

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen)
den 18 september 2001 *

I mål T-112/99,

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

Suez-Lyonnaise des eaux, Nanterre (Frankrike),

France Télécom, Paris (Frankrike),

företrädna av advokaten D. Théophile, med delgivningsadress i Luxemburg,

och

Télévision française 1 SA (TF1), Paris, företrätt av advokaterna P. Dunaud och
P. Elsen, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företräd av E. Gippini Fournier och
K. Wiedner, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: franska.

med stöd av

CanalSatellite, Paris, företrätt av advokaterna L. Cohen-Tanugi och F. Brunet, med delgivningsadress i Luxemburg,

intervenient,

angående en talan om ogiltigförklaring av artiklarna 2 och 3 i kommissionens beslut 1999/242/EG av den 3 mars 1999 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (IV/36.237 — TPS) (EGT L 90, s. 6),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden J. Azizi samt domarna K. Lenaerts och M. Jaeger,

justitiesekreterare: byrådirektören D. Christensen,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 18 januari 2001,

följande

Dom

Bakgrund

A — *Beskrivning av transaktionen*

- 1 Detta ärende avser kommissionens beslut 1999/242/EG av den 3 mars 1999 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (ärende nr IV/36.237 — TPS) (EGT L 90, s. 6) (nedan kallat det ifrågasatta beslutet) om bildandet av företaget Télévision par satellite (nedan kallat TPS) vars ändamål är att ta fram, utveckla och erbjuda — digitalt och via satellit — ett programutbud och avgiftsbelagda TV-tjänster som riktar sig till franskspråkiga TV-tittare i Europa (punkt 76 i det ifrågasatta beslutet).
- 2 Företaget bildades som ett handelsbolag (SNC) enligt fransk lag av sex stora franska företag verksamma inom sektorn för television (Métropole Télévision (M6), Télévision Française 1 SA (TF1), France 2 och France 3) och sektorn för telekommunikation och kabeldistribution (France Télécom och Suez-Lyonnaise des eaux). Företaget är en ny aktör på marknader som sedan länge starkt domineras av en aktör, nämligen Canal+ och dess dotterbolag CanalSatellite.

B — *De berörda marknaderna och deras struktur*

3 Av det ifrågasatta beslutet framgår att betal-TV-marknaden är den produktmarknad som främst har påverkats av att TPS bildats (punkterna 23 och 25 i det ifrågasatta beslutet). Bildandet av företaget berör vidare marknaden för förvärv av sändningsrättigheter och marknaden för saluföring av temakanaler.

4 Vad beträffar den berörda geografiska marknaden har svaranden i det ifrågasatta beslutet gjort gällande att dessa olika marknader, vid den tidpunkt då detta beslut fattades, borde ha bedömts på nationell basis, vilket innebär att de i det aktuella fallet skulle ha begränsats till Frankrike (punkterna 40—43 i det ifrågasatta beslutet).

1. *Den franska marknaden för betal-TV*

5 Som framgår av punkt 25 i det ifrågasatta beslutet utgör denna marknad och gratis-TV-marknaden (även kallad okodad TV) separata produktmarknader. Den affärsförbindelse som i det senare fallet finns mellan utsändare och annonsör, motsvaras i fråga om betal-TV av en affärsförbindelse mellan utsändare och TV-tittaren i egenskap av abonnent. Konkurrensvillkoren är följaktligen olika på dessa två marknader.

- 6 Av det ifrågasatta beslutet framgår även att betal-TV-marknaden vid den tidpunkt då detta beslut fattades omfattade de tre olika teknikerna för återutsändning (via marksändare, satellit eller kabel) och att dessa tre tekniker för återutsändning inte utgjorde separata marknader (övervägande 30 i det ifrågasatta beslutet).

- 7 Den äldsta aktören på betal-TV-marknaden i Frankrike är Canal+. Kanalen är välkänd i Frankrike och har genom sin långa erfarenhet från detta område också fördelen av ett stort kunnande i fråga om administration av betal-TV-tjänster (övervägande 44 i det ifrågasatta beslutet). Koncernen Canal+ är också verksam inom sektorn för kabeldistribution, eftersom koncernen äger kabelnätet NumériCâble. Genom sitt dotterbolag CanalSatellite tillhandahåller Canal+ även en utbud av digitala betal-TV-kanaler via satellit (nedan kallat digitalt utbud) (punkt 46 i det ifrågasatta beslutet). Av det ifrågasatta beslutet framgår att sett ”till antalet abonnenter hade koncernen Canal+, med premiumkanalen Canal+, CanalSatellite och kabelnätet NumériCâble, i slutet av juni 1998 omkring 70 % av den franska betal-TV-marknaden” (punkt 47).

- 8 Den franska koncernen AB, vars verksamhet framför allt består av programproduktion och försäljning av sändningsrättigheter, lanserade i april 1996 ytterligare en aktör på betal-TV-marknaden, företaget AB-Sat. I slutet av juni 1998 hade AB-Sat 100 000 abonnenter (punkt 49 i det ifrågasatta beslutet).

- 9 I slutet av juli 1998 hade företaget TPS 457 000 abonnenter och räknade med att ha 600 000 abonnenter i slutet av det året (punkt 50 i det ifrågasatta beslutet).

2. *Marknaden för förvärv av sändningsrättigheter, framför allt till film och sport*

- 10 Filmer och sport är de mest populära produkterna inom betal-TV. Det är följaktligen nödvändigt att förvärva sändningsrättigheter till sådana program för att ett utbud skall bli tillräckligt tilltalande för att nya abonnenter skall lockas att betala för TV-tjänsterna (punkt 34 i det ifrågasatta beslutet).
- 11 Av det ifrågasatta beslutet framgår att TPS främsta konkurrenter på marknaden, framför allt vad gäller att förvärva sändningsrättigheter till amerikanska och franska filmer samt sportevenemang, är Canal+ och de temakanaler i vilka Canal+ är delägare (punkt 58 i det ifrågasatta beslutet). I nämnda beslut påpekar kommissionen också att ”koncernen Canal+ har en särskilt stark ställning på denna marknad” och att företaget AB-Sat och de allmänna kanalerna också är verksamma på denna marknad (ovannämnda punkt).

3. *Marknaden för saluföring och drift av temakanaler*

- 12 Av det ifrågasatta beslutet framgår att temakanalerna är nödvändiga för att få till stånd ett tilltalande betal-TV-utbud. Vidare framgår att marknaden för saluföring och drift av temakanaler är snabbt växande i Frankrike, framför allt på grund av att den digitala tekniken har introducerats (punkterna 37—39 och 65—69 i det ifrågasatta beslutet).

- 13 Vad gäller frågan om hur marknaden är strukturerad konstateras följande i det ifrågasatta beslutet:

”Efter tillkomsten av satellitplattformar äger alla betal-TV-bolag aktier i de temakanaler som finns på marknaden. De främsta aktörerna på denna marknad äger i stort sett lika många aktier. Koncernen Canal+ är en viktig aktör eftersom den äger aktier i de äldsta kanalerna, som har den bästa täckningen via kabelnätet och flest abonnenter.” (Punkterna 67 och 68 i det ifrågasatta beslutet.)

C — Anmälan och de anmälda avtalen

- 14 Den första kontakten med svaranden angående bildandet av TPS togs sommaren 1996 inför en planerad anmälan enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 257, 1990, s. 13; svensk specialutgåva, tillägg, s. 16), senast ändrad genom rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 (EGT L 180, s. 1)) (punkt 1 i det ifrågasatta beslutet). Sedan svaranden underrättat de som deltog i bildandet av TPS om att detta företag inte var något samriskföretag i den bemärkelsen att delägarna hade gemensam kontroll över företaget, anmälde parterna den 18 oktober 1996 transaktionen i syfte att erhålla ett icke-ingripandebesked, eller alternativt, ett undantag enligt rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8) (ovannämnda punkt).
- 15 Parterna har anmält fyra avtal. De principer som gäller för driften av TPS beskrivs i avtalet av den 11 och 18 april 1996 (nedan kallat avtalet). Dessa principer konkretiseras och struktureras i ett senare bolagsavtal som under-

tecknades den 19 juni 1996 liksom i bolagsordningarna för TPS respektive TPSG, som undertecknades samma dag (punkt 70 i det ifrågasatta beslutet). Avtalen har en giltighetstid på tio år (punkt 71 i det ifrågasatta beslutet).

- 16 Det är framför allt tre klausuler i dessa avtal som har tilldragit sig svarandens uppmärksamhet i det ifrågasatta beslutet: konkurrensklausulen, klausulen om temakanaler och klausulen om ensamrätt.

1. Konkurrensklausulen

- 17 Denna klausul återfinns i artikel 11 i avtalet och i artikel 5.3 i det ovannämnda bolagsavtalet. Klausulen förtydligades på begäran av svaranden genom ett tillägg av den 17 september 1998 och lyder enligt följande:

”Parterna förbinder sig att, så länge de är aktieägare i TPS, varken direkt eller indirekt skaffa sig några som helst intressen i företag vars verksamhet eller uttalade mål utgörs av sändning och saluföring av ett utbud av avgiftsbelagda digitala program och audiovisuella tjänster via satellit riktade till de franskspråkiga hushållen i Europa, dock med undantag för intressen som parterna hade den dag då avtalen ingicks och med undantag för försäljning av nya program och tjänster som inte omfattas av avtalet med TPS.” (Punkt 77 i det ifrågasatta beslutet.)

2. Klausulen om temakanaler

- 18 Enligt artikel 6 i avtalet (under rubriken ”Digitala program och tjänster”) och artikel 5.4 i det ovannämnda bolagsavtalet har TPS förköpsrätt och rätt att i sista hand tacka nej till produkter från temakanaler och televisionstjänster som tillhandahålls av TPS aktieägare. Klausulen lyder enligt följande:

”I syfte att tillhandahålla TPS de program företaget behöver har var och en av parterna åtagit sig att ge TPS förköpsrätt till de program och tjänster som de sänder och driver eller för vilka de har den faktiska beslutanderätten inom ramen för det bolag som sammanställer dem liksom till de program och tjänster som de skapar. TPS har också rätt att i sista hand tacka nej eller att tacka ja, till de bästa villkor som erbjuds av konkurrenterna, till samtliga program och tjänster som dess aktieägare erbjuder tredje man. Om TPS tackar ja, med eller utan ensamrätt, skall företaget tillämpa sådana finansiella och avtalsmässiga villkor som minst motsvarar dem som skulle gälla för dessa program och tjänster någon annanstans.

När det gäller övertagandet av dessa kanaler och tjänster har TPS frihet att utifrån en egen bedömning bestämma om man vill ingå avtal om att införliva programmen och tjänsterna i sitt digitala utbud, med eller utan ensamrätt, men parterna bekräftar att målet är att TPS får ensamrätt till programmen och tjänsterna i sitt digitala utbud.” (Punkterna 78 och 79 i det ifrågasatta beslutet.)

3. Klausulen om ensamrätt

- 19 Enligt artikel 6 i avtalet skall TPS ha ensamrätt att sända de allmänna kanaler som har deltagit i bildandet och lanseringen av TPS, nämligen M6, TF1, France 2

och France 3 (punkt 81 i det ifrågasatta beslutet). TPS skall stå för de tekniska kostnaderna för transporten och sändningen, men inte betala någon ersättning till dessa kanaler (ovannämnda punkt).

D — *Det ifrågasatta beslutet*

- 20 Den 3 mars 1999 fattade svaranden det ifrågasatta beslutet.
- 21 Som framgår av artikel 1 i detta beslut fann svaranden på grundval av de uppgifter den hade tillgång till att den inte hade anledning att ingripa med stöd av artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG) i fråga om bildandet av TPS.
- 22 Vad gäller de avtalsklausuler som beskrivits ovan i punkterna 17—19 fann svaranden däremot att
- det under en treårsperiod, det vill säga till och med den 15 december 1999, saknades anledning att ingripa i fråga om konkurrensklausulen (artikel 2 i det ifrågasatta beslutet),

- klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler kunde beviljas ett undantag enligt artikel 83.3 i fördraget under tre år, det vill säga till och med den 15 december 1999 (artikel 3 i det ifrågasatta beslutet).

Förfarandet och parternas yrkanden

- 23 Sökandena väckte denna talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 10 maj 1999.
- 24 Genom en skrivelse som inkom till förstainstansrättens kansli den 5 november 1999 ansökte företaget CanalSatellite om att få intervensera i förfarandet till stöd för kommissionens yrkanden.
- 25 Den 31 januari 2000 beslöt ordföranden på förstainstansrättens tredje avdelning att bifalla denna interventionsansökan och att till viss del bifalla den begäran om konfidentiell behandling som sökandena framställt rörande vissa omständigheter i ansökan och tilläggen till denna.
- 26 Intervenienten inkom med sin interventionsinlägga den 24 mars 2000. Kommissionen, TF1 och M6 inkom med sina yttranden angående denna inlägga den 4, 5 respektive 8 maj 2000.

27 Förstainstansrätten (tredje avdelningen) beslutade på grundval av referentens rapport att inleda det muntliga förfarandet. Inom ramen för de processledningsåtgärder som föreskrivs i artikel 64 i förstainstansrättens rättegångsregler anmodade förstainstansrätten parterna att besvara vissa frågor. Svaranden anmodades att inkomma med en handling. Parterna efterkom dessa anmodanden inom den föreskrivna fristen.

28 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 18 januari 2001.

29 Sökandena har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara artiklarna 2 och 3 i det ifrågasatta beslutet, samt

— förplikta svaranden och intervenienten att solidariskt ersätta rättegångskostnaderna.

30 Svaranden och intervenienten har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, samt

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

A — *Huruvida talan kan tas upp till sakprövning*

Parternas argument

- 31 Svaranden har åberopat, och härvidlag fått stöd av intervenienten, att sökandenas talan inte kan upptas till sakprövning. Svaranden har påpekat att det av fast rättspraxis framgår att det endast är möjligt att väcka talan mot rättsakter som kan ge upphov till tvingande rättsverkningar som påverkar sökandenas intressen. Svaranden har även framhållit att det följer av förstainstansrättens dom av den 17 september 1992 i mål T-138/89, NBV och NVB mot kommissionen (REG 1992, s. II-2181, punkt 31) samt av den 22 mars 2000 i de förenade målen T-125/97 och T-127/97, Coca-Cola mot kommissionen (REG 2000, s. II-1733, punkt 79), att det enbart är själva beslutet i rättsakten som kan ge upphov till rättsverkningar, och följaktligen gå någon emot. Lagenligheten av skälen i beslutet i fråga kan endast prövas av gemenskapsdomstolarna i den utsträckning som de, i egenskap av skäl till grund för en rättsakt som går någon emot, utgör ett nödvändigt stöd för beslutet.
- 32 Svaranden har gjort gällande att ett beslut att lämna ett icke-ingripandebesked och bevilja ett undantag — vilket skedde genom det ifrågasatta beslutet — inte går den som beslutet riktar sig till emot. Den talan om ogiltigförklaring som sökanden har väckt skall följaktligen avvisas.
- 33 Svaranden anser att detta gäller i än högre grad eftersom samtliga rättsverkningar av det ifrågasatta beslutet har upphört sedan den 15 december 1999. Intresset av att förevarande mål prövas är således helt och hållet teoretiskt.

- 34 Sökandena har bestridit att förevarande talan inte kan upptas till sakprövning. De har framhållit att det ifrågasatta beslutet gav upphov till tvingande rättsverkningar som har påverkat deras intressen (domstolens dom av den 11 november 1981 i mål 60/81, IBM mot kommissionen, REG 1981, s. 2639, punkt 9; svensk specialutgåva, volym 6, s. 225), eftersom icke-ingripandebeskedet och undantaget endast beviljades för en period av tre år. Sökandena har vidare framhållit att det i förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services m.fl. mot kommissionen (REG 1998, s. II-3141) — som också rörde en talan om ogiltigförklaring av ett beslut om undantag som hade väckts av de som beviljats undantaget — ansågs att talan kunde upptas till sakprövning.

Förstainstansrättens bedömning

- 35 Förstainstansrätten erinrar om att enligt fast rättspraxis utgör åtgärder som har tvingande rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen genom att väsentligt förändra dennes rättsliga ställning rättsakter och beslut som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring i den mening som avses i artikel 173 i EG-fördraget (nu artikel 230 EG i ändrad lydelse) (domen i det ovannämnda målet IBM, punkt 9, domstolens dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. I-1375, punkt 62, förstainstansrättens dom av den 4 mars 1999 i mål T-87/96, Assicurazioni Generali och Unicredito mot kommissionen, REG 1999, s. II-203, punkt 37, samt domen i det ovan i punkt 31 nämnda målet Coca-Cola mot kommissionen, punkt 77).
- 36 Varje fysisk eller juridisk person kan väcka talan om ogiltigförklaring av ett beslut av en gemenskapsinstitution varigenom en klar och precis begäran från denna person inom den nämnda institutionens kompetensområde avslås helt eller delvis (se, för ett liknande resonemang avseende en begäran med stöd av artikel 3.2 b i förordning nr 17, domstolens dom av den 25 oktober 1977 i mål 26/76, Metro mot kommissionen, REG 1977, s. 1875, punkt 13; svensk specialutgåva 1977, s. 431). Om en begäran i en sådan situation avslås delvis eller helt ger detta upphov till tvingande rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen.

- 37 Förstainstansrätten skall mot bakgrund av dessa principer bedöma om förevarande talan om ogiltigförklaring kan upptas till sakprövning.
- 38 I förevarande mål anmälde sökandena till svaranden avtalen avseende bildandet av TPS och de begränsningar som sökandena ansåg vara accessoriska till denna transaktion. Syftet var att med stöd av artikel 2 i förordning nr 17 erhålla ett icke-ingripandebesked för avtalens fulla löptid, det vill säga för en period av tio år, eller, i andra hand, erhålla ett enskilt undantag för samma period med stöd av artikel 4.1 i samma förordning.
- 39 Av det ifrågasatta beslutet framgår emellertid att icke-ingripandebeskedet avseende konkurrensklausulen (artikel 2) och det enskilda undantaget avseende klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler (artikel 3) enbart beviljades för en period av tre år.
- 40 Av begränsningen av giltighetstiden för icke-ingripandebeskedet och undantaget i de ovannämnda artiklarna 2 och 3 följer att sökandena har kommit i åtnjutande av den rättssäkerhet som sådana beslut ger under en betydligt kortare period än den som ursprungligen avsågs. Sökandena har dessutom hävdats att detta även inverkat på beräkningen av avkastningen på de investeringar som gjordes före de anmälda avtalen ingicks, vilket svaranden inte har bestridit.
- 41 Denna del av det ifrågasatta beslutet ger upphov till tvingande rättsverkningar som kan påverka sökandenas intressen.
- 42 Att sökandena genom att på nytt anmäla de omtvistade begränsningarna eventuellt kan erhålla ett nytt icke-ingripandebesked eller ett nytt undantag för

en kortare, lika lång eller till och med längre period har ringa betydelse. Sökandena har inte kommit i åtnjutande av den rättssäkerhet som de skulle ha gjort om icke-ingripandebeskedet och undantaget i artikel 2 respektive 3 i det ifrågasatta beslutet hade beviljats för en period av tio år. Därigenom har sökandenas intressen utan tvivel påverkats av denna del av det ifrågasatta beslutet.

- 43 Förstainstansrätten konstaterar att den talan om ogiltigförklaring som sökandena har väckt, i motsats till ansökningarna i de fall som gav upphov till domarna i de ovan i punkt 31 nämnda målen NBV och NVB mot kommissionen samt Coca-Cola mot kommissionen, inte avser skälen i det ifrågasatta beslutet, utan själva beslutet. Sökandena har yrkat att artiklarna 2 och 3 i det ifrågasatta beslutet skall ogiltigförklaras. Det är visserligen riktigt att förstainstansrätten i domen i det ovannämnda målet NBV och NVB mot kommissionen (punkt 32) fastslog att ett icke-ingripandebesked "[uppfyller] kraven i ansökan och kan inte inverka på sökandens rättsliga ställning eller gå honom emot", men icke-ingripandebeskedet i det ärende som gav upphov till den nämnda domen hade lämnats för den period som parterna hade ansökt om. Som ovan påpekats har däremot icke-ingripandebeskedet i förevarande mål lämnats för tre år, medan sökandena hade ansökt om en period på tio år.
- 44 Av det ovan anförda framgår att talan kan tas upp till sakprövning.

B — *Prövning i sak*

- 45 Förstainstansrätten skall först pröva grunderna för att artikel 3 i det ifrågasatta beslutet skall ogiltigförklaras, det vill säga grunderna avseende klausulen om

ensamrätt och klausulen om temakanaler. Därefter skall förstainstansrätten pröva den grund som åberopats mot artikel 2 i det ifrågasatta beslutet, som rör konkurrensklausulen.

1. Huruvida artikel 3 i det ifrågasatta beslutet skall ogiltigförklaras

- 46 Vad gäller artikel 3 i det ifrågasatta beslutet har sökandena åberopat två grunder som avser felaktig tillämpning av bestämmelserna i artikel 85.1 och 85.3 i fördraget. Vad beträffar den första grunden har sökandena gjort gällande att svaranden har åsidosatt artikel 85.1 i fördraget, eftersom klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler inte innebär konkurrensbegränsningar i den mening som avses i denna artikel. Alternativt har artikel 85.1 åsidosatts eftersom de nämnda åtagandena måste anses vara accessoriska till bildandet av TPS. Som andra grund har sökandena gjort gällande att svaranden har åsidosatt artikel 85.3 i fördraget genom att tillämpa de villkor för undantag som föreskrivs i denna artikel på ett felaktigt sätt, samt genom att göra en oriktig bedömning avseende undantagets giltighetstid.

a) Den första grunden: Överträdelse av artikel 85.1 i fördraget

i) Argument som åberopats i första hand avseende att klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler inte innebär konkurrensbegränsningar i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget

- 47 Sökandena har gjort gällande att svaranden dels grundade sig på oriktiga bedömningar, dels tillämpade artikel 85.1 i fördraget felaktigt när den i det

ifrågasatta beslutet fastställde att klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler utgjorde konkurrensbegränsningar i den mening som avses i nämnda artikel.

48 Svaranden, med stöd av intervenienten, har bestridit dessa två invändningar.

— Huruvida bedömningarna var oriktiga

Parternas argument

49 Sökandena har hävdad att svaranden, för att fastställa att klausulen om ensamrätt var konkurrensbegränsande, i punkterna 102—107 i det ifrågasatta beslutet försökte påvisa att de allmänna kanalernas program var tilltalande för TV-tittare och att denna klausul ledde till att TPS konkurrenter inte fick tillgång till sådana program. Enligt sökandena grundar sig denna slutsats på oriktiga bedömningar.

50 Sökandena har för det första gjort gällande att påståendet att de allmänna kanalerna i TPS utbud är attraktiva på grund av att det förekommer skuggzoner i Frankrike, det vill säga områden där mottagningen av sändningar via marksändare är dålig eller rentav otillräcklig, är felaktigt. Enligt sökandena är uppgifterna i den studie som genomfördes av institutet Médiamétrie under november och december 1997 om uppföljning varannan månad av initialiseringsgraden (nedan kallad Médiamétrie-studien), vilken sökandena har åberopat, felaktiga och beaktar inte det faktum att nästan alla fransmän har tillgång till TF1, France 2

och France 3 under goda mottagningsförhållanden. Till stöd för detta påstående har sökandena vid förhandlingen gjort gällande dels att det i Médiamétrie-studien inte anges vilka metoder som har använts, dels att kvaliteten i sändningarna av TV-program från den franska televisionens kanaler kontrolleras vart femte år av Conseil supérieur de l'audiovisuel inom ramen för tillståndsförfarandet eller förfarandet vid förlängning av tillstånd.

- 51 Sökandena har för det andra gjort gällande, i motsats till vad svaranden antyder i det ifrågasatta beslutet, att det av marknadsundersökningar framgår att TV-publiken främst väljer TPS för det rika programutbudet, snarare än för den digitala mottagningen av de allmänna kanalerna.
- 52 Sökandena har för det tredje gjort gällande att svarandens påstående, att de två andra digitala utbudet (CanalSatellite och AB-Sat) har kunnat lanseras med framgång utan ensamrätt till de allmänna kanalerna, saknar relevans. Sökandena har hävdats att CanalSatellite drog fördel av ensamrätten till många filmer och sportevenemang när kanalen lanserades samt att kanalen fortfarande har ensamrätt till Canal+. Vidare har sökanden gjort gällande att AB-Sat startades för en annan del av marknaden.
- 53 Sökandena har slutligen gjort gällande, i motsats till vad svaranden har fastställt i det ifrågasatta beslutet, att förhållandet att de fyra allmänna kanalerna, som har 90 procent av den totala TV-publiken och omkring 75 procent av kabel-TV-publiken, sänds av TPS med ensamrätt inte nödvändigtvis innebär att konkurrenternas tillgång till programmen från dessa kanaler begränsas. Sökandena har påpekat att marknaden för okodad TV och marknaden för betal-TV är två skilda marknader och att ett sådant samband mellan orsak och verkan inte finns. Vidare är det enligt sökandena inte säkert, för det fall de fyra allmänna kanalerna inte skulle ha deltagit i bildandet av TPS, att de hade deltagit i ett annat digitalt utbud. Sökanden har för övrigt påpekat att det inte längre är möjligt för en ny aktör att ta sig in på den franska betal-TV-marknaden. Situationen i de övriga europeiska länderna, där en operatör innehar monopolställning på betal-TV-marknaden, visar att det förhåller sig på detta sätt.

- 54 Svaranden, med stöd av intervenienten, har bestridit att slutsatsen i det ifrågasatta beslutet att ensamrätten till de fyra allmänna kanalerna utgör en konkurrensbegränsning bygger på oriktiga bedömningar.

Förstainstansrättens bedömning

- 55 Förstainstansrätten finner att de faktiska omständigheter som sökandena har åberopat för att visa att svarandens slutsats, att klausulen om ensamrätt utgör en konkurrensbegränsning, bygger på oriktiga bedömningar antingen är felaktiga eller saknar relevans.

- 56 Förstainstansrätten kan inte, i brist på bevis, godta sökandenas påstående om att de uppgifter från Médiamétrie-studien som återges i punkt 104 i det ifrågasatta beslutet, rörande skuggzoner i Frankrike, är felaktiga och att nästan hela den franska TV-publiken har tillgång till TF1, France 2 och France 3 under goda mottagningsförhållanden.

- 57 Intervenienten har vid förhandlingen, utan att motsägas av sökandena, gjort gällande att Médiamétrie-institutet är det enda undersökningsinstitut i Frankrike som utarbetar tittarundersökningar, och att dessa undersökningar utgör en referenspunkt för alla franska TV-kanaler, framför allt för beräkning av reklamintäkter.

- 58 Vidare utgör inte de kontroller som Conseil supérieur de l'audiovisuel genomför vart femte år inom ramen för tillståndsförfarandet eller förfarandet vid förlängning av tillstånd ett bevis för att dessa uppgifter är felaktiga, vilket sökandena har

hävdad. Kontrollerna som nämnda organ genomför avser endast kvaliteten i utsändningarna från TV-kanalerna och inte kanalernas mottagningskvalitet hos den franska TV-publiken, en uppgift som sökandena för övrigt godtog vid förhandlingen.

- 59 Det skall även påpekas att förekomsten av omfattande skuggzoner i Frankrike, vilket framgår av Médiamétrie-studien, verkar bekräftas av den marknadsundersökning som sökandena inkommit med. Av denna studie framgår nämligen att [...] ¹ de tillfrågade personerna abonnerade på TPS "för att få en bra mottagning av de nationella kanalerna".
- 60 I det ifrågasatta beslutet har svaranden dessutom understrukit att siffrorna i Médiamétrie-studien endast fungerade som "vägledning, eftersom uppgifterna förutom de fyra allmänna kanalerna som TPS har ensamrätt till även omfattar Arte och la Cinquième, som 80,6 % av hushållen har tillgång till, samt Canal+ via marksändare, som omkring... hushåll tar emot under dåliga mottagningsförhållanden" (punkt 104 i det ifrågasatta beslutet).
- 61 Förstainstansrätten framhåller vidare att förhållandet att personer, enligt de olika marknadsundersökningar som begärts av TPS (bland annat BVA), främst abonnerar på TPS på grund av kanalens rika programutbud och inte för att även kunna motta allmänna kanaler, inte vederlägger svarandens slutsats. Programmen från de allmänna kanalerna berikar TPS programutbud och bidrar därigenom till att göra detta tilltalande. Som redan konstaterats ovan i punkt 59 framgår det av samma marknadsundersökningar att en betydande andel av de tillfrågade personerna uppgav att de hade bestämt sig för att abonnera på TPS för att få bra mottagning av de allmänna kanalerna.

1 — Konfidentiella uppgifter utelämnade.

- 62 Vad avser sökandenas påstående om att det förhållandet att CanalSatellite och AB-Sat hade kunnat lanseras på marknaden utan ensamrätt till de allmänna kanalerna saknar relevans i förevarande mål, påpekar förstainstansrätten att den uppgiften lades fram av svaranden för att visa att de allmänna kanalerna inte utgjorde "en särskild programkategori eller har ett programutbud som är oundgängligt för betal-TV" (punkt 106 i det ifrågasatta beslutet). Det är visserligen riktigt att denna uppgift är av relativt underordnad betydelse när det gäller att fastställa om klausulen om ensamrätt innebär en konkurrensbegränsning, men uppgiften gör det likväl möjligt att fastställa att denna klausul inte är objektivt nödvändig för bildandet av TPS, och att den därmed inte kan betecknas som en accessorisk begränsning (se, för ett liknande resonemang, nedan punkt 118 och följande punkter).
- 63 Förstainstansrätten godtar slutligen inte de faktiska omständigheter som sökanden har åberopat för att styrka att klausulen om ensamrätt, i motsats till kommissionens slutsats i det ifrågasatta beslutet, inte leder till att "TPS konkurrenter inte får tillgång till attraktiva program".
- 64 Det är uppenbart att TPS konkurrenter inte får tillgång till TV-program som anses tilltalande av en stor andel av den franska TV-publiken, eftersom TPS har ensamrätt till de allmänna kanalerna.
- 65 Sökanden har dessutom inte lämnat några uppgifter till stöd för sitt påstående att det är möjligt att de allmänna kanalerna inte skulle låta sig sändas av de övriga digitala utbudena.
- 66 Mot bakgrund av vad som anförts ovan, har sökandena inte visat att svaranden grundade sig på oriktiga bedömningar när den fastställde att klausulen om ensamrätt innebar en konkurrensbegränsning enligt artikel 85.1 i fördraget.

67 Denna invändning kan följaktligen inte godtas.

— Invändningen om felaktig tillämpning av artikel 85.1 i fördraget (underlåtenhet att tillämpa en skälighetsregel)

Parternas argument

68 Sökandena har gjort gällande att svaranden borde ha tillämpat artikel 85.1 i fördraget mot bakgrund av en skälighetsregel snarare än att tillämpa den på ett teoretiskt sätt. I enlighet med en sådan regel undgår ett konkurrensbegränsande beteende förbudet i artikel 85.1 i fördraget om de positiva följderna för konkurrensen på den aktuella marknaden är större än de negativa. Enligt svarandena har en sådan skälighetsregel i gemenskapens konkurrensrätt redan bekräftats av domstolen (domstolens domar av den 8 juni 1982 i mål 258/78, Nungesser och Eisele mot kommissionen, REG 1982, s. 2015, och av den 6 oktober 1982 i mål 262/81, Coditel m.fl., REG 1982, s. 3381, punkt 20, svensk specialutgåva, volym 6, s. 503). Sökandena har även gjort gällande att, i motsats till vad svaranden uppgivit, dessa båda domar är relevanta i förevarande mål eftersom bildandet av TPS skedde under omständigheter och på en marknad med speciella särdrag.

69 Sökandena har gjort gällande att tillämpningen av en skälighetsregel skulle ha lett till slutsatsen att artikel 85.1 i fördraget inte kunde tillämpas med avseende på klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler. Enligt sökandena är det underförstått i svarandens resonemang om artikel 85.1 i fördraget att dessa klausuler snarare befrämjar än begränsar konkurrensen på den franska betal-TV-marknaden, eftersom de gör det möjligt för en ny aktör att få tillträde till en marknad som tidigare dominerades av en enda operatör, nämligen CanalSatellite

och dess moderbolag Canal+ (utbudet från AB-Sat konkurrerar inte med utbudet från Canal+, utan utgör snarare ett komplement till detta).

- 70 Enligt sökandena gör sig resonemanget om att artikel 85.1 i fördraget inte kan tillämpas vad avser klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler än mer gällande mot bakgrund av domstolens rättspraxis. Av denna rättspraxis framgår att en klausul om ensamrätt till försäljning måste bli föremål för en ekonomisk värdering och omfattas inte nödvändigtvis av artikel 85.1 i fördraget (domstolens dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, Société technique minière, REG 1966, s. 337, svensk specialutgåva, volym 1, s. 251). Av domstolens praxis framgår även att en ensamrätt som beviljas i syfte att någon skall ta sig in på en ny marknad inte omfattas av förbudet i den nämnda artikeln (domen i det ovan i punkt 68 nämnda målet Nungesser och Eisele mot kommissionen och i det ovannämnda målet Société technique minière; mer allmänt om tillämpningsområdet för artikel 85.1 och 85.3 i fördraget, domstolens dom av den 12 december 1995 i mål C-399/93, Oude Luttikhuis m.fl., REG 1995, s. I-4515, punkt 10, och förstainstansrättens dom av den 14 maj 1997 i mål T-77/94, VGB m.fl. mot kommissionen, REG 1997, s. II-759, punkt 140, samt domen i det ovan i punkt 34 nämnda målet European Night Services m.fl. mot kommissionen, punkt 136).
- 71 Svaranden har bestridit att den åsidosatte artikel 85.1 i fördraget och underlät att tillämpa en skälighetsregel vid prövningen av om klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler var förenliga med nämnda bestämmelse, vilket sökandena har gjort gällande.

Förstainstansrättens bedömning

- 72 Att det finns en skälighetsregel i gemenskapens konkurrensrätt innebär enligt sökandena att det vid tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget skall göras en avvägning mellan ett avtals konkurrensbefrämjande respektive konkurrensbe-gränsande konsekvenser för att avgöra om avtalet omfattas av förbudet i denna artikel. Inledningsvis skall konstateras att gemenskapsdomstolarna, i motsats till

vad sökandena uppgivit, inte har bekräftat att det finns en sådan regel. Domstolen och förstainstansrätten har tvärtom i flera domar poängterat att det är tveksamt om en sådan skälighetsregel förekommer i gemenskapens konkurrensrätt (se domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-235/92 P, Montecatini mot kommissionen, REG 1999, s. I-4539, punkt 133 ("även för det fall att 'the rule of reason' kan anses ingå i artikel 85.1 i fördraget"), och förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-14/89, Montedipe mot kommissionen, REG 1992, s. II-1155, punkt 265, och av den 6 april 1995 i mål T-148/89, Tréfilunion mot kommissionen, REG 1995, s. II-1063, punkt 109).

73 Förstainstansrätten understryker vidare att en sådan tolkning av artikel 85.1 i fördraget som sökandena har förespråkade förefaller svårförenlig med det sätt på vilket bestämmelsen är uppbyggd.

74 I artikel 85.3 i fördraget föreskrivs uttryckligen att konkurrensbegränsande avtal kan undantas om de uppfyller vissa villkor, i synnerhet att de skall vara nödvändiga för att uppnå vissa mål och att de inte skall ge företag möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga. En avvägning mellan ett avtals konkurrensbefrämjande respektive konkurrensbegränsande konsekvenser får enbart göras inom de klara gränserna för denna bestämmelse (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 28 januari 1986 i mål 161/84, Pronuptia, REG 1986, s. 353, punkt 24, svensk specialutgåva, volym 8, s. 403, och förstainstansrättens dom av den 15 juni 1994 i mål T-17/93, Matra Hachette mot kommissionen, REG 1994, s. II-595, punkt 48, samt domen i det ovan i punkt 34 nämnda målet European Night Services m.fl. mot kommissionen, punkt 136). Artikel 85.3 i fördraget skulle förlora en stor del av sin ändamålsenliga verkan om en sådan avvägning skulle göras redan enligt artikel 85.1 i fördraget.

75 Det är riktigt att domstolen och förstainstansrätten i ett antal domar har uttryckt sig till förmån för en mer flexibel tolkning av förbudet i artikel 85.1 i fördraget (se särskilt domarna i de ovan i punkt 70 nämnda målen Société technique minière och Oude Luttikhuis m.fl., i de ovan i punkt 68 nämnda målen Nungesser och Eisele mot kommissionen och Coditel m.fl., i det ovan i punkt 74

nämnda målet Pronuptia, i det ovan i punkt 34 nämnda målet European Night Services m.fl. mot kommissionen, och domstolens dom av den 15 december 1994 i mål C-250/92, DLG, REG 1994, s. I-5641, punkterna 31—35).

- 76 Dessa domar skall emellertid inte tolkas som att de bekräftar att det finns en skälighetsregel i gemenskapens konkurrensrätt. De utgör snarare en del av en allmän tendens i rättspraxis att inte på ett teoretiskt och otydligt sätt anse att alla avtal som begränsar handlingsfriheten för en eller flera av parterna automatiskt omfattas av förbudet i artikel 85.1 i fördraget. För att avgöra om artikel 85.1 är tillämplig på ett avtal skall det konkreta sammanhang i vilket det har sin verkan beaktas, och särskilt det ekonomiska och rättsliga sammanhang i vilket de berörda företagen är verksamma, de varor och/eller tjänster som avses i detta avtal samt strukturen och de faktiska villkoren på marknaden (se särskilt domen i det ovan i punkt 34 nämnda målet European Night Services m.fl. mot kommissionen, punkt 136, domarna i de ovan i punkt 70 nämnda målen Oude Luttikhuis m.fl., punkt 10, och VGB m.fl. mot kommissionen, punkt 140, samt domstolens dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis, REG 1991, s. I-935, punkt 31, svensk specialutgåva, volym 11, s. 65).
- 77 Med denna tolkning beaktas det sätt på vilket artikel 85.1 i fördraget är uppbyggd och i synnerhet säkerställs den ändamålsenliga verkan av artikel 85.3 samtidigt som det förhindras att tillämpningsområdet för förbudet i artikel 85.3 på ett teoretiskt och otydligt sätt utvidgas till att omfatta alla avtal som begränsar handlingsfriheten för en eller flera av parterna. Det skall emellertid betonas att ett sådant synsätt inte fordrar att en avvägning görs mellan ett avtals konkurrensbefrämjande respektive konkurrensbegränsande konsekvenser för att avgöra om förbudet i artikel 85.1 i fördraget är tillämpligt.
- 78 Mot bakgrund av vad som anförts ovan fastställer förstainstansrätten att svaranden, i motsats till vad sökandena uppgivit, i det ifrågasatta beslutet har tillämpat artikel 85.1 i fördraget korrekt avseende klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler. Det ankom inte på svaranden att utanför de klara

gränserna för artikel 85.3 i fördraget göra en avvägning mellan de aktuella åtgärdernas konkurrensbefrämjande respektive konkurrensbegränsande aspekter.

- 79 Svaranden har däremot i enlighet med rättspraxis bedömt om dessa klausuler är konkurrensbegränsande mot bakgrund av det ekonomiska och rättsliga sammanhang där de förekommer. Svaranden har kommit fram till att de allmänna kanalerna erbjuder attraktiva program för ett betal-TV-företags abonnenter och att klausulen om ensamrätt fick till följd att TPS konkurrenter inte fick tillgång till sådana program (punkterna 102—107 i det ifrågasatta beslutet). Vad beträffar klausulen om temakanaler konstaterade svaranden att den innebar en begränsning av utbudet av sådana kanaler på denna marknad under tio år (punkt 101 i det ifrågasatta beslutet).
- 80 Denna invändning kan följaktligen inte godtas.

ii) Argument som åberopats alternativt avseende att klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler utgör accessoriska begränsningar

— Parternas argument

Begreppet accessorisk begränsning

- 81 Vad avser begreppet accessorisk begränsning har sökandena hänvisat till kommissionens 24:e rapport om konkurrenspolitiken från år 1994 (s. 120, punkt 166) vari framgår att ”konkurrensbegränsningar som avser samriskföre-

tag” utgörs av ”begränsningar som enbart rör parterna eller samriskföretaget (med undantag från utomstående) och som objektivt sett är nödvändiga för att verksamheten i samriskföretaget skall fungera; begränsningarna är följaktligen till sin natur en del av den planerade transaktionen”.

82 Sökandena har även hänvisat till kommissionens meddelande av den 16 februari 1993 om bedömningen av kooperativa samriskföretag enligt artikel 85 i EGFördraget (EGT C 43, 1993, s. 2, nedan kallat meddelandet om kooperativa samriskföretag). I detta meddelande konstaterade svaranden att avtal ”som har ett direkt samband med ett samriskföretag och är nödvändiga för att detta skall fungera, skall bedömas tillsammans med detta företag. Avtalen skall konkurrensrättsligt betraktas som accessoriska begränsningar i den mån de är underordnade det huvudsakliga målet med detta samriskföretag” (punkt 66).

83 Sökandena har även framhållit att det av meddelandet om kooperativa samriskföretag framgår dels att en ensamrätt som tilldelas ett samriskföretag för obegränsad tid har ansetts vara nödvändig för att bilda detta företag och för företagets verksamhet, dels att principen om accessoriska begränsningar i allmänhet är tillämplig i fråga om ett samriskföretag som bedriver ny verksamhet där grundarbolagen inte konkurrerar — eller kan tänkas börja konkurrera — med detta företag (punkt 76 i meddelandet om kooperativa samriskföretag).

84 Enligt sökandena har svaranden troget beaktat dessa principer i sin beslutspraxis.

85 Sökandena har gjort gällande att kommissionen i sitt beslut 94/895/EG av den 15 december 1994 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (IV/34.768 — International Private Satellite Partners)

(EGT L 354, s. 75, punkt 61) ansåg att konkurrensbegränsande klausuler skall betraktas som accessoriska om de är nödvändiga för samriskföretaget och inte är mer långtgående än vad som krävs för att bilda och driva detta företag (se även kommissionens beslut 97/39/EG av den 18 december 1996 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (IV/35.518 — Iridium) (EGT L 16, 1997, s. 87, punkt 48 och de följande punkterna), samt kommissionens beslut av den 6 april 1995 om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden (IV/M.564 — Havas Voyages mot American Express) (EGT C 117, s. 8)).

- 86 Sökandena har för övrigt vidhållit att de beslut och domar som åberopats av svaranden i allmänhet saknar relevans i förevarande mål.
- 87 Sökandena har gjort gällande att domen i målet Pronuptia (ovan punkt 74) och domstolens dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen (REG 1985, s. 2545; svensk specialutgåva 1985, s. 277), rör kriterierna för tillämpning av artikel 85.1 och 85.3 i fördraget, men att frågan om accessoriska begränsningar inte berörs i något av målen. Sökandena har vidare påpekat att kommissionens beslut 87/100/EEG av den 17 december 1986 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/31.340 — Mitchell Cotts mot Sofiflora) (EGT L 41, 1987, s. 31, punkt 23) inte tillför någonting nytt. Vad gäller kommissionens beslut 90/410/EEG av den 13 juli 1990 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget (IV/32.009 — Elopak mot Metal Box-Odin) (EGT L 209, s. 15, punkt 31) anser sökandena att det snarare bekräftar än vederlägger den princip som framkommit i de beslut som de har åberopat.
- 88 Sökandena har slutligen gjort gällande att det, i motsats till vad svaranden och intervenienten uppgett, fordras en grundlig analys av marknaden för att beteckna en klausul som accessorisk begränsning. Det räcker inte med en teoretisk analys av klausulen.

- 89 Sökandena har vidare framhållit att svaranden gjorde en sådan prövning i det ifrågasatta beslutet. Sökandena har även gjort gällande att samtliga beslut och domar som intervenienten har åberopat visar att situationen på marknaden beaktas vid bedömningen av om en klausul utgör en ”accessorisk begränsning”. I domen i det ovan i punkt 87 nämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen ansåg domstolen, med hänsyn till omständigheterna i målet, att en konkurrensklausul med en giltighetstid på över fyra år inte kunde betecknas som en accessorisk begränsning. I kommissionens beslut 1999/329/EG av den 12 april 1999 om ett förfarande för tillämpning enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget och artiklarna 53 och 54 i EES-avtalet (IV/D-1/30.373 — P&I-Clubs/IGA och IV/D-1/37.143 — P&I Clubs) (EGT L 125, s. 12) beslutades, efter en undersökning av pris och försäljningsvillkor på marknaden för återförsäkringar, att ett gemensamt köp av återförsäkringar utgjorde en accessorisk begränsning i det aktuella målet. I kommissionens beslut 1999/574/EG av den 27 juli 1999 om ett förfarande för tillämpning enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (IV/36.581 — Télécom développement) (EGT L 218, s. 24, nedan kallat Télécom développement-beslutet) gjorde svaranden en bedömning av företaget Télécom développements ekonomiska och konkurrensmässiga ställning på marknaden för taltelefoni och drog slutsatsen att de anmälda klausulerna utgjorde accessoriska begränsningar. Även i beslut 97/39 var det de särskilda omständigheterna i målet som föranledde svaranden att beteckna de anmälda klausulerna som accessoriska begränsningar.
- 90 Svaranden, med stöd av intervenienten, har bestridit att begreppet accessorisk begränsning skall tolkas på så sätt som sökandena har gjort gällande.

Följderna av att en klausul betecknas som accessorisk begränsning

- 91 Sökandena har framhållit att det framgår såväl av publikationer från svaranden som av svarandens beslutspraxis att de åtaganden som betecknas som accessoriska begränsningar skall behandlas på samma sätt som huvudtransaktionen.

- 92 Sökandena har påpekat att svaranden i sin 24:e rapport om konkurrenspolitiken framhöll att accessoriska begränsningar inte skall bli ”föremål för en särskild prövning enligt artikel 85.1 om samriskföretaget självt inte bryter mot denna artikel eller omfattas av ett undantag enligt artikel 85.3. Trots att dessa begränsningar normalt enbart tillåts för en begränsad period brukar de, när det är fråga om samriskföretag, tillåtas under hela den tid som samriskföretaget består”. Sökandena har även påpekat att svaranden i meddelandet om kooperativa samriskföretag har klargjort att ”om samriskföretaget i sig inte omfattas av artikel 85.1 i EEG-fördraget, gör tilläggsavtalen, som sedda för sig utgör konkurrensbegränsningar men likväl betraktas som accessoriska i den betydelse som anges nedan, inte heller det” (punkt 67) och att de ”skall bedömas tillsammans med det senare [samriskföretaget]” (punkt 66).
- 93 Sökandena har vidare gjort gällande att svaranden har tillämpat dessa principer i sin beslutspraxis. I punkt 62 i beslut 94/895 ansåg följaktligen svaranden att eftersom samriskföretaget inte omfattades av förbudet i artikel 85.1 i fördraget, omfattades inte heller de omtvistade klausulerna av detta (se även beslut 97/39, punkt 48).
- 94 Svaranden har understrukit att det visserligen är riktigt att den rättsliga följderna av att tillämpa begreppet accessorisk begränsning är att de avtalsklausuler som är konkurrensbegränsande a priori och som märkbart kan påverka handeln mellan medlemsstaterna hamnar utanför tillämpningsområdet för artikel 85 i fördraget. Detta innebär emellertid inte att dessa klausuler nödvändigtvis omfattas av ett icke-ingripandebesked för samma period som huvudtransaktionen. Enligt kommissionen framgår det av domen i det ovan i punkt 87 nämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen och av det ifrågasatta beslutet att en begränsnings giltighetstid kan vara en viktig parameter för att avgöra om begränsningen är accessorisk eller inte.

Huruvida klausulen om ensamrätt utgör en accessorisk begränsning

- 95 Enligt sökandena råder ingen tvekan om att svaranden borde ha betecknat klausulen om ensamrätt som en accessorisk begränsning.
- 96 Sökandena har hävdad att mot bakgrund av den dominerande ställning som Canal+ har, i synnerhet på marknaden för sändningsrättigheter till franska och amerikanska filmer, var ensamrätten det enda sättet att ta sig in på den franska betal-TV-marknaden och bli kvar där genom att behålla ett tilltalande programutbud. Att denna förmån var speciell framgick även av att den beviljades TPS av företagets aktieägare, utan att någon betalning erlades, för att säkerställa att TPS skulle bli framgångsrikt på marknaden.
- 97 Svarandens huvudargument för att bestrida att klausulen om ensamrätt är accessorisk är enligt sökandena felaktigt. Argumentet går ut på att det går att starta ett företag på marknaden för digital-TV som sänds via satellit utan en ensamrätt att sända program från de fyra allmänna kanalerna. Sökandena har framhållit att de inte hade några ensamrätter till filmer eller sportevenemang när de beslutade att TPS skulle bildas, och att de fortfarande enbart har några få sådana. Deras enda konkurrensmedel var (och är fortfarande) följaktligen ensamrätten att sända de allmänna kanalerna. Denna klausul är således direkt knuten till bildandet av TPS och nödvändig för att verksamheten skall fungera.
- 98 Svaranden har bestridit att den gjorde en oriktig bedömning genom att inte beteckna klausulen om ensamrätt som en accessorisk begränsning.

Huruvida klausulen om temakanaler utgör en accessorisk begränsning

- 99 Sökandena har hävdad att svaranden gjorde en oriktig bedömning genom att inte beteckna klausulen om temakanaler som en accessorisk begränsning.
- 100 Enligt sökandena har svaranden inte beaktat att klausulen var nödvändig för att bilda och driva TPS, eftersom denna fördelaktiga tillgång till aktieägarnas kanaler och program samt rätten att i sista hand tacka nej utgjorde den enda möjligheten för TPS att säkerställa sin tillgång till temakanaler, framför allt mot bakgrund av den särskilt starka ställning som koncernen Canal+ har på marknaden för dessa kanaler.
- 101 Svaranden har i detta avseende åberopat kommissionens beslut 1999/573/EG av den 20 maj 1999 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (IV/36.592 — Cégétel +4) (EGT L 218, s. 14, nedan kallat Cégétel-beslutet) och Télécom développement-beslutet. Dessa beslut rör konkurrenssituationer som är relativt likartade det förevarande målet (marknader som tidigare dominerats av en aktör). Svarandens bedömning i dessa mål rörde dessutom klausuler som liknar klausulen om temakanaler. I Télécom développement-beslutet var det fråga om en klausul som innehöll en förtursrätt till infrastruktur, och i Cégétel-beslutet en klausul om förköpsrätt för ett samriskföretag hos företagets aktieägare. Sökandena har påpekat att svaranden, till skillnad mot i förevarande mål, inte tvekade att beteckna dessa klausuler som accessoriska begränsningar, och att de behandlades på exakt samma sätt som samriskföretaget (se även beslut 1999/329).

- 102 Svaranden har bestridit att den gjorde en oriktig bedömning genom att inte beteckna klausulen om temakanaler som en accessorisk begränsning.

— Förstainstansrättens bedömning

- 103 Förstainstansrätten skall först klarlägga vilken innebörd begreppet accessorisk begränsning har i gemenskapens konkurrensrätt och vilka konsekvenser en sådan beteckning får. Därefter kommer förstainstansrätten att tillämpa dessa principer på klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler för att avgöra om svaranden, som sökandena har hävdad, gjorde en oriktig bedömning genom att inte beteckna dessa klausuler som accessoriska begränsningar.

Begreppet accessorisk begränsning

- 104 I gemenskapens konkurrensrätt omfattar begreppet accessorisk begränsning alla begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för att genomföra en huvudtransaktion (se, för ett liknande resonemang, kommissionens tillkännagivande av den 14 augusti 1990 om accessoriska begränsningar vid företagskoncentrationer (EGT C 203, s. 5, nedan kallat tillkännagivandet om accessoriska begränsningar, punkt I, meddelandet om kooperativa samriskföretag (punkt 65), samt artiklarna 6.1 b och 8.2 andra stycket i förordning (EEG) nr 4064/89).
- 105 Det var korrekt av kommissionen att i tillkännagivandet om accessoriska begränsningar understryka att med begränsning som har direkt samband med genomförandet av en huvudtransaktion avses alla begränsningar som har en

underordnad betydelse jämfört med denna transaktion och som har ett uppenbart samband med denna (punkt II 4).

- 106 Vad avser villkoret att en begränsning skall vara nödvändig måste två prövningar göras. För det första skall det prövas om begränsningen objektivt sett är nödvändig för att genomföra huvudtransaktionen. För det andra skall det prövas om begränsningen står i proportion till denna transaktion (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 87 nämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen, punkt 20, se även punkterna II 5 och II 6 i tillkännagivandet om accessoriska begränsningar).
- 107 Vad gäller villkoret att en begränsning skall vara objektivt sett nödvändig, framhåller förstainstansrätten följande. Såsom framgår ovan i punkt 72 och följande punkter har det inte bekräftats att det finns skälighetsregel i gemenskapens konkurrensrätt. Det vore följaktligen felaktigt att tolka det nämnda villkoret som att det, vid bedömningen av om en klausul utgör en accessorisk begränsning, skall göras en avvägning mellan ett avtals konkurrensbefrämjande respektive konkurrensbegränsande konsekvenser. En sådan bedömning får enbart göras inom gränserna för artikel 85.3 i fördraget.
- 108 Denna ståndpunkt motiveras inte bara av intresset av att slå vakt om den ändamålsenliga verkan av artikel 85.1 i fördraget, utan även av intresset av enhetlighet. Eftersom artikel 85.1 i fördraget inte förutsätter att en bedömning görs av den huvudsakliga begränsningens positiva och negativa konsekvenser för konkurrensen, gäller samma sak för de begränsningar som har samband med denna.
- 109 Prövningen av huruvida begränsningen objektivt sett är nödvändig för att genomföra huvudtransaktionen kan följaktligen, som svaranden har hävdad, enbart bli relativt teoretisk. Det är inte fråga om att bedöma om begränsningen, mot bakgrund av konkurrensläget på den berörda marknaden, är nödvändig för

att huvudtransaktionen skall bli kommersiellt framgångsrik. Det är snarare fråga om att, med hänsyn till de särskilda omständigheter som gäller för huvudtransaktionen, avgöra om begränsningen är nödvändig för att genomföra denna. Om det visar sig svårt eller rentav omöjligt att genomföra huvudtransaktionen utan begränsningen, skall denna anses objektivt nödvändig för huvudtransaktionens genomförande.

110 I domen i det ovan i punkt 87 nämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen (punkt 19) ansåg domstolen att en konkurrensklausul var objektivt nödvändig för att genomföra en företagsöverlåtelse. Om en sådan klausul inte skulle ha tagits med ”i ett sådant fall, och om säljaren och köparen skulle fortsätta att konkurrera med varandra efter överlåtelsen är det tydligt att avtalet om företagsöverlåtelsen inte kan genomföras. Säljaren, med sin särskilt ingående kännedom om det överlåtna företaget, skulle bibehålla möjligheten att på nytt dra till sig sin gamla kundkrets omedelbart efter överlåtelsen och därigenom förorsaka att detta företag inte blev livskraftigt”.

111 På samma sätt har svaranden i sin beslutspraxis fastställt att vissa begränsningar varit objektivt nödvändiga för att genomföra vissa transaktioner. Utan sådana begränsningar hade transaktionen i fråga ”inte kunnat genomföras eller enbart genomföras under mer osäkra omständigheter, till väsentligt högre kostnader, under betydligt längre tid eller med avsevärt mindre säkra framgångsutsikter” (punkt II 5 i tillkännagivandet om accessoriska begränsningar; se även som exempel beslut 90/410, punkt 22 och följande punkter).

112 I motsats till vad sökandena har gjort gällande ger inget av de beslut som de har åberopat stöd för att svaranden skulle ha gjort en bedömning av konkurrensläget för att avgöra om klausulerna i fråga utgjorde accessoriska begränsningar. Dessa

beslut visar snarare att svarandens bedömning varit förhållandevis teoretisk. Punkt 77 i beslut 1999/329 har till exempel följande lydelse:

”Ett kravdelningsarrangemang kan i själva verket inte fungera väl om inte medlemmarna kommit överens om åtminstone en enhetlig täckningsnivå. Skälet är att ingen medlem vill dela anspråk som en annan klubb för till sammanslutningen, om anspråken är på ett högre belopp än medlemmen själv kan föra till sammanslutningen.”

- 113 Även om en begränsning är objektivt nödvändig för att genomföra en huvudtransaktion, måste man kontrollera att dess giltighetstid samt materiella och geografiska tillämpningsområde inte överskrider vad som är nödvändigt för att genomföra den nämnda transaktionen. Om begränsningens giltighetstid eller tillämpningsområde överskrider vad som är nödvändigt för att genomföra transaktionen, skall begränsningen bli föremål för en särskild bedömning enligt artikel 85.3 i fördraget (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 2 juli 1992 i mål T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening mot kommissionen, REG 1992, s. II-1931, punkt 78; svensk specialutgåva, volym 13, s. 1).

- 114 Slutligen erinrar förstainstansrätten om att eftersom bedömningen av om ett åtagande är accessoriskt till en huvudtransaktion förutsätter att svaranden gör komplicerade ekonomiska bedömningar, skall domstolsprövningen endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att bedömningen inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk (se, för ett liknande resonemang avseende tillåten giltighetstid för en konkurrensklausul, domen i det ovan i punkt 87 nämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen, punkt 34).

Följderna av att en klausul betecknas som accessorisk begränsning

- 115 Om det har fastställts att en begränsning har direkt samband med och är nödvändig för att genomföra en huvudtransaktion, skall bedömningen av om denna begränsning är förenlig med konkurrensreglerna göras i samband med att huvudtransaktionen bedöms.
- 116 Om huvudtransaktionen i sig inte omfattas av det förbud som föreskrivs i artikel 85.1 i fördraget, gäller detsamma för de begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för denna transaktion (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 87 nämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen, punkt 20). Om huvudtransaktionen däremot utgör en begränsning enligt denna bestämmelse, men omfattas av ett undantag enligt artikel 85.3 i fördraget, omfattar detta undantag även de nämnda accessoriska begränsningarna.
- 117 Om begränsningarna har direkt samband med och är nödvändiga för att genomföra en koncentration i den mening som avses i förordning (EEG) nr 4064/89, framgår av artikel 6.1 b att artikel 8.2 andra stycket i denna förordning att dessa begränsningar omfattas av kommissionens beslut att förklara transaktionen förenlig med den gemensamma marknaden.

Huruvida klausulen om ensamrätt utgör en accessorisk begränsning

- 118 Förstainstansrätten skall, mot bakgrund av de ovan i punkterna 103—114 nämnda principerna, pröva om svaranden i förevarande fall gjorde en uppenbart oriktig bedömning genom att inte beteckna klausulen om ensamrätt som en accessorisk begränsning till bildandet av TPS.

- 119 Sökandena har gjort gällande att klausulen om ensamrätt är accessorisk till bildandet av TPS. Den är nödvändig för att TPS skall kunna ta sig in på den franska marknaden för betal-TV, eftersom TPS inte har några ensamrätter till uppmärksammade filmer och stora sportevenemang.
- 120 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att omständigheten att klausulen om ensamrätt skulle vara nödvändig för att TPS skall kunna inrätta sig varaktigt på den franska marknaden för betal-TV inte är relevant för bedömningen av om klausulen utgör en accessorisk begränsning.
- 121 Såsom framhållits i punkt 106 ovan, hör sådana punkter som rör frågan huruvida begränsningen är nödvändig mot bakgrund av konkurrensläget på marknaden i fråga inte till bedömningen av om klausulen utgör en accessorisk begränsning. Sådana överväganden kan enbart beaktas inom ramen för artikel 85.3 i fördraget (se domen i det ovan i punkt 74 nämnda målet Pronuptia, punkt 24, och domen i det ovan i punkt 113 nämnda målet Dansk Pelsdyravlerforening mot kommissionen, punkt 78).
- 122 Förstainstansrätten konstaterar vidare att även om sökandena i erforderlig utsträckning har kunnat visa att klausulen om ensamrätt hade direkt samband med bildandet av TPS, så har de inte visat att ensamrätten att sända de allmänna kanalerna var objektivt nödvändig för denna transaktion. Som svaranden har framhållit är det möjligt för ett företag verksamt på betal-TV-marknaden att lanseras i Frankrike utan ensamrätt till de allmänna kanalerna. Sådan är situationen för CanalSatellite och AB-Sat, de två andra aktörerna på marknaden.

- 123 Även om klausulen om ensamrätt var objektivt nödvändig för bildandet av TPS gjorde svaranden inte en uppenbart oriktig bedömning genom att anse att begränsningen inte stod i proportion till detta ändamål.
- 124 Klausulen om ensamrätt har en inledande giltighetstid på tio år. Som svaranden konstaterar i punkt 134 i det ifrågasatta beslutet är det en för lång tid "eftersom TPS måste ha etablerat sig före utgången av denna period". Det är sannolikt att TPS konkurrensackdelar (främst beträffande tillgång till filmer och sportevenemang som omfattas av ensamrätt) kommer att minska med tiden (se, för ett liknande resonemang, punkt 133 i det ifrågasatta beslutet). Trots att syftet med ensamrätten till de allmänna kanalerna var att stärka TPS konkurrenskraft på betal-TV-marknaden i ett inledningsskede, kan det inte bortses från risken att TPS inom några år kommer att kunna sätta konkurrensen ur spel på denna marknad.
- 125 Klausulen om ensamrätt är dessutom oproportionerlig eftersom den resulterar i att TPS konkurrenter, såväl nuvarande som kommande, inte får tillgång till program som är tilltalande för en stor andel av den franska TV-publiken (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 70 nämnda målet *Oude Luttikhuis m.fl.*, punkt 16). Förekomsten av skuggzoner förstärker dessutom intrycket av att åtagandet är alltför långtgående. De TV-tittare i dessa zoner som vill teckna abonnemang med ett betal-TV-företag som även sänder de allmänna kanalerna kan bara vända sig till TPS.
- 126 Svaranden gjorde följaktligen inte en uppenbart oriktig bedömning genom att inte beteckna klausulen om ensamrätt som en accessorisk begränsning till bildandet av TPS.

127 Sökandenas argumentation kan följaktligen inte godtas.

Huruvida klausulen om temakanaler utgör en accessorisk begränsning

128 Förstainstansrätten skall, mot bakgrund av de ovan i punkterna 103—114 nämnda principerna, även pröva om svaranden i förevarande fall gjorde en uppenbart oriktig bedömning genom att inte beteckna klausulen om temakanaler som en accessorisk begränsning till bildandet av TPS.

129 Förstainstansrätten erinrar i detta hänseende om att svaranden i det ifrågasatta beslutet (punkt 101) konstaterade följande:

”Skyldigheten för delägarna att ge TPS förköpsrätt till temakanalerna skulle kunna vara en accessorisk begränsning vid bildandet av plattformen. Likväl leder denna skyldighet, som gäller i tio år, till en begränsning av utbudet av temakanaler och TV-tjänster. Därför omfattas bestämmelsen av artikel 85.1.”

130 Av denna punkt framgår att det främsta skälet till att svaranden inte betecknade klausulen som accessorisk var de negativa konsekvenserna för utomstående under en förhållandevis lång period.

- 131 Sökandena har emellertid inte inkommit med några bevis för att denna bedömning var oriktig, trots att de har bevisbördan härför.
- 132 Sökandena har enbart hävdat att TPS, till följd av CanalSatellites policy beträffande ensamrätt, endast har tillgång till de temakanaler som sökandena driver eller har startat, vilket innebär att den omtvistade klausulen är nödvändig för företagets fortlevnad. Ett sådant påstående beträffande TPS konkurrenssituation får, även om det skulle vara riktigt, inte beaktas vid bedömningen av om klausulen utgör en accessorisk begränsning. Som konstaterats ovan i punkterna 107—112 skall bedömningen av om en klausul är objektivt nödvändig göras utan att ta hänsyn till konkurrenssituationen.
- 133 Eftersom marknaden för temakanaler är snabbt växande (punkt 65 i det ifrågasatta beslutet) anser förstainstansrätten att svaranden inte gjorde en uppenbart oriktig bedömning genom att fastställa att skyldigheten för TPS aktieägare att ge TPS prioritetsställning beträffande sina temakanaler under tio år överskred vad som var nödvändigt för att bilda företaget.
- 134 Som svaranden har framhållit är det fel av sökandena att åberopa Cégétel-beslutet och Télécom développement-beslutet, eftersom dessa rör andra faktiska situationer. TPS situation är således inte jämförbar med den som gäller för en ny aktör på en marknad som domineras av ett företag med historisk monopolställning och som fordrar tillgång till nödvändig infrastruktur. Canal+ innehar inte en historisk monopolställning på marknaden för temakanaler och för att ta sig in på denna marknad krävs inte att man får tillgång till nödvändig infrastruktur. De klausuler som bedömdes i Cégétel-beslutet och Télécom développement-beslutet ledde dessutom inte till att utomstående helt fräntogs möjligheten att få tillgång till de tjänster som aktieägarna tillhandahöll. Det var endast fråga om en prioriterad ställning.

135 Förstainstansrätten anser följaktligen att svaranden inte gjorde en uppenbart oriktig bedömning genom att inte beteckna klausulen om temakanaler som en accessorisk begränsning till bildandet av TPS.

136 Sökandenas alternativa argumentation kan följaktligen inte godtas.

iii) Slutsats

137 Talan kan således inte bifallas på denna grund.

b) Den andra grunden: Överträdelse av artikel 85.3 i fördraget

i) Argument avseende felaktig tillämpning av villkoren för undantag i artikel 85.3 i fördraget

Parternas argument

138 Sökandena har först gjort gällande att svaranden har åsidosatt artikel 85.3 i fördraget genom att vid tillämpningen av denna bestämmelse beakta bedöm-

ningar som avser konkurrensen på betal-TV-marknaden, vilket enligt sökandena hör till artikel 85.1.

- 139 Sökandena har därefter gjort gällande att enligt rättspraxis (förstainstansrättens dom av den 11 juli 1996 i de förenade målen T-528/93, T-542/93, T-543/93 och T-546/93, Métropole télévision m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-649, punkt 114) måste de omständigheter som svaranden åberopar för att artikel 85.3 i fördraget skall tillämpas vara relevanta och hänföra sig till denna artikel. Sökandena har hävdats att svaranden, i stället för att undersöka om klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler — som svaranden hade bedömt strida mot artikel 85.1 i fördraget — uppfyllde villkoren för undantaget i punkt 3 i denna artikel, i själva verket gjorde en bedömning av om bildandet av TPS uppfyllde dessa villkor.
- 140 Svaranden har bestridit att den gjorde en oriktig bedömning av de villkor för undantag som föreskrivs i artikel 85.3 i fördraget.

Förstainstansrättens bedömning

- 141 Vad gäller sökandenas argument om att svaranden, vid tillämpningen av artikel 85.1 snarare än artikel 85.3 i fördraget, skall göra en avvägning mellan en begränsnings konkurrensbefrämjande respektive konkurrensbegränsande konsekvenser, hänvisar förstainstansrätten till redogörelsen ovan i punkt 72 och följande punkter.

- 142 Vad avser frågan om svaranden på ett korrekt sätt kontrollerade om villkoren för undantaget var uppfyllda beträffande klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler, kan förstainstansrätten konstatera att svaranden, i motsats till vad sökandena har hävdad, prövade om dessa villkor var uppfyllda för båda dessa klausuler.
- 143 Vad gäller villkoret att bidra till att förbättra produktionen, distributionen, eller att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, konstaterade svaranden att det var uppfyllt, eftersom "[klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler] främjar en framgångsrik lansering av en ny plattform på betal-TV-marknaden, [och möjliggör därigenom] tillkomsten av en ny operatör och ett utökat betal-TV-utbud till förmån för de franska TV-tittarna" (punkt 114 i det ifrågasatta beslutet).
- 144 Dessa klausuler har även fått fördelaktiga resultat för konsumenterna eftersom de resulterade i "ett förbättrat utbud och [...] utveckling av nya tjänster baserade på ny teknik" (punkt 118 i det ifrågasatta beslutet) och i "den mycket hårda konkurrens som efter bildandet av TPS uppstått mellan denna plattform och CanalSatellite/Canal+" (punkt 119 i det ifrågasatta beslutet).
- 145 Vad avser frågan huruvida de omtvistade klausulerna är nödvändiga fastslog svaranden att "[o]m TPS inte hade haft förköpsrätt till dessa [tematiska] kanaler, skulle företaget antingen ha tvingats sammanställa ett stort antal kanaler på egen hand, vilket på ett riskabelt sätt skulle ha höjt de redan mycket höga kostnaderna för lanseringen av plattformen (punkt 122 i det ifrågasatta beslutet)" samt att "ensamrätten till de allmänna kanalerna, som lockvara och som det inslag som

skiljer TPS utbud från de andra bolagens, är nödvändig för TPS etablering på den franska betal-TV-marknaden” (punkt 132 i det ifrågasatta beslutet).

146 Det är riktigt att svaranden inte uttryckligen hänvisade till klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler vad avser det fjärde villkoret i artikel 85.3 i fördraget, om att konkurrensen inte får sättas ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga. Svaranden fastslog enbart att ”TPS-avtalet främjar konkurrensen i stället för att sätta den ur spel” (punkt 135 i det ifrågasatta beslutet). Det är emellertid underförstått i svarandens bedömning att dessa klausuler beaktades och ansågs nödvändiga för att TPS skulle bli framgångsrikt.

147 Förstainstansrätten påpekar vidare att klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler har direkt samband med transaktionen, även om svaranden, av de skäl som anges ovan i punkterna 118—137, på goda grunder ansåg att dessa klausuler inte kunde betecknas som accessoriska begränsningar till bildandet av TPS. Bedömningen av om villkoren i artikel 85.3 i fördraget var uppfyllda skulle följaktligen göras mot bakgrund av den huvudtransaktion som dessa klausuler hörde till.

148 Förstainstansrätten påpekar för övrigt att sökandenas argument i detta hänseende är motstridiga. Å ena sidan har sökandena gjort gällande att svaranden borde ha betecknat dessa klausuler som accessoriska begränsningar till bildandet av TPS. Å andra sidan har de framhållit att svaranden oberoende av huvudtransaktionen borde ha kontrollerat om villkoren i artikel 85.3 i fördraget var uppfyllda med avseende på dessa klausuler.

- 149 Denna motstridighet beror på en felaktig tolkning av begreppet accessorisk begränsning. Enligt sökandena förhåller det sig så, att om en begränsning inte kan betecknas som en accessorisk begränsning, skall den bli föremål för en särskild bedömning. Som förstainstansrätten har framhållit ovan i punkt 147 tas vid en sådan tolkning inte hänsyn till det faktum att även om vissa begränsningar som har ett direkt samband med en transaktion inte kan betecknas som accessoriska begränsningar för att de inte är objektivt nödvändiga eller för att de inte står i proportion till huvudtransaktionen, har de likväl ett oupplösligt samband med denna transaktion. Vid bedömningen av dessa begränsningar är det således naturligt att beakta det ekonomiska och juridiska sammanhang som gäller för huvudtransaktionen.
- 150 Sökandenas argumentation kan följaktligen inte godtas.

ii) Argumentet om oriktig bedömning vad avser det individuella undantagets längd

Parternas argument

- 151 Sökandena har gjort gällande att svaranden gjorde en oriktig bedömning genom att i det ifrågasatta beslutet fastställa längden för undantaget för klausulen om ensamrätt till tre år. Svaranden har framhållit att denna begränsning enbart är nödvändig för TPS under lanseringsperioden, och att behovet av begränsningen kommer att avta med tiden allteftersom TPS får abonnenter och förvärvar erfarenhet på betal-TV-området, och därigenom kan förbättra sitt programutbud. Enligt sökandena är detta inte riktigt.

- 152 Mot bakgrund av den ohotade ställning som koncernen Canal+ har på marknaden, anser sökandena att behovet av ensamrätten inte kommer att minska, utan snarare öka. Enligt sökandena är TPS fortlevnad i fara utan ensamrätten till de allmänna kanalerna.
- 153 Sökandena har i detta hänseende åberopat Cégétel-beslutet. I detta beslut fastställdes en undantagsperiod på tio år för en klausul om ensamrätt att distribuera vissa teletjänster, främst på grund av att Cégétel inte skulle kunna få avkastning från sina investeringar i telefonitjänsterna förrän efter mycket lång tid.
- 154 Sökandena har även gjort gällande att svaranden gjorde en oriktig bedömning genom att begränsa undantagsperioden för klausulen om temakanaler till tre år, det vill säga till lanseringsperioden. Sökandena anser att behovet av den nämnda klausulen inte inskränker sig till lanseringsperioden, vilket svaranden har hävdad, utan består så länge TPS verksamhet fortgår. Detta beror på att klausulen är TPS enda möjlighet att säkerställa sin tillgång till temakanaler.
- 155 Svaranden har bestridit att den gjorde en oriktig bedömning genom att fastställa undantagsperioden till tre år.

Förstainstansrättens bedömning

- 156 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att enligt fast rättspraxis innefattar utövandet av svarandens behörighet inom ramen för artikel 85.3 i fördraget komplicerade ekonomiska bedömningar. Detta medför att domstolsprövningen

av dessa bedömningar måste begränsas till en undersökning av om de faktiska omständigheterna och de rättsliga slutsatser som svaranden har dragit av dessa är riktiga (se särskilt domstolens dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1966, s. 429 och s. 501, svensk specialutgåva, volym 1, s. 277, och domen i det ovan i punkt 74 nämnda målet Matra Hachette mot kommissionen, punkt 104).

157 Denna princip gäller särskilt när svaranden skall bestämma den period under vilken en begränsning skall anses nödvändig (domen i det ovan i punkt 87 nämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen, punkt 34).

158 Det skall för det andra erinras om att förstainstansrätten i domen i det ovan i punkt 74 nämnda målet Matra Hachette mot kommissionen (punkt 104) ansåg att "det ankommer på de företag som gör anmälan att förse kommissionen med de uppgifter som visar att de villkor som föreskrivs i artikel 85.3 är uppfyllda (domstolens dom den 17 januari 1984 i de förenade målen 43/82 och 63/82, VBVB och VBBB mot kommissionen, REG 1984, s. 19; svensk specialutgåva, volym 7, s. 437). Denna skyldighet skall under domstolsförfarandet bedömas med hänsyn till att det ankommer på sökanden att redovisa omständigheter som gör att kommissionens bedömning kan ifrågasättas".

159 Det måste emellertid konstateras att sökandena endast har påstått att svaranden gjorde en oriktig bedömning. Enligt sökandena kommer behovet av ensamrätten snarare att öka än minska (som svaranden konstaterade i punkt 133 i det ifrågasatta beslutet) med hänsyn till den ohotade ställning som koncernen Canal+ har på marknaden. Vad avser klausulen om temakanaler har sökandena gjort gällande att den är nödvändig för att säkerställa TPS tillgång till sådana kanaler. De har emellertid inte inkommit med någon bevisning för att styrka att detta

påstående är riktigt. Påståendet beaktar för övrigt inte utvecklingen på marknaden. Sökandena har inte bestridit några av de faktiska omständigheter som ligger till grund för svarandens slutsatser, att behovet av dessa klausuler ovillkorligen kommer att minska med tiden och att klausulerna kommer att vara nödvändiga för TPS i minst tre år (punkt 134 i det ifrågasatta beslutet).

160 För det tredje påpekar förstainstansrätten att det var fel av sökandena att åberopa Cégétel-beslutet. Som svaranden på goda grunder har framhållit var det enbart ensamrätten att distribuera vissa varor som omfattades av ett undantag i detta beslut och distributionen av dessa varor utgjorde bara en begränsad del av Cégétels verksamhet, medan ensamrätten till de allmänna kanalerna utgör en väsentlig del av TPS utbud.

161 Svaranden gjorde följaktligen inte en uppenbart oriktig bedömning genom att begränsa undantagsperioden till tre år.

162 Sökandenas argumentation kan följaktligen inte godtas.

iii) Slutsats

163 Talan kan således inte bifallas på denna grund.

2. Grunden avseende artikel 2 i det ifrågasatta beslutet: åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen

Parternas argument

- 164 Sökandena har gjort gällande att svaranden inte rättade sig efter de regler som den fastställt i sin 24:e rapport om konkurrenspolitiken, genom att lämna ett icke-ingripandebesked för en period av tre år med motiveringen att konkurrensklausulen enbart kunde betecknas som en accessorisk begränsning till bildandet av TPS under lanseringsperioden. Sökandena har påpekat att svaranden i detta dokument, som den är bunden av, har fastställt att "avseende samriskföretag skall [accessoriska begränsningar] i allmänhet tillåtas så länge företaget består" (s. 120, punkt 166).
- 165 Enligt sökandena framgår av rättspraxis att svaranden i förevarande fall åsidosatte rättssäkerhetsprincipen genom att inte följa denna regel (förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, svensk specialutgåva, volym 11, s. 83, och av den 10 mars 1992 i mål T-9/89, Hüls mot kommissionen, REG 1992, s. II-499).
- 166 Sökandena har påpekat att svarandens ståndpunkt i förevarande mål är än mer anmärkningsvärd eftersom den nämnda regeln fortfarande gäller, vilket framgår av Cégétel- och Télécom développement-besluten. I dessa beslut betecknades två

konkurrensklausuler som accessoriska begränsningar och behandlades på samma sätt som samriskföretaget.

- 167 Svaranden har bestridit att den åsidosatte rättssäkerhetsprincipen eller gjorde en oriktig bedömning genom att beteckna konkurrensklausulen som en accessorisk begränsning enbart under lanseringsperioden, det vill säga de tre första åren.

Förstainstansrättens bedömning

- 168 Inledningsvis påpekar förstainstansrätten att det framgår av det utdrag som svaranden har åberopat ur den 24:e rapporten om konkurrenspolitiken, enligt vilket accessoriska begränsningar ”i allmänhet [skall] godtas så länge [samriskföretaget] består”, och av det konkreta sammanhang i vilket utdraget ingår (en bedömning av bildandet av fem typer av samriskföretag på området för forskning och utveckling), att det i den del av rapporten från vilken detta utdrag är hämtat inte föreskrivs några fasta regler som svaranden har åtagit sig att följa vid bedömningen av om ett åtagande skall betecknas som accessorisk begränsning. Det är snarare fråga om en enkel beskrivning av ett antal principer som svaranden brukar tillämpa vid sin bedömning av vissa klausuler som svaranden betecknar som accessoriska till en huvudtransaktion.
- 169 I motsats till vad sökandena uppgivit är förevarande fall inte jämförbart med det fall som gav upphov till domen i det ovan i punkt 165 nämnda målet Hercules Chemicals mot kommissionen. I det fallet hade svaranden i sin årliga rapport om konkurrenspolitiken meddelat vissa regler som den hade förbundit sig att följa vad avser tillgång till akten i konkurrensärenden.

- 170 Det framgår för övrigt av det utdrag som sökandena har åberopat ur den 24:e rapporten om konkurrenspolitiken att detta endast i princip bokstavligt återger de principer som svaranden omtalade i punkt 67 i meddelandet om kooperativa samriskföretag. Av detta meddelande framgår emellertid tydligt att det enbart handlar om riktlinjer avseende hur svaranden tillämpar principen om accessoriska begränsningar i praktiken.
- 171 Sökandena kan följaktligen inte stödja sig på det ovannämnda utdraget för att styrka att svaranden har åsidosatt rättssäkerhetsprincipen i förhållande till dem.
- 172 Talan kan således inte bifallas på denna grund.
- 173 Eftersom ingen av sökandenas grunder har godtagits skall talan ogillas.

Rättegångskostnader

- 174 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom sökandena har tappat målet skall de därför, förutom sina egna rättegångskostnader, ersätta svarandens och intervenientens rättegångskostnader i enlighet med dessa parterers yrkanden.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

följande dom:

1) Talan ogillas.

2) Sökandena skall bära sina egna rättegångskostnader och ersätta svarandens och intervenientens rättegångskostnader.

Azizi

Lenaerts

Jaeger

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 18 september 2001.

H. Jung

J. Azizi

Justitiesekreterare

Ordförande

II - 2517

Innehåll

Bakgrund	II-2466
A — Beskrivning av transaktionen	II-2466
B — <i>Marchés affectés et structure de ces marchés</i>	II-2467
1. Den franska marknaden för betal-TV	II-2467
2. Marknaden för förvärv av sändningsrättigheter, framför allt till film och sport	II-2469
3. Marknaden för saluföring och drift av temakanaler	II-2469
C — Anmälan och de anmälda avtalen	II-2470
1. Konkurrensklausulen	II-2471
2. Klausulen om temakanaler	II-2472
3. Klausulen om ensamrätt	II-2472
D — Det ifrågasatta beslutet	II-2473
Förfarandet och parternas yrkanden	II-2474
Rättslig bedömning	II-2476
A — Huruvida talan kan tas upp till sakprövning	II-2476
Parternas argument	II-2476
Förstainstansrättens bedömning	II-2477
B — Prövning i sak	II-2479
1. Huruvida artikel 3 i det ifrågasatta beslutet skall ogiltigförklaras	II-2480
a) Den första grunden: Överträdelse av artikel 85.1 i fördraget	II-2480
i) Argument som åberopats i första hand avseende att klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler inte innebär konkurrensbe- gränsningar i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget	II-2480
— Huruvida bedömningarna var oriktiga	II-2481
Parternas argument	II-2481
Förstainstansrättens bedömning	II-2483
— Invändningen om felaktig tillämpning av artikel 85.1 i fördraget (underlåtenhet att tillämpa en skälighetsregel)	II-2486
Parternas argument	II-2486
Förstainstansrättens bedömning	II-2487

ii) Argument som åberopats alternativt avseende att klausulen om ensamrätt och klausulen om temakanaler utgör accessoriska begränsningar .	II - 2490
— Parternas argument	II - 2490
Begreppet accessorisk begränsning	II - 2490
Följderna av att en klausul betecknas som accessorisk begränsning .	II - 2493
Huruvida klausulen om ensamrätt utgör en accessorisk begränsning	II - 2495
Huruvida klausulen om temakanaler utgör en accessorisk begränsning	II - 2496
— Förstainstansrättens bedömning	II - 2497
Begreppet accessorisk begränsning	II - 2497
Följderna av att en klausul betecknas som accessorisk begränsning .	II - 2501
Huruvida klausulen om ensamrätt utgör en accessorisk begränsning	II - 2501
Huruvida klausulen om temakanaler utgör en accessorisk begränsning	II - 2504
iii) Slutsats	II - 2506
b) Den andra grunden: Överträdelse av artikel 85.3 i fördraget	II - 2506
i) Argument avseende felaktig tillämpning av villkoren för undantag i artikel 85.3 i fördraget	II - 2506
Parternas argument	II - 2506
Förstainstansrättens bedömning	II - 2507
ii) Argumentet om oriktig bedömning vad avser det individuella undantagets längd	II - 2510
Parternas argument	II - 2510
Förstainstansrättens bedömning	II - 2511
iii) Slutsats	II - 2513
2. Grunden avseende artikel 2 i det ifrågasatta beslutet: åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen	II - 2514
Parternas argument	II - 2514
Förstainstansrättens bedömning	II - 2515
Rättegångskostnader	II - 2516