selv om det er rigtigt, at den retlige konsekvens af anvendelsen af begrebet accessorisk begrænsning er, at kontraktbestemmelser, der egentlig er konkurrencebegrænsende og kan påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart, falder uden for anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, betyder dette dog ikke, at der for disse bestemmelser nødvendigvis udstedes en negativattest med samme varighed som hovedtransaktionen. Ifølge Kommissionen fremgår det nemlig af dommen i sagen *Remia m.fl. mod Kommissionen*, der er nævnt ovenfor i præmis 87, og af den anfægtede beslutning, at en begrænsnings varighed kan være et afgørende parameter ved vurderingen af, om begrænsningen er accessorisk eller ej.

Kvalificering af eksklusivitetsklausulen som accessorisk begrænsning

- 95 Sagsøgerne finder, at der ikke er tvivl om, at Kommissionen burde have kvalificeret eksklusivitetsklausulen som accessorisk begrænsning.
- 96 I betragtning af Canal+'s dominerende stilling, især på markedet for senderrettigheder til franske og amerikanske film, er denne eksklusivitet nemlig ifølge sagsøgerne det eneste middel til at få adgang til det franske marked for betalings-tv og forblive på markedet med et attraktivt programudbud. Denne fordels helt særegne karakter fremgår ligeledes af, at det er TPS' aktionærer, der har indrømmet TPS fordelene vederlagsfrit for alle parter for at sikre TPS succes på dette marked.
- 97 Ifølge sagsøgerne er det hovedargument, Kommissionen fremfører for at bestride eksklusivitetsklausulens accessoriske karakter, nemlig at det ville være muligt at oprette en virksomhed inden for sektoren for digitalt tv via satellit, selv om virksomheden ikke får eksklusive rettigheder til at distribuere de fire almene kanaler, forkert. Sagsøgerne havde nemlig, da de besluttede at oprette TPS, ingen — og har endnu meget få — eksklusive senderrettigheder til film og sport, således at deres eneste våben i konkurrencen var (og stadig er) den eksklusive distribution af de almene kanaler. Denne klausul er således direkte forbundet med oprettelsen af TPS og er nødvendig for TPS' funktion.
- 98 Kommissionen har bestridt, at den har begået en skønsfejl ved ikke at kvalificere eksklusivitetsklausulen som accessorisk begrænsning.

Kvalificering af klausulen om temakanaler som accessorisk begrænsning

- 99 Sagsøgerne finder, at Kommissionen har begået en skønsfejl ved ikke at kvalificere klausulen om temakanaler som accessorisk begrænsning.
- 100 Ifølge sagsøgerne har Kommissionen nemlig ikke taget hensyn til, at denne klausul var helt nødvendig for at oprette og drive TPS, idet denne fortrinsret til anpartshavernes kanaler og programmer samt forkøbsretten var TPS' eneste middel til at skaffe sig temakanaler, især i betragtning af den særdeles stærke stilling, Canal+-koncernen har på markedet for temakanaler.
- 101 I denne forbindelse finder sagsøgerne det nyttigt at henvise til Kommissionens beslutning 1999/573/EF af 20. maj 1999 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (sag IV/36.592 — Cégétel +4) (EFT L 218, s. 14, herefter »Cégétel-beslutningen«) og Télécom Développement-beslutningen. Dels vedrører disse beslutninger nemlig konkurrencesituationer, der har mange lighedspunkter med konkurrencesituationen i den foreliggende sag, dvs. markeder, der er domineret af en historisk operatør, dels tager Kommissionen i disse beslutninger stilling til klausuler, der kan sammenlignes med klausulen om temakanaler, idet der i Télécom Développement-beslutningen er tale om en klausul om fortrinsadgang til en infrastruktur, mens der i Cégétel-beslutningen er tale om en klausul, hvorefter joint venture-selskabets deltagere er privilegerede leverandører. Sagsøgerne har gjort opmærksom på, at Kommissionen i modsætning til, hvad den har besluttet i den foreliggende sag, ikke har tøvet med at kvalificere disse klausuler som accessoriske begrænsninger og behandle dem på nøjagtig samme måde som joint venture-selskabet (jf. ligeledes beslutning 1999/329).

- 102 Kommissionen har bestridt, at den har begået en skønsfejl ved ikke at kvalificere klausulen om temakanaler som accessorisk begrænsning.

— Rettens bemærkninger

- 103 For det første skal rækkevidden af begrebet accessorisk begrænsning i Fællesskabets konkurrenceret afgrænses og konsekvenserne af en sådan kvalificering præciseres. Herefter skal de således fastlagte principper anvendes på eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler for at afgøre, om Kommissionen som hævdet af sagsøgerne har begået en skønsfejl ved ikke at kvalificere disse forpligtelser som accessoriske begrænsninger.

Begrebet accessorisk begrænsning

- 104 I Fællesskabets konkurrenceret omfatter begrebet accessorisk begrænsning enhver begrænsning, der har direkte forbindelse med og er nødvendig for en hovedtransaktion [jf. i denne retning Kommissionens meddelelse af 14.8.1990 om accessoriske begrænsninger i forbindelse med virksomhedssammenslutninger (EFT C 203, s. 5, herefter »meddelelsen om accessoriske begrænsninger«, punkt I), meddelelsen om joint venture-selskaber oprettet i samarbejdsøjemed (nr. 65) samt artikel 6, stk. 1, litra b), og artikel 8, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 4064/89].
- 105 Kommissionen har i sin meddelelse om accessoriske begrænsninger med rette anført, at der ved begrænsninger, der hænger direkte sammen med en hovedtransaktion, skal forstås begrænsninger, der er af underordnet karakter i forhold

til denne transaktions gennemførelse, og som har åbenbar sammenhæng med gennemførelsen af transaktionen (punkt II 4).

- 106 Hvad angår betingelsen om, at begrænsningen skal være nødvendig, er der to aspekter, der skal undersøges. Det skal nemlig undersøges, dels om begrænsningen er objektivt nødvendig for gennemførelsen af hovedtransaktionen, dels om begrænsningen står i rimeligt forhold til transaktionen (jf. i denne retning dommen i sagen Remia m.fl. mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 87, præmis 20; jf. tillige punkt II 5 og II 6 i meddelelsen om accessoriske begrænsninger).
- 107 Med hensyn til, om en begrænsning er objektivt nødvendig, skal det bemærkes, at da det ikke kan antages, at der i Fællesskabets konkurrenceret indgår en »rule of reason«, jf. præmis 72 ff., vil det være forkert som led i kvalificeringen af de accessoriske begrænsninger at fortolke betingelsen om objektiv nødvendighed som noget, der indebærer en afvejning af en aftales konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger. En sådan afvejning kan nemlig alene ske i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3.
- 108 Denne holdning kan begrundes med både nødvendigheden af at respektere den effektive virkning af traktatens artikel 85, stk. 3, og hensynet til konsekvensen. Når traktatens artikel 85, stk. 1, ikke indebærer en gennemgang af en hovedbegrænsnings positive og negative virkninger for konkurrencen, må det samme nødvendigvis gøre sig gældende for de ledsagende begrænsninger.
- 109 Således kan undersøgelsen af, om en begrænsning er objektivt nødvendig i forhold til hovedtransaktionen, som Kommissionen med rette har hævdet, ikke undgå at blive forholdsvis abstrakt. Det gælder ikke om at undersøge, om begrænsningen i betragtning af konkurrencesituationen på det pågældende

marked er nødvendig for hovedtransaktionens kommercielle succes, men om at afgøre, om begrænsningen, hvis man ser snævert på hovedtransaktionen, er nødvendig for at gennemføre denne transaktion. Hvis hovedtransaktionen viser sig vanskelig eller umulig at gennemføre uden begrænsningen, kan begrænsningen anses for objektivt nødvendig for transaktionens gennemførelse.

- 110 Domstolen har således i dommen i sagen Remia m.fl. mod Kommissionen, der er nævnt ovenfor i præmis 87 (præmis 19) fastslået, at en konkurrenceklausul er objektivt nødvendig for gennemførelsen af en virksomhedsoverdragelse, for så vidt det uden en sådan klausul, »og såfremt sælgeren og køberen fortsat konkurrere[r] efter overdragelsen, er [...] klart, at aftalen om virksomhedsoverdragelsen ikke kunne gennemføres. Sælgeren, som kender den overdragede virksomheds karakteristika særlig godt, ville bevare muligheden for på ny at tiltrække sin tidligere kundekreds umiddelbart efter overdragelsen og således forårsage, at denne virksomhed ikke blev levedygtig«.
- 111 Kommissionen har også i sin beslutningspraksis haft lejlighed til at fastslå, at en række begrænsninger er objektivt nødvendige for gennemførelsen af visse transaktioner. Hvis begrænsningerne ikke vedtages, kan den pågældende transaktion nemlig »ikke gennemføres eller kan i hvert fald kun gennemføres under mere risikobetonede vilkår, med betydelig højere omkostninger, over en meget længere periode eller med langt færre chancer for et heldigt udfald« (punkt II 5 i meddelelsen om accessoriske begrænsninger; jf. ligeledes eksempelvis beslutning 90/410, betragtning 22 ff.).
- 112 I modsætning til, hvad sagsøgerne har hævdet, fremgår det ikke af nogen af de forskellige beslutninger, sagsøgerne har henvist til, at Kommissionen har foretaget en undersøgelse af konkurrencen for at kunne kvalificere de pågældende

klausuler som accessoriske begrænsninger. Tværtimod viser disse beslutninger, at Kommissionens undersøgelse har været forholdsvis abstrakt. Således hedder det i 77. betragtning til beslutning 1999/329:

»En aftale om fordeling af erstatningsansvar kan i virkeligheden ikke fungere tilfredsstillende uden mindst et dækningsniveau, som er vedtaget af alle deltagerne. Ingen deltager ville nemlig være villig til at dele et højere erstatningsansvar, der rejses mod poolen af andre klubber, end det ansvar, den selv kan få betalt via poolen.«

- 113 Hvis en begrænsning er objektivt nødvendig for gennemførelsen af en hovedtransaktion, skal det stadig undersøges, om begrænsningens varighed og saglige og geografiske anvendelsesområde går ud over det, der er nødvendigt for at gennemføre den nævnte transaktion. Hvis begrænsningens varighed eller anvendelsesområde går ud over det, der er nødvendigt for at gennemføre transaktionen, skal begrænsningen vurderes særskilt i forhold til traktatens artikel 85, stk. 3 (jf. i denne retning Rettens dom af 2.7.1992, sag T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening mod Kommissionen, Sml. II, s. 1931, præmis 78).
- 114 Endelig skal det bemærkes, at når vurderingen af en bestemt forpligtelses accessoriske karakter i forhold til en hovedtransaktion kræver komplicerede økonomiske overvejelser i Kommissionen, begrænser Domstolen sin bedømmelse af overvejelsernes resultat til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder materielt er rigtige, samt om der foreligger en klar faktisk vildfarelse eller magtfordrejning (jf. i denne retning med hensyn til vurderingen af, hvor lang en varighed en konkurrenceklausul må have, den ovenfor i præmis 87 nævnte dom i sagen Remia m.fl. mod Kommissionen, præmis 34).

Følgerne af kvalificeringen som accessorisk begrænsning

- 115 Hvis det fastslås, at en begrænsning er direkte forbundet med og nødvendig for gennemførelsen af en hovedtransaktion, skal denne begrænsnings forenelighed med konkurrencereglerne undersøges samtidig med undersøgelsen af hovedtransaktionens forenelighed med disse regler.
- 116 Når hovedtransaktionen ikke er omfattet af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, gælder det samme således for de begrænsninger, der er direkte forbundet med og nødvendige for denne transaktion (jf. i denne retning den ovenfor i præmis 87 nævnte dom i sagen Remia m.fl. mod Kommissionen, præmis 20). Hvis hovedtransaktionen derimod udgør en begrænsning i denne bestemmelses forstand, men er fritaget i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, gælder denne fritagelse ligeledes for de nævnte accessoriske begrænsninger.
- 117 Når begrænsningerne har direkte forbindelse med og er nødvendige for en fusions gennemførelse i forordning nr. 4064/89's forstand, fremgår det endvidere af såvel artikel 6, stk. 1, litra b), som artikel 8, stk. 2, andet afsnit, i denne forordning, at disse begrænsninger også er omfattet af Kommissionens beslutning om, at fusionen er forenelig med fællesmarkedet.

Kvalificering af eksklusivitetsklausulen som accessorisk begrænsning

- 118 Ud fra de i præmis 103-114 nævnte principper skal det undersøges, om Kommissionen i den foreliggende sag har begået en åbenbar skønsfejl ved ikke at kvalificere eksklusivitetsklausulen som en begrænsning, der er accessorisk til oprettelsen af TPS.

- 119 Sagsøgerne finder, at eksklusivitetsklausulen er accessorisk til oprettelsen af TPS, for så vidt som denne klausul, da selskabet ikke har eksklusive senderrettigheder til nogen af de vigtige film eller sportsbegivenheder, er nødvendig, for at TPS kan trænge ind på det franske marked for betalings-tv.
- 120 Det skal dog indledningsvis bemærkes, at den omstændighed, at eksklusivitetsklausulen skulle være nødvendig for at give TPS mulighed for at etablere sig permanent på dette marked, er uden betydning for, om den nævnte klausul kan betegnes som en accessorisk begrænsning.
- 121 Som nævnt ovenfor i præmis 106, falder sådanne overvejelser om, hvorvidt begrænsningen er nødvendig i betragtning af konkurrencesituationen på det pågældende marked, nemlig ikke ind under undersøgelsen af begrænsningens accessoriske karakter. Sådanne overvejelser kan kun undersøges i forhold til traktatens artikel 85, stk. 3 (jf. i denne forbindelse den ovenfor i præmis 74 nævnte Pronuptia-dom, præmis 24, og den ovenfor i præmis 113 nævnte dom i sagen Dansk Pelsdyravlerforening mod Kommissionen, præmis 78).
- 122 Endvidere skal det bemærkes, at selv om sagsøgerne i den foreliggende sag har kunnet føre tilstrækkeligt bevis for, at eksklusivitetsklausulen var direkte forbundet med oprettelsen af TPS, har de derimod ikke godtgjort, at den eksklusive distribution af de almene kanaler var objektivt nødvendig for denne transaktion. Det skal i denne forbindelse påpeges, at som Kommissionen med rette har fremhævet, kan et selskab, der er aktivt på markedet for betalings-tv, meget vel lanceres i Frankrig uden at have de eksklusive rettigheder til at distribuere de almene kanaler. Sådan er situationen for CanalSatellite og AB-Sat, de to andre operatører på dette marked.

- 123 Selv om det antages, at eksklusivitetsklausulen objektivt set var nødvendig for oprettelsen af TPS, har Kommissionen ikke begået en åbenbar skønsfejl ved at vurdere, at denne begrænsning ikke stod i rimeligt forhold til målet.
- 124 Eksklusivitetsklausulen har nemlig fra starten en varighed på ti år. Men som Kommissionen fastslår i 134. betragtning til den anfægtede beslutning, synes en sådan varighed at være overdreven, da »TPS [skal] have etableret sig inden da«. Det er nemlig ret sandsynligt, at TPS' konkurrencemæssige handicap især hvad angår adgang til eksklusive senderrettigheder til film og sport efterhånden vil blive mindre (jf. i denne retning 133. betragtning til den anfægtede beslutning). Det kan således ikke udelukkes, at den eksklusive distribution af de almene kanaler, som oprindeligt havde til formål at styrke TPS' konkurrencemæssige stilling på markedet for betalings-tv, eventuelt efter nogle år vil gøre det muligt for TPS helt at eliminere konkurrencen på dette marked.
- 125 Eksklusivitetsklausulen står også i misforhold til målet, for så vidt som den fratager TPS' aktuelle og potentielle konkurrenter enhver mulighed for at få adgang til programmer, der betragtes som attraktive af et stort antal franske seere (jf. i denne retning Oude Luttikhuis m.fl.-dommen, nævnt ovenfor i præmis 70, præmis 16). Endvidere øges misforholdet af eksistensen af områder med dårlige modtageforhold, idet de seere, der bor i disse områder, og som ønsker at tegne abonnement hos et betalings-tv-selskab, som også distribuerer de almene kanaler, ikke har andre muligheder end TPS.
- 126 Derfor må det fastslås, at Kommissionen ikke har begået en åbenbar skønsfejl ved ikke at kvalificere eksklusivitetsklausulen som en begrænsning, der er accessorisk til oprettelsen af TPS.

127 Denne del af sagsøgenes argumentation må derfor forkastes.

Kvalificering af klausulen om temakanaler som accessorisk begrænsning

128 Ud fra de principper, der er nævnt i præmis 103-114, skal ligeledes undersøges, om Kommissionen i den foreliggende sag har begået en åbenbar skønsfejl ved ikke at kvalificere klausulen om temakanaler som accessorisk begrænsning.

129 I denne forbindelse skal det bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede beslutning (101. betragtning) har anført:

»Man kan spørge sig selv, om anpartshavernes forpligtelse til i første række at tilbyde TPS deres temakanaler ikke er en bestemmelse, der er accessorisk til oprettelsen af platformen. Ikke desto mindre fører denne forpligtelse, der gælder i ti år, til en begrænsning af udbuddet af temakanaler og tv-tjenester. Den pågældende klausul falder derfor ind under anvendelsesområdet for artikel 85, stk. 1.«

130 Det fremgår af denne betragtning, at det primært er på grund af klausulens forholdsvist langvarige negative indvirkning på tredjeparters situation, at Kommissionen har nægtet at kvalificere den som accessorisk begrænsning.

- 131 Men sagsøgerne, som bærer bevisbyrden i denne henseende, har ikke fremlagt nogen oplysninger, der modsiger denne vurdering.
- 132 Sagsøgerne har nemlig blot hævdet, at de temakanaler, de driver eller har oprettet, som følge af CanalSatellite's eksklusivitetspolitik er de eneste, som TPS har adgang til, således at den omtvistede klausul er nødvendig, for at TPS kan overleve. Selv om det antages, at denne påstand er korrekt, kan sådanne overvejelser om TPS' konkurrencemæssige situation ikke tages i betragtning ved vurderingen af, om klausulen kan kvalificeres som accessorisk begrænsning. Som nævnt ovenfor i præmis 107-112, skal vurderingen af, om klausulen er objektivt nødvendig, ske uden hensyntagen til konkurrencesituationen.
- 133 Da markedet for markedsføring af temakanaler endvidere er i kraftig udvikling (65. betragtning til den anfægtede beslutning), har Kommissionen ikke begået en åbenbar skønsfejl ved at vurdere, at TPS-aktionærernes forpligtelse til at give TPS fortrinsret til deres temakanaler i ti år går ud over det, der var nødvendigt for at oprette TPS.
- 134 Endelig er det, som Kommissionen med rette har fremhævet, med urette, at sagsøgerne henviser til Cégétel- og Télécom Développement-beslutningerne, idet disse vedrører andre faktiske situationer. TPS' situation kan således ikke sammenlignes med situationen for en nyttilkommen på et marked, der domineres af et historisk monopolselskab, og som kræver adgang til en vigtig infrastruktur. Canal+ har nemlig ikke et historisk monopol på markedet for markedsføring af temakanaler, og adgangen til dette marked kræver ikke adgang til en vigtig infrastruktur. Endvidere havde de klausuler, der blev gennemgået i Cégétel- og Télécom Développement-beslutningerne, ikke til følge at fratage tredjeparter enhver adgang til aktionærernes tjenester. Der var blot tale om en fortrinsstilling.

135 Derfor finder Retten ikke, at Kommissionen har begået en åbenbar skønsfejl ved ikke at kvalificere klausulen om temakanaler som en begrænsning, der er accessorisk til oprettelsen af TPS.

136 Denne del af sagsøgenes subsidiære argumentation må således forkastes.

iii) Konklusion

137 I betragtning af det ovenfor anførte må dette anbringende forkastes.

b) Andet anbringende om tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 3

i) Argumentet om fejlagtig anvendelse af de fritagelseskriterier, der er fastlagt i traktatens artikel 85, stk. 3

Parternes argumenter

138 Sagsøgerne har for det første gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat traktatens artikel 85, stk. 3, idet den ved anvendelsen af denne bestemmelse har

taget hensyn til overvejelser om konkurrencen på markedet for betalings-tv, som ifølge sagsøgerne henhører under artikel 85, stk. 1.

- 139 Sagsøgerne har herefter påpeget, at ifølge retspraksis (Rettens dom af 11.7.1996, forenede sager T-528/93, T-542/93, T-543/93 og T-546/93, Métropole télévision m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 649, præmis 114) skal de faktorer, Kommissionen tager hensyn til ved anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 3, være relevante og vedrøre denne artikel. Men ifølge sagsøgerne har Kommissionen i stedet for at undersøge, om eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler, som Kommissionen fandt strider mod traktatens artikel 85, stk. 1, opfyldte betingelserne for fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, i virkeligheden undersøgt, om oprettelsen af TPS på markedet opfyldte disse betingelser.
- 140 Kommissionen har bestridt, at den har anvendt de fritagelseskriterier, der er fastlagt i traktatens artikel 85, stk. 3, forkert.

Rettens bemærkninger

- 141 Hvad angår sagsøgernes argumenter, hvorefter Kommissionen skal afveje en begrænsnings konkurrencefremmende og konkurrencebegrænsende virkninger i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, og ikke traktatens artikel 85, stk. 3, skal Retten henvise til bemærkningerne i præmis 72 ff.

- 142 Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen har benyttet en korrekt fremgangsmåde ved undersøgelsen af, om fritagelsesbetingelserne var opfyldt hvad angår eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler, skal det for det første bemærkes, at Kommissionen i modsætning til, hvad sagsøgerne har hævdet, har undersøgt, om disse betingelser var opfyldt for hver af de to klausuler.
- 143 Hvad angår betingelsen om, at klausulerne skal bidrage til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, har Kommissionen således fastslået, at denne betingelse var opfyldt, idet »[eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler] ved at favorisere en vellykket lancering af en ny platform på markedet for betalings-tv gør [...] det muligt for en ny operatør at komme ind på markedet og udvider udbuddet af betalings-tv-tjenester for de franske seere« (114. betragtning til den anfægtede beslutning).
- 144 Klausulerne er også til fordel for forbrugerne, idet de fører til en »forøgelse af udbuddet og udviklingen af nye tjenester på grundlag af ny teknologi« (118. betragtning til den anfægtede beslutning) og til en »meget [intens] konkurrence mellem denne platform og CanalSatellite/Canal+ [...] efter oprettelsen af TPS« (119. betragtning til den anfægtede beslutning).
- 145 Med hensyn til de omtvistede klausulers nødvendige karakter har Kommissionen bl.a. fastslået, at »[u]den fortrinsret til disse [tema]kanaler ville TPS have været nødt til selv at redigere et stort antal kanaler, hvilket ville have forøget de allerede meget høje omkostninger ved at lancere platformen betydeligt« (122. betragtning til den anfægtede beslutning), og at »eksklusiv distribution af almene kanaler er et

attraktivt produkt og et element, der adskiller TPS' udbud fra de andre selskabers, og at det således er absolut nødvendigt, for at TPS kan komme ind på det franske marked for betalings-tv« (132. betragtning til den anfægtede beslutning).

146 Det er rigtigt, at Kommissionen i forbindelse med den fjerde betingelse i traktatens artikel 85, stk. 3, nemlig at der ikke gives mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer, ikke udtrykkeligt har henvist til eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler. Kommissionen har blot fastslået, at »TPS-aftalen [...] langt fra [udelukker] konkurrencen, men styrker den tværtimod« (135. betragtning til den anfægtede beslutning). Det fremgår imidlertid indirekte af Kommissionens analyse, at den for at nå frem til denne konklusion har taget hensyn til disse klausuler og fundet, at de var absolut nødvendige for TPS' succes.

147 For det andet skal det bemærkes, at selv om Kommissionen med rette har fundet, at eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler ikke kan anses for begrænsninger, der er accessoriske til oprettelsen af TPS, jf. de grunde, der er nævnt ovenfor i præmis 118-137, har disse begrænsninger dog direkte forbindelse med denne transaktion. Derfor skulle undersøgelsen af, om de forskellige betingelser i traktatens artikel 85, stk. 3, er opfyldt, foretages i forhold til den hovedtransaktion, som disse klausuler er knyttet til.

148 Det skal i øvrigt påpeges, at sagsøgerne i deres argumentation i denne forbindelse modsiger sig selv. De har nemlig hævdet, dels at Kommissionen burde have betragtet disse klausuler som begrænsninger, der er accessoriske til oprettelsen af TPS, dels at Kommissionen — helt uafhængigt af hovedtransaktionen — burde have undersøgt, om betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, var opfyldt for så vidt angår klausulerne.

- 149 Denne selvmodsigelse skyldes en fejlfortolkning af begrebet accessorisk begrænsning. Ifølge sagsøgerne skal en begrænsning, hvis den ikke kan kvalificeres som accessorisk begrænsning, nødvendigvis behandles særskilt. Men som nævnt ovenfor i præmis 147, tager en sådan opfattelse imidlertid ikke hensyn til, at selv om nogle begrænsninger, der er direkte forbundet med en transaktion, ikke kan kvalificeres som accessoriske begrænsninger, fordi de enten ikke er objektivt nødvendige eller står i misforhold til det tilstræbte mål, nemlig at gennemføre hovedtransaktionen, er de pågældende begrænsninger dog stadig uadskilleligt forbundne med hovedtransaktionen. Derfor er det helt normalt, at begrænsningerne analyseres under hensyntagen til den økonomiske og retlige baggrund for hovedtransaktionen.
- 150 Denne del af sagsøgernes argumentation må derfor forkastes.

ii) Argumentet om en skønsfejl ved vurderingen af varigheden af den individuelle fritagelse

Parternes argumenter

- 151 Sagsøgerne finder, at Kommissionen har skønnet forkert, når den i den anfægtede beslutning har fundet, at varigheden af fritagelsen for eksklusivitetsklausulen skulle fastsættes til tre år. Ifølge sagsøgerne er Kommissionens begrundelser for dette, nemlig dels at begrænsningen kun er absolut nødvendig for TPS i lanceringsperioden, dels at denne absolutte nødvendighed vil blive mindre med tiden, efterhånden som TPS skaffer abonnenter og får erfaringer med betalings-tv og således kan forbedre sit udbud, fejlagtige.

- 152 Ifølge sagsøgerne vil nødvendigheden af de eksklusive rettigheder ikke blive mindre, men tværtimod vokse i betragtning af den uindtagelige stilling, Canal+ koncernen har på markedet. Sagsøgerne har gjort gældende, at uden de eksklusive rettigheder til distribution af de almene kanaler vil TPS' overlevelse være i fare.
- 153 I denne forbindelse finder sagsøgerne grund til at henvise til Cégétel-beslutningen, hvorved en bestemmelse om eneret til distribution af visse telefonitjenester er blevet fritaget for en tiårig periode, bl.a. med den begrundelse, at det er nødvendigt med en meget lang fritagelse, hvis Cégétel skal indtjene sine investeringer i telekommunikationstjenester.
- 154 Sagsøgerne finder ligeledes, at Kommissionen har begået en skønsfejl ved at begrænse varigheden af fritagelsen for klausulen om temakanaler til tre år, dvs. en periode svarende til lanceringsperioden. Sagsøgerne er nemlig af den opfattelse, at denne klausul er nødvendig ikke blot i lanceringsperioden som hævdet af Kommissionen, men i hele driftsperioden, idet denne klausul er den eneste måde, hvorpå TPS kan sikre sig temakanaler.
- 155 Kommissionen har bestridt, at den har begået en skønsfejl ved at fastsætte fritagelsens varighed til tre år.

Rettens bemærkninger

- 156 Det skal for det første bemærkes, at Kommissionen efter fast retspraksis ved udøvelsen af sine beføjelser i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, nødvendigvis skal anlægge vanskelige økonomiske vurderinger, hvilket indebærer, at

domstolsprøvelsen af disse vurderinger især må begrænse sig til en undersøgelse af rigtigheden af de faktiske omstændigheder og Kommissionens henførelse af disse under gældende ret (jf. bl.a. Domstolens dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, på s. 260, org.ref.: Rec. s. 429, på s. 501, og dommen i sagen Matra Hachette mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 74, præmis 104).

- 157 Dette princip gælder bl.a. for så vidt angår Kommissionens afgørelse af, hvor længe en begrænsning anses for at være nødvendig (den ovenfor i præmis 87 nævnte dom i sagen Remia m.fl. mod Kommissionen, præmis 34).
- 158 For det andet skal det erindres, at Retten i dommen i sagen Matra Hachette mod Kommissionen, der er nævnt ovenfor i præmis 74 (i præmis 104) har fastslået: »Det påhviler de virksomheder, der har anmeldt aftalen, over for Kommissionen at godtgøre, at betingelserne i artikel 85, stk. 3, er opfyldt [Domstolens dom af 17.1.1984, sag 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19], idet denne forpligtelse i forbindelse med sagen for Retten skal ses i lyset af den pligt, sagsøgeren har til at påvise forhold, der kan rejse tvivl om Kommissionens vurdering.«
- 159 Det må dog fastslås, at sagsøgerne blot har hævdet, at Kommissionen har begået en skønsfejl, idet nødvendigheden af de eksklusive rettigheder ikke vil blive mindre, således som Kommissionen har fastslået i 133. betragtning til den anfægtede beslutning, men tværtimod vokse i betragtning af den uindtagelige stilling, Canal+-koncernen har på markedet. Med hensyn til klausulen om temakanaler har sagsøgerne gjort gældende, at klausulen er nødvendig for at sikre TPS kanaler af denne type. De har imidlertid ikke fremlagt noget bevis for

rigtigheden af denne påstand, som desuden ikke tager hensyn til udviklingen på markedet. Endelig har sagsøgerne ikke bestridt nogen af de faktiske oplysninger, ud fra hvilke Kommissionen dels har fundet, at disse klausuler ikke kunne undgå at blive mindre nødvendige med tiden, dels har konkluderet, at tre år var den minimale periode, hvor TPS havde behov for klausulerne (134. betragtning til den anfægtede beslutning).

160 For det tredje skal Retten bemærke, at det er med urette, at sagsøgerne har henvist til Cégétel-beslutningen. Som Kommissionen med rette har fremhævet, er det nemlig i denne beslutning alene eneretten til at distribuere visse produkter, der er blevet fritaget, og denne distribution udgjorde kun en mindre del af Cégétel's aktiviteter, mens de eksklusive rettigheder til distribution af de almene kanaler udgør et væsentligt element i TPS' udbud.

161 Det skal således fastslås, at Kommissionen ikke har begået nogen åbenbar skønsfejl ved at begrænse fritagelsen til tre år.

162 Denne del af sagsøgernes argumentation må følgelig forkastes.

iii) Konklusion

163 I betragtning af det ovenfor anførte må dette anbringende forkastes.

2. Anbringendet vedrørende den anfægtede beslutnings artikel 2, nærmere bestemt om tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet

Parternes argumenter

- 164 Sagsøgerne finder, at Kommissionen ved at udstede en negativattest af kun tre års varighed med den begrundelse, at konkurrenceklausulen kun kan kvalificeres som en begrænsning, der er accessorisk til oprettelsen af TPS, i lanceringsperioden, ikke har overholdt de regler, den har formuleret i sin *XXIV Beretning om konkurrencepolitikken*. Kommissionen har nemlig i dette dokument, der forpligter den, anført, at »når der er tale om et joint venture, vil [accessoriske begrænsninger] almindeligvis kunne godkendes i hele dets levetid« (s. 119, nr. 166).
- 165 Ifølge sagsøgerne fremgår det af retspraksis (Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711, og af 10.3.1992, sag T-9/89, Hüls mod Kommissionen, Sml. II, s. 499), at Kommissionen ved ikke i den foreliggende sag at have overholdt denne regel har tilsidesat retssikkerhedsprincippet.
- 166 Sagsøgerne har anført, at Kommissionens holdning i den foreliggende sag er så meget mere kritisabel, som den nævnte regel, som det fremgår af Cégétel- og Télécom Développement-beslutningerne, stadig er aktuel. I disse beslutninger er

to konkurrenceklausuler nemlig blevet kvalificeret som accessoriske begrænsninger og er blevet behandlet på samme måde som joint venture-selskabet.

- 167 Kommissionen har bestridt, at den har tilsidesat retssikkerhedsprincippet eller begået en skønsfejl ved at vurdere, at konkurrenceklausulen kun i lanceringsperioden, dvs. i de tre første år, udgør en accessorisk begrænsning.

Rettens bemærkninger

- 168 Indledningsvis skal Retten bemærke, at det fremgår dels af det uddrag af *XXIV Beretning om konkurrencepolitikken*, der citeres af sagsøgerne, og hvorefter accessoriske begrænsninger »almindeligvis [vil] kunne godkendes i hele [joint ventures] levetid«, dels af den konkrete baggrund for citatet, nemlig en gennemgang af oprettelsen af fem joint venture-selskaber i forsknings- og udviklingssektoren, at den del af beretningen, som dette uddrag er taget fra, ikke indeholder strenge regler for, hvornår Kommissionen kan kvalificere en forpligtelse som accessorisk begrænsning. Der er snarere tale om en redegørelse for en række principper, som Kommissionen normalt følger ved sin undersøgelse af visse klausuler, som den anser for accessoriske til en hovedtransaktion.

- 169 I modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, kan den foreliggende sag således ikke sammenlignes med den sag, der gav anledning til dommen i sagen *Hercules Chemicals mod Kommissionen*, og som er nævnt ovenfor i præmis 165. I denne sag havde Kommissionen nemlig gennem sin årlige beretning om konkurrencepolitikken meddelt en række regler om aktindsigt i konkurrencesager, som den havde pålagt sig selv.

- 170 Det fremgår i øvrigt af det af sagsøgerne citerede uddrag af *XXIV Beretning om konkurrencepolitikken*, at uddraget blot er en næsten ordret gengivelse af de principper, Kommissionen har fastlagt i nr. 67 i meddelelsen om joint venture-selskaber oprettet i samarbejdsøjemed. Som det klart fremgår af denne meddelelse, er den dog kun vejledende, idet den viser, hvorledes Kommissionen kan anvende teorien om accessoriske begrænsninger i praksis.
- 171 Sagsøgerne kan således ikke påberåbe sig ovennævnte uddrag for at godtgøre, at Kommissionen har tilsidesat retssikkerhedsprincippet til skade for sagsøgerne.
- 172 Dette anbringende må derfor forkastes.
- 173 Da samtlige sagsøgernes anbringender er blevet forkastet, skal Kommissionen frifindes.

Sagens omkostninger

- 174 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, første afsnit, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgerne har tabt sagen, dømmes de til i overensstemmelse med Kommissionens og intervenientens påstande ud over deres egne omkostninger at betale Kommissionens og intervenientens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RET TEN (Tredje Afdeling)

- 1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

- 2) Sagsøgerne bærer deres egne omkostninger og betaler Kommissionens og intervenientens omkostninger.

Azizi

Lenaerts

Jaeger

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 18. september 2001.

H. Jung

J. Azizi

Justitssekretær

Afdelingsformand

II - 2517

Indhold

Sagens baggrund	II-2466
A — Beskrivelse af transaktionen	II-2466
B — Berørte markeder og markedsstruktur	II-2467
1. Det franske marked for betalings-tv	II-2467
2. Markedet for opkøb af senderrettigheder, bl.a. til film og sport	II-2469
3. Markedet for markedsføring og udnyttelse af temakanaler	II-2469
C — Anmeldelse og anmeldte aftaler	II-2470
1. Konkurrenceklausulen	II-2471
2. Klausulen om temakanaler	II-2472
3. Eksklusivitetsklausulen	II-2472
D — Den anfægtede beslutning	II-2473
Retsforhandlinger og parternes påstande	II-2474
Retlige bemærkninger	II-2476
A — Formaliteten	II-2476
Parternes argumenter	II-2476
Rettens bemærkninger	II-2477
B — Realiteten	II-2479
1. Anbringenderne om annullation af den anfægtede beslutnings artikel 3	II-2480
a) Første anbringende om tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1	II-2480
i) Det principale argument, hvorefter eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler ikke udgør konkurrencebegrænsninger i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand	II-2480
— Klagepunktet om fejlskøn	II-2481
Parternes argumenter	II-2481
Rettens bemærkninger	II-2483
— Klagepunktet om fejlagtig anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1 (undladelse af at anvende en »rule of reason«)	II-2486
Parternes argumenter	II-2486
Rettens bemærkninger	II-2487

ii) Den subsidiære argumentation, hvorefter eksklusivitetsklausulen og klausulen om temakanaler udgør accessoriske begrænsninger	II-2490
— Parternes argumenter	II-2490
Begrebet accessorisk begrænsning	II-2490
Konsekvenserne af kvalificeringen som accessorisk begrænsning . . .	II-2493
Kvalificering af eksklusivitetsklausulen som accessorisk begrænsning	II-2495
Kvalificering af klausulen om temakanaler som accessorisk begrænsning	II-2496
— Rettens bemærkninger	II-2497
Begrebet accessorisk begrænsning	II-2497
Følgerne af kvalificeringen som accessorisk begrænsning	II-2501
Kvalificering af eksklusivitetsklausulen som accessorisk begrænsning	II-2501
Kvalificering af klausulen om temakanaler som accessorisk begrænsning	II-2504
iii) Konklusion	II-2506
b) Andet anbringende om tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 3	II-2506
i) Argumentet om fejlagtig anvendelse af de fritagelseskriterier, der er fastlagt i traktatens artikel 85, stk. 3	II-2506
Parternes argumenter	II-2506
Rettens bemærkninger	II-2507
ii) Argumentet om en skønsfejl ved vurderingen af varigheden af den individuelle fritagelse	II-2510
Parternes argumenter	II-2510
Rettens bemærkninger	II-2511
iii) Konklusion	II-2513
2. Anbringendet vedrørende den anfægtede beslutnings artikel 2, nærmere bestemt om tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet	II-2514
Parternes argumenter	II-2514
Rettens bemærkninger	II-2515
Sagens omkostninger	II-2516