

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Terza Sezione)  
30 settembre 2003 \*

Nella causa T-158/00,

**Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD)**, con sede in Colonia (Germania), rappresentata dagli avv.ti P. Mailänder e A. Bartosch, con domicilio eletto in Lussemburgo,

ricorrente,

contro

**Commissione delle Comunità europee**, rappresentata dal sig. M.P. Wiedner, in qualità di agente, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuta,

\* Lingua processuale: il tedesco.

sostenuta da

Kirch Pay TV GmbH & Co. KGaA, con sede in Unterföring (Germania), rappresentata dall'avv. K. Metzloff, con domicilio eletto in Lussemburgo,

e dalla

British Sky Broadcasting Group plc (BSkyB), con sede in Isleworth (Regno Unito), rappresentata dal sig. M.S. Wisking e dalla sig.ra D. Livingston, solicitors, con domicilio eletto in Lussemburgo,

intervenant,

avente ad oggetto la domanda di annullamento della decisione della Commissione 21 marzo 2000, SG(2000) D/102552 (caso COMP/JV.37), che dichiara compatibile con il mercato comune e con l'Accordo sullo Spazio economico europeo l'operazione di concentrazione con la quale la BSkyB ha acquisito il controllo comune della KirchPayTV, ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. b), del regolamento (CEE) del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 395, pag. 1),

IL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO  
DELLE COMUNITÀ EUROPEE (Terza Sezione),

composto dai sigg. M. Jaeger, presidente, K. Lenaerts e J. Azizi, giudici,  
cancelliere: sig.ra D. Christensen, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 9 gennaio 2002,

ha pronunciato la seguente

## Sentenza

### Quadro giuridico

- 1 Ai sensi dell'art. 1 del regolamento (CEE) del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 4064, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (GU L 395, pag. 1), come rettificato (GU 1990, L 257, pag. 13), e come modificato con regolamento (CE) del Consiglio 30 giugno 1997, n. 1310 (GU L 180, pag. 1; in prosieguo il «regolamento n. 4064/89» o il «regolamento sulle concentrazioni») tale regolamento si applica alle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria definita nei nn. 2 e 3 del detto articolo.
- 2 Ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. b), del regolamento n. 4064/89, se la Commissione constata che l'operazione di concentrazione notificata, pur rientrando nell'ambito di applicazione di detto regolamento, non suscita seri dubbi per quanto riguarda la sua compatibilità con il mercato comune, decide di non opporvisi e la dichiara compatibile con il mercato comune (in prosieguo: la «prima fase»).
- 3 Ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento n. 4064/89, invece, se la Commissione constata che l'operazione di concentrazione notificata rientra nell'ambito di applicazione di detto regolamento e suscita seri dubbi per quanto riguarda la sua compatibilità con il mercato comune, decide di avviare la procedura (in prosieguo: la «seconda fase»).

4 Secondo l'art. 6, n. 2, del detto regolamento:

«Se la Commissione constata che, a seguito di modifiche apportate dalle imprese interessate, un'operazione di concentrazione notificata non suscita più seri dubbi ai sensi del paragrafo 1, lett. c), essa può decidere di dichiarare tale operazione compatibile con il mercato comune a norma del paragrafo 1, lett. b).

La decisione adottata a norma del paragrafo 1, lett. b), può essere subordinata dalla Commissione a condizioni ed oneri destinati a garantire che le imprese interessate adempiano agli impegni assunti nei confronti della Commissione per rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune».

5 Conformemente all'art. 18, n. 1, del regolamento (CE) della Commissione 1° marzo 1998, n. 447, relativo alle notificazioni, ai termini e alle audizioni di cui al regolamento (CEE) n. 4064/89 (GU L 61, pag. 1), «[g]li impegni proposti alla Commissione dalle imprese interessate a norma dell'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento (...) n. 4064/89 che costituiscano, nelle intenzioni delle parti, la base per una decisione in forza dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), di detto regolamento sono comunicati alla Commissione entro tre settimane dalla data di ricezione della notificazione».

6 Nella comunicazione concernente le misure correttive considerate adeguate a norma del regolamento n. 4064/89 e del regolamento n. 447/98 (GU 2001, C 68, pag. 3; in prosieguo: la «comunicazione sulle misure correttive»), la Commissione espone gli orientamenti che intende seguire in materia di impegni.

**Fatti all'origine della controversia**

- 7 Il 22 dicembre 1999 le società British Sky Broadcasting Group plc (in prosieguo: la «BSkyB») e Kirch Vermögensverwaltungs GmbH & Co. (in prosieguo: la «KVV») notificavano un progetto di concentrazione alla Commissione conformemente all'art. 4 del regolamento n. 4064/89, come modificato con regolamento (CE) del Consiglio 30 giugno 1997, n. 1310 (GU L 180, pag. 1) e rettificato (GU 1998, L 40, pag. 17; in prosieguo il «regolamento n. 1310/97»). Tale progetto prevedeva l'acquisizione da parte della BSkyB, in controllo comune con l'impresa KVV, del controllo dell'impresa KirchPayTV GmbH & Co. KGaA (in prosieguo: la «KirchPayTV»).
- 8 L'impresa BSkyB è un'azienda britannica operante nel settore dei media, precipuamente in quello dei servizi di televisione analogica e digitale diffusi nel Regno Unito e in Irlanda via satellite e cavo e, sussidiariamente, nel settore della televisione terrestre digitale nel Regno Unito. La BSkyB commercializza le proprie reti televisive a pagamento sia direttamente, sia tramite imprese di diffusione via cavo o per antenna. Detiene anche una partecipazione nella British Interactive Broadcasting/Open, che offre servizi di televisione interattiva digitale nel Regno Unito. La BSkyB fornisce infine tutta una gamma di servizi collegati alla televisione.
- 9 All'epoca della notifica la BSkyB non era presente, in Germania, sui mercati della televisione a pagamento, della televisione interattiva digitale e dell'acquisizione dei diritti televisivi.
- 10 La KirchPayTV, società tedesca, era, all'epoca della notifica, controllata esclusivamente dalla KVV, essa stessa società controllata al 100 % dal gruppo Kirch, gruppo di media che esercitava le sue attività nei settori della televisione

gratuita, del commercio dei diritti sui programmi sportivi e sui teleromanzi, della produzione di film e di trasmissioni televisive, della televisione per imprese, della televisione a pagamento nonché della prestazione di servizi tecnici collegati con la televisione a pagamento.

- 11 La notifica del progetto di concentrazione presentata il 22 dicembre 1999 veniva pubblicata nella Gazzetta ufficiale 11 gennaio 2000 (GU C 7, pag. 5). In pari data la ricorrente riceveva dalla Commissione una richiesta di informazioni, con l'invito a presentare, entro il 14 gennaio 2000, le sue osservazioni circa l'impatto del progetto di concentrazione sulla concorrenza.
  
- 12 La ricorrente comunicava alla Commissione, entro il termine impartito, che il progetto di concentrazione di cui trattasi avrebbe portato, a suo avviso, ad un rafforzamento della posizione dominante della KirchPayTV sui mercati della televisione a pagamento, dell'acquisizione dei diritti sui programmi e della prestazione di servizi tecnici collegati con la televisione a pagamento nonché all'emergere di una posizione dominante sul mercato dei servizi di televisione interattiva digitale. La ricorrente esprimeva altresì il timore che il ravvicinamento tra la Kirch e la BSkyB rafforzasse l'integrazione verticale delle imprese partecipanti sui mercati interessati e restringesse la concorrenza tra gli Stati membri, in particolare, nei settori dell'acquisizione di programmi televisivi e dei servizi di televisione interattiva digitale.
  
- 13 Il 21 gennaio 2000 la ricorrente trasmetteva alla Commissione osservazioni complementari e approfondite in merito. Concludeva proponendo alla Commissione di vietare la concentrazione notificata in quanto incompatibile con il mercato comune. In subordine, faceva presente che un'eventuale autorizzazione dell'operazione avrebbe dovuto essere assoggettata a requisiti e condizioni minimi.

- 14 Su richiesta della Commissione, la ricorrente, con lettera 22 febbraio 2000, le esponeva i requisiti, le condizioni o gli impegni contrattuali pubblici che, con riferimento al diritto della concorrenza, riteneva necessari nel procedimento di concentrazione di cui trattasi.
- 15 Essa reiterava la sua opinione secondo cui non ricorrevano le condizioni per autorizzare il progetto di concentrazione e formulava, in subordine, una serie di proposte d'impegni che le parti nell'operazione di concentrazione, a suo avviso, avrebbero comunque dovuto accettare.
- 16 Le parti nell'operazione di concentrazione comunicavano alla Commissione un pacchetto di impegni. Questa chiedeva alla ricorrente, in data 29 febbraio 2000, di presentare le sue osservazioni in merito a tali impegni entro il 2 marzo 2000.
- 17 Nella risposta del 2 marzo 2000 la ricorrente criticava tali proposte d'impegno in cui non vedeva altro che la semplice promessa di non abusare della posizione dominante della KirchPayTV.
- 18 Il 14 marzo 2000 la Commissione chiedeva alla ricorrente di presentare, entro le ore 13 del 15 marzo 2000, le sue osservazioni circa una prima versione modificata del pacchetto d'impegni. Questa presentava un succinto commento.
- 19 La Commissione non ha portato a conoscenza della ricorrente una seconda versione modificata del pacchetto d'impegni di cui la ricorrente è venuta a conoscenza il 18 marzo 2000 tramite terzi, né l'ha invitata a presentare le sue osservazioni in merito.

- 20 Con decisione 21 marzo 2000 (in prosieguo: la «decisione impugnata») la Commissione approvava sub condizione, in applicazione dell'art. 6, n. 1, lett. b), e dell'art. 6, n. 2, del regolamento n. 4064/89, nonché dell'art. 57 dell'Accordo sullo Spazio economico europeo (SEE), la concentrazione di cui trattasi.

### Decisione impugnata

- 21 Nella decisione impugnata la Commissione ha esaminato l'effetto dell'operazione di concentrazione su tre mercati interessati, cioè quello della televisione a pagamento, quello della televisione interattiva digitale e quello dell'acquisizione dei diritti televisivi.

#### *1. Il mercato della televisione a pagamento*

- 22 Secondo i 'considerando' 23-27 della decisione impugnata, la televisione a pagamento costituisce un mercato distinto da quello della televisione gratuita, cioè la televisione privata finanziata dalla pubblicità e la televisione pubblica, finanziata dai canoni di abbonamento e dagli introiti pubblicitari. Secondo la Commissione, il mercato della televisione a pagamento è di dimensione nazionale.
- 23 La Commissione, nella decisione impugnata, rileva che la KirchPayTV, tramite la società Premiere, detiene un quasi monopolio per la fornitura di servizi di televisione a pagamento in Germania. Rileva altresì che la BSkyB domina il mercato della televisione a pagamento nel Regno Unito. Nel 'considerando' 51 la Commissione conclude che l'operazione solleva seri dubbi circa la sua compa-

tibilità, in quanto rafforza la posizione dominante della KirchPayTV sul mercato della televisione a pagamento in Germania. La Commissione considera infatti che, in ragione delle risorse finanziarie e del know-how apportati dalla BSKyB, la KirchPayTV è in grado di mantenere la sua posizione dominante sul mercato. A questo proposito espone quanto segue:

«Influenza delle risorse finanziarie e del know-how

50. Le parti stesse hanno riconosciuto che la KirchPayTV necessita di una “iniezione importante di capitali” per sviluppare i suoi affari. Esse hanno stimato gli investimenti totali richiesti dalla KirchPayTV in (...), con perdite accresciute ammontanti a (...). Secondo quanto risulta dalla sua notifica, la KirchPayTV è stata comunque incapace di reperire i fondi di cui aveva necessità sul libero mercato. In aggiunta all’apporto in denaro, la BSKyB avrebbe apportato anche un patrimonio in termini di know-how di marketing e di distribuzione di cui, come è stato indicato alla Commissione da taluni operatori del mercato, la KirchPayTV difettava gravemente.

Dati gli importanti costi operativi di tale mercato, in particolare la necessità di digitalizzare i servizi entro pochi anni, la Commissione nutrivava seri dubbi sulla capacità della KirchPayTV di mantenere la sua posizione sul mercato delle pay-TV in Germania in mancanza di tale operazione. Ad esempio, la mancata modernizzazione dei suoi servizi di televisione a pagamento, conformemente alle aspettative del mercato, o l’incapacità di esercitare quel controllo sui contenuti che è necessario per una televisione a pagamento, potrebbe notevolmente favorire il formarsi delle condizioni per l’ingresso di un terzo a medio termine. Come specificato dall’art. 2, n. 1, lett. b), del regolamento sulle concentrazioni, il potere economico e finanziario delle parti è un fattore che la Commissione deve tenere in considerazione quando valuta le conseguenze di una concentrazione sulla concorrenza. Va altresì rilevato che la Commissione aveva, in talune decisioni, ritenuto che la disponibilità di più ampie risorse finanziarie quale risultato di una concentrazione può portare alla creazione o al rafforzamento di una posizione dominante».

24 Del resto, nei 'considerando' 52-72 della decisione impugnata, la Commissione ha altresì esaminato la questione dell'eliminazione della concorrenza potenziale. In questo ambito ha concluso, nel 'considerando' 54, che né la BSkyB né alcun'altra impresa erano in grado di penetrare nel mercato tedesco della televisione a pagamento «a breve o medio termine». Tale conclusione è basata sulle seguenti quattro principali ragioni:

- il predominio in Germania della televisione gratuita ostacola uno sviluppo significativo della televisione a pagamento;
  
- la Kirch controlla, tramite la BetaResearch, l'infrastruttura di decodificazione (il decoder d-box) e la tecnologia necessaria per il controllo dell'accesso in Germania;
  
- la BSkyB non dispone di programmi adatti al mercato tedesco;
  
- l'ingresso sul mercato tedesco della televisione a pagamento richiede l'impiego di mezzi finanziari enormi.

25 Nel 'considerando' 70 della decisione impugnata la Commissione ha pertanto concluso che «a breve o medio termine» la BSkyB non era un soggetto potenzialmente idoneo a entrare sul mercato di cui trattasi.

## 2. *Il mercato dei servizi di televisione interattiva digitale*

- 26 La decisione impugnata rileva che, allo stato attuale, i servizi di televisione interattiva digitale non sono disponibili in Germania. La Commissione rileva tuttavia che la KirchPayTV sarà attiva su tale mercato in un prossimo avvenire. La Commissione rileva altresì che almeno altre quattro imprese preparano il loro ingresso sul mercato in un prossimo futuro e cioè la Bertelsmann, la ricorrente, la UPC e la Primacom group. La BSKyB è la sola impresa in Europa ad avere un'esperienza diretta sul mercato dei servizi di televisione interattiva digitale.
- 27 Gli operatori attivi su tale mercato non sono, in linea di principio, i fornitori dei prodotti e dei servizi offerti e acquistati dai consumatori. Gli operatori forniscono una «piattaforma» tramite la quale i venditori o i fornitori di contenuti effettuano la promozione e la vendita dei loro prodotti e servizi. Sono di conseguenza questi venditori che, in primo luogo, costituiscono la domanda e quindi il reddito degli operatori. I servizi generalmente idonei ad essere offerti in materia di televisione interattiva digitale sono, tra gli altri, i servizi di banca a domicilio, corsi a domicilio, ed i servizi di vacanze e di viaggi.
- 28 La Commissione, pur constatando che il mercato dei servizi di televisione interattiva digitale costituisce un mercato distinto da quello della televisione a pagamento, rileva tuttavia che quest'ultimo è idoneo ad essere il mercato «leva» dei servizi di televisione interattiva digitale. Offrendo programmi esclusivi, la televisione a pagamento consentirebbe infatti agli operatori di attirare un numero considerevole di telespettatori dal reddito superiore alla media. I due mercati sarebbero separati ma complementari. Il mercato geografico sarebbe anche qui un mercato nazionale.
- 29 Per quanto riguarda i servizi di televisione interattiva digitale, la Commissione rileva che la Kirch, controllando l'infrastruttura di decodificazione predominante

in Germania (il decodificatore d-box) che è altresì necessaria per l'esecuzione dei servizi di televisione interattiva digitale, già possiede un vantaggio concorrenziale importante per l'offerta di tali servizi. La Commissione è del parere che la concentrazione potrebbe favorire ulteriormente la creazione di una posizione dominante, poiché la BSkyB apporta i mezzi finanziari necessari e il know-how acquisito sul mercato britannico. La Commissione formula anche su questo punto seri dubbi circa la compatibilità dell'operazione con il mercato comune.

### *3. Il mercato dell'acquisizione dei diritti di diffusione*

- 30 Secondo la decisione impugnata, i film e gli avvenimenti sportivi sono i prodotti «di spicco» della televisione a pagamento ed è necessario detenere i diritti intellettuali su tali prodotti al fine di avere programmi sufficientemente attraenti per convincere i potenziali abbonati a pagare per la ricezione dei servizi televisivi.
- 31 L'acquisizione dei diritti di diffusione avverrebbe ancora a livello nazionale, cioè per regione linguistica (o «di lingua comune») — vale a dire, nella presente fattispecie, il mercato tedesco o di lingua tedesca. Taluni diritti sugli avvenimenti sportivi sarebbero per contro acquisiti per l'insieme dell'Europa e successivamente rivenduti per paese. Potrebbe quindi esservi un mercato geografico distinto per i diritti sportivi pan-europei. Tuttavia, la Commissione ritiene che nella specie non sia necessario definire il mercato con maggiore precisione.
- 32 Nella decisione impugnata la Commissione ha rilevato che la Kirch dominava il mercato dell'acquisizione dei diritti in Germania (mediante accordi esclusivi a lungo termine), mentre la BSkyB dominava tale mercato nel Regno Unito.

- 33 La Commissione non ha formulato dubbi per quanto riguarda il mercato dell'acquisizione dei diritti televisivi. Ritiene, in particolare, improbabile il cumulo delle acquisizioni effettuate, rispettivamente, dalla KirchPayTV e dalla BSKyB.

#### 4. *Gli impegni*

- 34 Tenuto conto degli impegni proposti dalle parti che, secondo la Commissione, erano tali da rimuovere i suoi seri dubbi circa la compatibilità dell'operazione di concentrazione con il mercato comune per quanto riguarda l'effetto della stessa sui mercati della televisione a pagamento e sui servizi di televisione interattiva digitale, la Commissione ha autorizzato l'operazione di concentrazione conformemente all'art. 6, n. 1, lett. b), del regolamento n. 4064/89.

#### Procedimento e conclusioni delle parti

- 35 Con atto introduttivo depositato nella cancelleria del Tribunale il 13 giugno 2000, la ricorrente ha proposto il presente ricorso.
- 36 Con atto depositato in cancelleria il 29 settembre 2000, la KirchPayTV ha presentato al Tribunale istanza d'intervento, a sostegno delle conclusioni della Commissione. Con ordinanza 11 dicembre 2000 l'istanza è stata accolta.
- 37 Con atto depositato presso la cancelleria del Tribunale il 23 novembre 2000, la BSKyB ha presentato istanza d'intervento a sostegno delle conclusioni della Commissione. Con ordinanza 19 febbraio 2001 l'istanza è stata accolta.

38 La ricorrente conclude che il Tribunale voglia:

- annullare la decisione della Commissione 21 marzo 2000 pronunciata nel procedimento COMP/JV.37;
  
- condannare la Commissione alle spese.

39 La Commissione conclude che il Tribunale voglia:

- dichiarare il ricorso irricevibile o, in subordine, respingerlo;
  
- condannare la ricorrente alle spese.

40 La KirchPayTV conclude che il Tribunale voglia:

- dichiarare il ricorso irricevibile o, in subordine, respingerlo;
  
- condannare la ricorrente alle spese.

41 La BSKyB conclude che il Tribunale voglia:

- dichiarare il ricorso irricevibile o, in subordine, respingerlo;
- condannare la ricorrente alle spese, comprese quelle della BSKyB.

### Sulla ricevibilità

#### 1. *Sul titolo della ricorrente a proporre il ricorso*

#### *Argomenti delle parti*

42 La ricorrente sostiene che la decisione impugnata la riguarda direttamente ed individualmente ai sensi dell'art. 230, quarto comma, CE.

43 La Commissione dubita che la decisione impugnata riguardi individualmente la ricorrente.

- 44 Ritiene che la partecipazione alla fase amministrativa del procedimento, sia pure su domanda della Commissione, non possa comportare, di per sé sola, che l'impresa sia interessata individualmente dalla decisione impugnata, in particolare quando, come nel caso di specie, numerose altre imprese hanno parimenti espresso il loro punto di vista durante il procedimento o sono state consultate dalla Commissione. L'esame di un'operazione di concentrazione implicherebbe, per definizione, regolari contatti con numerose imprese.
- 45 Sostiene che la ricorrente opererebbe attualmente soltanto sul mercato della televisione gratuita, non menzionato dalla decisione impugnata. Pertanto, le obbligazioni invocate dalla ricorrente di realizzare obiettivi per l'adozione delle tecnologie di diffusione digitale riguarderebbero ad ogni modo soltanto tale mercato.
- 46 Per contro, nessun elemento consentirebbe di ritenere che la ricorrente intenda entrare nel mercato della televisione a pagamento, a cui si riferisce la decisione impugnata. Essa non potrebbe pertanto neppure essere qualificata potenziale concorrente su tale mercato.
- 47 Al massimo potrebbe essere considerata potenziale concorrente sul mercato a venire dei servizi della televisione interattiva digitale. Orbene, a tale titolo, sarebbe solo uno dei numerosi concorrenti potenziali su tale mercato a venire. La suddetta conclusione non può essere rimessa in discussione dalla circostanza che l'interessata partecipa allo sviluppo di una piattaforma tecnica concorrente.
- 48 In relazione all'argomento della ricorrente secondo il quale la decisione impugnata la riguarda individualmente perché il rafforzamento della posizione dominante sul mercato della televisione a pagamento si ripercuote sulla posizione occupata dalle parti nel mercato dei servizi tecnici per la televisione digitale, e

quindi, per tale via, sul mercato della televisione digitale gratuita, la Commissione rileva che, se è vero che, secondo la giurisprudenza, il fatto di essere soltanto un concorrente, per di più puramente potenziale, sul mercato esaminato nella decisione impugnata è di per sé insufficiente per essere individualmente interessato, altrettanto vale, a maggior ragione, per un'impresa attiva su un mercato che non costituisce neppure l'oggetto della decisione.

49 Per quanto riguarda gli impegni sottoscritti dalle parti nell'operazione di concentrazione, la Commissione ritiene che, se tali impegni avessero creato diritti in capo alla ricorrente, lo stesso dovrebbe valere per tutti i terzi che intendessero invocarli.

50 La Commissione conclude che la ricorrente è solo una delle numerose imprese che sono concorrenti potenziali o clienti di partecipanti alla concentrazione. La sua situazione non differirebbe pertanto da quella di tutte le imprese che vengono in considerazione come concorrenti (potenziali) della KirchPayTV o che operano su mercati contigui. La ricorrente non sarebbe dunque, come lo era invece la ricorrente nella causa che ha dato luogo alle sentenze Air France I (sentenza del Tribunale 19 maggio 1994, causa T-2/93, Air France/Commissione, detta «Air France I», Racc. pag. II-323, punto 82), e Air France II (sentenza del Tribunale 24 marzo 1994, causa T-3/93, Air France/Commissione, detta «Air France II», Racc. pag. II-121, punto 45), l'unica concorrente delle imprese partecipanti alla concentrazione. Inoltre, la sua situazione, diversamente da quella della ricorrente nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza Air France I (punto 82), non sarebbe, con riferimento all'operazione di concentrazione di cui trattasi, nettamente caratterizzata rispetto alla situazione di altre imprese operanti nel medesimo settore.

51 La KirchPayTV contesta che la decisione impugnata riguardi la ricorrente in modo diretto. A tale fine fa riferimento alla citata sentenza Air France I (punto 80) e ne deduce che per essere direttamente interessati da una decisione ai sensi dell'art. 230, quarto comma, CE occorre essere attivi su mercati ai quali la decisione di cui trattasi si riferisca. Orbene, la decisione impugnata riguarderebbe la ricorrente unicamente per quanto concerne la sua posizione sul mercato della televisione digitale gratuita, sul quale essa è un potenziale concorrente, ma che non costituisce l'oggetto della decisione impugnata.

- 52 La KirchPayTV contesta altresì che la decisione impugnata riguardi la ricorrente individualmente.
- 53 A questo proposito sostiene, in primo luogo, che la semplice partecipazione al procedimento amministrativo non è sufficiente a individualizzare la ricorrente.
- 54 Il requisito della legittimazione a proporre ricorsi di annullamento mirerebbe a far sì che i ricorsi siano ammessi solo in misura limitata. Tale obiettivo non sarebbe più conseguito se la semplice partecipazione a un procedimento di concentrazione dovesse essere considerata un criterio sufficiente. Infatti, tenuto conto del considerevole numero di partecipanti a tali procedimenti, il numero delle persone legittimate a proporre ricorso risulterebbe troppo elevato.
- 55 La KirchPayTV contesta, in secondo luogo, che gli impegni offerti dalle parti nell'operazione di concentrazione siano idonei a individualizzare la ricorrente. Infatti, tali impegni potrebbero giovare a una moltitudine di concorrenti e non alla ricorrente soltanto.
- 56 La KirchPayTV contesta, in terzo luogo, che la partecipazione della ricorrente all'associazione Free Universe Network (in prosieguo: la «FUN») sia idonea a individualizzarla. Infatti, la FUN non costituirebbe una piattaforma tecnica potenzialmente concorrente, ma una mera associazione di interessi il cui obiettivo sarebbe quello d'imporre talune soluzioni tecniche ai fini dello sfruttamento delle piattaforme tecniche. La FUN, in quanto semplice associazione di interessi, non potrebbe pertanto essere individualmente interessata dalla decisione impugnata. A maggior ragione, la semplice partecipazione della ricorrente a tale associazione non consentirebbe di pervenire alla conclusione che la decisione la riguardi individualmente.

- 57 La KirchPayTV rileva, in quarto luogo, che la ricorrente è un'associazione di lavoro di istituzioni pubbliche di radiodiffusione. Orbene, per giurisprudenza costante, un'associazione creata allo scopo di tutelare interessi comuni di un gruppo di membri non può essere riguardata individualmente da una decisione che reca pregiudizio agli interessi comuni di tale gruppo (ordinanza della Corte 18 dicembre 1997, causa C-409/96 P, Sveriges Betodlares e Henrikson/Commissione, Racc. pag. I-7531, punto 45, e sentenza del Tribunale 11 febbraio 1999, causa T-86/96, Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen e Hapag-Lloyd/Commissione, Racc. pag. II-179, punti 55 e segg.). Una siffatta associazione non potrebbe in particolare proporre un ricorso che i suoi membri, come avviene nel presente caso, non abbiano diritto di proporre.

### *Giudizio del Tribunale*

- 58 Ai sensi dell'art. 230, quarto comma, CE, «qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre (...) un ricorso contro le decisioni prese nei suoi confronti e contro le decisioni che, pur appearing come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardano direttamente ed individualmente».
- 59 Poiché la ricorrente non è la destinataria della decisione impugnata, la quale è rivolta unicamente ai partecipanti alla concentrazione, si deve esaminare se tale decisione la riguardi direttamente e individualmente.
- 60 Contrariamente a quanto sostenuto dalla KirchPayTV, il carattere diretto della ripercussione degli effetti della decisione non può essere messo in discussione. Infatti, la decisione, consentendo l'immediata realizzazione dell'operazione di concentrazione progettata, è atta a determinare una modificazione immediata della situazione dei mercati rilevanti che non dipende quindi dalla mera volontà delle parti (v. sentenza Air France II, cit., punto 80, e sentenza del Tribunale 3 aprile 2002, causa T-114/02, BaByliss/Commissione, Racc. pag. II-1279, punto 89).

- 61 Si deve pertanto esaminare se la decisione impugnata riguardi la ricorrente anche individualmente.
- 62 Secondo giurisprudenza costante, una decisione può riguardare individualmente soggetti diversi dai destinatari di una decisione solo qualora li «tocchi a motivo di determinate qualità loro proprie o di una situazione di fatto che li caratterizzi rispetto a chiunque altro e, quindi, li identifichi in modo analogo a quello in cui lo sarebbe il destinatario» (sentenze della Corte 15 luglio 1963, causa 25/62, Plaumann/Commissione, Racc. pagg. 197, 223, e 10 dicembre 2002, causa C-312/00 P, Commissione/Camar e Tico, Racc. pag. I-11355, punto 73, e giurisprudenza ivi citata).
- 63 Nella fattispecie occorre esaminare in quale misura la partecipazione della ricorrente al procedimento e le ripercussioni sulla sua posizione di mercato siano tali da individualizzarla secondo l'accezione dell'art. 230 CE.
- 64 In primo luogo, per quanto riguarda la partecipazione al procedimento, il Tribunale rileva che la ricorrente l'11 gennaio 2000 ha ricevuto una richiesta d'informazioni, ai sensi dell'art. 11 del regolamento n. 4064/89, con cui la Commissione la invitava a comunicarle, entro tre giorni, le sue osservazioni in merito alle ripercussioni sulla concorrenza del progetto di concentrazione. Con lettera 14 gennaio 2000 la ricorrente ha fornito le informazioni richieste.
- 65 Il 21 gennaio 2000, cioè entro il termine di dieci giorni fissato nella pubblicazione del progetto di concentrazione sulla Gazzetta ufficiale, conformemente all'art. 4, n. 3, del regolamento n. 4064/89, la ricorrente ha trasmesso alla Commissione una nota di osservazioni complementari circa le conseguenze dell'operazione di concentrazione di cui trattasi sulla situazione di concorrenza dei mercati rilevanti nonché sulla sua propria situazione.

- 66 Il 22 febbraio 2000, su domanda dei servizi della task-force «Controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese», la ricorrente ha nuovamente indirizzato alla Commissione una nota molto dettagliata nella quale riprendeva le sue osservazioni su tutti gli aspetti delicati del procedimento di concentrazione e, pur continuando a sostenere che la concentrazione prevista non era compatibile, esponeva le condizioni, i requisiti o gli impegni che, a suo avviso, dovevano necessariamente essere imposti qualora la Commissione decidesse di non opporsi alla concentrazione. Tali proposte vertevano sulle condizioni di apertura dei mercati rilevanti e avevano in particolare ad oggetto l'accesso non discriminatorio dei decodificatori diversi dal d-box a tutti i programmi televisivi e a tutti i servizi interattivi, l'accesso di altri operatori ai diritti sui programmi della KirchPayTV e l'impedimento di un'influenza indiretta del gruppo Kirch sull'uso dell'infrastruttura su cavo a banda larga della Deutsche Telekom AG.
- 67 Dalla lettura della decisione impugnata risulta che la Commissione si riferisce, a dieci riprese, alle osservazioni dei terzi ('considerando' 49, 50, 53, 57, 71, 73, 75, 77, 79 e 84 della decisione impugnata) e che la maggior parte delle menzioni riguarda punti che erano stati espressamente sollevati dalla ricorrente nelle note di osservazione da lei indirizzate alla Commissione durante il procedimento amministrativo.
- 68 Così, nella nota 22 febbraio 2000, la ricorrente ha affermato che la Kirch, da sola, non disporrebbe di risorse finanziarie sufficienti per intraprendere, essa stessa, lo sviluppo dei servizi digitali ed ha precisato, nelle note del 14 e del 21 gennaio 2000, che la BSKyB possedeva un'esperienza e un know-how incomparabili nel marketing e nella distribuzione della televisione a pagamento, di cui l'accordo prevedeva il trasferimento. Orbene, al 'considerando' 49 della decisione impugnata, la Commissione rileva che taluni terzi hanno sostenuto che l'operazione di concentrazione rafforzerebbe la posizione dominante della KirchPayTV sul mercato tedesco della televisione a pagamento con l'apporto di rilevanti risorse finanziarie e di un know-how. Nei 'considerando' 50 e segg. della decisione impugnata la Commissione ha concluso per l'esistenza di seri dubbi sulla base di tali considerazioni.

- 69 Successivamente, al 'considerando' 53 della decisione impugnata, la Commissione fa presente che taluni terzi hanno suggerito che la BSkyB era il soggetto che sarebbe più probabilmente entrato sul mercato tedesco della televisione a pagamento, come menzionato dalla ricorrente nella nota 14 gennaio 2000.
- 70 Parimenti, al 'considerando' 75 della decisione impugnata, la Commissione ha constatato, come sottolineato dalla ricorrente nella nota 21 gennaio 2000, che accedendo al mercato dei servizi della televisione interattiva digitale la KirchPayTV avrebbe rischiato di creare una posizione dominante imponendo la sua tecnologia d-box come decodificatore standard in Germania.
- 71 Infine, al 'considerando' 84 della decisione impugnata, la Commissione risponde all'argomento dei terzi relativo alla capacità di acquisto della Kirch per l'acquisizione dei diritti di ritrasmissione, problematica sollevata dalla ricorrente nelle note 14 e 21 gennaio 2000.
- 72 Ne consegue che la Commissione si è basata, nella decisione impugnata, su numerosi argomenti invocati dalla ricorrente durante la fase amministrativa del procedimento.
- 73 Del resto, la Commissione ha chiesto alla ricorrente di farle conoscere il suo punto di vista su eventuali impegni idonei ad accantonare i seri dubbi sollevati dalla concentrazione e le proposte della ricorrente sono state, quantomeno parzialmente, riprese nella decisione impugnata.
- 74 La Commissione ha altresì sottoposto per osservazioni alla ricorrente le due prime versioni degli impegni. In risposta ai quesiti scritti del Tribunale, la

Commissione ha a questo proposito precisato che, a parte la ricorrente, solo due altre imprese, cioè la Bertelsmann AG e la Universal Studios Inc., avevano ricevuto copia delle due prime versioni degli impegni e che la Bertelsmann, inoltre, a differenza della ricorrente, aveva ricevuto la terza e ultima versione degli stessi.

- 75 Inoltre, va osservato che le lettere indirizzate dalla ricorrente alla Commissione non costituiscono soltanto un'iniziativa unilaterale e non sollecitata da parte sua, ma che la Commissione l'ha invitata a più riprese a presentare le sue osservazioni.
- 76 Ne consegue che la ricorrente ha attivamente partecipato al procedimento. Se è vero che, come giustamente sottolineato dalla Commissione, la semplice partecipazione al procedimento non è, di per sé, certamente sufficiente a dimostrare che la ricorrente sia individualmente interessata dalla decisione, specie nel settore delle concentrazioni, il cui dettagliato esame richiede contatti con numerose imprese, la partecipazione attiva al procedimento amministrativo costituisce tuttavia un elemento preso in considerazione anche nel settore più specifico del controllo delle concentrazioni, per accertare, unitamente ad altre circostanze specifiche, la ricevibilità di un ricorso (sentenza BaByliss/Commissione, cit., punto 95). A maggior ragione ciò vale, nella presente fattispecie, dal momento che, come sopra constatato, tale partecipazione attiva ha inciso sullo svolgimento del procedimento e, quantomeno in parte, sul contenuto dell'atto impugnato, sia per quanto riguarda la determinazione dei seri dubbi sollevati dalla concentrazione, sia per quanto riguarda gli impegni necessari, secondo la Commissione, per dissiparli (v., in tal senso, sentenza della Corte 28 gennaio 1986, causa 169/84, Cofaz/Commissione, Racc. pag. 391, punti 24 e 25).
- 77 In secondo luogo, per quanto riguarda la ripercussione sulla posizione di mercato della ricorrente, si deve ricordare innanzi tutto che la concentrazione di cui trattasi verte sul mercato della televisione a pagamento nel quale la ricorrente manifestamente non opera. La ricorrente ha perfino fatto sapere, nella lettera 22 febbraio 2000 indirizzata alla Commissione, che «ARD public broadcasting stations are neither mandated nor considering to enter the PayTV market» («le emittenti pubbliche radiotelevisive ARD non hanno ricevuto mandato di entrare nel mercato delle TV a pagamento né intendono farlo»).

- 78 Tuttavia, la circostanza che la ricorrente non possa essere considerata un concorrente, e neppure un concorrente potenziale della KirchPayTV sul mercato della televisione a pagamento, non implica necessariamente che la decisione non la riguardi individualmente. Da un lato, anche se l'attività della KirchPayTV è incentrata sulla televisione a pagamento, tale mercato è soltanto uno dei tre mercati sul quale la Commissione ha constatato che la concentrazione rafforzava la posizione dominante del gruppo Kirch. Dall'altro lato, così come può essere ricevibile l'azione di annullamento promossa da potenziali concorrenti dei partecipanti alla concentrazione avverso la decisione di approvazione nel caso di mercati oligopolistici (v., in tal senso, sentenze del Tribunale 27 novembre 1997, causa T-290/94, Kaysersberg/Commissione, Racc. pag. II-2137, e BaByliss/Commissione, cit.), allorché, come nella specie, un'impresa in posizione di monopolio vede la sua posizione rafforzata da una concentrazione, può, in determinate circostanze, essere parimenti ricevibile un ricorso di annullamento presentato da un operatore presente unicamente su mercati contigui o a monte o a valle.
- 79 Nella presente fattispecie, i seguenti cinque elementi sono idonei a dimostrare le ripercussioni sulla posizione della ricorrente: l'esistenza di una certa concorrenza tra la televisione gratuita e la televisione a pagamento; la convergenza per l'avvenire tra la televisione gratuita e la televisione a pagamento in ragione della digitalizzazione; l'incidenza della concentrazione sui servizi di televisione interattiva digitale; la partecipazione della ricorrente al progetto FUN e l'acquisizione dei diritti di ritrasmissione.

L'esistenza di una certa concorrenza tra la televisione gratuita e la televisione a pagamento

- 80 Anche se il mercato della televisione gratuita, sul quale opera la ricorrente, costituisce, come esposto nei 'considerando' 23-25 della decisione impugnata, un mercato distinto da quello della televisione a pagamento, la decisione riconosce nondimeno espressamente, al 'considerando' 56, che esiste una certa interazione tra questi due mercati. La decisione rileva infatti, nell'ambito dell'esame delle barriere all'ingresso nel mercato tedesco della televisione a pagamento, che quest'ultimo mercato si sviluppa difficilmente in ragione della forza del mercato della televisione gratuita.

81 Ne consegue che la concentrazione, nella misura in cui mira a rafforzare la capacità finanziaria della Kirch mediante l'apporto di risorse e di know-how della BSkyB, al fine di consentirle di sviluppare e di modernizzare le sue attività nel settore della televisione a pagamento, è idonea a produrre talune ripercussioni sul mercato della televisione gratuita. Orbene, la ricorrente è una delle due imprese di televisione pubblica attive sul mercato della televisione gratuita in Germania ed è inoltre uno dei principali operatori su tale mercato. In particolare, è ragionevole attendersi che, se la Kirch riesce, a seguito della concentrazione, ad attirare nuovi abbonati, la ricorrente subisca perdite di telespettatori e veda pertanto diminuire i suoi introiti pubblicitari. Ne consegue che, sotto tale aspetto, la decisione impugnata è tale da incidere sugli interessi della ricorrente.

La convergenza per l'avvenire tra la televisione gratuita e la televisione a pagamento in ragione della digitalizzazione

82 La decisione impugnata riconosce altresì, al 'considerando' 25, che con la digitalizzazione è lecito attendersi che in futuro la televisione a pagamento e la televisione gratuita convergano entro una determinata misura.

83 Inoltre, essendo quello della televisione a pagamento il solo settore in cui la tecnica digitale ha potuto al momento svilupparsi, la posizione dominante della KirchPayTV sul mercato della televisione a pagamento si ripercuote sul mercato della televisione digitale.

84 Orbene, la ricorrente, in ragione dei suoi obblighi di servizio pubblico, è tenuta ad occuparsi della realizzazione degli obiettivi dello Stato mediante l'introduzione delle tecnologie di diffusione digitale.

85 Quindi, anche se la concentrazione ha luogo sul mercato della televisione a pagamento, essa può pregiudicare la posizione concorrenziale della ricorrente sul futuro mercato della televisione gratuita digitale in Germania.

#### L'incidenza della concentrazione sui servizi della televisione interattiva digitale

86 Dai 'considerando' 30-41 e 73-80 della decisione impugnata risulta che l'operazione di cui trattasi è idonea ad incidere sul futuro mercato dei servizi di televisione interattiva digitale. La Commissione rileva infatti, a questo proposito, nei 'considerando' 32, 40 e 94, che il mercato della televisione a pagamento costituisce una «leva» per lo sviluppo di tale mercato, nella misura in cui la televisione a pagamento propone programmi esclusivi che consentano agli operatori di servizi di televisione interattiva di attirare un numero importante di telespettatori ad alto reddito. La concentrazione, avendo come conseguenza il rafforzamento della posizione della Kirch sul mercato della televisione a pagamento ('considerando' 50), rafforzerà pertanto tale posizione anche sul futuro mercato dei servizi di televisione interattiva. Orbene, secondo il 'considerando' 73, la ricorrente è uno dei quattro operatori che ha annunciato l'intenzione di sviluppare servizi interattivi in un prossimo avvenire.

87 Del resto, l'installazione di un'infrastruttura tecnica per la trasmissione dei servizi di televisione interattiva digitale richiede investimenti sostanziali. A questo riguardo, la decisione impugnata rileva, al 'considerando' 75, che la concentrazione è idonea a ridurre sostanzialmente le possibilità d'ingresso dei terzi sul mercato, in quanto consentirà alla Kirch di entrare sul mercato prima di ogni altro operatore e di aumentare così le barriere all'ingresso in modo sostanziale, stabilendo il d-box come decodificatore standard in Germania.

88 La concentrazione è pertanto idonea ad incidere sulla posizione della ricorrente quale futuro operatore del mercato dei servizi di televisione interattiva digitale, in quanto, da un lato, rafforza il concorrente potenziale Kirch e, dall'altro, accentua la dipendenza della ricorrente nei confronti della tecnologia della Kirch, necessaria per l'ingresso su tale mercato.

## La partecipazione della ricorrente al progetto FUN

- 89 È pacifico che l'offerta di servizi di televisione digitale, che si tratti di televisione a pagamento o di televisione gratuita ovvero di televisione interattiva, richiede una certa tecnologia. Allo stato attuale, la sola tecnologia utilizzata in Germania per la trasmissione via cavo di segnali digitali è la tecnologia sviluppata dalla BetaResearch, società del gruppo Kirch, e attivata dalla BetaDigital, un'altra società del gruppo Kirch, e dalla Deutsche Telekom, che opera su licenza della BetaResearch per lo sfruttamento della tecnologia della Kirch. Orbene, la ricorrente è il solo operatore televisivo che partecipa all'associazione FUN, costituita da imprese che contribuiscono tutte, in modo diverso (in particolare, apportando una tecnologia d'interferenza, un decodificatore, una guida di programmi elettronici ecc.) all'elaborazione di una seconda piattaforma digitale in Germania. Tale associazione intende realizzare una piattaforma alternativa aperta, cioè che non funzioni con un sistema di controllo di accesso brevettato, a differenza di quella della KirchPayTV. La posizione dominante della KirchPayTV sul mercato dei servizi tecnici per la televisione digitale, risultante dalla posizione detenuta sul mercato dei servizi collegati con la televisione a pagamento, è idonea a rendere più difficile lo sviluppo della piattaforma FUN. A questo titolo quindi la ricorrente è interessata in modo particolare dalle ripercussioni della concentrazione di cui trattasi.

## L'acquisizione dei diritti di ritrasmissione

- 90 Nella misura in cui la concentrazione rafforza la capacità finanziaria della Kirch e i suoi legami con la BSkyB, un altro importante acquirente di diritti di ritrasmissione, non è dato di escludere che essa tocchi la ricorrente in quanto acquirente di tali diritti.
- 91 Secondo i 'considerando' 81 e 83 della decisione impugnata, la Kirch e la BSkyB dominano, rispettivamente, i mercati tedesco e britannico, dell'acquisizione dei diritti di ritrasmissione per i film e i più importanti avvenimenti sportivi, e la BSkyB dispone inoltre di taluni diritti di ritrasmissione in Germania.

- 92 Nei 'considerando' 85 e segg. della decisione impugnata, la Commissione ha invero concluso che la concentrazione non sollevava seri dubbi su tale mercato, rilevando, in particolare, che non comportava né rafforzamento significativo della posizione dominante della Kirch né rischi di collusione tra le società capogruppo della KirchPayTV.
- 93 Tuttavia la ricorrente, da un lato, nel corso della fase amministrativa del procedimento, ha manifestato il timore che la concentrazione potesse approdare a un raggruppamento della domanda relativa all'acquisizione dei diritti dei film e degli avvenimenti sportivi sul mercato tedesco — e le parti nella concentrazione hanno depositato un impegno destinato a porvi rimedio — e, dall'altro, dinanzi al Tribunale, contesta sia la sufficienza di tale impegno sia il fatto che, nella decisione impugnata, la Commissione si sia limitata a prendere atto di tale impegno senza attribuirgli la qualifica di condizione necessaria per l'approvazione della concentrazione.
- 94 Ciò considerato, la decisione impugnata riguarda egualmente la ricorrente, essendo questa concorrente delle parti nella concentrazione sul mercato dell'acquisizione dei diritti di ritrasmissione per il mercato tedesco.
- 95 Dall'insieme delle considerazioni che precedono consegue che la decisione impugnata riguarda direttamente e individualmente la ricorrente per la sua partecipazione qualificata alla fase amministrativa del procedimento, nel corso della quale la ricorrente ha formulato osservazioni che hanno in parte determinato il contenuto della decisione impugnata nonché la natura degli impegni, e per la specifica incidenza sulla sua posizione nei mercati della televisione digitale, dei servizi di televisione interattiva digitale, dei servizi tecnici per la televisione digitale e dell'acquisizione dei diritti di ritrasmissione. Il ricorso è pertanto ricevibile.

## *2. Sulle condizioni dell'art. 44, n. 1, del regolamento di procedura*

- 96 In primo luogo, la Commissione sostiene che il ricorso è irricevibile in quanto fa indifferenziatamente riferimento agli argomenti svolti nel corso del procedimento amministrativo o non espone con sufficiente chiarezza gli argomenti giuridici.
- 97 Occorre constatare che il riferimento agli argomenti svolti nel corso della fase amministrativa del procedimento non può rendere il ricorso irricevibile. Per contro, dal momento che, come già statuito dal Tribunale, «non spetta al Tribunale ricercare ed individuare, negli allegati, i motivi sui quali, a suo parere, il ricorso dovrebbe essere basato, atteso che gli allegati assolvono ad una funzione meramente probatoria e strumentale» (sentenza del Tribunale 7 novembre 1997, causa T-84/96, Cipeke/Commissione, Racc. pag. II-2081, punto 34), non va tenuto conto degli argomenti sviluppati dalla ricorrente nel corso della fase amministrativa del procedimento che non sono stati ripresi nel ricorso.
- 98 In secondo luogo, la Commissione ritiene che il ricorso non soddisfi i requisiti dell'art. 44, n. 1, lett. c) o e), del regolamento di procedura in quanto i motivi non sono esposti o in quanto la ricorrente non fornisce il minimo elemento a dimostrazione delle sue affermazioni. Tali censure, poiché non riguardano la ricevibilità del ricorso in sé, ma quella dei vari motivi dedotti, saranno trattate nell'ambito dell'esame dei singoli motivi.

### **Nel merito**

- 99 A sostegno del ricorso la ricorrente invoca cinque motivi che riguardano, in primo luogo, un errore di valutazione dei fatti con riferimento all'art. 2, nn. 3 e 4, del regolamento n. 4064/89, in secondo luogo, la violazione dell'art. 6, n. 2, del

regolamento n. 4064/89, in terzo luogo, l'insufficienza degli impegni, in quarto luogo, un vizio di procedura derivante dal fatto che non sia stato avviato il procedimento ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento n. 4064/89 e, in quinto luogo, un'inammissibile riduzione dei diritti di partecipazione dei terzi al procedimento.

*1. Sul primo motivo, che riguarda un errore di valutazione dei fatti con riferimento all'art. 2, nn. 3 e 4, del regolamento n. 4064/89*

*Argomenti delle parti*

100 La ricorrente rileva che la Commissione, nel 'considerando' 54 della decisione impugnata, a proposito dell'effetto dell'operazione di concentrazione sulla concorrenza esistente sul mercato della televisione a pagamento in Germania, basandosi su argomenti esposti nei 'considerando' 56-70 di tale decisione, conclude che né la BSkyB, né alcun'altra impresa sono, a breve e a medio termine, potenziali concorrenti della KirchPayTV su tale mercato.

101 Osserva che tale conclusione è in contrasto con la constatazione alla quale la Commissione è pervenuta nel 'considerando' 50 della decisione impugnata, dove ha esposto che aveva seri dubbi circa la capacità della KirchPayTV di mantenere la sua posizione sul mercato della televisione a pagamento in Germania se l'operazione di concentrazione non dovesse realizzarsi e che, se la KirchPayTV non dovesse mantenere la sua posizione su tale mercato, le condizioni di accesso a quest'ultimo potrebbero migliorare in modo significativo a medio termine per i terzi.

102 Rimprovera pertanto alla Commissione di aver valutato l'effetto dell'operazione di concentrazione sulla concorrenza potenziale su tale mercato facendo

esclusivamente riferimento allo status quo esistente al momento della decisione, quindi all'esistenza di una posizione dominante incontestata della KirchPayTV, anziché fare riferimento all'evoluzione che, secondo quanto da lei stessa constatato, tale posizione avrebbe subito a medio termine, in assenza dell'operazione di concentrazione.

- 103 Critica tale criterio di valutazione della concorrenza potenziale, che nel determinare la posizione sul mercato dell'impresa oggetto dell'operazione di concentrazione e, quindi, l'importanza dell'ostacolo che questa posizione rappresenta per l'ingresso sul mercato dei potenziali concorrenti fa riferimento allo status quo, senza tener conto della sua probabile evoluzione in futuro.
- 104 Considera che questo modo di esaminare la concorrenza potenziale integri un'erronea valutazione dei fatti che impedisce una corretta analisi dell'operazione di concentrazione con riferimento all'art. 2, nn. 3 e 4, del regolamento sulle concentrazioni.
- 105 La ricorrente precisa che non contesta alcuno degli elementi di fatto invocati dalla Commissione nei 'considerando' 56-70 della decisione impugnata, a sostegno della sua tesi secondo la quale né la BSkyB né alcun'altra impresa possono essere considerate concorrenti potenziali della KirchPayTV.
- 106 Rispondendo all'argomento della KirchPayTV, secondo cui la Commissione, nell'analizzare l'effetto dell'operazione di concentrazione sulla potenziale concorrenza tra la KirchPayTV e la BSkyB o altre imprese, avrebbe preso in considerazione una prognosi a medio termine e non si sarebbe quindi basata sullo status quo, la ricorrente riconosce che la Commissione, nel procedere a tale analisi, ha effettivamente preso in parte in considerazione una prospettiva a medio termine. La Commissione tuttavia, nell'ambito di tale analisi, avrebbe trascurato la circostanza, da essa stessa rilevata nel 'considerando' 50 della decisione impugnata, che, in assenza di un notevole apporto di capitale nella

KirchPayTV, le condizioni di accesso di terzi al mercato tedesco della televisione a pagamento potrebbero migliorare in modo significativo nel medio termine. Aniché prendere in considerazione tale diminuzione a medio termine degli ostacoli all'accesso al mercato, si sarebbe invece basata sull'attuale posizione dominante della KirchPayTV nei settori tecnologici e di contenuto dei programmi per desumerne l'assenza di potenziale concorrenza. In questo senso, la Commissione avrebbe valutato la concorrenza potenziale sulla base dello status quo.

107 La ricorrente contesta la fondatezza degli argomenti della BSkyB, secondo i quali l'importanza del mercato della televisione gratuita in Germania costituirebbe un ostacolo importante all'accesso di potenziali concorrenti sul mercato della televisione a pagamento in tale paese e un insuccesso della KirchPayTV non favorirebbe l'accesso di potenziali concorrenti su tale mercato, ma al contrario costituirebbe un elemento che li dissuaderebbe e dimostrerebbe l'importanza obiettiva degli ostacoli di accesso a tale mercato.

108 Questi argomenti sarebbero infatti puramente ipotetici e quindi manifestamente non pertinenti. Per valutare se la Commissione ha violato l'art. 2, n. 3, del regolamento sulle concentrazioni sarebbero pertinenti solo le considerazioni giuridiche effettivamente espone dalla Commissione nella decisione impugnata, e non quelle che avrebbe potuto esporre.

109 Inoltre, l'importanza del mercato tedesco della televisione gratuita sarebbe solo uno dei quattro argomenti esposti dalla Commissione per negare l'esistenza di una potenziale concorrenza sul mercato tedesco della televisione a pagamento. Da nessun passaggio della decisione impugnata risulterebbe che la Commissione avrebbe considerato che il mercato tedesco della televisione gratuita aveva a questo riguardo particolare importanza specifica. Parimenti, la Commissione non avrebbe affermato che un insuccesso della KirchPayTV produrrebbe un effetto dissuasivo su potenziali concorrenti.

110 La Commissione sostiene in via principale che il motivo è irricevibile.

- 111 Da un lato, il motivo sarebbe irricevibile in quanto fa indifferenziatamente riferimento agli argomenti presentati dalla ricorrente nel corso del procedimento amministrativo. La Commissione, a questo proposito, richiama in particolare il seguente passaggio, contenuto a pag. 6 del ricorso: «Per il ricorso, la ricorrente riprende anche gli argomenti già svolti dinanzi alla Commissione circa l'analisi e il necessario controllo della concorrenza contro gli effetti della concentrazione controversa».
- 112 D'altro lato, il ricorso non esporrebbe in modo sufficientemente chiaro gli argomenti giuridici. La ricorrente si limiterebbe a formulare più osservazioni, cioè che la Commissione avrebbe modificato la sua prassi decisionale, aiutato la KirchPayTV a consolidare durevolmente la sua posizione dominante ed escluso a torto la BSKyB come potenziale concorrente. Non spiegherebbe però sotto quale aspetto, nella decisione impugnata, la valutazione della Commissione sarebbe inficiata da errore.
- 113 In subordine, la Commissione, sostenuta dalla KirchPayTV e dalla BSKyB, ritiene che il motivo sia infondato.

### *Giudizio del Tribunale*

- 114 Per quanto riguarda l'argomento della Commissione secondo cui il motivo sarebbe irricevibile, va constatato che, per quanto il ricorso non sia molto esplicito, risulta cionondimeno che la ricorrente fa valere il motivo tratto da un errore di valutazione dei fatti con riferimento all'art. 2, nn. 3 e 4, del regolamento n. 4064/89, in quanto la Commissione non ha considerato la BSKyB come un

potenziale concorrente. Del resto, la circostanza che la ricorrente non abbia suffragato la sua affermazione, secondo la quale la BSkyB dovrebbe essere considerata un potenziale concorrente della KirchPayTV, rientra nell'esame del merito. Ne consegue che il motivo è ricevibile.

115 La ricorrente sostiene in sostanza che la Commissione ha operato un'erronea valutazione dei fatti sotto il profilo dell'art. 2, n. 3, del regolamento n. 4064/89 laddove, al 'considerando' 54 della decisione impugnata, ritiene che né la BSkyB né alcun'altra impresa siano in grado di penetrare nel mercato tedesco della televisione a pagamento, mentre al 'considerando' 50 di detta decisione aveva riconosciuto che, senza le iniezioni finanziarie risultanti dalla concentrazione, la KirchPayTV non sarebbe in grado di realizzare gli investimenti necessari per conservare la sua attuale posizione dominante in tale mercato. La ricorrente censura la Commissione per non aver tenuto conto della debolezza finanziaria della KirchPayTV e per essere incorsa in errore non considerando la BSkyB come un concorrente potenziale.

116 È giocoforza constatare, in primo luogo, che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, le valutazioni esposte nei 'considerando' 50 e 54 non sono contraddittorie.

117 Da un lato, le valutazioni effettuate in questi due punti non si riferiscono al medesimo periodo. Infatti, mentre il miglioramento delle condizioni d'ingresso nel mercato per i terzi viene prospettato, nel 'considerando' 50, solo a medio termine, la constatazione, operata al 'considerando' 54, secondo cui né la BSkyB né alcun'altra impresa sono potenziali concorrenti, si riferisce unicamente a un periodo che va dal breve al medio termine, e quindi a un periodo più corto di quello contemplato nel 'considerando' 50.

118 D'altro lato, il 'considerando' 50 della decisione impugnata è formulato in maniera ipotetica, in quanto la Commissione si limita a indicare che «l'assenza di

modernizzazione [da parte della KirchPayTV] dei suoi servizi di televisione a pagamento per rispondere alle attese del mercato o [la sua] incapacità di mantenere il controllo sul contenuto necessario per la televisione a pagamento potrebbe migliorare sensibilmente le condizioni di accesso al mercato».

- 119 Del resto, anche dalla formulazione stessa del ‘considerando’ 54 della decisione impugnata risulta che, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, la Commissione non si è basata, nella sua analisi dell’effetto dell’operazione di concentrazione sulla concorrenza, sullo status quo, ma ha formulato una prognosi a breve o a medio termine.
- 120 Si deve, in secondo luogo, ricordare che la constatazione operata al ‘considerando’ 54 della decisione impugnata, secondo cui né la BSkyB né alcun’altra impresa sono a breve o a medio termine concorrenti potenziali della KirchPayTV sul mercato della televisione a pagamento in Germania, è basata, come indicato al ‘considerando’ 55 della decisione impugnata, su quattro motivi principali, sviluppati nei ‘considerando’ 56-70 di detta decisione, cioè l’importanza della televisione gratuita in Germania (‘considerando’ 56 e 57 della decisione impugnata), il controllo da parte del gruppo Kirch della struttura di decodificazione e della tecnologia di decodificazione utilizzate in Germania (‘considerando’ 58-64 della decisione impugnata), il controllo da parte del gruppo Kirch d’importanti diritti di ritrasmissione di film e di avvenimenti sportivi che rende difficile l’accesso da parte di un potenziale concorrente ai contenuti di cui trattasi (‘considerando’ 65-67 della decisione impugnata) e la scarsa probabilità dell’ingresso a breve o a medio termine della BSkyB sul mercato in oggetto, in ragione della considerevole importanza degli investimenti necessari (‘considerando’ 68-70 della decisione impugnata).
- 121 Orbene, la ricorrente, come da lei espressamente ammesso nella replica, non contesta nessuno di questi quattro elementi.
- 122 La ricorrente sostiene tuttavia che, in ragione della debolezza finanziaria della Kirch, che non consente a quest’ultima di realizzare sufficienti investimenti nei

programmi, nonché nell'infrastruttura tecnica, le barriere all'ingresso sul mercato sarebbero diminuite in misura tale da far sì che la B SkyB dev'essere considerata un potenziale concorrente.

123 Tale censura dev'essere disattesa, dal momento che la ricorrente non dimostra sotto quale aspetto la debolezza finanziaria del gruppo Kirch consentirebbe, di per sé e nonostante gli argomenti svolti dalla Commissione, di concludere per l'esistenza di una potenziale concorrenza sul mercato di cui trattasi a breve o a medio termine.

124 Si deve a questo proposito rilevare che la debolezza finanziaria della KirchPayTV potrebbe al massimo avere incidenza solo su due dei quattro motivi considerati dalla Commissione per giungere alla constatazione dell'assenza di concorrenza potenziale, cioè il controllo che la Kirch esercita in Germania sulla infrastruttura e sulla tecnica di decodificazione, nonché l'accesso al contenuto dei programmi. Lungi dall'inficiare gli altri due motivi, che riguardano l'importanza del mercato della televisione gratuita in Germania e il bisogno di strumenti finanziari considerevoli, le difficoltà finanziarie incontrate dalla Kirch non fanno invece altro che dimostrarne la fondatezza. Un insuccesso rischierebbe infatti piuttosto di dissuadere altre imprese dal penetrare su tale mercato e confermerebbe l'esistenza e l'importanza di ostacoli a tale accesso che prescindono dalla posizione della KirchPayTV.

125 Così, la circostanza che la KirchPayTV, data la forza della televisione gratuita in Germania, non riesca a raggiungere la soglia di redditività, nonostante detenga una posizione dominante sull'infrastruttura e sui contenuti dei programmi e sia il solo operatore sul mercato della televisione a pagamento, è tale da scoraggiare qualsiasi altro operatore dall'accedere al mercato.

126 Parimenti, l'insuccesso finanziario della KirchPayTV rafforzerebbe soltanto la fondatezza dell'argomento basato sulla necessità di disporre di mezzi considerevoli per entrare sul mercato. Orbene, la ricorrente non ha contestato l'affermazione, contenuta nei 'considerando' 68 e 69 della decisione impugnata,

secondo cui la BSkyB, essendo tenuta ad investire somme considerevoli per stabilirsi come operatore di servizi di televisione digitale nel Regno Unito e costruire una piattaforma satellitare per imporsi nei confronti della concorrenza, non è in grado di reperire le risorse necessarie per entrare su un nuovo mercato a priori deficitario.

127 Ne consegue che l'argomento della ricorrente secondo cui, senza i nuovi strumenti finanziari messi a disposizione della KirchPayTV a seguito dell'operazione di concentrazione, potenziali concorrenti accederebbero al mercato di cui trattasi, riposa sulla premessa non dimostrata che l'insuccesso finanziario della KirchPayTV su tale mercato sarebbe un elemento che favorirebbe l'accesso al mercato di potenziali concorrenti.

128 Da quanto precede risulta che il motivo con cui si fa valere che la Commissione è incorsa in un errore di valutazione, laddove considera che la BSkyB non poteva essere ritenuta un concorrente potenziale a breve o a medio termine, è infondato.

129 Ad ogni modo, il motivo è inconferente, poiché la Commissione, nei 'considerando' 51 e 92 della decisione impugnata, ha concluso che l'operazione di concentrazione sollevava seri dubbi in quanto rafforzava la posizione dominante della KirchPayTV sul mercato della televisione a pagamento in Germania in ragione delle risorse finanziarie apportate dalla BSkyB. La constatazione, operata al 'considerando' 54 della decisione impugnata, secondo la quale non vi è concorrenza potenziale a breve o a medio termine, non appare pertanto come il supporto necessario della decisione impugnata e non può quindi comportarne l'annullamento.

130 Si deve a questo proposito ricordare che l'art. 2, n. 2, del regolamento n. 4064/89 dispone che le operazioni di concentrazione che non creano o che non rafforzano una posizione dominante da cui risulti che una concorrenza effettiva sia ostacolata in modo significativo nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso devono essere dichiarate compatibili con il mercato comune. Ne consegue

che, quando una concentrazione crea o rafforza una posizione dominante, la Commissione deve nondimeno autorizzare l'operazione se questa non ha per conseguenza di ostacolare una concorrenza effettiva in maniera determinante (v., in tal senso, sentenza Air France I, cit., punto 78 e 79; sentenze del Tribunale 25 marzo 1999, causa T-102/96, Gencor/Commissione, Racc. pag. II-753, punti 170, 180 e 193, e 6 giugno 2002, causa T-342/99, Airtours/Commissione, Racc. pag. II-2585, punto 58).

- 131 La Commissione, dopo aver constatato che l'operazione sollevava seri dubbi, ha necessariamente dovuto ritenere che essa aveva l'effetto di ostacolare la concorrenza in maniera determinante e che, essendo incontestata la posizione di monopolio della KirchPayTV sul mercato della televisione a pagamento in Germania, tale restrizione della concorrenza poteva riguardare solo la concorrenza potenziale. Si deve perciò constatare che, sebbene nel 'considerando' 54 della decisione impugnata sia stata rilevata l'assenza di qualsiasi concorrenza potenziale, dal momento che la Commissione ha sollevato seri dubbi e imposto impegni, la decisione assume nondimeno come premessa che esisteva una concorrenza potenziale, fosse pure unicamente a lungo termine, e che la concentrazione ha avuto l'effetto di ostacolarla.
- 132 Da quanto precede consegue che il primo motivo, basato su un'erronea valutazione dei fatti in quanto la BSkyB doveva essere considerata un potenziale concorrente, dev'essere respinto.

*2. Sul secondo motivo, che riguarda la violazione dell'art. 6, n. 2, del regolamento n. 4064/89*

*Argomenti delle parti*

- 133 La ricorrente ricorda che, nel presente caso, l'operazione di concentrazione è stata dichiarata compatibile con il mercato comune in applicazione dell'art. 6,

n. 1, lett. b), del regolamento sulle concentrazioni nel corso della prima fase del controllo delle concentrazioni, dopo la presentazione degli impegni da parte delle imprese interessate.

- 134 Essa rileva che la prassi corrente della Commissione che consisteva nel dichiarare un'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune sulla base di impegni assunti dalle imprese interessate nel corso della prima fase del controllo delle concentrazioni, prassi vivamente criticata in dottrina, ha trovato solo di recente formale base legale nel nuovo art. 6, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni, introdotto con regolamento n. 1310/97.
- 135 Osserva che il regolamento n. 1310/97 ha sottoposto l'uso di tale facoltà a condizioni restrittive, e che esso può prospettarsi, come risulta dal 'considerando' 8 della motivazione del regolamento di cui trattasi, solo «(...) nel caso in cui il problema che sorge sotto il profilo della concorrenza è ben identificabile e può essere risolto facilmente (...)».
- 136 Ritiene che questa restrizione dell'uso di tale facoltà corrisponda al sistema dell'art. 6, n. 1, del regolamento sulle concentrazioni, il quale dispone che la Commissione, se constata che l'operazione di concentrazione solleva seri dubbi circa la sua compatibilità con il mercato comune, decide di avviare la seconda fase del controllo delle concentrazioni. A parere della ricorrente, la Commissione deve procedere alla seconda fase del controllo proprio nei casi in cui i problemi di concorrenza sollevati dall'operazione di concentrazione non soddisfano i criteri definiti dal 'considerando' 8 del regolamento n. 1310/97.
- 137 La ricorrente riconosce che la Commissione dispone, ai fini di stabilire se un problema di concorrenza è «ben identificabile e può essere risolto facilmente», di un ampio margine di discrezionalità soggetto a un controllo soltanto marginale da parte del Tribunale (v., in tal senso, sentenza della Corte 17 novembre 1987, cause riunite 142/84 e 156/84, BAT et Reynolds/Commissione, Racc. pag. 4487, punto 62).

138 Rileva che la fondatezza di tale interpretazione non è stata messa in discussione né dalla Commissione, né dalla BSKyB, ma unicamente dalla KirchPayTV, della quale contesta tuttavia gli argomenti.

139 A questo proposito la ricorrente, replicando all'argomento dedotto dalla KirchPayTV, secondo cui la sua tesi non terrebbe conto del principio di proporzionalità e del principio di celerità, ribatte, da un lato, che il nuovo art. 6, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni rispetta tali principi. Il 'considerando' 8 del regolamento n. 1310/97 costituirebbe precisamente un limite al principio di celerità. La KirchPayTV, dall'altro lato, incorrerebbe in errore quando basa il suo ragionamento sulla premessa che, ogni volta che gli impegni proposti nel corso della prima fase del controllo sono sufficienti, sarebbe sproporzionato procedere alla seconda fase di tale controllo. Secondo la ricorrente, infatti, solo quando il problema di concorrenza sollevato può essere ben identificato e facilmente risolto, la Commissione è in grado di valutare, fin dalla prima fase del controllo, se gli impegni sono tali da dissipare i suoi seri dubbi circa la compatibilità dell'operazione di concentrazione con il mercato comune. Per contro, se avesse la possibilità di concludere, sin dalla fine della prima fase del controllo, che i suoi dubbi sono dissipati, anche se le condizioni precisate dal 'considerando' 8 del regolamento n. 1310/97 non sono rispettate, la Commissione sarebbe indotta ad accettare in modo precipitoso importanti impegni che si ritengono risolvere problemi di concorrenza molto complessi, unicamente per risparmiare alle imprese interessate l'avvio della seconda fase del controllo.

140 Replicando all'argomento della KirchPayTV secondo cui il termine impartito alla Commissione nella seconda fase del controllo per esaminare gli impegni proposti (quattro settimane) è pressoché altrettanto esiguo di quello concesso nella prima fase di tale controllo (tre settimane), la ricorrente rileva, da un lato, che tale argomento non precisa quale portata giuridica debba essere riservata al 'considerando' 8 del regolamento n. 1310/97, né per quale ragione tale 'considerando' sia privo di portata giuridica. La KirchPayTV non terrebbe conto, dall'altro lato, del fatto che il termine di esame di quattro settimane nella seconda fase del controllo è preceduto da un termine di tre mesi che decorre dal

momento in cui è stata avviata la seconda fase del controllo, esso stesso preceduto dal termine di cui alla prima fase del controllo. Orbene, nel corso dei primi tre mesi della seconda fase del controllo, la Commissione avrebbe la possibilità di analizzare, in modo approfondito, i problemi di concorrenza sollevati. Per contro, qualora intendesse dichiarare l'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune sulla base di impegni delle imprese interessate già sin dalla fine della prima fase del controllo, essa disporrebbe, per adottare una decisione definitiva, di sole sei settimane in tutto a partire dalla notifica dell'operazione.

141 Rispondendo all'argomento della KirchPayTV, secondo cui dal Libro verde della Commissione del 31 gennaio 1996, relativo alla revisione del regolamento sulle concentrazioni [COM(96) 19 def. del 31 gennaio 1996], risulta che la Commissione ha considerato che, per il controllo degli impegni presentati nel corso della prima fase del controllo, un termine di due settimane era sufficiente, la ricorrente sostiene che tale passo (punto 126) dev'essere letto alla luce dell'affermazione fatta dalla Commissione (al punto 123) che l'accettazione di impegni nel corso della prima fase del controllo è concepibile solo «(...) per le operazioni dove il problema di concorrenza è ben definito e circoscritto rispetto all'insieme del progetto, dove tale problema può essere regolato facilmente e dove il rispetto degli impegni non è difficile da controllare».

142 La ricorrente ritiene che nella fattispecie le condizioni formulate nel 'considerando' 8 del regolamento n. 1310/97 non siano state rispettate. A suo parere, i problemi di concorrenza sollevati nel presente caso dall'operazione di concentrazione non erano ben identificabili e non potevano essere facilmente risolti.

143 Per giustificare tale tesi, essa fa riferimento in primo luogo alla circostanza che, in un recente passato, altre tre operazioni di concentrazione aventi ad oggetto imprese del gruppo Kirch e relative ai mercati tedeschi della televisione a pagamento e dei servizi tecnici e amministrativi connessi sono state dichiarate incompatibili con il mercato comune: v. decisione della Commissione 9 novembre 1994, 94/922/CE (caso IV/M.469 — MSG Media Service) (GU L 364, pag. 1; in

proseguito: la «decisione MSG Media Service»); decisione della Commissione 27 maggio 1998, 1999/153/CE (caso IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere (GU 1999, L 53, pag. 1; in prosieguo: la «decisione Bertelsmann/Kirch/Premiere»), e decisione della Commissione 27 maggio 1998, 1999/154/CE (caso IV/M.1027 — Deutsche Telekom/BetaResearch) (GU 1999, L 53, pag. 31; in prosieguo: la «decisione Deutsche Telekom/BetaResearch»).

- 144 Ciò basterebbe da solo a dimostrare che i problemi di concorrenza che sono sorti su questi stessi mercati in occasione del presente caso e che evidenziano, del resto, a suo avviso, analogie con i tre casi precedenti, non sono né circoscritti né facili da risolvere.
- 145 La ricorrente precisa che non sostiene che vi sia identità tra i fatti che stavano alla base delle tre decisioni di divieto sopra citate e quelli che hanno dato luogo alla decisione di autorizzazione impugnata nella specie. A suo avviso, vi sarebbe tuttavia identità tra gli effetti sulla concorrenza che, qualora fossero stati autorizzati, sarebbero stati generati dalle operazioni di concentrazione vietate dalle tre decisioni sopra citate e quelli causati dall'operazione di concentrazione autorizzata mediante la decisione impugnata.
- 146 Rileva inoltre che le tre decisioni sopra citate e la decisione impugnata nella specie hanno sollevato l'identico problema del rafforzamento della posizione dominante del gruppo Kirch sui mercati della televisione a pagamento e dell'acquisizione dei diritti televisivi, nonché su quello, analizzato per la prima volta nella decisione impugnata, dei servizi di televisione interattiva digitale.
- 147 Osserva che questo rafforzamento della posizione dominante del gruppo Kirch si è persino accentuato dopo l'adozione delle tre predette decisioni con il rilevamento, da parte della KirchPayTV, della rete televisiva a pagamento Premiere del gruppo Bertelsmann e di Canal+ SA, e con il trasferimento dell'attivo della rete televisiva digitale a pagamento DF1 a Premiere.

- 148 La difficoltà comune nei quattro casi sarebbe stata quella di valutare correttamente la portata dei servizi tecnici e amministrativi a favore della televisione digitale e, in questo contesto, il controllo esercitato dal gruppo Kirch sulla tecnica di decodificazione mediante il decodificatore d-box.
- 149 A questo proposito la ricorrente rileva che, nelle decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere ('considerando' 139) e Deutsche Telekom/BetaResearch ('considerando' 64 e 78), le operazioni di concentrazione sono state tra l'altro dichiarate incompatibili con il mercato comune perché gli impegni proposti dalle imprese interessate non hanno consentito di eliminare il controllo, da parte del gruppo Kirch, della tecnica di decodificazione. Per contro, nella decisione impugnata nella specie, la Commissione avrebbe adottato una posizione radicalmente differente, accettando impegni che non permetterebbero neppure essi di mettere fuori gioco tale controllo.
- 150 La ricorrente ritiene che questo cambiamento radicale di posizione induca ad accogliere una delle due seguenti conclusioni: o la Commissione aveva, nella specie, difficoltà nel valutare correttamente i problemi di concorrenza sollevati dall'operazione di concentrazione, il che starebbe a significare che questi non sono ben identificabili, o ha correttamente identificato i problemi di concorrenza sollevati. In questa seconda ipotesi la circostanza che gli impegni proposti nei casi che hanno dato luogo alle decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere e Deutsche Telekom/BetaResearch sono stati rifiutati mentre quelli, pur analoghi, proposti nella presente causa, sono stati accettati, porterebbe a concludere che, se i problemi di concorrenza sollevati da tali fattispecie sono identificabili, essi non potevano essere facilmente risolti.
- 151 In ambedue le ipotesi le condizioni che autorizzano la Commissione ad accettare impegni nel corso della prima fase del controllo delle concentrazioni non sarebbero state rispettate.

- 152 La ricorrente contesta l'argomento svolto sia dalla KirchPayTV sia dalla BskyB, secondo cui le tre decisioni che hanno preceduto la decisione in esame attesterebbero l'esperienza acquisita dalla Commissione nell'analisi e nella soluzione dei problemi di concorrenza che possono essere sollevati da operazioni di concentrazione sui mercati di cui trattasi, e sarebbero pertanto, contrariamente a quanto argomentato dalla ricorrente, un indizio del fatto che i problemi di concorrenza potevano nella specie essere ben identificati e facilmente risolti. A questo proposito la ricorrente si chiede come le parti intervenienti possano spiegare il fatto che la Commissione nel 1998 abbia considerato che il problema del rafforzamento della posizione dominante del gruppo Kirch sul mercato della televisione a pagamento in Germania poteva essere risolto solo mediante la rinuncia da parte di questo gruppo al controllo esercitato sul sistema di decodificazione d-box quando, meno di due anni più tardi, e nelle identiche condizioni di mercato, essa ha ritenuto senza ulteriore motivazione che tale problema potesse essere risolto anche in assenza di siffatti impegni.
- 153 La ricorrente rileva, in secondo luogo, che la Commissione era chiamata, nella specie, a decidere se, ed eventualmente come, fosse possibile, in presenza di una situazione monopolistica e sotto la minaccia di una situazione monopolistica futura, tenere aperti i mercati a potenziali futuri concorrenti ed evitare che altri operatori su tali mercati, obbligati a fare ricorso a servizi monopolizzati per lo sviluppo delle loro attività, non fossero vincolati dal comportamento dei detentori del monopolio. Conclude che i problemi di concorrenza sollevati dall'operazione di concentrazione erano estremamente complessi e quindi non idonei ad essere ben identificati e facilmente risolti.
- 154 La ricorrente sostiene, in terzo luogo, che la complessità dei problemi di concorrenza sollevati risulta dalle conclusioni della decisione impugnata stessa. Rileva a questo proposito che la Commissione ivi osserva, a due riprese, nei 'considerando' 51 e 80, che l'operazione di concentrazione solleva seri dubbi circa la compatibilità con il mercato comune, e che rischia, da un lato, di rafforzare la posizione dominante del gruppo Kirch sul mercato della televisione a pagamento in Germania ('considerando' 51) e, dall'altro, di creare una posizione dominante, cioè un monopolio, sul futuro mercato dei servizi di televisione interattiva digitale ('considerando' 80).

- 155 La ricorrente, in quarto luogo, fa riferimento al numero, alla complessità e al carattere estremamente controverso degli impegni proposti dalle imprese interessate nonché alle modifiche di cui essi sono stati oggetto nel corso del procedimento.
- 156 A questo proposito, nel respingere l'argomento della BSKyB, secondo cui più il numero degli impegni delle imprese interessate è elevato più la soluzione dei problemi di concorrenza è facile, essa considera, al contrario, che più le imprese interessate devono proporre impegni per risolvere i problemi di concorrenza, più la soluzione di tali problemi è difficile e complessa.
- 157 La ricorrente contesta infine l'argomento della BSKyB, secondo cui la circostanza che la ricorrente stessa, nelle osservazioni svolte nel corso del procedimento amministrativo, abbia suggerito impegni tali da dissipare i seri dubbi circa la compatibilità dell'operazione di concentrazione con il mercato comune starebbe ad indicare che i problemi di concorrenza sollevati potevano essere facilmente risolti. Infatti, da un lato, essa avrebbe avanzato le sue proposte solo in subordine e perché espressamente invitata a farlo dalla Commissione, mentre, al contrario, nelle sue osservazioni avrebbe soprattutto esposto in modo molto dettagliato le ragioni per le quali riteneva che l'operazione di concentrazione dovesse essere necessariamente dichiarata incompatibile con il mercato comune. Dall'altro lato, l'argomento della BSKyB riposerebbe sull'assunto che ogni operazione di concentrazione i cui problemi di concorrenza possano essere risolti mediante impegni implicherebbe necessariamente che tali problemi siano facilmente risolvibili. Tale assunto sarebbe manifestamente erraneo. Infatti, se fosse corretto, gli impegni presentati durante la prima fase del controllo non potrebbero essere eventualmente accettati se non nel corso di questa stessa fase, poiché, in tal caso, il principio di proporzionalità si opporrebbe all'avvio di una seconda fase di controllo.
- 158 La Commissione ritiene che il motivo sia irricevibile, in quanto la ricorrente non espone in modo sufficientemente chiaro gli argomenti giuridici. Il motivo non sarebbe assolutamente argomentato, ma si baserebbe su un vago riferimento alla prassi relativa al controllo delle operazioni di concentrazione.

159 La Commissione e le intervenienti sostengono che il motivo è irricevibile e in ogni caso infondato.

### *Giudizio del Tribunale*

160 A proposito dell'argomento della Commissione, secondo cui il motivo sarebbe irricevibile in quanto la ricorrente non espone in maniera sufficientemente chiara i suoi argomenti e si limita a fare un vago riferimento alla prassi relativa al controllo delle operazioni di concentrazione senza fornire alcuna motivazione, va constatato che l'atto introduttivo del ricorso, anche se invero non molto esplicito, consente cionondimeno di constatare che la ricorrente solleva il motivo relativo alla violazione dell'art. 6, n. 2, del regolamento n. 4064/89. Del resto, l'allegazione che la ricorrente non avrebbe sufficientemente suffragato la sua argomentazione rientra nel merito e non nella ricevibilità.

161 La ricorrente sostiene in sostanza che la Commissione non poteva approvare la concentrazione nell'ambito della prima fase del procedimento di esame tenendo conto degli impegni in quanto i problemi di concorrenza non erano ben identificabili e non potevano essere facilmente risolti.

162 Si deve, in limine, a questo proposito, ricordare che, nella versione iniziale, il regolamento n. 4064/89 non conteneva disposizioni espresse relative all'accettazione da parte della Commissione di impegni nella prima fase e che la possibilità che la Commissione dichiarasse una concentrazione compatibile qualora gli impegni offerti dalle parti consentissero di dissipare i seri dubbi era prevista dall'art. 8, n. 2, solo nell'ambito della seconda fase. L'art. 6, n. 2, relativo alle decisioni della prima fase non conteneva disposizioni equivalenti, il che sembra implicare che, allorché la Commissione riteneva che una concentrazione sollevasse seri dubbi, essa non aveva altra scelta che aprire la seconda fase.

Ciononostante, in considerazione, tra altro, dei principi di proporzionalità e celerità che caratterizzano il procedimento di controllo delle concentrazioni, la Commissione, in pratica, ha approvato parecchie operazioni di concentrazione nella prima fase, quando gli impegni offerti dalle parti consentivano di risolvere i problemi di concorrenza.

- 163 Il regolamento n. 1310/97 ha modificato il regolamento sulle concentrazioni per introdurvi, tra l'altro, una disposizione che consente espressamente alla Commissione di approvare una concentrazione nella prima fase in considerazione degli impegni offerti dalle parti. Il 'considerando' 8 del regolamento n. 1310/97 è così formulato: «considerando che la Commissione ha facoltà di dichiarare un'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune nella seconda fase della procedura, a seguito di impegni delle parti che siano proporzionali al problema sotto il profilo della concorrenza e lo risolvano interamente; che è parimenti opportuno accettare impegni nella prima fase della procedura nei casi in cui il problema che sorge sotto il profilo della concorrenza è ben identificabile e può essere risolto facilmente». A tenore dell'art. 6, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni, come modificato con regolamento n. 1310/97, che verte sull'esame condotto dalla Commissione nella prima fase, «se la Commissione constata che, a seguito di modifiche apportate dalle imprese interessate, un'operazione di concentrazione notificata non suscita più seri dubbi ai sensi del paragrafo 1, lett. c), essa può decidere di dichiarare tale operazione compatibile con il mercato comune ai sensi del paragrafo 1, lett. b)».

- 164 Ne consegue che il presente motivo solleva due questioni. La prima questione è se l'art. 6, n. 2, consenta, come sostenuto dalla ricorrente, di accettare impegni nella prima fase solo quando il problema di concorrenza è ben identificabile e può essere facilmente risolto, conformemente al 'considerando' 8 del regolamento n. 1310/97, ovvero se, come sostenuto dalla Commissione, possano essere accettati impegni fin dalla prima fase, anche quando il problema non è ben identificabile o non può essere facilmente risolto, qualora tali impegni consentano di concludere che la concentrazione non sollevi più seri dubbi, proprio come avviene nella seconda fase. La seconda questione, che attiene per contro alla qualificazione giuridica dei fatti, è se il problema di concorrenza sollevato dal progetto di concentrazione di cui trattasi possa essere considerato ben identificabile e facilmente risolvibile.

- 165 Il Tribunale ritiene che si debba cominciare con l'esame della seconda questione.
- 166 Nel ricorso la ricorrente si limita a far valere, a sostegno di tale motivo, che la Commissione ha sollevato seri dubbi e che in passato ha vietato tre operazioni di concentrazione sui mercati di cui trattasi.
- 167 Tale argomento, tratto dalla circostanza che la Commissione ha constatato che la concentrazione sollevava seri dubbi circa la sua compatibilità con il mercato comune, è manifestamente privo di ogni fondamento. Infatti, solo quando la Commissione ritiene che la concentrazione che esamina sollevi seri dubbi le parti sono invitate a proporre impegni per dissipare i detti dubbi. Per definizione, gli impegni hanno sempre lo scopo di dissipare i seri dubbi e rendere il progetto di concentrazione compatibile con il mercato comune. Ne consegue che il fatto che la Commissione abbia sollevato seri dubbi non può assolutamente dimostrare che i problemi di concorrenza sollevati nella specie non erano ben identificabili o che non potevano essere facilmente risolti.
- 168 Laddove la ricorrente afferma che i problemi di concorrenza sollevati dal progetto di concentrazione di cui trattasi non erano ben identificabili, va osservato che, rispondendo alla richiesta di informazioni della Commissione 11 gennaio 2000, la ricorrente ha espresso il punto di vista che, in particolare, la concentrazione comporterebbe un rafforzamento della posizione dominante della KirchPayTV sui mercati della televisione a pagamento, dell'acquisizione dei diritti sui programmi e della prestazione dei servizi tecnici collegati con la televisione a pagamento e che, viste le intersezioni estremamente rilevanti tra i servizi tecnici connessi con la prestazione di servizi di televisione a pagamento e quelli connessi con la prestazione di servizi di televisione interattiva digitale (scatola set-top, rivista di programmi di televisione elettronica, servizi di accesso condizionale), la posizione dominante del gruppo Kirch in Germania costituiva un ostacolo importante all'accesso sul mercato per tutti i concorrenti potenziali sul mercato dei servizi di televisione interattiva digitale. Risulta pertanto che, in soli tre giorni, la ricorrente è stata in grado di individuare i principali problemi di

potenziale concorrenza, che sono esattamente quelli che la Commissione ha poi preso in considerazione nella decisione impugnata. Ciò considerato, la ricorrente non può sostenere che il progetto di concentrazione poneva problemi di concorrenza che non erano ben identificabili.

169 Per quanto riguarda la circostanza che la Commissione ha già adottato in passato tre decisioni di divieto di operazioni di concentrazione sui mercati di cui trattasi, va innanzi tutto sottolineato che ogni operazione di concentrazione dev'essere esaminata in funzione del suo impatto specifico sul mercato. Pertanto, la stessa operazione di concentrazione, notificata nuovamente dopo un divieto, potrebbe, se del caso, essere autorizzata se le condizioni del mercato fossero mutate in modo tale da non farla più apparire incompatibile con il mercato comune. Pertanto, un confronto tra vari casi di concentrazione potrebbe eventualmente essere pertinente solo ove fosse provato che tale operazione pone i medesimi problemi di concorrenza e riguarda mercati sui quali le condizioni non si sono evolute e presentano le medesime caratteristiche.

170 Ne consegue che la semplice affermazione, non altrimenti precisata, che la Commissione ha già vietato altre concentrazioni sui mercati della televisione in Germania non può essere tale da dimostrare che la Commissione non poteva accettare impegni in una prima fase nell'ambito della concentrazione di cui trattasi. Già solo per questa ragione la censura della ricorrente dev'essere respinta.

171 Si deve inoltre rilevare che le decisioni invocate dalla ricorrente non sono pertinenti, in quanto riguardano parti diverse e i mercati interessati e i problemi di concorrenza sollevati non sono comparabili.

172 La decisione Bertelsmann/Kirch/Premiere riguardava certo, come nella fattispecie, il mercato della televisione a pagamento in Germania, ma aveva ad oggetto una concentrazione tra le due sole imprese operanti sul mercato tedesco, cioè la

Bertelsmann e la Kirch, mentre la presente decisione riguarda l'assunzione di una partecipazione da parte della BSkyB, impresa attiva sul mercato britannico della televisione a pagamento, in un'impresa operante sul mercato tedesco. Dal momento che è pacifico che i mercati della televisione a pagamento devono essere delimitati da un punto di vista nazionale, o quantomeno linguistico, la concentrazione di cui trattasi non implica alcun accavallamento di parti di mercato, ma unicamente il rafforzamento della posizione dominante della KirchPayTV a seguito dell'iniezione di mezzi finanziari della BSkyB. Ne consegue che i problemi di concorrenza sollevati in questi due casi non possono essere comparati.

- 173 La decisione Deutsche Telekom/BetaResearch non riguardava gli stessi mercati di cui si tratta nel presente caso. L'operazione, che era concomitante con quella contemplata nella decisione Bertelsmann/Kirch/Premiere, conferiva alla Deutsche Telekom l'accesso alla tecnologia del decodificatore della Kirch per alimentare le sue reti su cavo, facendo di essa la sola disponibile sul mercato tedesco, sia per il satellite sia per il cavo, con la conseguenza che la Deutsche Telekom, operatore dominante nel settore del cavo, sarebbe stata in grado di bloccare l'emergere in tale settore di qualsiasi concorrente alla rosa di canali analogici diffusi via satellite da Premiere.
- 174 La decisione MSG Media Service riguardava la creazione di una posizione dominante sul mercato dei servizi tecnici per la televisione a pagamento in Germania, che avrebbe altresì comportato l'emergere di una posizione dominante sul mercato della televisione a pagamento. Neppure essa è quindi comparabile con la decisione impugnata nella specie, relativa a un accesso migliorato alle risorse finanziarie.
- 175 Affermando, in sede di replica, che nei suddetti tre casi i fatti erano invero diversi da quelli di cui alla presente specie, ma gli effetti di tali concentrazioni sulla concorrenza sarebbero stati identici a quelli qui in esame se fossero state autorizzate, la ricorrente non fa che confermare che i problemi sollevati nei casi in questione non sono comparabili. Le concentrazioni in questi tre casi producevano, per esempio, l'effetto di creare monopoli mettendo in comune le differenti attività concorrenziali o complementari delle parti, mentre, nella specie, il problema risulta dal rafforzamento della posizione della KirchPayTV a seguito delle iniezioni finanziarie della BSkyB.

- 176 Non risulta comunque, e la ricorrente del resto neppure lo sostiene, che la Commissione abbia adottato queste tre decisioni di divieto per il motivo che i problemi di concorrenza non erano ben identificabili o non potevano essere facilmente risolti mediante impegni nella prima fase. Tali decisioni sono infatti state adottate in esito alla seconda fase non perché i problemi non fossero ben identificabili o non potessero essere facilmente risolti, ma perché gli impegni proposti dalle parti non erano sufficienti a dissipare i seri dubbi e a rendere la concentrazione compatibile con il mercato comune. Orbene, come sottolineato dalla ricorrente stessa, il presente motivo non dev'essere confuso con la questione se gli impegni proposti e accolti nella decisione impugnata siano sufficienti, dibattuta nell'ambito del terzo motivo.
- 177 Lungi dal dimostrare che i problemi di concorrenza sollevati nella specie non erano ben identificabili e non potevano essere facilmente risolti, le tre decisioni invocate dalla ricorrente provano, al contrario, che la Commissione aveva una conoscenza approfondita del settore. Certo, come or ora ricordato, le ripercussioni di questi tre progetti di concentrazione sulle condizioni di concorrenza erano diverse da quelle che sarebbero sorte nel presente caso, ma le dette tre precedenti decisioni hanno già fornito alla Commissione l'occasione di esaminare i problemi di concorrenza sui mercati tedeschi della televisione a pagamento, dei servizi tecnici e dei diritti di ritrasmissione dei film e degli avvenimenti sportivi.
- 178 In considerazione della ricca esperienza maturata dalla Commissione sulla scorta di questi precedenti casi, nonché di una serie di altre decisioni della Commissione non citate dalla ricorrente, tra cui, in particolare, il caso *British Interactive Broadcasting/Open* (caso IV/36.539), riguardante la creazione di un'impresa congiunta per fornire al Regno Unito servizi di televisione interattiva con la partecipazione contemporanea dell'operatore di televisione a pagamento BSkyB, con la sua padronanza dei diritti di diffusione e dei servizi tecnici connessi con il decodificatore, e dell'operatore dominante nel settore delle telecomunicazioni, British Telecom, l'argomento relativo alla tecnicità della materia è infondato. Si deve inoltre osservare che l'alto livello tecnico della materia nonché l'ampiezza e la complessità degli impegni non escludono di per sé che i seri dubbi nutriti dalla Commissione sulla compatibilità dell'operazione di concentrazione con il mercato comune possano essere facilmente dissipati. Inoltre, se un settore tecnico

può invero apparire a prima vista complesso per un profano in materia, non altrettanto vale per i professionisti del settore, tra i quali figurano evidentemente in prima linea le parti e i terzi interessati che sono perfettamente in grado, qualora se ne presentasse la necessità, d'informare la Commissione. Il regolamento non traccia del resto alcuna distinzione tra le operazioni di concentrazione secondo il settore su cui vertono.

179 Parimenti, non si può trarre alcun argomento dall'elevato numero degli impegni assunti dalle parti, poiché ciò potrebbe altrettanto bene significare che essi hanno consentito di risolvere tutti gli aspetti dei problemi di concorrenza sollevati dal progetto di concentrazione.

180 Infine, l'argomento che la ricorrente ricava dalla posizione dominante della KirchPayTV o, più in generale, del gruppo Kirch, non è suffragato. Infatti, il grado di posizione dominante non prova, di per sé, che il problema non possa essere facilmente risolto.

181 Da quanto precede risulta che, senza che occorra pronunciarsi sulla questione se gli impegni possano essere accettati nel corso della prima fase solo quando i problemi di concorrenza sono ben identificabili e possono essere facilmente risolti o se sia sufficiente che essi consentano di dissipare i seri dubbi sollevati dalla concentrazione, il secondo motivo dev'essere respinto, non essendo dimostrato che la Commissione sia incorsa in un errore manifesto nel considerare che il problema era ben identificabile e facilmente risolvibile.

### *3. Sul terzo motivo, che riguarda l'insufficienza degli impegni*

182 La ricorrente sostiene che gli impegni accettati dalla Commissione sono insufficienti a rimuovere i seri dubbi circa la compatibilità dell'operazione di

concentrazione con il mercato comune. A sostegno di tale motivo solleva censure comuni all'insieme degli impegni, censure specifiche relative ai singoli impegni e censure concernenti l'assenza di taluni impegni che si asseriscono indispensabili.

### *Osservazioni comuni all'insieme degli impegni*

#### Argomenti delle parti

183 La ricorrente espone, in primo luogo, che il controllo delle concentrazioni deve apportare un plus-valore rispetto alla sorveglianza generica degli abusi di posizione dominante prevista dall'art. 82 CE, cioè non soltanto evitare l'abuso di una posizione dominante, ma altresì impedire l'emergere o il rafforzarsi di tale posizione dominante [v., in tal senso, 'considerando' 137 della decisione della Commissione 13 ottobre 1999, 2001/98/CE, che dichiara un'operazione di concentrazione incompatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'Accordo sullo Spazio economico europeo (caso IV/M.1439, Telia/Telenor) (GU 2001, L 40, pag. 1)].

184 Ne deduce che un impegno che abbia per oggetto solo la promessa di non abusare di una posizione dominante non consente al controllo delle concentrazioni di apportare un plus-valore rispetto alla sorveglianza prevista dall'art. 82 CE. Infatti, un simile impegno mira unicamente ad evitare che vengano posti in atto comportamenti che sono comunque vietati dall'art. 82 CE, cioè lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante, ma non è idoneo ad impedire l'emergere o il rafforzarsi di tale posizione dominante, che è invece lo scopo del controllo delle concentrazioni.

- 185 Per raggiungere tale obiettivo sarebbe necessario che gli impegni proposti dalle parti fossero l'esatto riflesso dei problemi di concorrenza sollevati dall'operazione di concentrazione.
- 186 La ricorrente ritiene che gli impegni proposti costituiscano solo promesse di non abusare di posizioni dominanti constatate dalla Commissione, ma non siano tali da impedire l'emergere o il rafforzarsi di queste posizioni dominanti. Da ciò deduce che i detti impegni non sono idonei a rimuovere i seri dubbi della Commissione circa la compatibilità dell'operazione di concentrazione con il mercato comune. La Commissione non avrebbe pertanto dovuto accettarli ma piuttosto dare corso alla seconda fase del controllo.
- 187 La ricorrente contesta l'argomento della KirchPayTV, secondo cui gli impegni vincolano imprese del gruppo Kirch, nella specie la BetaDigital, Gesellschaft für digitale Fernsehdienste GmbH (in prosieguo: la «BetaDigital») e la BetaResearch, Gesellschaft für die Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen GmbH (in prosieguo: la «BetaResearch»), che non detengono esse stesse una posizione dominante sui mercati sui quali sono attive, con la conseguenza che l'oggetto degli impegni va al di là della promessa di non abusare di una posizione dominante.
- 188 A questo proposito la ricorrente riconosce, per quanto riguarda la BetaDigital, che la posizione di quest'ultima, la quale gestisce la piattaforma tecnica di diffusione via satellite del gruppo Kirch, è sminuita dall'importanza in Germania della diffusione via cavo rispetto a quella via satellite. Ritiene tuttavia che si debba tener conto del fatto che, se è vero che la piattaforma tecnica di diffusione via cavo è gestita da un'impresa estranea al gruppo Kirch, cioè dalla MSG MediaServices GmbH, società controllata dalla Deutsche Telekom, la detta società utilizza però la tecnica di decodificazione della BetaResearch, che fa parte del gruppo Kirch. Per aprire i mercati della televisione a pagamento in Germania e dei servizi di televisione interattiva digitale, cioè di servizi la cui diffusione potrebbe essere ragionevolmente effettuata solo mediante due modi di trasmissione, vale a dire via cavo e via satellite allo stesso tempo, sarebbe stato indispensabile fare in modo che tale tecnica di decodificazione non fosse utilizzata in modo esclusivo dalla MSG MediaServices GmbH.

- 189 In secondo luogo, la ricorrente sostiene che gli impegni sono in contrasto con la comunicazione della Commissione concernente le misure correttive, nella quale la Commissione, interpretando la citata sentenza Gencor/Commissione, rileva che qualsiasi impegno deve poter essere messo in atto in modo effettivo ed entro termini ravvicinati e che gli impegni non dovrebbero necessitare di ulteriori controlli una volta posti in atto (punto 10). Orbene, nella specie, e contrariamente a questo principio, gli impegni richiederebbero un controllo a medio e a lungo termine.
- 190 In terzo luogo, la ricorrente osserva che gli impegni vincolano soltanto il gruppo Kirch. Orbene, la BSkyB avrebbe, rispettando talune condizioni, la facoltà di assumere il controllo unico della KirchPayTV e quindi di occupare una posizione dominante senza essere vincolata, in contropartita, dagli impegni oggetto della decisione impugnata.
- 191 La Commissione e le intervenienti sostengono che tali censure sono infondate.

### Giudizio del Tribunale

- 192 Si deve in limine ricordare che, a tenore dell'art. 6, n. 2, del regolamento n. 4064/89, se la Commissione constata che, dopo gli impegni proposti dalle parti, un'operazione di concentrazione non solleva più seri dubbi, essa può dichiarare la detta operazione compatibile con il mercato comune conformemente all'art. 6, n. 1; lett. b). Poiché il regolamento mira ad impedire la creazione o il rafforzamento di strutture di mercato idonee ad ostacolare in modo significativo l'effettiva concorrenza nel mercato comune, gli impegni proposti devono essere atti a dissolvere i seri dubbi che, secondo la Commissione, l'operazione di concentrazione di cui trattasi suscita a tal riguardo.

193 Come risulta dalla giurisprudenza, la Commissione è autorizzata ad accettare solo impegni idonei ad impedire l'emergere o il rafforzarsi della posizione dominante che essa ha individuato nell'ambito della sua analisi dell'operazione di concentrazione. Al fine di verificare se tale criterio è rispettato, occorre esaminare gli impegni caso per caso, senza che occorra domandarsi se l'impegno possa essere qualificato come impegno comportamentale o come impegno strutturale. Se gli impegni strutturali sono in linea di principio preferibili agli impegni comportamentali perché impediscono definitivamente o quanto meno durevolmente l'emergere o il rafforzarsi della posizione dominante e non richiedono misure di sorveglianza a medio o a lungo termine, non può tuttavia escludersi a priori che impegni a prima vista di tipo comportamentale, come l'accesso a un'infrastruttura essenziale a condizioni non discriminatorie, siano essi stessi idonei a impedire l'emergere o il rafforzarsi di una posizione dominante (sentenza Gencor/Commissione, cit., punto 319).

194 Del resto, tenuto conto delle complesse valutazioni economiche che la Commissione è indotta ad effettuare nell'esercizio del potere discrezionale di cui dispone nel valutare gli impegni proposti dalle parti nella concentrazione, spetta al ricorrente, che vuole ottenere l'annullamento di una decisione che approva una concentrazione per il motivo che gli impegni sono insufficienti a dissipare i seri dubbi, dimostrare l'esistenza di un errore manifesto di valutazione nel quale la Commissione sia incorsa (sentenza del Tribunale 3 aprile 2003, causa T-119/02, Royal Philips Electronics/Commissione, Racc. pag. II-1433, punto 78).

195 Il motivo relativo all'insufficienza degli impegni dev'essere esaminato sulla base di tali principi.

196 Nella specie, la constatazione della Commissione, secondo la quale l'operazione di concentrazione di cui trattasi rischia di rafforzare la posizione dominante del gruppo Kirch sul mercato tedesco della televisione a pagamento e di creare una posizione dominante di questo gruppo sul futuro mercato dei servizi di televisione

interattiva digitale, riposa sull'esistenza di un ostacolo all'accesso dei terzi al detto mercato. La ricorrente non contesta i seri dubbi descritti nella decisione impugnata e non assume che la concentrazione sollevi altri seri dubbi, ma sostiene soltanto che gli impegni erano insufficienti per eliminare i detti dubbi.

197 Al fine di dissipare tali seri dubbi, la Commissione ha preteso e accettato un importante pacchetto di impegni. Lo scopo di tali impegni era quello di risolvere i problemi di concorrenza identificati, riducendo gli ostacoli all'accesso al mercato per quanto riguardava l'offerta dei servizi di televisione in abbonamento, e di impedire che la KirchPayTV utilizzasse a proprio vantaggio la sua asserita posizione dominante sul mercato dei servizi di televisione in abbonamento nell'ambito delle attività da essa svolte sul mercato dei servizi di televisione interattiva digitale. In sostanza, la prima parte di tali impegni riguarda il libero accesso al mercato per i venditori di programmi (impegni nn. 1-5). La seconda parte degli impegni è diretta ad abbassare le soglie di accesso al mercato per gli operatori di piattaforme tecniche e a procurare, di conseguenza, possibilità supplementari di diffusione di programmi tramite piattaforme concorrenti (impegni nn. 6-10). Risulta così, a prima vista, che il pacchetto di impegni ha l'effetto di comportare un conseguente abbassamento delle soglie di accesso al mercato e di dissipare in questo modo i seri dubbi posti dal rafforzamento della posizione della KirchPayTV risultanti dall'operazione di concentrazione.

198 Nell'ambito della prima parte del motivo, la ricorrente deduce tre censure generali relative all'insieme degli impegni.

199 Per quanto riguarda, in primo luogo, la censura relativa al fatto che gli impegni sarebbero solo semplici promesse di non abusare delle posizioni dominanti constatate dalla Commissione, va osservato anzitutto che, se è vero che gli impegni presentano piuttosto natura comportamentale, essi hanno cionondimeno un carattere strutturale, poiché mirano a risolvere il problema strutturale dell'accesso al mercato da parte di terzi. Pertanto, la Commissione poteva ragionevolmente concludere che la conclusione di accordi Simulcrypt, l'apertura ai terzi dell'interfaccia di programmazione del decodificatore d-box, la realizza-

zione dello standard DVB-MHP e la concessione di licenze per quanto riguarda la tecnologia del decodificatore d-box, nonché la sua fabbricazione consentono e rafforzano, in maniera coerente, la concorrenza, ai diversi livelli dell'infrastruttura digitale. Ne consegue che gli impegni non possono essere qualificati semplici impegni di natura comportamentale idonei a risolvere i problemi di concorrenza identificati dalla Commissione.

200 Nella misura in cui, come si è già detto, essi comportano l'apertura alla concorrenza della struttura di diffusione digitale ai diversi livelli, gli impegni hanno una portata molto più estesa del semplice divieto di abusare di una posizione dominante.

201 Si deve poi precisare che non si tratta di stabilire se gli obblighi risultanti dagli impegni si presuppongano derivare dall'art. 82 CE, bensì se i detti impegni siano idonei a risolvere i problemi prodotti dalla concentrazione. Orbene, è giocoforza constatare che, nel ricorso, la ricorrente mette in discussione solo in astratto l'idoneità degli impegni e non ne esamina la proporzionalità rispetto ai problemi di concorrenza che la Commissione ha chiaramente individuato.

202 Del resto, la ricorrente non dimostra che gli impegni non apportano plus-valore rispetto alla sorveglianza generica degli abusi di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE. Infatti, nell'ambito della sorveglianza generica degli abusi di posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE, la prova di una posizione dominante sul mercato di cui trattasi e di un suo abuso dev'essere fornita dalla Commissione e dai terzi. Per contro, gli impegni imposti come condizione di una decisione di approvazione di una concentrazione hanno l'effetto di trasferire l'onere della prova del loro rispetto alle imprese interessate dall'operazione di cui trattasi. Entro questi limiti gli impegni vanno già oltre la sorveglianza generica prevista dall'art. 82 CE.

- 203 A questo proposito si deve constatare, ad abundantiam, che in assenza di impegni sarebbe necessario dare corso a un procedimento nazionale o comunitario ai sensi dell'art. 82 CE, il cui risultato sarebbe incerto e in ogni caso più difficile da imporre. Gli operatori del diritto si troverebbero così di fronte a una maggiore incertezza giuridica. Gli impegni al contrario impongono obblighi dettagliati, da soddisfare entro brevi termini, il cui rispetto è assicurato da una procedura di arbitrato effettiva e vincolante che inverte l'onere della prova a danno del gruppo Kirch. Gli impegni offrono così una certezza del diritto ben maggiore dell'art. 82 CE.
- 204 Occorre altresì constatare che la ricorrente non ha neanche dimostrato che sussistessero le condizioni per applicare l'art. 82.
- 205 Così, se è vero che dalla decisione risulta che la KirchPayTV detiene una posizione dominante sul mercato tedesco della televisione a pagamento, la ricorrente non ha però dimostrato e neppure allegato sotto quale aspetto essa avrebbe abusato di tale posizione dominante. Per contro, il pacchetto degli impegni consentirà di abbassare considerevolmente, già fin d'ora, gli ostacoli all'ingresso da parte di terzi sia sul mercato della televisione a pagamento sia sui mercati contigui.
- 206 Parimenti, come ha giustamente sottolineato la KirchPayTV, gli impegni vincolano un certo numero d'impresе del gruppo Kirch che svolgono le loro attività su mercati diversi da quelli contemplati dalla decisione impugnata e in relazione ai quali non è dimostrato che esse detengano posizioni dominanti né sui mercati di cui trattasi né su quelli sui quali esse operano.
- 207 Ad esempio, gli impegni nn. 1-3 si rivolgono alla BetaDigital, che gestisce la piattaforma tecnica di diffusione via satellite del gruppo Kirch tramite la quale vengono diffusi i programmi della KirchPayTV e quelli di altri enti di radiodiffusione. Poiché la diffusione via satellite è in Germania molto meno consistente di quella via cavo e la piattaforma tecnica di diffusione via cavo è gestita da un'impresa estranea al gruppo Kirch, cioè la MSG MediaServices

GmbH, società controllata dalla Deutsche Telekom, non appare di primo acchito che la BetaDigital goda di una posizione dominante sul mercato dei servizi tecnici.

- 208 La ricorrente non ha neppure dimostrato che le caratteristiche del mercato di cui trattasi e la posizione ivi detenuta dalle imprese del gruppo Kirch siano tali da far giocare nella specie le condizioni restrittive richieste per l'applicazione della giurisprudenza relativa alle infrastrutture essenziali né a fortiori da consentire d'imporre loro a tale titolo obblighi o sanzioni idonei ad agevolare, nella stessa misura degli impegni, l'apertura alla concorrenza dei mercati.
- 209 Inoltre, la sanzione per l'inosservanza di obblighi assunti nell'ambito di impegni è più efficace di quella prevista per gli obblighi di legge, ex art. 82 CE. Dall'art. 8, n. 5, del regolamento n. 4064/89 risulta infatti che la Commissione può revocare la decisione adottata se le imprese partecipanti non osservano gli oneri di cui è corredata la decisione. L'art. 82 CE non prevede una siffatta sanzione.
- 210 Per quanto riguarda, in secondo luogo, l'argomento secondo cui gli impegni non sarebbero accettabili in quanto impongono un controllo a medio termine, si deve rilevare che la comunicazione sulle misure correttive non ha il significato e la portata che la ricorrente le attribuisce.
- 211 Al punto 10 della comunicazione sulle misure correttive la Commissione, nell'affermare che una volta che la concentrazione sia stata attuata le condizioni di concorrenza auspiccate sul mercato non potranno essere effettivamente ristabilite finché gli impegni non saranno stati adempiuti, prevede che gli impegni debbano poter essere attuati efficacemente ed entro termini ravvicinati e che non dovrebbero più richiedere ulteriore controllo una volta attuati. Tale precisazione non mira a vietare qualsiasi controllo, da parte della Commissione, dell'attuazione degli impegni, bensì a garantire che gli impegni siano idonei a

risolvere i problemi di concorrenza sollevati dall'operazione di concentrazione di modo che, dopo la loro attuazione, essi non richiedano, inoltre, un controllo permanente da parte della Commissione.

- 212 Orbene, nella fattispecie in esame, si deve constatare che gli impegni prevedono una serie di provvedimenti precisi diretti ad aprire l'accesso ai diversi mercati e una procedura di arbitrato vincolante in caso di difficoltà di esecuzione.
- 213 Per quanto concerne, in terzo luogo, l'argomento con cui si fa valere che l'accordo notificato prevederebbe altresì l'assunzione del controllo unico della KirchPayTV da parte della BSKyB, è sufficiente ricordare che la decisione impugnata riguarda esclusivamente l'acquisizione in comune del controllo della KirchPayTV da parte della BSKyB e della Kirch. L'assunzione del controllo della KirchPayTV esclusivamente da parte della BSKyB costituirebbe un nuovo progetto di concentrazione che dovrebbe essere notificato alla Commissione e sottoposto ad un nuovo esame.
- 214 Da quanto precede consegue che le censure dedotte nell'ambito del primo punto devono essere disattese.

*Osservazioni specifiche a taluni impegni*

Accesso dei terzi alla piattaforma Kirch (impegni nn. 1-3)

— Argomenti delle parti

- 215 La ricorrente considera che gli impegni di consentire ai terzi interessati di accedere alla piattaforma tecnica del gruppo Kirch, e quindi di offrire servizi

tecnici a condizioni eque, appropriate e non discriminatorie, riprendono puramente e semplicemente l'obbligo di legge al quale è assoggettata, conformemente alla giurisprudenza della Corte, ogni impresa che occupi una posizione dominante sul mercato e che fornisca impianti di cui altri abbiano bisogno per essere in grado di esercitare la loro attività economica. Ricorda a questo proposito che, quando il fornitore di un'infrastruttura indispensabile alla prestazione di altri servizi su mercati subordinati è in posizione dominante, e tale infrastruttura non può essere riprodotta dagli altri operatori a un costo economicamente sostenibile, il primo ha l'obbligo di concedere ai secondi l'accesso all'infrastruttura di cui trattasi (sentenze della Corte 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, RTE et ITP/Commissione, Racc. pag. I-743, punti 48 e segg., e 26 novembre 1998, causa C-7/97, Bronner, Racc. pag. I-7791, punti 23 e segg.).

- 216 Tali impegni avrebbero pertanto unicamente l'effetto di rendere più difficile l'abuso da parte della KirchPayTV della sua posizione dominante senza tuttavia rimettere in discussione il rafforzamento di tale posizione dominante provocato dall'operazione di concentrazione. Essi sarebbero pertanto insufficienti.
- 217 La ricorrente aggiunge che gli impegni implicano, a medio e a lungo termine, un ulteriore controllo da parte della Commissione, il quale sarebbe in contrasto con la citata sentenza Gencor/Commissione, e con la comunicazione sulle misure correttive.
- 218 Respinge l'affermazione della KirchPayTV secondo la quale il mercato dei servizi tecnici non sarebbe interessato dall'operazione di concentrazione. In effetti, tale affermazione sarebbe in contrasto con il fatto, riconosciuto dalla KirchPayTV, che gli impegni, consentendo ai potenziali concorrenti di accedere ai servizi tecnici offerti dal gruppo Kirch, mirano a risolvere i problemi di concorrenza sollevati dall'operazione di concentrazione. Sotto tale aspetto, la KirchPayTV riconoscerebbe implicitamente che l'apertura del mercato dei servizi tecnici è di importanza capitale per assicurare l'accesso, da parte di concorrenti potenziali, ai mercati della televisione a pagamento e dei servizi di televisione interattiva digitale.

219 La Commissione e le intervenienti ritengono tale censura infondata.

— Giudizio del Tribunale

220 La ricorrente sostiene in sostanza che gli impegni diretti a consentire ai terzi interessati di accedere alla piattaforma tecnica del gruppo Kirch costituiscono la mera attuazione dell'obbligo imposto dall'art. 82 CE a ogni impresa in posizione dominante sul mercato di mettere i propri servizi tecnici a disposizione dei terzi per consentire loro di entrare con essa in concorrenza. Contesta pertanto la sufficienza degli impegni.

221 I primi tre impegni del gruppo Kirch mirano ad offrire ai fornitori di contenuto l'accesso al mercato della televisione a pagamento e dei servizi della televisione interattiva digitale. Essi garantiscono l'accesso, a condizioni eque, appropriate e non discriminatorie alla piattaforma tecnica via satellite del gruppo Kirch affinché i loro servizi digitali possano essere ricevuti tramite il d-box. A tale titolo i tre impegni hanno dunque un effetto strutturale. Essi non si riducono a una promessa di non abusare di una posizione dominante ai sensi dell'art. 82 CE e non appaiono, in quanto tali, inappropriati a risolvere i problemi di concorrenza sollevati nella specie dal progetto di concentrazione.

222 Si deve d'altra parte constatare che i vari servizi sono tutti offerti separatamente, che esiste un obbligo di tenere una contabilità separata per ciascun servizio e di far accedere i terzi alla contabilità entro due settimane, che il gruppo Kirch è tenuto a rivelare i prezzi e le condizioni di vendita e che esso è soggetto a un obbligo di cooperazione nonché a un obbligo di parità di trattamento dei terzi rispetto alle imprese del gruppo.

- 223 Del pari, gli impegni vincolano un certo numero di imprese del gruppo Kirch che svolgono le loro attività su mercati diversi da quelli contemplati dalla decisione impugnata e di cui non è provato che detengano una posizione dominante sul mercato considerato o sui mercati sui quali operano. Non è quindi dato di rilevare che queste imprese rientrino nell'ambito di applicazione dell'art. 82 CE, e non può pertanto ritenersi che l'oggetto degli impegni sia quello di non violare l'art. 82 CE.
- 224 Nulla toglie a tale conclusione il fatto che l'art. 82 CE copre anche, in casi eccezionali, problemi concorrenziali di tipo strutturale analoghi a quelli che hanno dato luogo agli impegni (sentenze della Corte 21 febbraio 1973, causa 6/72, Europemballage Corporation e Continental Can/Commissione, Racc. pag. 215; RTE e ITP/Commissione, cit., punti 48 e segg., e Bronner, cit., punti 23 e segg.).
- 225 Dalla sopra citata giurisprudenza risulta che un abuso è concepibile solo quando il rifiuto di accesso a una infrastruttura essenziale per la prestazione di altri servizi su mercati subordinati produce l'effetto di sopprimere qualsiasi concorrenza nel mercato a valle senza obiettive giustificazioni.
- 226 Nella specie, la ricorrente non ha dimostrato che la Kirch disponga di una siffatta infrastruttura che le imporrebbe il rispetto di tali obblighi.
- 227 Al contrario si deve rilevare, da un lato, che la trasmissione di segnali digitali può essere effettuata sia da reti via cavo, sia via satellite, che il progetto FUN ha lo scopo preciso di sviluppare una piattaforma alternativa, che sarà però operativa solo per la ritrasmissione via satellite, mentre la decisione impugnata rileva, al 'considerando' 62, che in Germania la trasmissione via satellite non è comparabile alla trasmissione via cavo, in quanto l'operatore televisivo che

utilizzasse solo la prima raggiungerebbe soltanto un terzo delle utenze e, d'altro lato, che la Kirch detiene nel campo della trasmissione via cavo, solo la tecnologia utilizzata nelle reti via cavo che appartengono alla Deutsche Telekom.

228 Da quanto precede consegue che la censura dev'essere disattesa.

Apertura dell'accesso al sistema d-box della Kirch per applicazioni di terzi (impegno n. 4)

— Argomenti delle parti

229 La ricorrente sostiene, in primo luogo, che l'apertura dell'accesso al sistema d-box della Kirch per applicazioni di terzi riprende semplicemente un obbligo di legge che, conformemente alla giurisprudenza relativa all'art. 82 CE, esiste comunque. Sostiene a questo proposito che, dato che, come risulta dalla decisione impugnata ('considerando' 61 e segg.), il sistema d-box già implica una posizione di monopolio, esso è comunque soggetto al controllo generale degli abusi di posizione dominante previsto dall'art. 82 CE. Aggiunge che l'impegno di cui trattasi non contiene obblighi tassativi di consentire l'accesso, essendo accompagnato dalla riserva che la Kirch e i terzi si accordino su condizioni eque, appropriate e non discriminatorie. Pertanto, tale impegno instaurerebbe soltanto un controllo di comportamento duraturo, tale quale già esiste ai sensi dell'art. 82 CE per le imprese che occupano una posizione dominante, senza offrire, a questo riguardo, ai terzi alcun plus-valore.

230 La ricorrente espone, in secondo luogo, che solo la cessione da parte del gruppo Kirch del suo controllo del sistema d-box sarebbe risultata sufficiente.

231 Sostiene a questo riguardo, da un lato, che, nonostante l'impegno, la Kirch mantiene il controllo sullo sviluppo tecnologico del sistema d-box. Osserva in proposito che nelle decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere ('considerando' 37-39) e Deutsche Telekom/BetaResearch ('considerando' 56-61) la Commissione ha dichiarato le operazioni di concentrazione di cui trattasi incompatibili con il mercato comune, al fine, in particolare, di impedire che la tecnologia del sistema d-box diventi il solo standard digitale utilizzato nello spazio di lingua tedesca, cosa che avrebbe la conseguenza di rendere ogni altro potenziale gestore di un sistema di controllo di accesso dipendente dalla politica in materia di licenze dell'impresa BetaResearch, facente parte del gruppo Kirch. L'impegno di cui trattasi non avrebbe precisamente posto termine al controllo della Kirch sull'infrastruttura tecnologia ed alla conseguenza che ne deriva, cioè la dipendenza dei terzi dalla concessione di una licenza da parte del gruppo Kirch. La ricorrente ricorda a questo proposito che, nelle decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere ('considerando' 139) e Deutsche Telekom/BetaResearch ('considerando' 64), la Commissione ha rifiutato impegni analoghi a quello in esame per il motivo che non erano idonei a mettere in discussione il controllo del gruppo Kirch sulla tecnologia del sistema d-box.

232 In questo ordine di idee la ricorrente respinge l'argomento della Commissione secondo cui le decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere e Deutsche Telekom/BetaResearch non sono comparabili con il caso di specie. Tali casi sarebbero certo diversi da quello qui in esame per quanto riguarda i fatti, ma non per quanto riguarda i problemi di concorrenza sollevati, che si porrebbero nella medesima forma in tutti questi casi.

233 D'altro lato, la ricorrente osserva che l'impegno non rispetta i criteri elaborati dalla Commissione nella sua comunicazione sulle misure correttive. Ricorda che ivi viene constatato quanto segue: «[s]e il problema relativo alla concorrenza è causato dal controllo di una tecnologia essenziale, il correttivo da preferire è la cessione di tale tecnologia, in quanto elimina un rapporto duraturo tra il nuovo ente e i suoi concorrenti. La Commissione può tuttavia ammettere accordi di licenza (preferibilmente licenze esclusive senza campi di limitazione dell'utilizzo per il licenziatario) in alternativa alla cessione, se la cessione, ad esempio, avrebbe l'effetto di impedire il proseguimento in condizioni efficienti di una ricerca in corso (...)» (punto 29).

234 Da ciò conclude che, nel caso di specie, il problema della posizione dominante della KirchPayTV sui mercati della televisione a pagamento e dei servizi di televisione interattiva digitale avrebbe potuto, in linea di principio, essere risolto solo se il gruppo Kirch avesse ceduto completamente il controllo sulla tecnologia di decodificazione, essenziale per l'accesso su tali mercati, il che avrebbe comportato la cessione, da parte del gruppo Kirch, del controllo dell'impresa BetaResearch. Aggiunge che le parti nell'operazione di concentrazione non hanno mai presentato argomenti che giustificassero una deroga al principio sancito dalla comunicazione sulle misure correttive, né, in particolare, hanno mai invocato l'ipotesi ivi contemplata dell'intralcio al proseguimento di ricerche in corso per effetto della cessione.

235 La ricorrente contesta infine l'argomento della KirchPayTV secondo cui l'impegno avrebbe l'effetto di consentire ai terzi di fornire i loro servizi tramite il d-box senza essere tenuti ad ottenere la previa licenza o autorizzazione del gruppo Kirch. Infatti, l'impegno non coprirebbe la tecnologia di controllo di accesso e non rimetterebbe pertanto in discussione la necessità tecnica per i terzi di concludere con il gruppo Kirch un accordo che verta sulla messa in opera di tale tecnica, nella specie accordi Simulcrypt. Tale conseguenza avrebbe potuto essere evitata se, come richiesto dalla ricorrente durante la fase amministrativa del procedimento, il gruppo Kirch avesse accettato l'installazione nel d-box di un'interfaccia comune, invece di rifiutarla in modo tassativo.

236 La Commissione e le intervenienti ritengono la censura infondata.

— Giudizio del Tribunale

237 La ricorrente sostiene che l'apertura dell'accesso al sistema d-box è insufficiente. Rileva a questo proposito che il sistema d-box, che già implica una posizione di

monopolio, sarebbe comunque soggetto al controllo generico degli abusi di posizione dominante previsto dall'art. 82 CE. Del resto, la ricorrente espone che solo la cessione da parte del gruppo Kirch del controllo esercitato sul sistema d-box sarebbe stata sufficiente.

- 238 Va rilevato che il controllo esercitato dalla Kirch sull'infrastruttura tecnologica non è modificato dal progetto di concentrazione.
- 239 Si deve ricordare che, con questo quarto impegno, la Kirch garantisce che l'interfaccia che consente le applicazioni (il sistema d-box) sarà aperta ai terzi e comporterà pertanto l'emissione di applicazioni supplementari, come le guide di programmi.
- 240 Occorre constatare che la ricorrente non spiega le ragioni per le quali solo una cessione da parte del gruppo Kirch del controllo esercitato sul sistema d-box sarebbe stata sufficiente per eliminare i dubbi sollevati dalla concentrazione.
- 241 Si deve inoltre ricordare che l'operazione di concentrazione non riguarda il mercato della tecnologia di decodificazione digitale. Inoltre, poiché l'impegno ha l'effetto di consentire ai terzi di fornire i loro servizi tramite il d-box, indipendentemente da qualsiasi licenza o autorizzazione del gruppo Kirch, il controllo su tale sistema, che implica il suo ulteriore sviluppo, non appare tale da ostacolare l'accesso dei terzi al mercato della televisione a pagamento e dei servizi di televisione interattiva digitale.

242 L'argomento della ricorrente secondo il quale l'impegno si limita a riprendere un obbligo di legge derivante dall'art. 82 CE va, per le ragioni sopra esposte, respinto.

243 La censura relativa a tale impegno deve pertanto essere disattesa.

244 Tale conclusione non può essere rimessa in causa dall'argomento della ricorrente secondo il quale la Commissione ha rifiutato impegni analoghi a quelli di cui alla presente fattispecie con le decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere e Deutsche Telekom/BetaResearch per il motivo che non erano idonei a mettere in discussione il controllo del gruppo Kirch sulla tecnologia del sistema d-box. Infatti, come è stato sopra esposto, la concentrazione di cui trattasi e i problemi di concorrenza da essa sollevati non possono essere comparati a quelli che costituiscono l'oggetto di queste tre decisioni.

245 Al fine, inoltre, di stabilire se la Commissione sia incorsa in un errore manifesto di valutazione, si deve verificare se essa poteva ritenere che l'insieme degli impegni proposti consentisse di regolare i problemi di concorrenza identificati e non già se l'impegno, isolatamente considerato, è stato giudicato insufficiente in un'altra operazione di concentrazione. Nella specie la Commissione ha concluso, in esito alla prima fase, che gli impegni dissipavano i seri dubbi sollevati dall'operazione di concentrazione. Infatti, l'obiettivo dell'impegno è di permettere ai terzi interessati di sviluppare applicazioni per la televisione interattiva digitale sulla piattaforma tecnica della Kirch. Tenuto conto, in particolare, dell'interoperabilità delle applicazioni, non è dato di ravvisare che la Commissione sia incorsa in un errore manifesto di valutazione nel ritenere che tale impegno comporti altresì l'apertura del mercato della televisione digitale.

246 Ne consegue che la censura dev'essere disattesa.

## Interoperabilità delle applicazioni (impegno n. 5)

### — Argomenti delle parti

247 La ricorrente considera che l'impegno di assicurare l'interoperabilità delle applicazioni, costituendo semplicemente il necessario complemento dell'impegno sopra evocato, non fa che aggiungere un elemento supplementare al controllo permanente di comportamento e non è idoneo a risolvere il problema di concorrenza, costituito dal controllo esercitato dal gruppo Kirch sul sistema d-box e già constatato nelle decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere e Deutsche Telekom/BetaResearch nonché nella decisione impugnata (v., in particolare, 'considerando' 61).

248 La Commissione e le intervenienti ritengono la censura infondata.

### — Giudizio del Tribunale

249 Con tale quinto impegno il gruppo Kirch intende assicurare l'interoperabilità delle applicazioni, cioè l'esistenza di uno standard comune, l'MHP.

250 Va ricordato che impegni di tipo comportamentale si possono accettare se hanno effetti strutturali, cioè se sono idonei ad impedire l'emergere o il rafforzarsi di una posizione dominante (sentenza Gencor/Commissione, cit.).

251 La ricorrente non ha dimostrato che l'impegno in questione non rientra in tale categoria. Al contrario, l'interoperabilità delle applicazioni mira a garantire che i terzi interessati possano sviluppare applicazioni per la televisione interattiva digitale idonee ad essere utilizzate su più piattaforme tecniche. La messa in opera di più piattaforme tecniche concorrenti appare, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, concepibile, poiché il progetto dell'associazione FUN mira, in particolare, a sviluppare una siffatta piattaforma tecnica.

252 Inoltre, l'obbligo di realizzare lo standard DVB-MHP non richiede, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, un controllo permanente dei comportamenti, dato che l'interfaccia standardizzata aprirà strutturalmente il mercato ai fornitori di applicazioni concorrenti. Infatti, ogni impresa di sviluppo potrà, per questo solo fatto, elaborare programmi di applicazione pronti all'impiego e offrire servizi corrispondenti, indipendentemente da qualsiasi licenza o autorizzazione del gruppo Kirch.

253 Del resto, la combinazione del quarto e del quinto impegno consente un'apertura del mercato alle applicazioni.

254 È comunque giocoforza constatare che la ricorrente non prova che la Commissione sia incorsa in errore manifesto di valutazione.

255 Da quanto precede consegue che la censura dev'essere disattesa.

## Interoperabilità di piattaforme concorrenti (impegno n. 6)

## — Argomenti delle parti

- 256 La ricorrente sostiene che l'impegno del gruppo Kirch a concludere accordi Simulcrypt con i gestori di piattaforme tecniche concorrenti non è idoneo a rimettere in discussione la posizione dominante del suddetto gruppo sul mercato dei servizi tecnici, che si estende anche ai sistemi di controllo di accesso, grazie al sistema protetto di accesso condizionale del d-box. L'impegno costituirebbe un obbligo di comportamento cui il gruppo Kirch sarebbe comunque tenuto, in forza dell'art. 82 CE, e non apporterebbe pertanto alcun plus-valore rispetto alla sorveglianza generica sugli abusi di posizione dominante prevista da tale articolo.
- 257 Infatti, il contenuto dell'obbligo di fare cui il gruppo Kirch si è vincolato resterebbe particolarmente vago. Innanzi tutto il gruppo Kirch si impegnerebbe unicamente a fare tutto il necessario per garantire che gli accordi Simulcrypt entrino in vigore il più presto possibile. Il rispetto di tale impegno richiederebbe poi che il gestore di una piattaforma tecnica concorrente collaborasse nella misura obiettivamente necessaria, che tale gestore ottenesse condizioni eque e appropriate e infine che la sicurezza tecnica del sistema di accesso condizionale non fosse tale da mettere in pericolo il sistema corrispondente del d-box.
- 258 Inoltre, secondo la ricorrente, l'impegno, il quale implica la conclusione di accordi Simulcrypt tra i gestori di piattaforme concorrenti e la BetaResearch, società del gruppo Kirch, presuppone sempre la buona volontà del gruppo Kirch. Orbene, l'esistenza di questa buona volontà nel gruppo Kirch sarebbe dubbia, poiché quest'ultimo sarebbe anche diffusore di programmi e in tale qualità rischierebbe di essere danneggiato dalla conclusione di accordi Simulcrypt, che

faciliterebbero la diffusione di programmi concorrenti. Ci sarebbe pertanto un rischio di conflitto tra gli interessi del prestatore di servizi tecnici BetaResearch e quelli di diffusore di programmi del gruppo che lo controlla. L'indipendenza delle decisioni commerciali della BetaResearch non sarebbe quindi garantita.

259 La ricorrente osserva a questo proposito che tale rischio di abuso è stato analizzato e denunciato dalla Commissione nelle decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere ('considerando' 58) e Deutsche Telekom/BetaResearch ('considerando' 38). Rinvia altresì alle cattive esperienze che avrebbe avuto l'associazione FUN in occasione di un tentativo di negoziare con il gruppo Kirch un accordo Simulcrypt.

260 Osserva infine che l'impegno presuppone l'esistenza di sistemi di accesso condizionale concorrenti che però non si vede bene come potrebbero affermarsi sul mercato.

261 Replicando all'argomento della KirchPayTV, la quale sostiene che gli accordi Simulcrypt sono conclusi unicamente tra piattaforme tecniche, ma che, nel settore della diffusione via cavo, il gruppo Kirch non gestisce una piattaforma di questo tipo, la ricorrente osserva che la più importante piattaforma tecnica del settore, la MSG MediaServices GmbH, utilizza esclusivamente la tecnologia sviluppata dal gruppo Kirch.

262 In merito all'osservazione della KirchPayTV sul recente affermarsi di nuove piattaforme tecniche nel settore della diffusione via cavo, la ricorrente rileva che tale fattore non esisteva al momento della decisione impugnata, ragion per cui è inconferente e che, a tutt'oggi, tale sviluppo non si è ancora effettivamente realizzato, date le restrizioni alle quali la Deutsche Telekom, proprietaria della maggior parte della rete via cavo e, tramite la sua società controllata MSG MediaServices GmbH, gestore della più importante piattaforma tecnica in tale

settore di diffusione, sottopone i potenziali gestori di piattaforme concorrenti. Rinvia a questo proposito alle enormi difficoltà nelle quali si è imbattuto l'operatore di piattaforme concorrenti, PrimaCom per concludere un accordo Simulcrypt con la MSG MediaServices GmbH.

263 La Commissione e le intervenienti ritengono la censura infondata.

— Giudizio del Tribunale

264 Il sesto impegno mira ad aprire il d-box ad altre reti di televisione a pagamento e ai servizi interattivi digitali.

265 Il gruppo Kirch si è così impegnato a concludere accordi Simulcrypt con operatori di piattaforme tecniche che utilizzano altri sistemi di codificazione. Si deve ricordare che il processo Simulcrypt consente l'uso di differenti sistemi di codificazione senza che il cliente abbia bisogno di più decodificatori per decodificare il segnale captato, grazie allo scambio delle chiavi di codificazione tra gli operatori di piattaforme. Pertanto, tutti i programmi corrispondenti possono essere captati con un solo decodificatore.

266 Tale impegno mira a garantire la messa in opera di piattaforme tecniche concorrenti consentendo, qualora un prestatore di servizi tecnici intenda utilizzare un sistema di codificazione concorrente, di captare dal d-box mediante il processo Simulcrypt. La Commissione e le intervenienti hanno affermato, senza essere contraddette dalla ricorrente, che i prestatori di servizi tecnici hanno, in ragione di questa circostanza, la possibilità di scegliere liberamente il loro sistema di codificazione e che la concorrenza tra gli operatori di piattaforme tecniche, ma anche quella sul mercato dei decodificatori, è rafforzata da tale impegno.

- 267 Del resto si deve ricordare che ogni impegno costituisce un obbligo legale la cui violazione, se del caso, può condurre la Commissione a revocare l'autorizzazione della concentrazione. La circostanza, del resto non provata dalla ricorrente, che la Kirch potrebbe non manifestare buona volontà nell'attuazione dell'impegno non è tale da dimostrare che la Commissione sia incorsa in un errore manifesto di valutazione ritenendo l'impegno idoneo a risolvere i problemi di concorrenza.
- 268 Inoltre, l'impegno di cui trattasi non è isolato e va considerato nel contesto globale dell'insieme degli impegni assunti dal gruppo Kirch, in particolare in combinazione con quello che prevede il ricorso ad un'altra piattaforma tecnica per i programmi di televisione a pagamento della Kirch.
- 269 Ne consegue che questa censura dev'essere disattesa.

Accesso di altre piattaforme tecniche ai servizi di televisione a pagamento della Kirch (impegno n. 7)

— Argomenti delle parti

- 270 La ricorrente espone, in primo luogo, che l'impegno del gruppo Kirch a commercializzare i suoi programmi di televisione a pagamento anche tramite altre piattaforme tecniche, in particolare mediante accordi Simulcrypt, non è tale da rimettere in discussione la posizione dominante che il suddetto gruppo detiene sui mercati della televisione a pagamento e dei servizi tecnici corrispondenti e non apporta alcun plus-valore rispetto al controllo degli abusi di posizione dominante previsto dall'art. 82 CE.

- 271 Infatti, in primo luogo, tale impegno, invece di facilitare l'accesso di piattaforme concorrenti sul mercato, si limiterebbe a presupporre l'esistenza e ad offrire loro una buona condotta conforme al diritto delle intese.
- 272 In secondo luogo, l'attuazione di tale offerta di buona volontà avverrebbe in condizioni particolarmente vaghe.
- 273 In terzo luogo, l'impegno farebbe sorgere un conflitto di interessi che rimetterebbe in discussione la sua efficacia. Infatti, obbligando il gruppo Kirch a commercializzare i propri programmi di televisione a pagamento tramite piattaforme tecniche concorrenti, lo costringerebbe ad adottare decisioni che potrebbero risultare in contrasto con i suoi interessi di operatore di programmi. Alla luce di quanto considerato, sarebbe dubbio che l'impegno venga lealmente attuato. La ricorrente ricorda che la Commissione ha correttamente constatato tale circostanza nelle decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere e Deutsche Telekom/BetaResearch.
- 274 A questo proposito la ricorrente ricorda anzitutto la cattiva esperienza subita dall'associazione FUN, che intendeva istituire una piattaforma tecnica concorrente e alla quale la KirchPayTV, in contrasto con l'impegno di cui trattasi e sulla base di pretesti menzogneri, avrebbe rifiutato l'accesso all'offerta di televisione a pagamento del gruppo Kirch. Fa riferimento poi alle difficoltà incontrate dalla piattaforma tecnica di diffusione via cavo PrimaCom nel concludere con il gruppo Kirch un accordo Simulcrypt. Nota infine che allo stato attuale non esistono esempi di soluzione tecnicamente praticabile di Simulcrypt tra sistemi differenti di decodificazione.
- 275 La ricorrente sostiene, in secondo luogo, che l'impegno richiede un ulteriore controllo di comportamento, in contrasto con la citata sentenza Gencor/Commissione e con la comunicazione sulle misure correttive.

276 La Commissione e le intervenienti ritengono la censura infondata.

— Giudizio del Tribunale

277 Con questo settimo impegno il gruppo Kirch si obbliga a commercializzare i propri programmi di televisione a pagamento anche tramite altre piattaforme tecniche, in particolare, mediante accordi Simulcrypt.

278 È giocoforza constatare che tale impegno agevola l'accesso al mercato agli operatori di piattaforme tecniche concorrenti e favorisce così indirettamente la concorrenza tra fornitori di televisione a pagamento, consentendo a questi ultimi di diffondere, tramite tali piattaforme tecniche, i loro programmi assieme ai programmi di televisione a pagamento del gruppo Kirch.

279 Per quanto riguarda, da un lato, l'argomento della ricorrente relativo alle difficoltà che proprio lei avrebbe incontrato nell'attuazione dell'impegno n. 7 in quanto cooperatore della piattaforma alternativa FUN, si deve rilevare che la FUN, secondo le affermazioni delle intervenienti, non contraddette dalla ricorrente, non ha promosso il procedimento di arbitrato previsto dagli impegni.

280 Per quanto riguarda, d'altro lato, l'argomento della ricorrente secondo cui l'impegno n. 7 non produce l'effetto di aprire il mercato, ma suppone già l'esistenza di piattaforme tecniche concorrenti, si deve di nuovo ricordare che gli impegni non vanno considerati isolatamente.

281 Orbene, come sostenuto dalla Commissione, l'accesso al mercato di una piattaforma tecnica sarà facilitato dall'interoperabilità di piattaforme tecniche concorrenti tramite la garanzia di accordi Simulcrypt (impegno n. 6) e dalla messa a disposizione dei programmi di televisione a pagamento del gruppo Kirch (impegno n. 7), nonché, se del caso, dalla messa a disposizione della tecnologia del sistema d-box mediante una licenza (impegno n. 8). Gli impegni nn. 6 e 7 intendono consentire in tal modo a un concorrente di televisione a pagamento di operare tramite una piattaforma tecnica diversa da quella offerta dalla Kirch.

282 Le censure relative all'impegno n. 7 devono essere pertanto disattese.

Uso della tecnologia del sistema d-box da parte di altre piattaforme concorrenti (impegno n. 8)

— Argomenti delle parti

283 La ricorrente ritiene che l'impegno del gruppo Kirch di concedere ad operatori di piattaforme concorrenti l'accesso alla tecnologia del sistema d-box non sia tale da rimettere in gioco la posizione dominante del gruppo Kirch sullo sviluppo tecnologico di tale sistema.

284 Osserva a questo proposito, in primo luogo, che un impegno dello stesso tipo era stato rifiutato dalla Commissione nelle decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere ('considerando' 139) e Deutsche Telekom/BetaResearch ('considerando' 64) per il motivo che non era idoneo a porre termine a tale posizione dominante. Considera che la decisione impugnata non contiene alcuna motivazione che spieghi sotto quale aspetto, nella presente fattispecie, s'imporrebbe una valutazione diversa nell'ottica del diritto della concorrenza pur essendo la situazione di fatto identica a quella dei casi sopra citati.

285 Sostiene, in secondo luogo, che l'impegno è in contrasto con le condizioni che il direttore della task-force «Controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese» ha definito preliminari all'accettazione di impegni di tale tipo (Drauz, G.-H., «Remedies under the merger regulation», *International antitrust law & policy*, Fordham Corporate Law Institute, New York, 1996, pagg. 219-238, più specificamente pag. 225 e segg.), in particolare con quelle secondo le quali:

— chi rilascia una licenza non dovrà potersi sottrarre all'effetto di tale rilascio, rifiutando, per esempio, un'assistenza tecnica determinante;

— chi rilascia una licenza non dovrà esigere dal titolare di quest'ultima un canone esagerato; e

— la Commissione non dovrà essere obbligata a svolgere un controllo permanente sul rispetto del contratto di licenza, come verificare l'adeguatezza dei canoni di sfruttamento.

286 A questo proposito la ricorrente osserva dapprima che si ritiene che solo il riferimento alle condizioni adeguate e non discriminatorie impedisca la fissazione di canoni esagerati per lo sfruttamento delle licenze, in secondo luogo, che l'impegno non contiene disposizioni specifiche aventi ad oggetto il settore dell'assistenza tecnica e, infine e soprattutto, che l'impegno coinvolge la Commissione in un controllo permanente di comportamento.

287 Aggiunge che siffatto controllo permanente dei comportamenti è in contrasto con la comunicazione sulle misure correttive.

288 Replicando all'argomento della KirchPayTV secondo cui l'esistenza di un siffatto controllo permanente dei comportamenti sarebbe contraddetta dall'esistenza di un procedimento di arbitrato che comporterebbe l'inversione dell'onere della prova a danno del gruppo Kirch, la ricorrente rileva che questi elementi non rimettono in discussione l'esistenza di tale controllo e che la necessità di un procedimento di arbitrato dimostrerebbe, al contrario, che esso esiste.

289 La ricorrente, in terzo luogo, dichiara che la decisione contiene una contraddizione interna in quanto, da un lato, accetta l'impegno di cui trattasi e, dall'altro, rileva l'esistenza di notevoli rischi di abusi nella politica di licenza che sarà probabilmente seguita dalla BetaResearch, società del gruppo Kirch, nei suoi rapporti con concorrenti potenziali della KirchPayTV sul mercato dei servizi di televisione interattiva digitale e fa riferimento anche a casi concreti di abusi segnalati da terzi interessati ('considerando' 37 della decisione impugnata).

290 La ricorrente confuta l'argomento della KirchPayTV secondo cui gli operatori di piattaforme tecniche hanno la possibilità di scegliere sia la tecnologia del sistema d-box sulla base dell'impegno di cui trattasi, sia una tecnologia concorrente e di raggiungere gli abbonati del d-box tramite accordi Simulcrypt. Infatti, le cattive esperienze subite dalla FUN e dalla PrimaCom quando hanno tentato di negoziare accordi Simulcrypt con il gruppo Kirch dimostrerebbero il carattere manifestamente inappropriato della seconda parte dell'alternativa.

291 La Commissione e le intervenienti ritengono la censura infondata.

— Giudizio del Tribunale

292 Si deve ricordare che questo impegno mira a concedere a operatori di piattaforme concorrenti l'accesso alla tecnologia del sistema d-box.

293 Esso facilita così la realizzazione di piattaforme tecniche concorrenti come pure, di conseguenza, l'accesso al mercato dei fornitori di contenuti concorrenti, il che è idoneo a promuovere la concorrenza sul mercato della televisione a pagamento.

294 L'argomento della ricorrente relativo alla contraddittorietà tra la decisione impugnata e le decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere e Deutsche Telekom/BetaResearch dev'essere respinto per i motivi qui sopra esposti.

295 Per quanto riguarda l'affermazione della ricorrente secondo la quale l'impegno di cui trattasi comporterebbe un controllo permanente di comportamento che sarebbe in contrasto con la comunicazione sulle misure correttive, basta rilevare che tutte le controversie aventi ad oggetto il rispetto degli impegni devono costituire materia di un arbitrato che garantisca un controllo sufficiente. Si deve del resto ricordare che i terzi scontenti dell'esecuzione dell'impegno possono ricorrere a un procedimento di arbitrato nell'ambito del quale l'onere della prova è a carico del gruppo Kirch. Pertanto, se l'esecuzione dell'impegno costituisce l'oggetto di un controllo, questo non grava tuttavia sulla Commissione.

296 Per quanto riguarda l'argomento della ricorrente secondo cui l'impegno sarebbe in contrasto con le condizioni che il direttore della task-force «Controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese» ha definito come preliminari

all'accettazione di impegni di tale tipo, basta ricordare che le dichiarazioni di un funzionario che non riflettono alcuna presa di posizione ufficiale della Commissione non vincolano quest'ultima.

297 Va infine parimenti respinto l'argomento della ricorrente secondo il quale, nell'accettare l'impegno, la Commissione avrebbe omesso di prendere in considerazione il rischio di abuso di posizione dominante da parte della BetaResearch nell'ambito della concessione delle licenze per lo sfruttamento del sistema d-box. Infatti, da un lato, gli operatori di piattaforme tecniche sono liberi di scegliere una tecnologia concorrente e di raggiungere gli abbonati del sistema d-box tramite accordi Simulcrypt e, dall'altro, come sopra rilevato, l'impegno di cui trattasi non va considerato isolatamente, ma come parte di un insieme di impegni garantiti da oneri e condizioni corrispondenti e in particolare da un procedimento di arbitrato vincolante.

298 La censura relativa all'impegno n. 8 deve pertanto essere disattesa.

Produzione di decodificatori «a sistema multiplo» (impegno n. 9)

— Argomenti delle parti

299 La ricorrente rileva che l'impegno di concedere licenze per i cosiddetti decodificatori a sistema multiplo contrasta parimenti con la valutazione operata dalla Commissione nelle precedenti decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere ('considerando' 139) e Deutsche Telekom/BetaResearch ('considerando' 64), secondo la quale un siffatto impegno non sarebbe idoneo a rimuovere i dubbi dal punto di

vista del diritto della concorrenza, dato che non aveva l'effetto di togliere alla Kirch il controllo dello sviluppo tecnologico. Considera che il cambiamento di valutazione con riferimento al diritto del controllo delle concentrazioni, nonostante che la situazione di fatto fosse identica, non è in alcun modo motivato dalla Commissione.

300 Tale posizione dominante avrebbe potuto essere rimessa in discussione solo se la Commissione avesse imposto al gruppo Kirch l'obbligo supplementare di consentire ai titolari di licenze di fabbricazione del d-box di integrarvi non solo sistemi di codificazione concorrenti, ma anche un'interfaccia comune. Infatti, l'integrazione di sistemi di codificazione concorrenti sarebbe una soluzione totalmente insufficiente, poiché costringerebbe gli operatori di piattaforme tecniche che utilizzano tali sistemi di codificazione concorrenti a concludere accordi Simulcrypt con il gruppo Kirch e non rimetterebbe quindi in discussione la posizione dominante del gruppo Kirch sul sistema d-box.

301 A questo proposito la ricorrente confuta l'affermazione della Commissione secondo la quale l'impegno implica la possibilità d'integrare nel d-box un'interfaccia comune.

302 La Commissione e le intervenienti ritengono la censura infondata.

#### — Giudizio del Tribunale

303 L'obiettivo del nono impegno è quello di offrire ai fabbricanti di decodificatori licenze per lo sviluppo del decodificatore d-box, consentendo loro di integrarlo in altri sistemi di controllo di accesso, ivi compresa un'interfaccia comune. Per interfaccia comune si deve intendere un sistema di modulo previsto in ciascun d-box che fa intervenire le differenti forme di decodificazione.

- 304 Occorre constatare che la ricorrente non ha dimostrato che questo impegno non è idoneo a garantire che i futuri abbonati del d-box possano altresì essere raggiunti da altri sistemi di codificazione. L'impegno n. 9 mira pertanto ad aprire il mercato agli operatori di piattaforme tecniche, ai fornitori di contenuti, ai fabbricanti potenziali del d-box, ma anche ai fornitori di sistemi di codificazione.
- 305 Si deve ricordare, d'altra parte, che il presente caso non è comparabile al contesto che ha dato luogo alle decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere e Deutsche Telekom/BetaResearch. Non trattandosi di una situazione di fatto identica, la Commissione non aveva pertanto l'obbligo di motivare in modo particolare la sua decisione.
- 306 La presente censura dev'essere pertanto disattesa.

Passaggio dal sistema analogico al sistema digitale (impegno n. 10)

— Argomenti delle parti

- 307 La ricorrente ritiene che l'impegno di offrire un decodificatore digitale (d-box) a ogni abbonato della KirchPayTV che dispone solo di un decodificatore analogico non sia in grado di facilitare l'accesso degli operatori interessati ai mercati della televisione a pagamento e dei servizi di televisione interattiva digitale e di offrire i loro servizi a tali abbonati. Infatti, un simile accesso dei terzi ai mercati di cui trattasi tramite il d-box richiederebbe, in ragione del rifiuto della soluzione dell'interfaccia comune, quanto meno la conclusione di accordi Simulcrypt con il gruppo Kirch, il quale però li rifiuterebbe.

308 La Commissione e le intervenienti ritengono la censura infondata.

— Giudizio del Tribunale

309 Si deve rilevare che la ricorrente non nega che l'impegno di cui trattasi, consistente nell'offrire un decodificatore digitale (d-box) a ogni abbonato della KirchPayTV che disponga solo di un decodificatore analogico, garantisce che gli abbonati alla Premiere dispongano di un decodificatore digitale e che dei fornitori di programmi non siano esclusi dal mercato in ragione del fatto che essi diffondono i loro programmi in forma digitale. Tale impegno evita che le attività di operatori concorrenti sul mercato di cui trattasi siano ostacolate in ragione dell'uso da parte dei consumatori di decodificatori analogici che non si adattano a questo tipo di attività. La ricorrente non ha pertanto dimostrato sotto quale aspetto la Commissione sia incorsa in un errore manifesto di valutazione nel considerare che il suddetto impegno consente l'apertura del mercato agli operatori concorrenti.

310 La censura relativa a tale impegno dev'essere pertanto disattesa.

Limitazione delle capacità supplementari sulle reti via cavo (impegno n. 11)

— Argomenti delle parti

311 La ricorrente considera che l'impegno della KirchPayTV di non presentare fino al 31 dicembre 2000 domande di attribuzione di capacità digitale supplementare

sulle reti via cavo non è idonea a mettere in discussione la posizione tecnologica dominante del gruppo Kirch sul mercato. Esso non sarebbe neppure tale da dissipare la preoccupazione, espressa dalla Commissione nella decisione impugnata ('considerando' 78), sorta in ragione dell'utilizzazione da parte della Deutsche Telekom della tecnologia della BetaResearch, appartenente al gruppo Kirch, in vista della diffusione digitale di programmi televisivi sulle sue reti via cavo a larga banda. Ricorda che questa preoccupazione era sorta perché si temeva il formarsi di una posizione dominante della KirchPayTV sul mercato dei servizi della televisione interattiva digitale.

312 Osserva che tali preoccupazioni si sono nel frattempo rivelate ancor più pertinenti in quanto la Deutsche Telekom e il gruppo Kirch hanno attualmente l'intenzione di gestire la BetaResearch come impresa comune ed hanno notificato questo progetto al Bundeskartellamt.

313 Respinge l'affermazione della Commissione secondo cui avrebbe voluto far imporre obblighi a un operatore estraneo all'operazione di concentrazione, nella specie la Deutsche Telekom. La sua tesi sarebbe semplicemente che l'impegno non è idoneo a dissipare i seri dubbi circa la compatibilità dell'operazione di concentrazione con il mercato comune formulati dalla Commissione nella decisione impugnata ('considerando' 78).

314 La Commissione e le intervenienti ritengono la censura infondata.

— Giudizio del Tribunale

315 L'impegno di non introdurre ulteriori domande di attribuzione di capacità digitale supplementare sulle reti via cavo fino al 31 dicembre 2000 ha lo scopo di

porre rimedio ai timori che l'offerta di televisione a pagamento della Kirch occupi troppo spazio sulla rete via cavo con la conseguenza che non ne resterebbe più a sufficienza per le offerte di terzi.

316 La censura della ricorrente alla Commissione di non aver imposto alla Deutsche Telekom di utilizzare, per le sue reti via cavo, una tecnologia diversa da quella della Kirch dev'essere respinta. La Deutsche Telekom è infatti estranea all'operazione di concentrazione di cui trattasi, con la conseguenza che la Commissione non può imporle obblighi nell'ambito della presente procedura.

317 L'operazione di concentrazione di cui trattasi non ha, inoltre, alcun nesso con la decisione della Deutsche Telekom di utilizzare la tecnologia della Kirch per la sua rete via cavo.

318 D'altronde, l'osservazione fatta dalla ricorrente in merito al progetto di creazione di un'impresa comune tra la Deutsche Telekom e la BetaResearch è priva di pertinenza, poiché gli eventuali problemi di concorrenza sollevati da tale progetto non hanno alcun rapporto con la decisione impugnata.

319 La censura della ricorrente dev'essere pertanto disattesa.

*Osservazioni che criticano l'assenza di taluni impegni che sarebbero indispensabili*

320 La ricorrente rimprovera alla Commissione di non aver imposto taluni impegni che essa aveva suggerito nel corso della fase amministrativa del procedimento (lettere della ricorrente 22 febbraio 2000, 2 marzo 2000 e 15 marzo 2000) e che a

suo avviso sarebbero stati idonei a dissipare i dubbi più gravi accertati dalla Commissione stessa circa la compatibilità dell'operazione di concentrazione con il mercato comune, senza tuttavia essere sufficienti a dimostrare tale compatibilità.

- 321 Critica l'argomento della KirchPayTV secondo cui gli impegni nn. 1-5 sarebbero stati sufficienti, gli impegni nn. 6-9, relativi all'apertura del mercato dei servizi tecnici, non sarebbero stati neppure necessari e, a maggior ragione, neppure sarebbero stati necessari altri impegni di portata ancor più rilevante. Infatti, considerando gli impegni nn. 6-9 come non necessari, la KirchPayTV disconoscerebbe l'importanza della posizione dominante detenuta dal gruppo Kirch nella tecnologia del sistema d-box ai fini dell'apertura dei mercati della televisione a pagamento e dei servizi di televisione interattiva digitale. Inoltre, la logica di questo argomento imporrebbe di annullare la decisione impugnata per aver imposto impegni non necessari.

Assenza di un impegno diretto a equipaggiare il decodificatore d-box con un'interfaccia comune

— Argomenti delle parti

- 322 La ricorrente sostiene che a torto non è stato imposto alle parti nell'operazione di concentrazione l'impegno, da essa suggerito, di munire il decodificatore d-box di un'interfaccia comune.

- 323 Espone a questo proposito che, sulla base degli impegni accettati, operatori concorrenti della KirchPayTV potranno diffondere i loro programmi tramite decodificatori d-box solo facendo ricorso al sistema di accesso condizionale

sviluppato dalla BetaResearch, facente parte del gruppo Kirch, e cioè il BetaCrypt, che avranno il diritto di utilizzare solo dopo aver concluso con la BetaResearch un accordo Simulcrypt. Orbene, la necessità di concludere un accordo Simulcrypt renderebbe tali operatori dipendenti dalla BetaResearch e il gruppo Kirch rischierebbe di abusare di tale posizione per salvaguardare i suoi interessi sui mercati della televisione a pagamento e dei servizi di televisione interattiva digitale, e di svantaggiare così i suoi potenziali concorrenti su tali mercati.

- 324 La ricorrente rileva che tale rischio è stato denunciato dalla Commissione nelle decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere ('considerando' 58) e Deutsche Telekom/BetaResearch ('considerando' 38), nonché dal Département fédéral de l'Environnement, des Transports, de l'Énergie et de la Communication suisse (Dipartimento federale svizzero per l'ambiente, per i trasporti, per l'energia e per la comunicazione) in una decisione dell'8 novembre 1999 relativa all'operatore della televisione a pagamento svizzero Teleclub AG, del quale la KirchPayTV detiene il 40 % del capitale e che pure utilizza il decodificatore d-box.
- 325 Aggiunge che tale rischio è divenuto nel frattempo ancora più grave a seguito del rilevamento del canale televisivo a pagamento Premiere da parte del solo gruppo Kirch e della fusione di questo canale con la DF1 per formare la Premiere World. Ricorda altresì, in questo contesto, le difficoltà pratiche incontrate da taluni operatori, tra cui la FUN, per concludere accordi Simulcrypt con la BetaResearch.
- 326 Espone che, per evitare siffatto rischio, ha suggerito che il gruppo Kirch fosse obbligato ad equipaggiare il decodificatore d-box con un'interfaccia comune che consentisse la ricezione tramite il medesimo decodificatore di programmi in codice con differenti sistemi di accesso condizionali. Tale soluzione, il Multicrypt, eviterebbe gli inconvenienti sopra menzionati, consentendo ad operatori concorrenti di diffondere i loro programmi protetti da sistemi di accesso condizionali differenti da quelli utilizzati dal gruppo Kirch tramite il d-box, senza dover concludere accordi Simulcrypt con tale gruppo.

327 Replicando agli argomenti della KirchPayTV, la ricorrente nega che la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 24 ottobre 1995, 95/47/CE, relativa all'impiego di norme per l'emissione di segnali televisivi (GU L 281, pag. 51; in prosieguo: la «direttiva 95/47»), che costituisce una direttiva di armonizzazione adottata sulla base degli artt. 47, n. 2, CE, 55 CE e 95 CE, limiti il potere discrezionale della Commissione sugli impegni che occorre esigere nell'ambito del controllo delle concentrazioni. Contesta altresì la pertinenza, nell'ambito del controllo delle concentrazioni, di argomenti relativi ai vantaggi pratici, dal punto di vista del consumatore finale, della soluzione Simulcrypt in opposizione alla soluzione Multicrypt.

— Giudizio del Tribunale

328 Si deve ricordare, in limine, che la Commissione dispone di un ampio margine di discrezionalità nel valutare la necessità di ottenere impegni per dissipare i seri dubbi sollevati da un'operazione di concentrazione.

329 Ne consegue che non spetta al Tribunale sostituire la propria valutazione a quella della Commissione, in quanto il suo controllo si deve limitare a verificare che la Commissione non sia incorsa in un errore manifesto di valutazione. In particolare, la mancata presa in considerazione degli impegni suggeriti dalla ricorrente non dimostra, di per sé, che la decisione impugnata sia affetta da errore manifesto di valutazione e la circostanza che altri impegni avrebbero potuto parimenti essere accettati, o addirittura che sarebbero stati più favorevoli per la concorrenza, non può portare all'annullamento della decisione se la Commissione poteva logicamente concludere che gli impegni ripresi nella decisione consentono di dissipare i seri dubbi.

- 330 La ricorrente sostiene che la Commissione avrebbe dovuto imporre un impegno diretto a equipaggiare il decodificatore d-box con un'interfaccia comune piuttosto che un impegno che prevedesse un accordo di Simulcrypt.
- 331 Si deve a questo proposito ricordare, innanzi tutto, che il procedimento di codificazione Simulcrypt e quello dell'interfaccia comune consentono ambedue di evitare che un telespettatore abbonato a canali a pagamento protetti da sistemi di controllo di accesso differenti debba utilizzare più decodificatori. Nella direttiva 95/47 le due soluzioni sono del resto considerate equivalenti.
- 332 Parimenti, la ricorrente non ha contestato l'affermazione della KirchPayTV secondo la quale la soluzione Simulcrypt offre una serie di vantaggi rispetto a quella dell'interfaccia comune. La KirchPayTV ha così esposto, da un lato, che il procedimento Simulcrypt assicura una più ampia protezione contro la pirateria informatica e, dall'altro, che l'interfaccia comune impone al telespettatore di acquistare, oltre al decodificatore, moduli corrispondenti ai diversi sistemi di accesso condizionali e di cambiare modulo prima di poter vedere programmi criptati mediante un sistema di accesso differente. Ha altresì fatto osservare che l'utilizzo di un'interfaccia comune non consente l'accesso alla popolazione attuale di d-box.
- 333 Del resto, come si è già constatato, la censura della ricorrente secondo la quale l'impegno che prevede la conclusione di accordi Simulcrypt sarebbe insufficiente a risolvere i problemi di concorrenza sollevati nella specie è infondata.
- 334 Sulla base di quanto sopra non può considerarsi che la Commissione sia incorsa in un errore manifesto di valutazione non prevedendo un impegno che avesse ad oggetto l'interfaccia comune.

## Mancanza di un impegno circa gli eventuali rapporti tra la BetaResearch e la Deutsche Telekom

### — Argomenti delle parti

- 335 La ricorrente censura la Commissione per non aver tenuto conto del suo suggerimento di imporre un impegno diretto a vietare che tra la BetaResearch e la Deutsche Telekom si intreccino legami, siano essi di diritto societario o contrattuale, diretti ad assicurare che lo standard tecnologico sviluppato dalla BetaResearch diventi l'unico standard utilizzato nelle reti via cavo a larga banda della Deutsche Telekom, la quale controllerebbe la maggior parte delle reti disponibili. Espone che la prospettiva di siffatti legami è la fonte delle serie preoccupazioni illustrate dalla Commissione nella decisione Deutsche Telekom/BetaResearch ('considerando' 33 e segg.).
- 336 Replicando all'argomento con cui la Commissione sostiene che non avrebbe potuto imporre obblighi giuridici a terzi, la ricorrente rileva che la Commissione avrebbe senz'altro potuto imporre al gruppo Kirch di intervenire presso la Deutsche Telekom affinché quest'ultima ponesse termine all'utilizzazione esclusiva dello standard tecnologico sviluppato dalla BetaResearch. Ritiene che, qualora il gruppo Kirch non fosse stato in grado di rispettare tale impegno, la Commissione avrebbe dovuto constatare tale inosservanza e mantenere i dubbi circa il rispetto del diritto della concorrenza da lei espressamente formulati nella decisione impugnata a proposito di tale esclusiva utilizzazione ('considerando' 61 della decisione impugnata).
- 337 Aggiunge che la Commissione non si è finora opposta al progetto della Deutsche Telekom e del gruppo Kirch di gestire la BetaResearch in quanto impresa comune, anche se tale progetto implica due imprese in posizione dominante.

338 Replicando alla KirchPayTV, la quale argomenta che il rischio di utilizzazione da parte della Deutsche Telekom dello standard tecnologico sviluppato dalla BetaResearch è neutralizzato dalla vendita di un'importante parte delle reti via cavo a larga banda della Deutsche Telekom, la ricorrente sostiene che il momento e le modalità di tale vendita non erano precisati al momento dell'adozione della decisione impugnata e non lo sarebbero tuttora.

— Giudizio del Tribunale

339 La ricorrente censura la Commissione per non aver imposto restrizioni riguardanti un eventuale legame tra la Deutsche Telekom e la BetaResearch.

340 A questo proposito è giocoforza constatare, in primo luogo, che la censura dev'essere disattesa dal momento che nel ricorso la ricorrente si è limitata a rimproverare alla Commissione di non aver preso in considerazione la sua proposta diretta a vietare un siffatto legame senza assolutamente esporre, né a fortiori dimostrare, le ragioni per le quali un impegno in tal senso sarebbe necessario per dissipare i seri dubbi formulati dalla Commissione a proposito del progetto di concentrazione di cui trattasi.

341 In secondo luogo, si deve constatare che la Commissione non avrebbe comunque potuto dare seguito alla proposta della ricorrente, dal momento che non può accettare impegni a carico di soggetti estranei al progetto di concentrazione, nell'ambito di una decisione adottata ai sensi del regolamento n. 4064/89.

342 In terzo luogo, la censura della ricorrente riguarda, stando alla sua stessa formulazione, il mancato divieto di un eventuale legame tra la Deutsche Telekom e la BetaResearch. La ricorrente, come da lei precisato nella replica, fa a questo

proposito riferimento a una pratica avviata dinanzi al Bundeskartellamt tedesco dalla Deutsche Telekom e dalla BetaResearch per formare un'impresa comune. È giocoforza constatare che gli eventuali problemi di concorrenza sollevati da tale progetto non hanno alcun rapporto con la decisione impugnata e che le obiezioni della ricorrente a questo proposito devono essere rivolte all'autorità competente a statuire su detto progetto.

343 In quarto luogo, nella misura in cui la ricorrente sembra altresì voler rimettere in discussione, nella fase della replica, l'attuale utilizzazione esclusiva da parte della Deutsche Telekom nelle sue reti via cavo della tecnologia sviluppata dalla BetaResearch, si deve constatare, da un lato, che tale motivo è irricevibile in quanto nuovo o quantomeno non conforme ai requisiti dell'art. 44, n. 1, lett. c), del regolamento di procedura del Tribunale e, dall'altro, che la decisione della Deutsche Telekom di utilizzare la tecnologia della BetaResearch nelle sue reti via cavo era stata adottata prima della concentrazione oggetto della decisione impugnata e non ha con questa alcun rapporto.

344 Da quanto precede consegue che la censura dev'essere disattesa.

Mancanza di un impegno che imponga la scomposizione dei programmi, della tecnologia e degli impianti

— Argomenti delle parti

345 La ricorrente censura la Commissione per non aver accolto la sua proposta d'imporre al gruppo Kirch, da un lato, di offrire il decodificatore d-box a clienti che vogliono guardare soltanto programmi di operatori terzi e non intendano

sottoscrivere un abbonamento ai programmi a pagamento proposti dalla KirchPayTV, cioè la Premiere World, e, dall'altro, di consentire ai clienti di ricevere Premiere World tramite impianti concorrenti del d-box. A suo avviso tali impegni avrebbero avuto l'effetto di porre termine all'integrazione verticale esistente nella specie tra la tecnologia e i programmi.

- <sup>346</sup> La ricorrente sostiene che, in mancanza di tale scomposizione tra programmi, tecnologia e impianti, operatori che sviluppino o forniscano una tecnologia concorrente a quella del d-box non hanno molte possibilità di successo, non essendo in grado di assicurare la diffusione tramite la loro tecnologia del solo programma di televisione a pagamento completo attualmente offerto sul mercato, e cioè la Premiere World. Ricorda a questo proposito il carattere nefasto, dal punto di vista del diritto della concorrenza, dell'emergere o del perdurare di una posizione dominante sul mercato nel settore della tecnologia, come riconosciuto dalla Commissione nelle decisioni Bertelsmann/Kirch/Premiere ('considerando' 56 e segg.) e Deutsche Telekom/BetaResearch ('considerando' 33 e segg.) in relazione all'impatto del sistema d-box controllato dal gruppo Kirch. Sostiene altresì che la Commissione avrebbe essa stessa constatato nella sua comunicazione sulle misure correttive che, allorché, come nella specie, il problema di concorrenza è legato al controllo di una tecnologia essenziale, la cessione della tecnologia di cui trattasi costituisce la migliore misura correttiva ('considerando' 29 e 30).

- <sup>347</sup> Contesta l'argomento della Commissione che deduce che la scomposizione tra programmi, tecnologia e impianti è già assicurata dagli impegni il cui oggetto è quello di consentire a terzi l'accesso alla piattaforma tecnica della Kirch (impegni nn. 1-3) e a piattaforme tecniche concorrenti l'accesso ai servizi di televisione a pagamento della KirchPayTV (impegno n. 7). A questo proposito dichiara che tali argomenti sono inefficaci e rinvia alle critiche formulate in proposito. Ricorda, in particolare, per quanto riguarda l'impegno n. 7, le considerevoli difficoltà pratiche incontrate dalla piattaforma tecnica alternativa FUN per ottenere l'accordo del gruppo Kirch per accedere ai programmi di Premiere World.

## — Giudizio del Tribunale

- 348 La ricorrente sostiene che la Commissione avrebbe dovuto prevedere un impegno che imponesse alla Kirch, da un lato, di offrire il decodificatore d-box a clienti che non intendessero sottoscrivere un abbonamento ai programmi a pagamento proposti dalla KirchPayTV e, dall'altro, di consentire ai suoi abbonati di ricevere i suoi programmi tramite un impianto diverso dal decodificatore d-box.
- 349 Si deve a questo proposito rilevare che gli impegni nn. 1-3, che prevedono l'accesso dei terzi alla piattaforma tecnica della Kirch, da un lato, e l'impegno n. 7, che prevede l'accesso di altre piattaforme tecniche ai servizi di televisione a pagamento della Kirch, dall'altro, hanno esattamente lo scopo di garantire l'accesso dei terzi concorrenti. Orbene, le censure della ricorrente relative all'asserita insufficienza di tali impegni per dissipare i seri dubbi formulati dalla Commissione sono già state disattese.
- 350 È del resto giocoforza constatare che la ricorrente non ha dimostrato e neanche esposto sotto quale aspetto, alla luce delle varie misure di apertura dei mercati risultanti dall'insieme degli impegni previsti dalla decisione, si sarebbe reso necessario aggiungere ancora l'impegno che aveva proposto.
- 351 Di conseguenza, la ricorrente non ha dimostrato che la Commissione sia incorsa in un errore manifesto di valutazione e il motivo dev'essere disatteso.
- 352 Questa conclusione non può essere rimessa in discussione dall'argomento, formulato dalla ricorrente nella replica, secondo il quale la piattaforma tecnica FUN incontrerebbe difficoltà per ottenere dalla Kirch l'accesso ai suoi programmi televisivi a pagamento, Premiere World. Gli impegni prevedono infatti, in

maniera dettagliata, un procedimento di arbitrato che consente, in particolare, l'adozione di misure vincolanti per risolvere problemi di tale natura e, nell'ipotesi in cui, in esito a tale procedura, dovesse risultare che la Kirch fosse inadempiente nell'esecuzione degli impegni, la Commissione avrebbe la possibilità di revocare la decisione impugnata conformemente all'art. 8, n. 5, del regolamento n. 4064/89.

353 Da tutto quanto precede consegue che il terzo motivo dev'essere respinto.

*4. Sul quarto motivo, che riguarda un vizio di procedura risultante dal fatto che non sia stato avviato il procedimento ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento n. 4064/89*

#### *Argomenti delle parti*

354 La ricorrente considera che, in base all'art. 6, n. 2, del regolamento sulle concentrazioni, letto congiuntamente al 'considerando' 8 del regolamento n. 1310/97, la Commissione può accettare impegni durante la prima fase del controllo solo quando i problemi di concorrenza sono ben identificabili e possono essere facilmente risolti e che solo in questo caso la Commissione può rinunciare a dare corso al procedimento ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento sulle concentrazioni.

355 A questo proposito ricorda che nella decisione impugnata la Commissione ha espresso seri dubbi circa la compatibilità dell'operazione di concentrazione con il mercato comune (v., in particolare, 'considerando' 51 e 80). Rinvia inoltre agli argomenti da lei svolti che evidenziano l'estrema complessità sia dei problemi di concorrenza sollevati dall'operazione di concentrazione sia degli impegni

proposti e la manifesta inadeguatezza degli impegni accettati. Da ciò conclude che i problemi di concorrenza sollevati nella specie non erano ben identificabili e non potevano essere facilmente risolti e che pertanto la Commissione non poteva rinunciare a dare corso al procedimento ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento sulle concentrazioni.

356 La ricorrente considera che il mancato avvio del suddetto procedimento costituisce un vizio di procedura.

357 A sostegno di questa tesi fa anche riferimento alla sentenza del Tribunale 10 maggio 2000, causa T-46/97, SIC/Commissione (Racc. pag. II-2125). Rileva che in tale sentenza, pronunciata nell'ambito di una causa di aiuti statali, il Tribunale ha annullato la decisione con la quale la Commissione aveva rifiutato di qualificare alcuni finanziamenti censurati da un denunciante come aiuti statali senza avviare il procedimento formale previsto dall'art. 88, n. 2, CE. Osserva che il Tribunale ha motivato questa conclusione con le serie difficoltà di tale qualificazione e con il fatto che il rifiuto di dare corso al procedimento formale ha privato il denunciante dell'opportunità di partecipare al procedimento e di presentare osservazioni. Considerato che il problema sollevato nella presente fattispecie, pur rientrando nel controllo delle concentrazioni e non degli aiuti di Stato, è, in sostanza, analogo a quello di tale causa e persino ben più complesso, la ricorrente ritiene che nel caso di specie sarebbe stato, a maggior ragione ancora, indispensabile avviare il procedimento.

358 Essa osserva che l'interpretazione dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento sulle concentrazioni, suggerita dalla KirchPayTV, non tiene conto del 'considerando' 8 del regolamento n. 1310/97 e del carattere palesemente inadeguato degli impegni accettati nella specie.

359 Replicando all'argomento con cui la KirchPayTV fa valere che la citata sentenza SIC/Commissione non sarebbe pertinente in ragione, in particolare, delle differenze tra il procedimento che disciplina gli aiuti di Stato e quello che

disciplina il controllo delle concentrazioni, la ricorrente precisa che il mancato avvio del procedimento previsto dall'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento sulle concentrazioni ha avuto specificamente per effetto di privarla dei più ampi diritti procedurali risultanti dall'art. 18, n. 4, del regolamento n. 4064/89.

360 La Commissione e le intervenienti concludono per il rigetto del motivo.

### *Giudizio del Tribunale*

361 La ricorrente invoca tre argomenti a sostegno del suo motivo, secondo cui la Commissione era tenuta ad avviare la seconda fase del procedimento.

362 Per quanto riguarda, in primo luogo, l'argomento relativo alla circostanza che la Commissione ha constatato che il progetto di concentrazione sollevava seri dubbi, si deve ricordare che l'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento sulle concentrazioni, il quale dispone che la Commissione è tenuta a dare corso al procedimento qualora constati che l'operazione di concentrazione solleva seri dubbi circa la sua compatibilità con il mercato comune, prevede espressamente che tale obbligo viene esercitato fatto salvo il n. 2 di tale articolo. Orbene, ivi è espressamente prevista la facoltà della Commissione di non dare corso a detto procedimento e di dichiarare l'operazione compatibile con il mercato comune qualora constati che, a seguito delle modifiche apportate dalle parti, detta operazione non susciti più seri dubbi.

363 Ne consegue che la circostanza che la Commissione abbia ritenuto che la concentrazione suscitava seri dubbi non implica che essa fosse tenuta ad avviare la seconda fase del procedimento, qualora le parti avessero presentato impegni

atti a dissipare tali dubbi. Orbene, la Commissione ha constatato al 'considerando' 94 della decisione impugnata che gli impegni sottoposti dalle parti dissipavano i seri dubbi.

364 In secondo luogo, si deve ricordare che gli argomenti della ricorrente secondo cui, da un lato, la Commissione non poteva accettare gli impegni nella prima fase in quanto i problemi di concorrenza non erano ben identificabili e, dall'altro, gli impegni non consentivano di dissipare i seri dubbi sollevati dal progetto di concentrazione sono già stati respinti, rispettivamente, nell'ambito del secondo e del terzo motivo.

365 Occorre infine constatare che il terzo argomento, basato sul confronto con la causa che ha dato luogo alla citata sentenza SIC/Commissione, è infondato, in quanto i procedimenti di esame adottati dalla Commissione ai sensi dell'art. 6 del regolamento sulle concentrazioni non possono essere equiparati a quelli espletati ai sensi dell'art. 88 CE.

366 Innanzi tutto va in particolare rilevato che, a livello della fase preliminare del procedimento in materia di aiuti di Stato, i terzi interessati non hanno alcun diritto di partecipare al procedimento. Si deve poi osservare che la Commissione è tenuta a dare corso al procedimento formale se, nel corso dell'esame preliminare previsto dall'art. 88 CE, rileva che il progetto costituisce un aiuto ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, e che entro tali limiti sussistono dubbi circa la compatibilità con il mercato comune, e non è invece tenuta ad avviare la seconda fase quando, come sopra esposto, rileva che un'operazione di concentrazione solleva invero seri dubbi, ma le modifiche dell'operazione di concentrazione o gli impegni delle imprese interessate consentono tuttavia di dissipare i detti dubbi.

367 Da quanto precede risulta che il quarto motivo dev'essere respinto.

*5. Sul quinto motivo, relativo ad un'inammissibile riduzione dei diritti di partecipazione dei terzi al procedimento*

*Argomenti delle parti*

- 368 La ricorrente sostiene che la Commissione ha violato i diritti di partecipazione dei terzi al procedimento, in quanto ha accettato degli impegni proposti dalle parti nella concentrazione così tardivamente che la ricorrente non sarebbe stata più in grado di prendere posizione in tempo utile.
- 369 La ricorrente ricorda che, ai sensi dell'art. 18, n. 1, del regolamento n. 447/98, gli impegni che le imprese interessate propongono alla Commissione, conformemente all'art. 6, n. 2, del regolamento n. 4064/89, e che le parti vogliono far prendere in considerazione in una decisione basata sull'art. 6, n. 1, lett. b), di detto regolamento devono essere comunicati alla Commissione entro un termine di tre settimane a partire dalla data di ricevimento della notifica.
- 370 Interpreta questa disposizione nel senso che prescrive che tutti gli impegni che le parti interessate vogliono proporre devono essere obbligatoriamente comunicati alla Commissione entro un termine di tre settimane a partire dalla data di ricevimento della notifica. Soltanto modifiche minori e agevolmente identificabili potrebbero essere in seguito considerate ancora accettabili.
- 371 Sostiene tale interpretazione sulla base di tre argomenti.

- 372 In primo luogo, ricorda che, secondo l'art. 10, n. 6, del regolamento sulle concentrazioni, se la Commissione non ha adottato una decisione ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. b), entro sei settimane, l'operazione di concentrazione si considera dichiarata compatibile con il mercato comune. Ne deduce che, se si consentisse alle imprese interessate dall'operazione di concentrazione di modificare, senza limiti, i loro impegni dopo la scadenza del termine di tre settimane previsto dall'art. 18, n. 1, del regolamento n. 447/98, relativo alle notifiche, esse avrebbero la possibilità di proporre modifiche sostanziali poco prima della scadenza del termine di sei settimane e di costringere così la Commissione all'autorizzazione per carenza, prevista dall'art. 10, n. 6, del regolamento sulle concentrazioni.
- 373 In secondo luogo, l'interpretazione suggerita sarebbe giustificata con riferimento al 'considerando' 8 del regolamento n. 1310/97, secondo il quale la Commissione può accettare impegni durante la prima fase del procedimento solo quando il problema di concorrenza è ben identificabile e può essere facilmente risolto. La ricorrente menziona, a questo proposito, anche la comunicazione sulle misure correttive, in cui la Commissione, al punto 37, rileva che, dato che le misure correttive nella prima fase del controllo sono concepite in modo da fornire una risposta immediata a problemi di concorrenza chiaramente individuabili, possono essere accettate solo modifiche limitate.
- 374 La ricorrente confuta a questo proposito l'argomento della KirchPayTV secondo cui le modifiche dirette a tener conto delle osservazioni dei terzi non significano che i problemi di concorrenza sollevati dall'operazione di concentrazione non siano ben identificabili o non possano essere facilmente risolti. Infatti la Commissione avrebbe il diritto di prendere in considerazione le osservazioni dei terzi per esigere dalle parti modifiche degli impegni proposti solo se tali osservazioni ingenerassero in lei dubbi circa la possibilità di dichiarare l'operazione di concentrazione compatibile con il mercato comune. Modifiche importanti e frequenti degli impegni proposti a seguito delle osservazioni dei terzi sarebbero quindi il riflesso delle gravi difficoltà sollevate dall'operazione di concentrazione.

- 375 In terzo luogo, l'interpretazione suggerita sarebbe suffragata dalla circostanza che l'art. 18, n. 1, del regolamento n. 447/98, relativo alle notifiche, non prevede la possibilità per la Commissione di prorogare il termine di presentazione degli impegni, al contrario del n. 2 del medesimo articolo, riguardante gli impegni proposti nel corso della seconda fase.
- 376 Di conseguenza, tenuto conto di tali considerazioni, la ricorrente conclude che, dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 18, n. 1, del regolamento n. 447/98, cioè, nella specie, dopo il 29 febbraio 2000, la Commissione non poteva più, in linea di principio, prendere in considerazione modifiche agli impegni proposti.
- 377 La ricorrente osserva che la Commissione ha cionondimeno preso in considerazione, dopo tale data, due modifiche del pacchetto d'impegni, che avrebbero carattere sostanziale e che, per ragioni tattiche evidenti, sarebbero state presentate appena prima della scadenza del termine di sei settimane previsto dall'art. 10, n. 1, del regolamento n. 4064/89.
- 378 Considera che, così operando, la Commissione ha inammissibilmente ridotto i diritti di partecipazione dei terzi al procedimento. Trova conferma a tale constatazione nel fatto che si è vista impartire un termine di appena ventiquattr'ore per quanto riguarda la prima modifica del pacchetto d'impegni e che non ha avuto la possibilità di presentare osservazioni in merito alla seconda modifica di tale pacchetto.
- 379 La ricorrente precisa che non invoca la violazione di un diritto dei terzi ad essere sentiti. Confuta pertanto la pertinenza degli argomenti della Commissione e della KirchPayTV diretti a porre in dubbio l'esistenza di un suo diritto in tal senso. Per questo stesso motivo contesta la pertinenza del riferimento operato dalla KirchPayTV all'art. 16, n. 1, del regolamento n. 447/98 e dell'argomento fondato sul fatto che non è previsto alcun termine per l'audizione dei terzi sulla base dell'art. 18, n. 4, del regolamento n. 4064/89.

- 380 In questo stesso contesto sostiene che la sentenza Kaysersberg/Commissione, cit., invocata dalla Commissione per appoggiare la tesi del carattere estremamente ridotto dei diritti dei terzi nel corso del procedimento di controllo delle concentrazioni non è pertinente perché riguarda fatti anteriori all'entrata in vigore del regolamento n. 447/98 e quindi del suo art. 18, n. 1, che fissa un termine durante il quale possono essere proposti impegni. La ricorrente osserva a questo proposito che il Tribunale, nella detta sentenza, al punto 141, rileva espressamente tale assenza di una disposizione che prescriva un termine, constatando che ciò implicava che la Commissione non era nella specie in grado di rifiutare di procedere all'esame di impegni quand'anche tardivamente proposti. Deduce che a tale riguardo s'impone la conclusione contraria.
- 381 La Commissione, sostenuta dalla KirchPayTV, conclude per il rigetto della tesi della ricorrente relativa a questo motivo.

### *Giudizio del Tribunale*

- 382 Si deve ricordare che le parti nella concentrazione hanno notificato l'operazione di concentrazione in modo completo il 7 febbraio 2000 e hanno proposto impegni alla Commissione il 29 febbraio 2000 e due versioni modificate degli stessi il 14 e il 16 marzo 2000.
- 383 Si deve rilevare che, a tenore dell'art. 18, n. 1, del regolamento n. 447/98:

«Gli impegni proposti alla Commissione dalle imprese interessate a norma dell'articolo 6, paragrafo 2, del regolamento (...) n. 4064/89 che costituiscano, nelle intenzioni delle parti, la base per una decisione in forza dell'articolo 6,

paragrafo 1, lettera b), di detto regolamento sono comunicati alla Commissione entro tre settimane dalla data di ricezione della notificazione».

384 Nella specie, poiché la notificazione è stata dichiarata completa dalla Commissione il 7 febbraio 2000, il termine per proporre impegni alla Commissione durante la prima fase scadeva il 29 febbraio 2000, in applicazione del metodo di calcolo dei termini definito dagli artt. 6-9 e 18, n. 3, del regolamento n. 447/98. Da ciò risulta che la versione iniziale degli impegni è stata depositata alla Commissione entro i termini richiesti dall'art. 18, n. 1, del regolamento n. 447/98.

385 È tuttavia pacifico che la versione iniziale degli impegni non è quella che è stata alla fine accettata dalla Commissione nella decisione impugnata e che sia la versione modificata degli impegni sia la loro versione finale sono state depositate dalle parti dopo il 29 febbraio 2000. Si deve perciò esaminare se la Commissione aveva il diritto di accettare i detti impegni.

386 A questo proposito il Tribunale ha già giudicato che l'art. 18, n. 1, del regolamento n. 447/98 dev'essere inteso nel senso che, sebbene le parti in una concentrazione non possano obbligare la Commissione a tener conto degli impegni e delle loro modifiche intervenuti dopo il termine di tre settimane, per contro la Commissione, se ritiene di avere il tempo necessario per procedere al loro esame, deve poter autorizzare la concentrazione alla luce dei detti impegni, anche se intervengono modifiche dopo il termine di tre settimane (sentenza Royal Philips Electronics/Commissione, cit., punto 239).

387 Ne consegue che la Commissione poteva legittimamente accettare la versione modificata degli impegni e la loro versione finale oltre il termine di tre settimane previsto dall'art. 18, n. 1, del regolamento n. 447/98, non essendo tale termine per lei vincolante.

388 È vero che, al punto 37 della comunicazione sulle misure correttive, la Commissione ha affermato:

«Qualora la valutazione riveli che gli impegni offerti non sono sufficienti per eliminare i problemi relativi alla concorrenza suscitati dalla concentrazione, le parti vengono informate in merito. Dato che le misure correttive della fase I sono concepite in modo da fornire una risposta immediata a problemi relativi alla concorrenza chiaramente individuabili, possono essere accettate solo modifiche limitate agli impegni proposti. Dette modifiche, presentate come risposta immediata alle conclusioni delle consultazioni, comprendono chiarimenti, precisazioni e/o altri miglioramenti volti a garantire che gli impegni siano fattibili ed efficaci».

389 Tuttavia la detta comunicazione dev'essere interpretata alla luce dell'art. 18, n. 1, del regolamento n. 447/98.

390 Ne consegue che la Commissione, qualora ritenga di disporre del tempo necessario per esaminare le modifiche apportate agli impegni oltre tale termine, dev'essere in grado di autorizzare la concentrazione alla luce degli impegni modificati.

391 Si deve comunque constatare che le modifiche accettate nella specie dalla Commissione, dopo il termine di tre settimane, erano limitate ai sensi del punto 37 della comunicazione, vale a dire sono state «presentate come risposta immediata alle conclusioni delle consultazioni, comprendono chiarimenti, precisazioni e/o altri miglioramenti volti a garantire che gli impegni siano fattibili ed efficaci».

392 A questo proposito va innanzi tutto rilevato che la ricorrente non ha né dimostrato né quantomeno indicato nelle sue memorie o durante la fase orale quali modifiche sostanziali sarebbero state apportate dopo il termine di tre

settimane, ma si è semplicemente limitata ad affermare che tali modifiche sono state apportate.

393 In linea generale, da un confronto della versione iniziale degli impegni, depositata nel termine di tre settimane, con la prima modifica di tali impegni e con la versione finale degli impegni accettati dalla Commissione risulta che non sono mutati né l'approccio globale della Commissione mirante ad aprire l'accesso al mercato, né l'essenza stessa di ciascuno degli impegni. Emerge inoltre che la versione modificata e la versione finale degli impegni appaiono come un «miglioramento» rispetto alla loro versione iniziale proprio al fine di tener conto delle osservazioni formulate dai terzi e, in particolare, dalla ricorrente.

394 Per quanto riguarda i cambiamenti apportati dalla versione modificata alla versione iniziale, relativamente ai primi tre impegni riguardanti l'accesso dei terzi alla piattaforma Kirch, essi consistono, in particolare, nell'allargare la categoria dei destinatari di tali impegni a tutti i terzi interessati, anziché limitarla agli operatori televisivi e nel precisare ulteriormente l'obbligo di cooperazione al quale la società interessata del gruppo Kirch è soggetta nei confronti del destinatario dell'offerta, che è comprensivo dell'obbligo di divulgare le informazioni relative al sistema di accesso condizionale e ai servizi tecnici entro un termine di un mese a partire dalla domanda scritta del terzo interessato.

395 Per quanto riguarda il quarto impegno relativo all'accesso al sistema d-box della Kirch per applicazioni di terzi, i cambiamenti apportati dalla versione finale sono consistiti, essenzialmente, nel subordinare l'accesso al sistema di sfruttamento del d-box tramite l'Application Programming Interface, noto sotto il nome di DVB Multimedia Home Platform (MHP; in prosieguo: l'«API») alla riserva che la Kirch e i terzi si accordino su condizioni eque, appropriate e non discriminatorie. Del resto, le nuove disposizioni relative ai test ai quali i terzi possono sottoporre la loro applicazione non modificano la portata dell'impegno.

- 396 Si deve di conseguenza constatare che l'essenza stessa dell'impegno, consistente nell'aprire ulteriormente l'accesso ai terzi al sistema d-box della Kirch, resta immutata e che le modifiche costituiscono miglioramenti ai sensi del punto 37 della comunicazione sulle misure correttive.
- 397 Per quanto riguarda il quinto impegno, relativo all'interoperabilità delle applicazioni tramite l'API, i cambiamenti effettuati nella versione finale si sono limitati a modificare i termini entro i quali tale interoperabilità dev'essere operativa e a garantire che non venga richiesta alcuna licenza supplementare per lo sviluppo delle applicazioni compatibili con la MHP.
- 398 Per quanto riguarda il sesto impegno relativo all'interoperabilità delle piattaforme concorrenti, la versione finale dell'impegno si limita semplicemente a precisare ulteriormente le condizioni alle quali la Kirch subordina l'offerta di concludere accordi Simulcrypt con tutti i fornitori di sistemi di accesso condizionale digitale. Pertanto la Kirch s'impegna a porre in atto tutto quanto necessario per garantire che gli accordi Simulcrypt entrino in vigore il più presto possibile e non più nel termine di dodici mesi. Il rispetto di questo impegno dipende, inoltre, dal fatto che il fornitore di un sistema di accesso condizionale e la Kirch collaborino «quanto obiettivamente necessario». Si tratta senz'altro di modifiche che non alterano né la natura né la sostanza dell'impegno.
- 399 Per quanto riguarda il settimo impegno, avente ad oggetto l'accesso di altre piattaforme tecniche ai servizi di televisione a pagamento della Kirch, si deve constatare che il fatto di aggiungere la condizione di non discriminazione tra gli abbonati che captano la televisione tramite la piattaforma tecnica della Kirch e gli abbonati che captano la televisione tramite altre piattaforme all'obbligo della Kirch di vendere i propri servizi di televisione a pagamento direttamente ai sottoscrittori (o abbonati), costituisce un miglioramento della versione iniziale di tale impegno, ma non ne modifica la portata o la natura.

400 Per quanto riguarda l'ottavo impegno, relativo all'utilizzazione della tecnologia del sistema d-box da parte di altre piattaforme concorrenti, si deve constatare che le modifiche apportate alla versione iniziale costituiscono un miglioramento di tale impegno, in quanto le condizioni relative alle garanzie che i terzi dovevano offrire sono state sostituite con la concessione di una licenza su una base ragionevole e non discriminatoria a qualsiasi terzo che ne facesse domanda.

401 Per quanto riguarda il nono impegno relativo alla produzione di decodificatori «a sistema multiplo», le modifiche apportate sono consistite nel precisare ulteriormente la portata dell'impegno della Kirch e hanno contribuito a facilitare l'accesso dei terzi. Infatti nella versione modificata di tale impegno, la Kirch si è impegnata a non impedire ai fabbricanti di introdurre in siffatti decodificatori un sistema di accesso condizionale per un terzo e a non rifiutare forniture ai sottoscrittori (o agli abbonati) dei suoi servizi di televisione a pagamento per il solo motivo che essi vogliono utilizzare un sistema d-box con una siffatta capacità. La versione finale aggiunge che la Kirch s'impegna a non imporre ai fabbricanti altre restrizioni che impedirebbero loro di fabbricare decodificatori contenenti sistemi di accesso condizionale supplementari.

402 Sono stati aggiunti soltanto gli impegni nn. 10 e 11, i quali riguardano, rispettivamente, il passaggio dal sistema analogico al sistema digitale e la limitazione delle capacità supplementari sulle reti via cavo. Tuttavia, confrontata agli altri nove impegni, questa aggiunta non può essere ritenuta una modifica sostanziale, nella misura in cui tali impegni mirano solamente a rafforzare l'accesso dei terzi ai vari mercati interessati, il che è esattamente l'obiettivo perseguito dai primi nove impegni.

403 Infatti, l'impegno relativo al passaggio dal sistema analogico al sistema digitale, avente lo scopo di evitare che le attività dei terzi interessati sul mercato della televisione a pagamento o dei servizi interattivi digitali siano ostacolate in conseguenza dell'uso da parte dei consumatori di decodificatori analogici che non

si adattano a questo tipo di attività non può essere considerato come una modifica sostanziale ma, al contrario, come un miglioramento che può ulteriormente aprire l'accesso dei terzi al sistema della Kirch.

404 Parimenti, l'ultimo impegno della Kirch di non chiedere nuovi spazi digitali via cavo fino al 31 dicembre 2000, il quale ha lo scopo di evitare che l'offerta della televisione a pagamento della Kirch sia in posizione di forza rispetto alle offerte di terzi, non può essere considerato una modifica sostanziale, ma, al contrario, un miglioramento della versione iniziale degli impegni destinato a renderli praticabili ed effettivi.

405 Sulla base di tutto quanto sopra considerato, la versione modificata degli impegni e la versione finale degli stessi possono essere considerate modifiche limitate che, ai sensi del punto 37 della comunicazione sulle misure correttive, possono essere accettate dalla Commissione oltre il termine previsto dall'art. 18, n. 1, del regolamento n. 447/98.

406 Per di più, la ricorrente ha a più riprese ripetuto nelle sue memorie che le modifiche di cui trattasi costituivano «modifiche tattiche incessanti di impegni già del tutto inadeguati e insufficienti nella loro forma iniziale». Tali affermazioni portano a concludere che la ricorrente si oppone in realtà agli impegni iniziali e non alle modifiche ad essi apportate a seguito delle osservazioni dei terzi al fine di renderli effettivi e praticabili, e che né la natura né la portata dei detti impegni sono state modificate.

407 Da quanto precede consegue che le modifiche apportate agli impegni iniziali erano limitate ai sensi del punto 37 della comunicazione sulle misure correttive.

408 Occorre tuttavia ancora esaminare se, come affermato dalla ricorrente, l'accettazione da parte della Commissione delle modifiche agli impegni iniziali, dopo il termine di tre settimane, abbia leso i suoi diritti processuali.

409 Si deve a questo proposito constatare innanzi tutto che la ricorrente, prima di essere informata dalla Commissione il 29 febbraio 2000 delle proposte di impegno della BskyB e della Kirch, è stata associata al procedimento nella sua qualità di terzo e che in data 11 gennaio 2000 le è stata indirizzata dalla Commissione una richiesta d'informazioni, ai sensi della quale doveva presentare le sue osservazioni circa l'impatto del progetto di concentrazione sulla concorrenza. Tali osservazioni sono state depositate il 14 e il 21 gennaio 2000 e sono state seguite da un incontro con la direzione generale della concorrenza il 9 febbraio 2000.

410 Il Tribunale rileva inoltre che, su domanda della Commissione, la ricorrente con lettera 22 febbraio 2000 le ha indirizzato la sua esposizione circa i requisiti, le condizioni o gli impegni contrattuali pubblici che riteneva necessari con riferimento al diritto sulla concorrenza.

411 Il Tribunale rileva altresì che la ricorrente è stata invitata a esprimersi, come essa indica nel ricorso, in merito agli impegni iniziali entro un termine di poco meno di quarantott'ore, nonché sulla prima parte delle modifiche ivi apportate entro un termine di ventiquattr'ore.

412 Nella lettera 2 marzo 2000, la ricorrente ha così criticato il fatto che gli impegni inizialmente proposti dalle parti al progetto di concentrazione non costituivano nulla di più che la promessa di non abusare della posizione dominante della

KirchPayTV. La ricorrente ha ancora una volta reiterato il suo punto di vista secondo cui, anche tenendo conto di più ampi impegni, il progetto di concentrazione non era conforme al diritto comunitario.

413 La ricorrente ha altresì avuto la possibilità di presentare le sue osservazioni sulla prima parte delle modifiche con lettera 15 marzo 2000. Ha una volta di più reiterato il suo timore circa il rafforzamento della posizione dominante della Kirch sul mercato della televisione a pagamento in Germania e circa la creazione di un quasi monopolio per quanto riguarda la fornitura di piattaforme tecniche e di servizi. Ha altresì raccomandato modifiche circa le modalità degli impegni al fine di aprire ulteriormente l'accesso al mercato dei set-top box diversi dal d-box e di aprire il sistema della Kirch alla MHP standard, senza dover rispettare termini o condizioni e oneri commerciali discriminatori.

414 Alla luce di quanto sopra detto si deve constatare che la Commissione ha sentito i terzi nel corso della prima frase, compresa la ricorrente.

415 Si deve pertanto constatare che la ricorrente è senz'altro stata in grado di far conoscere la sua posizione circa la portata e la natura degli impegni che, a suo avviso, dovrebbero essere assunti dalle parti nella concentrazione e imposti a titolo di condizioni od oneri dalla Commissione.

416 Orbene, nella citata sentenza Kaysersberg/Commissione, il Tribunale, al punto 119, ha considerato che il legittimo interesse dei terzi qualificati, come la ricorrente, a far valere il loro punto di vista circa gli effetti nocivi della concentrazione sulla concorrenza è pienamente salvaguardato allorché essi sono posti in grado, grazie al complesso di informazioni loro trasmesse dalla Commissione durante il procedimento instaurato ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento n. 4064/89, e, in particolare, alle proposte di impegno presentate dalle imprese interessate, di esporre il loro punto di vista sulle

modifiche che si intendono apportare al progetto di concentrazione per dissipare i gravi dubbi circa la sua compatibilità con il mercato comune. In tal modo, infatti, viene sufficientemente garantito che le considerazioni esposte dalle imprese terze concorrenti potranno, se necessario, essere prese in considerazione dalla Commissione per valutare la regolarità dell'operazione di concentrazione sotto il profilo del diritto comunitario e per stabilire, in particolare, se gli impegni proposti dalle imprese interessate le appaiano sufficienti a questo scopo.

- 417 Per quanto riguarda la circostanza che la ricorrente avrebbe avuto a disposizione soltanto un termine di poco meno di ventiquattr'ore per commentare le prime modifiche agli impegni iniziali, va sottolineato che l'art. 18, n. 4, del regolamento n. 4064/89 e il regolamento n. 447/98 non prevedono alcun obbligo specifico quanto alla durata del termine fissato dalla Commissione. In questo contesto il Tribunale ha già statuito nella citata sentenza *Kaysersberg/Commissione* quanto segue:

«(...) il solo fatto che la ricorrente abbia disposto di un termine di due soli giorni lavorativi per presentare le sue osservazioni sulle modifiche proposte dalle [parti] al progetto di concentrazione non è atto, nella specie, a dimostrare che il diritto di essere sentita conferitole dall'art. 18, n. 4, del regolamento n. 4064/89, sia stato posto in non cale dalla Commissione. Questa interpretazione è a maggior ragione doverosa in quanto, se l'interesse legittimo dei terzi qualificati a essere sentiti può esigere che essi dispongano di un termine sufficiente allo scopo, tale necessità deve però venir conciliata con l'esigenza di celerità che caratterizza l'economia generale del regolamento n. 4064/89 e che impone alla Commissione di rispettare termini rigorosi per l'adozione della decisione finale, giacché altrimenti l'operazione si presume compatibile con il mercato comune».

- 418 Per questi stessi motivi, e a maggior ragione ancora trattandosi di una decisione della Commissione adottata nel corso della prima fase, la circostanza che la ricorrente abbia avuto a disposizione un termine di poco meno di ventiquattr'ore per commentare modifiche agli impegni iniziali di cui era a conoscenza non può inficiare la legittimità della decisione.

- 419 Inoltre, la ricorrente non deduce alcun elemento idoneo a dimostrare sotto quale aspetto un termine più lungo le avrebbe permesso di formulare un maggior numero di osservazioni a proposito della prima parte delle modifiche degli impegni proposti dalla BSkyB e dalla Kirch in modo da far conoscere la sua posizione circa il carattere sufficiente o meno degli impegni. Si limita a rimproverare alla Commissione l'insufficienza del termine accordatole. È a questo proposito pertinente rilevare che le censure formulate dalla ricorrente dinanzi al Tribunale sono sostanzialmente identiche a quelle formulate nel corso della fase amministrativa del procedimento.
- 420 Ne consegue che la censura riguardante l'insufficienza del termine concesso alla ricorrente per formulare osservazioni sugli impegni proposti dalle parti nella concentrazione e sulle modifiche ivi apportate è infondata.
- 421 Per quanto riguarda la censura con cui si fa valere che la seconda parte delle modifiche non è stata portata a conoscenza della ricorrente e che pertanto essa non ha potuto presentare le sue osservazioni sulle dette modifiche agli impegni iniziali, si deve innanzi tutto ricordare che, come sopra esposto, la ricorrente ha avuto la possibilità di esporre la sua posizione circa la portata e la natura degli impegni che, a suo avviso, dovevano essere assunti dalle parti nella concentrazione e imposti a titolo di condizioni o oneri dalla Commissione affinché l'operazione fosse considerata compatibile con il mercato comune.
- 422 Infine, dalla citata sentenza Kaysersberg/Commissione (punto 120) risulta che, nella fase II, la Commissione non è tenuta, ai sensi dell'art. 18, n. 4, del regolamento n. 4064/89, a comunicare ai terzi qualificati, per parere previo, lo stato definitivo degli impegni assunti dalle imprese interessate in base alle obiezioni sollevate dalla Commissione, a seguito, in particolare, delle osservazioni presentate da terzi sulle proposte di impegno formulate dalle imprese medesime.

423 Tale è a maggior ragione il caso per quanto riguarda una decisione della Commissione adottata alla fine della fase I.

424 Parimenti, quando la ricorrente invoca l'insufficienza del termine per formulare le sue osservazioni, essa non deduce elementi che mettano in evidenza le osservazioni che avrebbe potuto formulare sulla seconda parte delle modifiche.

425 Ne consegue che il quinto motivo è infondato.

426 Dall'insieme di quanto sopra precede consegue che il ricorso dev'essere respinto per intero.

### Sulle spese

427 Ai sensi dell'art. 87, n. 2, del regolamento di procedura del Tribunale, il soccombente è condannato alle spese se ne viene fatta domanda. Poiché la ricorrente è rimasta soccombente, essa sopporterà oltre alle proprie spese quelle della Commissione e degli intervenienti KirchPayTV e BSKyB, conformemente alle loro conclusioni presentate in tal senso.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Terza Sezione)

dichiara e statuisce:

- 1) Il ricorso è respinto.
  
- 2) La ricorrente sopporterà le proprie spese nonché quelle sostenute dalla Commissione e dagli intervenienti KirchPayTV e BSkyB.

Jaeger

Lenaerts

Azizi

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 30 settembre 2003.

Il cancelliere

Il presidente

H. Jung

K. Lenaerts

## Indice

Quadro giuridico .....	II-3834
Fatti all'origine della controversia .....	II-3836
Decisione impugnata .....	II-3839
1. Il mercato della televisione a pagamento .....	II-3839
2. Il mercato dei servizi di televisione interattiva digitale .....	II-3842
3. Il mercato dell'acquisizione dei diritti di diffusione .....	II-3843
4. Gli impegni .....	II-3844
Procedimento e conclusioni delle parti .....	II-3844
Sulla ricevibilità .....	II-3846
1. Sul titolo della ricorrente a proporre il ricorso .....	II-3846
Argomenti delle parti .....	II-3846
Giudizio del Tribunale .....	II-3850
— L'esistenza di una certa concorrenza tra la televisione gratuita e la televisione a pagamento .....	II-3855
— La convergenza per l'avvenire tra la televisione gratuita e la televisione a pagamento in ragione della digitalizzazione .....	II-3856
— L'incidenza della concentrazione sui servizi della televisione interattiva digitale .....	II-3857
— La partecipazione della ricorrente al progetto FUN .....	II-3858
— L'acquisizione dei diritti di ritrasmissione .....	II-3858
2. Sulle condizioni dell'art. 44, n. 1, del regolamento di procedura .....	II-3860
Nel merito .....	II-3860
1. Sul primo motivo, che riguarda un errore di valutazione dei fatti con riferimento all'art. 2, nn. 3 e 4, del regolamento n. 4064/89 .....	II-3861
Argomenti delle parti .....	II-3861
Giudizio del Tribunale .....	II-3864

2. Sul secondo motivo, che riguarda la violazione dell'art. 6, n. 2, del regolamento n. 4064/89 .....	II-3869
Argomenti delle parti .....	II-3869
Giudizio del Tribunale .....	II-3877
3. Sul terzo motivo, che riguarda l'insufficienza degli impegni .....	II-3883
Osservazioni comuni all'insieme degli impegni .....	II-3884
Argomenti delle parti .....	II-3884
Giudizio del Tribunale .....	II-3886
Osservazioni specifiche a taluni impegni .....	II-3892
Accesso dei terzi alla piattaforma Kirch (impegni nn. 1-3) .....	II-3892
— Argomenti delle parti .....	II-3892
— Giudizio del Tribunale .....	II-3894
Apertura dell'accesso al sistema d-box della Kirch per applicazioni di terzi (impegno n. 4) .....	II-3896
— Argomenti delle parti .....	II-3896
— Giudizio del Tribunale .....	II-3898
Interoperabilità delle applicazioni (impegno n. 5) .....	II-3901
— Argomenti delle parti .....	II-3901
— Giudizio del Tribunale .....	II-3901
Interoperabilità di piattaforme concorrenti (impegno n. 6) .....	II-3903
— Argomenti delle parti .....	II-3903
— Giudizio del Tribunale .....	II-3905
Accesso di altre piattaforme tecniche ai servizi di televisione a pagamento della Kirch (impegno n. 7) .....	II-3906
— Argomenti delle parti .....	II-3906
— Giudizio del Tribunale .....	II-3908
Uso della tecnologia del sistema d-box da parte di altre piattaforme concorrenti (impegno n. 8) .....	II-3909
— Argomenti delle parti .....	II-3909
— Giudizio del Tribunale .....	II-3912

Produzione di decodificatori «a sistema multiplo» (impegno n. 9) .....	II-3913
— Argomenti delle parti .....	II-3913
— Giudizio del Tribunale .....	II-3914
Passaggio dal sistema analogico al sistema digitale (impegno n. 10) .....	II-3915
— Argomenti delle parti .....	II-3915
— Giudizio del Tribunale .....	II-3916
Limitazione delle capacità supplementari sulle reti via cavo (impegno n. 11) ...	II-3916
— Argomenti delle parti .....	II-3916
— Giudizio del Tribunale .....	II-3917
Osservazioni che criticano l'assenza di taluni impegni che sarebbero indispensabili	II-3918
Assenza di un impegno diretto a equipaggiare il decodificatore d-box con un'interfaccia comune .....	II-3919
— Argomenti delle parti .....	II-3919
— Giudizio del Tribunale .....	II-3921
Mancanza di un impegno circa gli eventuali rapporti tra la BetaResearch e la Deutsche Telekom .....	II-3923
— Argomenti delle parti .....	II-3923
— Giudizio del Tribunale .....	II-3924
Mancanza di un impegno che imponga la scomposizione dei programmi, della tecnologia e degli impianti .....	II-3925
— Argomenti delle parti .....	II-3925
— Giudizio del Tribunale .....	II-3927
4. Sul quarto motivo, che riguarda un vizio di procedura risultante dal fatto che non sia stato avviato il procedimento ai sensi dell'art. 6, n. 1, lett. c), del regolamento n. 4064/89 .....	II-3928
Argomenti delle parti .....	II-3928
Giudizio del Tribunale .....	II-3930
5. Sul quinto motivo, relativo ad un'inammissibile riduzione dei diritti di partecipazione dei terzi al procedimento .....	II-3932
Argomenti delle parti .....	II-3932
Giudizio del Tribunale .....	II-3935
Sulle spese .....	II-3946