

ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer)

30 september 2003 *

In de gevoegde zaken T-346/02 en T-347/02,

Cableuropa SA, gevestigd te Madrid (Spanje),

Región de Murcia de Cable SA, gevestigd te Murcia (Spanje),

Valencia de Cable SA, gevestigd te Madrid,

Mediterránea Sur Sistemas de Cable SA, gevestigd te Alicante (Spanje),

Mediterránea Norte Sistemas de Cable SA, gevestigd te Castellón (Spanje),

vertegenwoordigd door L. Castresana Sánchez en G. Samaniego Bordiu,
advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoeksters in zaak T-346/02,

* Procestaal: Spaans.

Aunacable SA, gevestigd te Madrid, vertegenwoordigd door A. Creus Carreras en N. Lacalle Mangas, advocaten,

Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León (Retecal) SA, gevestigd te Boecilli (Spanje),

Euskaltel SA, gevestigd te Zamudio-Bizkaia (Spanje),

Telecable de Avilés SA, gevestigd te Avilés (Spanje),

Telecable de Oviedo SA, gevestigd te Oviedo (Spanje),

Telecable de Gijón SA, gevestigd te Gijón (Spanje),

R Cable y Telecomunicaciones Galicia SA, gevestigd te La Coruña (Spanje),

Tenaria SA, gevestigd te Cordovilla (Spanje),

vertegenwoordigd door J. Jiménez Laiglesia, advocaat,

verzoeksters in zaak T-347/02,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door F. Castillo de la Torre als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

ondersteund door

Koninkrijk Spanje, vertegenwoordigd door L. Fraguas Gadea als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

Sogecable SA, gevestigd te Madrid, vertegenwoordigd door S. Martínez Lage en H. Brokelmann, advocaten,

DTS Distribuidora de Televisión Digital SA (Vía Digital), gevestigd te Madrid,

en

Telefónica de Contenidos SAU, gevestigd te Madrid,

vertegenwoordigd door M. Merola en S. Moreno Sánchez, advocaten,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 14 augustus 2002 waarbij het onderzoek van de concentratie strekkende tot integratie van DTS Distribuidora de Televisión Digital SA (Vía Digital) en Sogecable SA, overeenkomstig artikel 9 van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen wordt verwezen naar de Spaanse mededingingsautoriteiten (zaak nr. COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, kamerpresident, J. Azizi en M. Jaeger, rechters,

griffier: J. Palacio González, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 11 juni 2003,

het navolgende

Arrest

Rechtskader

- 1 Bij verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1), met rectificatie in (PB 1990, L 257, blz. 13), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1) (hierna: „verordening nr. 4064/89”), is een regeling ingevoerd van toezicht door de Commissie op concentraties die een „communautaire dimensie” hebben, in de zin van artikel 1, leden 2 en 3, van verordening nr. 4064/89.

- 2 Krachtens artikel 9 van verordening nr. 4064/89 kan de Commissie het onderzoek van een concentratie naar de lidstaten verwijzen. Dit artikel bepaalt met name:

„1. De Commissie kan bij beschikking, die zij onverwijld aan de betrokken ondernemingen mededeelt en waarvan zij de bevoegde autoriteiten van de andere lidstaten in kennis stelt, een aangemelde concentratie naar de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat verwijzen onder de volgende voorwaarden.

2. Binnen drie weken na de datum van ontvangst van het afschrift van de aanmelding kan een lidstaat de Commissie, welke op haar beurt de betrokken ondernemingen op de hoogte brengt, ervan in kennis stellen dat een concentratie:

- a) een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken waardoor de daadwerkelijke mededinging aanzienlijk zal worden belemmerd op een markt in die lidstaat die alle kenmerken vertoont van een afzonderlijke markt,

of

- b) nadelige gevolgen heeft voor de mededinging op een markt in die lidstaat die alle kenmerken vertoont van een afzonderlijke markt en geen substantieel deel van de gemeenschappelijke markt vormt.

3. Indien de Commissie van oordeel is dat, gelet op de markt van de betrokken goederen of diensten en de in aanmerking te nemen geografische markt in de zin van lid 7, een dergelijke afgebakende markt en een dergelijke dreiging bestaan:

- a) behandelt zij zelf het geval teneinde een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te handhaven of te herstellen, of
- b) verwijst zij de zaak in haar geheel of voor een gedeelte door naar de bevoegde autoriteit van de betrokken lidstaat met het oog op de toepassing van diens nationale mededingingswetgeving.

Indien de Commissie evenwel meent dat een dergelijke afzonderlijke markt of een dergelijke dreiging niet bestaat, geeft zij een beschikking in die zin welke zij tot de betrokken lidstaat richt.

Ingeval een lidstaat de Commissie ervan in kennis stelt dat een concentratie nadelige gevolgen heeft voor een afzonderlijke markt op zijn grondgebied welke geen substantieel deel vormt van de gemeenschappelijke markt, verwijst de Commissie, indien zij van mening is dat een dergelijke afzonderlijke markt inderdaad nadelige gevolgen ondervindt, de desbetreffende zaak in haar geheel of voor een gedeelte door naar de bevoegde autoriteit.

[...]

7. De in aanmerking te nemen geografische markt wordt gevormd door een gebied waarin de betrokken ondernemingen een rol spelen bij vraag en aanbod van goederen en diensten, waarin de mededingingsvoorwaarden voldoende

homogeen zijn, en dat van de aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden, met name vanwege de mededingingsvoorwaarden die duidelijk afwijken van welke in die gebieden heersen. Bij deze beoordeling wordt met name rekening gehouden met de aard en de kenmerken van de betrokken producten of diensten, het bestaan van hinderpalen voor de toegang tot de markt, voorkeuren van consumenten, alsmede het bestaan tussen het betrokken gebied en de aangrenzende gebieden van aanzienlijke verschillen in marktaandelen van ondernemingen of van wezenlijke prijsverschillen.

8. Voor de toepassing van dit artikel kan de betrokken lidstaat slechts de maatregelen treffen die strikt nodig zijn voor het handhaven of herstellen van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt.

[...]”

De betrokken ondernemingen

- 3 Cableuropa SA (hierna: „Cableuropa”), de eerste verzoekster in zaak T-346/02, exploiteert een kabelnetwerk voor telecommunicatie (hierna: „kabelexploitant”). Zij oefent met name activiteiten uit op de Spaanse betaaltelevisiemarkt en houdt de meerderheid van de aandelen in de andere verzoeksters in deze zaak, te weten Región de Murcia de Cable SA, Valencia de Cable SA, Mediterránea Sur Sistemas de Cable SA, en Mediterránea Norte Sistemas de Cable SA, die eveneens als kabelexploitanten in Spanje actief zijn.
- 4 Aunacable SA (hierna: „Aunacable”), de eerste verzoekster in zaak T-347/02, is een maatschappij van vijf kabelexploitanten die allen in Spanje actief zijn, te weten Able in Aragon, Canarias Telecom op de Canarische Eilanden, Madritel in

Madrid, Menta in Catalonië, en Supercable in het grootste deel van Andalusië. De overige verzoeksters in deze zaak zijn regionale kabelexploitanten (hierna: „regionale kabelexploitanten”) die eveneens in Spanje actief zijn.

- 5 Sogecable SA is een naamloze vennootschap die zich voornamelijk bezighoudt met het beheer en de exploitatie van een zender voor analoge betaaltelevisie (Canal+) op de Spaanse markt. Sogecable exploiteert ook een platform voor digitale satelliettelevisie, Canalsatélite Digital, waarin zij 83,25 % van de aandelen houdt. Haar activiteiten omvatten voorts het verlenen van technische diensten en het beheer van abonnementen, de productie en de verkoop van themazenders, de productie, de distributie en de vertoning van films en de aan- en verkoop van sportrechten. Door middel van Canal+ en Canalsatélite Digital is Sogecable de grootste exploitant van betaaltelevisie in Spanje.

- 6 Volgens de op 28 juni 1999 tussen de aandeelhouders van Promotora de Informaciones SA (hierna: „Prisa”) en die van de groep Canal+ SA (hierna: „groep Canal+”) gesloten en in 2002 verlengde overeenkomst wordt de zeggenschap over Sogecable gezamenlijk uitgeoefend door deze twee vennootschappen, die elk 21,27 % van de aandelen bezitten. De resterende aandelen zijn beursgenoteerd en in het bezit van verschillende minderheidsaandeelhouders. Prisa is een Spaanse mediagroep met belangen in de sectoren pers, uitgeverij, radio en betaaltelevisie. De groep Canal+ omvat de Europese film- en videodivisie van de groep Vivendi (hierna: „Vivendi”). Vivendi is actief in de sectoren muziek, televisie, film, telecommunicatie, internet, uitgeverij en milieu.

- 7 DTS Distribuidora de Televisión Digital SA (hierna: „Vía Digital”) beheert en exploiteert digitale televisiekanalen op de Spaanse markt. Zij is actief op het gebied van de productie, de aan- en verkoop, de reproductie, de distributie en de vertoning van alle typen audiovisuele werken. Zij is de op één na grootste exploitant van betaaltelevisie in Spanje.

- 8 De zeggenschap over Vía Digital wordt uitgeoefend door Telefónica de Contenidos SAU (hierna: „Telefónica de Contenidos”). Tot 23 oktober 2002 luidde de naam van deze vennootschap Grupo Admira Media SA (hierna: „Admira”). Als 100 % dochtermaatschappij van Telefónica SA (hierna: „Telefónica”), de grootste telecommunicatie-exploitant in het Spaanssprekende deel van de wereld, bundelt en beheert Telefónica de Contenidos de deelnemingen van Telefónica op de Spaanse en Latijns-Amerikaanse markten van audiovisuele diensten.

Voorgeschiedenis van het geding

- 9 Op 3 juli 2002 ontving de Commissie overeenkomstig verordening nr. 4064/89 de aanmelding van een op 8 mei 2002 tussen Vía Digital en Sogecable gesloten overeenkomst inzake de integratie van Vía Digital in Sogecable door middel van een aandelenruil. Verder regelt de overeenkomst de verwerving door Sogecable van de indirecte deelneming van Admira in Audiovisual Sport SL (hierna: „AVS”). Via AVS beheersen Sogecable en Telefónica de uitzendrechten van voetbalwedstrijden in de eerste en tweede divisie van de Spaanse voetbalcompetitie en in andere competities, zoals de UEFA Champions League en het wereldkampioenschap van de FIFA, alsmede van andere sportevenementen.
- 10 Volgens de bij de Commissie aangemelde overeenkomst blijven Prisa en de groep Canal+ de zeggenschap uitoefenen over Sogecable.
- 11 Op 12 juli 2002 heeft de Commissie overeenkomstig artikel 4, lid 3, van verordening nr. 4064/89 in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* de kennisgeving in zaak COMP/M.2845 (Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital) gepubliceerd, waarbij zij belanghebbende derden heeft verzocht hun eventuele opmerkingen over de voorgenoemde concentratie te maken.

- 12 Op diezelfde datum heeft de Spaanse regering overeenkomstig artikel 9, lid 2, sub a, van verordening nr. 4064/89 aan de Commissie verzocht om de zaak te verwijzen naar haar mededingingsautoriteiten, omdat de concentratie een machtspositie dreigde te scheppen die de mededinging op verschillende markten in Spanje nadelig kon beïnvloeden.

- 13 Op 18 juli 2002 heeft de Commissie krachtens artikel 11 van verordening nr. 4064/89 een inlichtingenverzoek gezonden aan ONO (zie punt 72 hierna), Aunacable en de regionale kabelexploitanten. ONO heeft op dit verzoek geantwoord bij brief van 23 juli 2002, de regionale kabelexploitanten bij brief van 26 juli 2002 en Aunacable bij brief van 31 juli 2002.

- 14 Op 23 juli 2002 vulde de Spaanse regering het verwijzingsverzoek aan, door de Commissie een herzien document te zenden.

De bestreden beschikking

- 15 Bij beschikking van 14 augustus 2002 (hierna: „bestreden beschikking”) heeft de Commissie krachtens artikel 9 van verordening 4064/89 de zaak COMP/M.2845 (Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital) verwezen naar de bevoegde autoriteiten van het Koninkrijk Spanje.

- 16 De bestreden beschikking onderscheidt verschillende product- en dienstenmarkten die door de concentratie worden beïnvloed. Het betreft de betaaltelevisie-markt en de hoger in de bedrijfskolom gesitueerde markten, te weten die van de uitzendrechten van films, sportevenementen en andere inhoudelijke producten (contents), alsmede de telecommunicatiemarkten.

17 Volgens de bestreden beschikking heeft elke relevante productmarkt een nationale dimensie.

18 Met betrekking tot de betaaltelevisiemarkt verklaart de bestreden beschikking (punt 17):

„De Commissie is altijd van mening geweest dat de betaaltelevisiemarkt wordt afgebakend door taal- of nationale grenzen. Hoewel in bepaalde marktsegmenten, zoals dat van de sportzender Eurosport, op Europese schaal wordt uitgezonden, zijn televisie-uitzendingen doorgaans vooral gericht op nationale markten, hoofdzakelijk vanwege het bestaan van uiteenlopende nationale bepalingen, taalbarrières, culturele factoren en mededingingsvoorwaarden die per lidstaat verschillen (bijvoorbeeld de structuur van de kabeltelevisiemarkt). Zo blijkt in het bijzondere geval van Spanje de geografische dimensie om taalkundige redenen en als gevolg van regelgeving nationaal te zijn. De Spaanse markt is dus de in aanmerking te nemen geografische markt; zij vertoont alle kenmerken van een afzonderlijke markt in de zin van artikel 9, leden 2, sub a, en 7, van de concentratieverordening.”

19 Ten aanzien van de markten die zich in de bedrijfskolom boven de betaaltelevisiemarkt bevinden, wordt in de bestreden beschikking om te beginnen verklaard dat „kijkers in Spanje vooral kiezen voor betaaltelevisie vanwege het aanbod van eerste uitzendingen van films die de meeste bioscoopbezoekers trokken (doorgaans Hollywoodfilms of Amerikaanse ‚majors’) en van voetbalwedstrijden waaraan Spaanse ploegen deelnemen, met name competitiewedstrijden” (punt 21).

- 20 De nationale dimensie van de uitzendrechten van films wordt als volgt omschreven:

„De rechten voor de gecodeerde uitzending van films worden over het algemeen op basis van exclusiviteit voor kortere of langere tijd, voor een bepaalde taal en voor een bepaald uitzendgebied verkocht. In Spanje beperken de uitzendrechten van films zich tot het Spaanse grondgebied. De geografische markten van de uitzendrechten van bioscoopfilms zijn nationale markten. De Spaanse markt is dus de in aanmerking te nemen geografische markt, een markt die alle kenmerken vertoont van een afzonderlijke markt in de zin van artikel 9, leden 2, sub a, van de concentratieverordening” (bestreden beschikking, punt 26).

- 21 Aangaande de uitzendrechten van sportevenementen noemt de bestreden beschikking (punten 40-42) om te beginnen de markt van de uitzendrechten van voetbalevenementen waaraan Spaanse ploegen deelnemen. In dit verband wordt gezegd:

„40. De uitzendrechten van de competitie- en bekerwedstrijden, alsmede de rechten van de wedstrijden in de UEFA Champions League en de UEFA Cup zijn verkocht aan Spaanse televisieomroepen. De rechten van de Spaanse competitie- en bekerwedstrijden, met uitzondering van de rechten van de finale van de Copa del Rey, hebben de Spaanse voetbalclubs onafhankelijk van elkaar tot het jaar [...] verkocht aan Telefónica, Sogecable, TV3 en AVS. Voor de UEFA Champions League en de UEFA Cup zijn licenties verleend aan omroepen in elk land, aangezien de vraag naar wedstrijden om culturele redenen per land varieert. De rechten van de Champions League heeft de UEFA tot het jaar [...] aan Televisión Española (TVE) verkocht.

41. Wat de aankoopzijde betreft, zijn de groot- en kleinhandel eveneens nationaal, aangezien de rechten voornamelijk in Spanje worden geëxploiteerd.

De rechten van de Spaanse competitie- en bekerwedstrijden zijn door de omroepen verkocht aan AVS, die vervolgens licenties voor de uitzending van wedstrijden heeft verleend aan verschillende exploitanten van betaaltelevisie en aan exploitanten van vrij toegankelijke televisie. TVE, die, zoals gezegd, tot het jaar [...] de uitzendrechten heeft van de wedstrijden in de UEFA Champions League, heeft licenties verleend aan Vía Digital, zodat de rechten tot het jaar [...] via betaaltelevisie kunnen worden geëxploiteerd. Later heeft Vía Digital aan Sogecable een niet-exclusieve licentie verleend om deze rechten te exploiteren.

42. De Spaanse markt is dus de in aanmerking te nemen geografische markt, een markt die alle kenmerken vertoont van een afzonderlijke markt in de zin van artikel 9, leden 2, sub a, en 7 van de concentratieverordening.”

- 22 Wat de uitzendrechten betreft van andere sportevenementen en andere bijzondere manifestaties waarvoor exclusieve rechten worden verleend, meent de Commissie dat de markt om taalkundige en culturele redenen nationaal is (bestreden beschikking, punt 57).
- 23 Aangaande de laatste in de bedrijfskolom boven de betaaltelevisiemarkt gesitueerde markt, die van de uitzendrechten van andere inhoudelijke producten, stelt de bestreden beschikking (punt 63):

„In eerdere beschikkingen heeft de Commissie gepreciseerd dat themazenders een afzonderlijke productmarkt met een nationale dimensie vormen. Themazenders worden doorgaans verhandeld. De nationale geografische dimensie van themazenders wordt in het geval van Spanje bevestigd doordat de distributie plaatsvindt op Spaans grondgebied. De Spaanse markt is dus de in aanmerking te nemen geografische markt; zij vertoont alle kenmerken van een afzonderlijke markt in de zin van artikel 9, leden 2, sub a, en 7, van de concentratieverordening.”

- 24 Ten aanzien van de geografische dimensie van de telecommunicatiemarkten verklaart de bestreden beschikking (punten 80 en 82):

„a) Markten van internettoegang

80. [...] De Commissie heeft zich in eerdere beschikkingen op het standpunt gesteld dat de levering in het klein van — breed- of smalband — internettoegangsdiensten aan eindverbruikers zowel om technische redenen (bijvoorbeeld de noodzaak van toegang tot het lokale net en het gebruik van lokale/gratis telefoonnummers naar het dichtstbijzijnde aansluitpunt [ook wel point of presence, of POP, genoemd]), als om juridische redenen (het bestaan van uiteenlopende nationale wettelijke regelingen), in wezen een markt met een nationale dimensie is. De Spaanse markt is dus de in aanmerking te nemen geografische markt; zij vertoont alle kenmerken van een afzonderlijke markt in de zin van artikel 9, leden 2, sub a, en 7, van de concentratieverordening.

b) Markten van vaste telefonie en andere telecommunicatiemarkten

[...]

82. De vaste beschikkingspraktijk van de Commissie bevestigt dat de bovengenoemde telecommunicatiemarkten in wezen nationale markten zijn (nationaal karakter van de infrastructuur, aanbod van uitsluitend nationale diensten, voorwaarden voor zendvergunningen, beschikbaarheid van mobiele telefoonfrequenties, roaming-tarieven, enzovoort). De Spaanse markt is dus de in aanmerking te nemen geografische markt; zij vertoont alle kenmerken van een afzonderlijke markt in de zin van artikel 9, leden 2, sub a, en 7, van de concentratieverordening.”

- 25 De Commissie stelt vast dat de concentratie op elk van de markten een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken waardoor de daadwerkelijke mededinging op de Spaanse markt aanzienlijk zal worden belemmerd (bestreden beschikking, punten 20, 29, 51, 55, 61, 68 en 109).
- 26 Vervolgens komt de Commissie in de bestreden beschikking tot de volgende algemene conclusies (punten 118-121):

„Conclusies

118. Aangezien het Koninkrijk Spanje een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt is, beschikt de Commissie overeenkomstig artikel 9, lid 3, van de concentratieverordening over een ruime discretionaire bevoegdheid bij haar beslissing of zij de zaak verwijst naar de Spaanse nationale autoriteiten met het oog op de toepassing van de nationale mededingingswetgeving.

119. Het gevaar dat door de concentratie een machtspositie ontstaat of wordt versterkt, bestaat alleen voor markten van nationale dimensie binnen het Koninkrijk Spanje.

120. De bevoegde Spaanse autoriteiten beschikken over voldoende middelen en zijn in staat om een grondig onderzoek te verrichten naar de concentratie, gegeven met name het nationale karakter van de markten waarop de machtspositie dreigt te ontstaan of te worden versterkt.

121. De Commissie is nagegaan of in casu is voldaan aan de in artikel 9 van de concentratieverordening gestelde voorwaarden voor verwijzing naar de nationale

autoriteiten en is derhalve, gebruik makend van de haar door de verordening toegekende discretionaire bevoegdheid, van oordeel dat het verzoek van de Spaanse autoriteiten moet worden ingewilligd en de zaak naar hen moet worden verwezen, met het oog op de toepassing van de Spaanse mededingingswetgeving.”

- 27 Op 18 september 2002 deelde de Commissie de bestreden beschikking mee aan de verzoeksters in zaak T-347/02. De dag daarop werd de bestreden beschikking meegedeeld aan ONO.
- 28 Bij twee besluiten van de Consejo de Ministros (ministerraad) van 29 november 2002 heeft de Spaanse regering de betrokken concentratie onder bepaalde voorwaarden goedgekeurd.

Procesverloop

- 29 Bij op 22 november 2002 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften, ingeschreven onder de nummers T-346/02 en T-347/02, hebben verzoeksters de onderhavige beroepen ingesteld.
- 30 In beide zaken hebben verzoeksters bij op dezelfde dag neergelegde afzonderlijke akten verzocht om versnelde behandeling overeenkomstig artikel 76 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. Op 16 december 2002 heeft de Derde kamer van het Gerecht, waaraan de twee zaken zijn toegewezen, dit verzoek ingewilligd.

- 31 Op 22 januari 2003 heeft de Commissie haar verweerschrift in de twee zaken ingediend.
- 32 Bij op 19 februari, respectievelijk 4 maart 2003 ter griffie van het Gerecht neergelegde akten hebben het Koninkrijk Spanje en Sogecable, Vía Digital en Telefónica de Contenidos in de twee zaken verzocht om te worden toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. Bij beschikkingen van de president van de Derde kamer van het Gerecht van 19 maart en 10 april 2003 zijn deze verzoeken toegewezen. Intervenienten werden verzocht ter terechtzitting hun opmerkingen te maken.
- 33 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Derde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en heeft het bij wege van maatregel tot organisatie van de procesgang als bedoeld in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering partijen verzocht, een aantal schriftelijke vragen te beantwoorden en bepaalde stukken over te leggen. Partijen hebben binnen de gestelde termijn aan dit verzoek voldaan.
- 34 Partijen zijn ter terechtzitting van 11 juni 2003 in hun pleidooien en antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht gehoord. Ter terechtzitting is op verzoek van verzoeksters een stuk aan het dossier in zaak T-346/02 toegevoegd.
- 35 Na partijen ter terechtzitting op dit punt te hebben gehoord, heeft het Gerecht (Derde kamer) besloten de twee zaken te voegen voor het arrest.

Conclusies van partijen

36 Verzoeksters in zaak T-346/02 concluderen dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— elke partij in haar eigen kosten te verwijzen.

37 Verzoeksters in zaak T-347/02 concluderen dat het het Gerecht behage:

— het beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren;

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

38 De Commissie, ondersteund door interveniënten, concludeert in beide zaken dat het het Gerecht behage:

— de beroepen niet-ontvankelijk te verklaren;

- subsidiair, de beroepen ongegrond te verklaren;

- verzoeksters in de kosten te verwijzen.

De ontvankelijkheid

Argumenten van partijen

- 39 De Commissie, ondersteund door interveniënten, stelt dat de bestreden beschikking enkel is gericht tot het Koninkrijk Spanje, zodat verzoeksters, nu zij geen adressaten van deze beschikking zijn, moeten aantonen dat deze hen rechtstreeks en individueel raakt in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG. Verzoeksters worden evenwel noch rechtstreeks, noch individueel door de bestreden beschikking geraakt.
- 40 In de eerste plaats loopt de teneur van de bestreden beschikking op geen enkele wijze vooruit op de eindbeslissing van de nationale autoriteiten over deze concentratie. Het feit dat later een zelfstandige overheidsbeschikking volgt, sluit dus uit dat verzoeksters door de bestreden beschikking rechtstreeks en individueel worden geraakt. In dit verband verwijst de Commissie naar de arresten van het Gerecht van 24 maart 1994, *Air France/Commissie* (T-3/93, Jurispr. blz. II-121), en 27 april 1995, *Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources e.a./Commissie* (T-96/92, Jurispr. blz. II-1213, punt 40), alsmede naar de rechtspraak inzake de beroepsmogelijkheid van particulieren tegen beschikkingen inzake staatssteun (arrest Gerecht van 5 december 2002, *Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum/Commissie*, T-114/00, Jurispr. blz. II-5121, punt 73) en tegen richtlijnen (arrest Gerecht van 27 juni 2000, *Salamander e.a./Parlement en Raad*, T-172/98, T-175/98—T-177/98, Jurispr. blz. II-2487, punt 20).

41 Binnen deze context beklemtoont de Commissie dat in de zaak die leidde tot het arrest *Air France/Commissie* (aangehaald in punt 40 supra), de bestreden beschikking geen beschikking ten gronde — onder toepassing van de nationale mededingingswetgeving — over de concentratie garandeerde. De bestreden beschikking in die zaak had juist de onmiddellijke totstandkoming van de voorgestelde concentratie goedgekeurd en derden hun procedurele rechten ontnomen. In casu staat de bestreden beschikking de concentratie op geen enkele wijze toe. Zij bevat enkel een bevoegdheidsverdracht en doet geen afbreuk aan de procedurele waarborgen van belanghebbende derden. Onder verwijzing naar de arresten van het Hof van 19 mei 1993, *Cook/Commissie* (C-198/91, Jurispr. blz. I-2487); 15 juni 1993, *Matra/Commissie* (C-225/91, Jurispr. blz. I-3203), en 17 november 1998, *Kruidvat/Commissie* (C-70/97 P, Jurispr. blz. I-7183), voegt de Commissie daaraan toe dat het voor de ontvankelijkheid van het beroep vooral van belang is of het recht om te worden gehoord is geëerbiedigd, en niet of de specifieke procedurevoorschriften in acht zijn genomen. Ervan uitgaande dat de lidstaten, en met name het Koninkrijk Spanje, deze fundamentele waarborg respecteren, moet worden vastgesteld dat verzoeksters door de bestreden beschikking noch rechtstreeks noch individueel worden geraakt. In ieder geval bestaat er niet zoiets als een „variabele” procesbevoegdheid, naar gelang van de procedurele waarborgen van de staat aan wie de bevoegdheid om een concentratie te onderzoeken is overgedragen (zie in die zin arrest Hof van 25 juli 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Raad*, C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 43). Indien verzoeksters van oordeel zijn dat hun recht om te worden gehoord bij de Spaanse mededingingsautoriteiten onvoldoende is gewaarborgd, dan kunnen zij hun grieven naar voren brengen in een beroep tegen de door deze autoriteiten gegeven eindbeschikking. Aangaande het argument van verzoeksters dat belanghebbende derden geen recht hebben op een contradictoire mondelinge behandeling voor de Spaanse autoriteiten, stelt de Commissie dat overeenkomstig artikel 16 van verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening (EEG) nr. 4064/89 (PB L 61, blz. 1) dit recht een derde evenmin toekomt in de administratieve procedure voor de Commissie. Een derde kan zijn standpunt immers alleen mondeling kenbaar maken indien de Commission dit opportuun acht.

42 De onderhavige zaken verschillen ook sterk van de zaak die leidde tot het arrest van het Gerecht van 4 maart 1999, *Assicurazioni Generali en Unicredito/Commissie* (T-87/96, Jurispr. blz. II-203). In die zaak stelde de Commissie zich op het standpunt dat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming geen concentratie in de zin van verordening nr. 4064/89 was. Verzoeksters in die zaak waren partij bij de concentratie en bijgevolg adressaten van de bestreden

beschikking. De Commissie voegt daaraan toe dat hoewel partijen, indien aan de voorwaarden voor toepassing van de verordening is voldaan, een subjectief recht hebben op toetsing van de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming aan verordening nr. 4064/89, zij daarentegen geen subjectief recht hebben op behandeling van deze operatie door deze of gene autoriteit, wanneer aan de voorwaarden voor verwijzing naar een lidstaat is voldaan.

- 43 In zaak T-347/02 herinnert de Commissie er nog aan dat overeenkomstig artikel 9, lid 8, van verordening nr. 4064/89 de lidstaat waarnaar wordt verwezen slechts de maatregelen kan treffen die strikt nodig zijn voor het handhaven of herstellen van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt. Zij voegt daaraan toe, dat verzoeksters een schending van deze bepaling door de eindbeschikking van de nationale autoriteiten kunnen aanvoeren in een beroep tegen deze beschikking.
- 44 In de tweede plaats betoogt de Commissie dat verzoeksters evenmin individueel worden geraakt door de bestreden beschikking. De enkele omstandigheid dat een persoon op enigerlei wijze betrokken is geweest bij de procedure die voorafging aan de vaststelling van een beschikking, volstaat niet om deze persoon te individualiseren in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG, tenzij zijn deelneming plaatsvindt binnen het kader van de uitoefening van procedurele waarborgen waarin het gemeenschapsrecht zelf voorziet (beschikkingen Gerecht van 3 juni 1997, *Merck e.a./Commissie*, T-60/96, Jurispr. blz. II-849, punt 73, en 15 september 1998, *Molkerei Großbraunshain en Bene Nahrungsmittel/Commissie*, T-109/97, Jurispr. blz. II-3533, punt 68). Formeel spelen particulieren evenwel geen enkele rol in de procedure van artikel 9 van verordening nr. 4064/89, die een volledig bilaterale aangelegenheid is tussen de Commissie en de verzoekende lidstaat. Het feit dat verzoeksters in de loop van de administratieve procedure opmerkingen aangaande het verwijzingsverzoek hebben ingediend, kan hen dus niet individualiseren in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG.
- 45 In zaak T-346/02 voegt de Commissie hieraan nog toe dat uit de door ONO overgelegde documenten niets valt af te leiden over de aard van de verhouding tussen verzoeksters en ONO. Evenmin valt uit maken in hoeverre de opmerkingen van ONO over de gevolgen die de concentratie voor haar heeft, een afspiegeling vormen van de gevolgen van deze concentratie voor verzoeksters.

- 46 Verzoeksters in beide zaken stellen, rechtstreeks en individueel te worden geraakt door de bestreden beschikking.

Beoordeling door het Gerecht

- 47 Artikel 230, vierde alinea, EG bepaalt dat „[i]edere natuurlijke of rechtspersoon [...] beroep [kan] instellen tegen de tot hem gerichte beschikkingen, alsmede tegen beschikkingen die, hoewel genomen in de vorm van een verordening, of van een beschikking gericht tot een andere persoon, hem rechtstreeks en individueel raken”.
- 48 Verzoeksters zijn geen adressaten van de bestreden beschikking, aangezien deze door de Commissie is gericht tot de lidstaat die krachtens artikel 9, lid 2, van verordening nr. 4064/89 om verwijzing heeft verzocht, te weten het Koninkrijk Spanje. Derhalve moet worden nagegaan of verzoeksters door de bestreden beschikking rechtstreeks en individueel worden geraakt.

De vraag of verzoeksters door de bestreden beschikking rechtstreeks worden geraakt

- 49 Volgens vaste rechtspraak wordt een natuurlijke of rechtspersoon slechts rechtstreeks geraakt door een communautaire handeling wanneer deze handeling rechtstreeks gevolgen heeft voor zijn rechtspositie en de uitvoering ervan zuiver automatisch is en voortvloeit uit de gemeenschapsregeling als zodanig, zonder toepassing van nadere uitvoeringsbepalingen (arrest Hof van 5 mei 1998, Dreyfus/Commissie, C-386/96 P, Jurispr. blz. I-2309, punt 43; arrest Gerecht van 22 november 2001, Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie/Commissie, T-9/98, Jurispr. blz. II-3367, punt 47).

- 50 Dat is met name het geval wanneer de mogelijkheid voor adressaten om geen gevolg te geven aan deze handeling louter theoretisch is en het buiten twijfel staat dat zij deze willen nakomen (arrest Hof van 17 januari 1985, Piraiki/Patraiki e.a./Commissie, 11/82, Jurispr. blz. 207, punten 8-10; arrest Dreyfus/Commissie, aangehaald in punt 49 supra, punt 44, en arrest Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum/Commissie, aangehaald in punt 40 supra, punt 73).
- 51 In casu moet dan ook worden nagegaan of de bestreden beschikking rechtstreekse en automatische rechtsgevolgen teweeg kan brengen voor verzoeksters, of dat deze gevolgen integendeel voortvloeien uit de door de Spaanse mededingingsautoriteiten na de verwijzing te geven beschikking.
- 52 De Commissie heeft zich in de bestreden beschikking niet uitgesproken over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt, maar het onderzoek van de concentratie naar de Spaanse mededingingsautoriteiten verwezen, die op 12 juli 2002 om deze verwijzing hadden verzocht. Ingevolge artikel 9, lid 3, eerste alinea, sub b, van verordening nr. 4064/89 beoordelen deze autoriteiten de gevolgen van de concentratie tegen de achtergrond van hun nationale mededingingsrecht. De enige verplichtingen die verordening nr. 4064/89 de Spaanse mededingingsautoriteiten daarbij oplegt zijn, enerzijds, dat zij, overeenkomstig artikel 9, lid 6, binnen vier maanden na de verwijzing door de Commissie beslissen, en, anderzijds, dat zij, overeenkomstig artikel 9, lid 8, „slechts de maatregelen treffen die strikt nodig zijn voor het handhaven of herstellen van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt”. Aangezien deze verplichtingen echter niet nauwkeurig en met zekerheid de uitkomst bepalen van het door de Spaanse mededingingsautoriteiten te verrichten onderzoek ten gronde, moet worden vastgesteld dat de bestreden beschikking de concurrentiepositie van verzoeksters niet rechtstreeks kan beïnvloeden, maar alleen de door de Spaanse mededingingsautoriteiten te geven eindbeschikking een dergelijk effect kan hebben.
- 53 Hiermee is echter nog niet aangetoond dat de bestreden beschikking verzoeksters niet rechtstreeks raakt. De vraag of een derde rechtstreeks wordt geraakt door een gemeenschapshandeling waarvan hij niet de adressaat is, moet immers worden

beoordeeld naar het doel van deze handeling. De bestreden beschikking beoogt evenwel niet het geven van een beslissing over de gevolgen voor de betrokken markten van de concentratie die het voorwerp vormt van de verwijzing, maar het overdragen van de verantwoordelijkheid voor dat onderzoek aan de nationale autoriteiten die om de verwijzing hebben verzocht teneinde overeenkomstig hun nationale mededingingsrecht te beslissen. Gelet op dit doel, is het in casu irrelevant dat de bestreden beschikking geen rechtstreekse gevolgen heeft voor de concurrentiepositie van verzoeksters op de betrokken markten in Spanje (zie in die zin arrest Gerecht van 3 april 2003, Royal Philips Electronics/Commissie, T-119/02, Jurispr. blz. II-1442, punt 276).

- 54 Om na te gaan of verzoeksters door de bestreden beschikking rechtstreeks worden geraakt, hoeft alleen te worden vastgesteld of de bestreden beschikking rechtstreekse en automatische rechtsgevolgen heeft voor verzoeksters.
- 55 Krachtens de artikelen 1, lid 1, en 22, lid 1, van verordening nr. 4064/89 is deze verordening in beginsel alleen van toepassing op concentraties van communautaire dimensie in de zin van artikel 1, leden 2 en 3, van deze verordening. Zo sluit artikel 21, lid 2, eerste alinea, van verordening nr. 4064/89 concentraties met een communautaire dimensie in beginsel uit van de toepassing van de mededingingswetgeving van de lidstaten.
- 56 In de onderhavige zaak heeft de Commissie de procedure krachtens verordening nr. 4064/89, die was ingeleid door de aanmelding van de overeenkomst betreffende de integratie van Vía Digital in Sogecable, afgesloten door het onderzoek van de betrokken concentratie naar de Spaanse mededingingsautoriteiten te verwijzen. Ingevolge artikel 9, lid 3, eerste alinea, sub b, van verordening nr. 4064/89 passen de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat na de verwijzing immers hun nationale mededingingsrecht toe.

- 57 Hieruit volgt dat de bestreden beschikking die het voorwerp vormt van het onderhavige beroep, tot gevolg heeft dat deze concentratie wordt onderworpen aan de exclusieve toetsing door de Spaanse mededingingsautoriteiten, die beslissen op basis van hun nationale mededingingsrecht.
- 58 Daarmede beïnvloedt de bestreden beschikking de rechtspositie van verzoeksters (zie in die zin arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punten 281-287).
- 59 Doordat de bestreden beschikking, met de verwijzing naar het nationale mededingingsrecht, de criteria vastlegt voor de beoordeling van de wettigheid van de betrokken concentratie alsmede de procedure en de eventueel toepasselijke sancties, wijzigt zij de rechtspositie van verzoeksters door hen de mogelijkheid te ontnemen om de Commissie de wettigheid van de betrokken concentratie te laten toetsen in het licht van verordening nr. 4064/89 (zie naar analogie arrest Assicurazioni Generali en Unicredito/Commissie, aangehaald in punt 42 supra, punten 37-44).
- 60 De toetsing van een concentratie overeenkomstig nationaal recht kan, wat de strekking en gevolgen ervan betreft, niet worden gelijkgesteld met de toetsing door de Commissie krachtens verordening nr. 4064/89 (arrest Air France, aangehaald in punt 40 supra, punt 69).
- 61 Anders dan de Commissie beweert, kan elke beschikking die wijziging brengt in de op de controle van concentraties toepasselijke rechtsregeling, invloed hebben op de rechtspositie van zowel de partijen bij de concentratie — zoals het geval was in de zaak die leidde tot het arrest Assicurazioni Generali en Unicredito/Commissie, aangehaald in punt 42 supra — als derden.

- 62 De bestreden beschikking heeft immers — ongeacht of het Spaanse mededingingsrecht aan derden soortgelijke rechten toekent als die welke worden gewaarborgd door verordening nr. 4064/89 — doordat zij een einde maakt aan de procedure van verordening nr. 4064/89, tot gevolg dat derden de procedurele rechten die zij ontlenen aan artikel 18, lid 4, van deze verordening, worden ontnomen.
- 63 Uiteindelijk maakt de Commissie het met de bestreden beschikking voor derden onmogelijk om zich te beroepen op de hen door het Verdrag geboden rechtsbescherming. Door het onderzoek van de concentratie naar de Spaanse mededingingsautoriteiten te verwijzen, die beslissen op basis van hun nationale mededingingsrecht, ontnemt de Commissie derden de mogelijkheid om de beoordeling van de concentratie door de nationale autoriteiten in een later stadium krachtens artikel 230 EG voor het Gerecht te betwisten, terwijl zonder de verwijzing een dergelijke betwisting van de beoordeling van de Commissie wel mogelijk zou zijn.
- 64 Aangezien de bestreden beschikking tot gevolg heeft dat verzoeksters de controle van de concentratie door de Commissie op basis van verordening nr. 4064/89, de in deze verordening bedoelde procedurele rechten voor derden, alsmede de rechtsbescherming waarin het Verdrag voorziet, worden onthouden, kan deze beschikking derhalve de rechtspositie van verzoeksters beïnvloeden.
- 65 Deze beïnvloeding is rechtstreeks, aangezien de bestreden beschikking geen enkele aanvullende uitvoeringsmaatregel vereist opdat de verwijzing effect kan sorteren. Met het geven van de bestreden beschikking door de Commissie, wordt de verwijzing immers onmiddellijk van kracht voor de betrokken lidstaat, die daardoor bevoegd wordt de naar hem verwezen concentratie te beoordelen volgens zijn nationale mededingingsrecht.

- 66 Bovendien zijn het de Spaanse autoriteiten die de Commissie overeenkomstig artikel 9, lid 2, van verordening nr. 4064/89 hebben verzocht om verwijzing van het onderzoek van de gevolgen van de concentratie voor de betrokken markten in Spanje. In die omstandigheden lijkt het uitgesloten dat de Spaanse autoriteiten geen gevolg zouden geven aan de bestreden beschikking, hetgeen in casu wordt bevestigd door het feit dat de Spaanse mededingingsautoriteiten op 29 november 2002 een beschikking inzake de betrokken concentratie hebben gegeven.
- 67 Bijgevolg moet worden aanvaard dat de bestreden beschikking verzoeksters rechtstreeks raakt.
- 68 Het argument van de Commissie dat verzoeksters, gebruik makend van de nationale rechtsmiddelen, beroep kunnen instellen tegen de beschikking van de nationale autoriteit en binnen dit kader eventueel kunnen verzoeken om een prejudiciële verwijzing krachtens artikel 234 EG, kan aan deze conclusie niet afdoen. Het eventuele bestaan van een nationaal rechtsmiddel kan immers niet de mogelijkheid uitsluiten om de wettigheid van een beschikking van een gemeenschapsinstelling rechtstreeks bij de gemeenschapsrechter te betwisten op grond van artikel 230 EG (arrest *Air France/Commissie*, aangehaald in punt 40 supra, punt 69, en arrest *Royal Philips Electronics/Commissie*, aangehaald in punt 53 supra, punt 290).

De vraag of verzoeksters door de bestreden beschikking individueel worden geraakt

- 69 Personen die niet de adressaten van een beschikking zijn, kunnen slechts stellen individueel te worden geraakt, indien de beschikking hen treft op grond van bepaalde bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie die hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op

soortgelijke wijze als de adressaat (arrest Hof van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie, 25/62, Jurispr. blz. 207, 232, en arrest Unión de Pequeños Agricultores/Raad, aangehaald in punt 41 supra, punt 36).

- 70 De Commissie bestrijdt niet dat de concentratie waarvan het onderzoek werd verwezen naar de Spaanse autoriteiten, de concurrentiepositie van verzoeksters beïnvloedt. Het staat immers vast, dat verzoeksters op de meeste betrokken markten de voornaamste huidige concurrenten zijn van de partijen bij de concentratie. In punt 84 van de bestreden beschikking wordt dan ook gesteld dat „de mededingingsbeperkende gevolgen die zouden kunnen ontstaan door de aangemelde concentratie, in het bijzonder kabelexploitanten in Spanje dreigen te treffen, die de voornaamste (en, gelet op de situatie van de digitale terrestrische televisie in Spanje, nagenoeg enige) bron van concurrentie vormen tegenover het door de fusie ontstane platform voor digitale satelliettelevisie”, en dat „deze kabelexploitanten eveneens de voornaamste potentiële/huidige concurrenten zijn van Telefónica op de verschillende telecommunicatiemarkten waarop de historische Spaanse exploitant reeds een machtspositie heeft”.
- 71 Bovendien zijn verzoeksters betrokken geweest bij de administratieve procedure die tot de betrokken beschikking heeft geleid.
- 72 „ONO” heeft immers, wat verzoeksters in zaak T-346/02 betreft, contact opgenomen met de Commissie, die haar op 18 juli 2002 krachtens artikel 11 van verordening nr. 4064/89 een inlichtingenverzoek toezond, waarop „ONO” bij brief van 23 juli 2002 heeft geantwoord. De betrokkenheid van „ONO” bij de administratieve procedure kan worden beschouwd als gelijkwaardig aan een interventie van verzoeksters in zaak T-346/02. Laatstgenoemden hebben immers, naar aanleiding van een vraag van het Gerecht, verklaard dat — zoals ook wordt aangegeven in bovengenoemd schrijven van 23 juli 2002 — „ONO” de benaming is waaronder zij allen actief zijn op de Spaanse markt. In deze brief en in hun antwoord aan het Gerecht hebben verzoeksters, zonder door de

Commissie te zijn weersproken, verklaard dat „ONO” de benaming is waaronder de groep van kabelexploitanten actief is die de vennootschap „Grupo ONO” vormt, welke alle aandelen in de vennootschap Cableuropa in handen heeft. Cableuropa zelf bezit de meerderheid van de aandelen in de andere kabel-exploitanten die optreden als verzoeksters in de zaak T-346/02.

- 73 Ook Aunacable en de andere verzoeksters in zaak T-347/02 hebben, op respectievelijk 9 en 22 juli 2002, brieven gezonden aan de Commissie, waarin zij uiteenzetten dat niet was voldaan aan de voorwaarden van artikel 9 van verordening nr. 4064/89. Op 18 juli 2002 zond de Commissie verzoeksters krachtens artikel 11 van verordening nr. 4064/89 een inlichtingenverzoek, waarop laatstgenoemden (met uitzondering van Aunacable) op 26 juli 2002 en Aunacable op 31 juli 2002 hebben geantwoord.
- 74 In dit verband moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat, wanneer de Commissie had besloten om de zaak niet naar de Spaanse autoriteiten te verwijzen en daarentegen de procedure van artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89, ook wel fase II genoemd, te openen, verzoeksters het recht zouden hebben gehad om door de Commissie te worden gehoord.
- 75 Overeenkomstig artikel 18, lid 4, van verordening nr. 4064/89 hebben immers derden, alvorens een beschikking volgens fase II wordt vastgesteld, het recht om door de Commissie te worden gehoord, indien zij daarom verzoeken en nadat zij hebben aangetoond daarbij voldoende belang te hebben (arrest Gerecht van 27 november 1997, Kaysersberg/Commissie, T-290/94, Jurispr. II-2137, punt 105). Aangezien de concurrentiepositie van verzoeksters door de concentratie waarvan het onderzoek werd verwezen naar de Spaanse autoriteiten, wordt beïnvloed, zouden verzoeksters dus voldoende belang hebben gehad om te worden gehoord (zie arrest Kaysersberg/Commissie, reeds aangehaald, punt 109).

- 76 Verzoeksters, die door de procedurele waarborgen van artikel 18, lid 4, van verordening nr. 4064/89 worden beschermd, kunnen de eerbiediging daarvan evenwel slechts afdwingen indien zij de mogelijkheid hebben de bestreden beschikking voor de gemeenschapsrechter te betwisten (zie in die zin arrest Cook/Commissie, aangehaald in punt 41 supra, punt 23).
- 77 In de tweede plaats moet erop worden gewezen dat verzoeksters, bij uitblijven van verwijzing, ook individueel zouden zijn geraakt door een definitieve goedkeuringsbeschikking van de Commissie op basis van artikel 6, lid 1, sub b, van verordening nr. 4064/89.
- 78 Derhalve moet worden vastgesteld dat zonder de verwijzing verzoeksters krachtens artikel 230, vierde alinea, EG beroep tot nietigverklaring hadden kunnen instellen tegen de beoordeling van de Commissie van de gevolgen van de concentratie voor de betrokken markten in Spanje (zie in die zin arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punt 295).
- 79 Aangezien de bestreden beschikking verzoeksters de mogelijkheid ontnemt om voor het Gerecht op te komen tegen een beoordeling waartegen zij zonder de verwijzing wél had kunnen opkomen, moet worden vastgesteld dat de bestreden beschikking verzoeksters op dezelfde wijze individueel raakt als een goedkeuringsbeschikking die zonder de verwijzing zou zijn gegeven (zie in die zin arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punt 297).
- 80 Bijgevolg worden verzoeksters individueel geraakt door de bestreden beschikking.

- 81 Uit het voorgaande volgt dat verzoeksters door de bestreden beschikking rechtstreeks en individueel worden geraakt.
- 82 Derhalve zijn de beroepen ontvankelijk.

Ten gronde

- 83 Verzoeksters voeren drie gemeenschappelijke middelen aan: i) schending van artikel 9 van verordening nr. 4064/89, doordat de concentratie gevolgen heeft die het Spaanse grondgebied overschrijden; ii) schending van artikel 9 van verordening nr. 4064/89 en van het beginsel van behoorlijk bestuur, doordat de Commissie slechts bij uitzondering gerechtigd is om een concentratie naar de nationale autoriteiten te verwijzen wanneer de door de concentratie beïnvloede markten een substantieel deel van de gemeenschappelijke markt vormen; iii) schending van artikel 253 EG. Verzoeksters in zaak T-346/02 voeren nog een vierde middel aan: schending van artikel 9 van verordening nr. 4064/89, doordat de bestreden beschikking een „blanco” verwijzing bevat naar de Spaanse autoriteiten. Eerst dienen het eerste, het tweede en het vierde middel te worden besproken. Daarna volgt de bespreking van het derde middel.

Eerste middel: schending van artikel 9 van verordening nr. 4064/89, doordat de concentratie gevolgen heeft die het Spaanse grondgebied overschrijden

Argumenten van partijen

- 84 Verzoeksters in beide zaken stellen dat artikel 9 van verordening nr. 4064/89 in casu de Commissie niet toestond het onderzoek van de betrokken concentratie naar de nationale autoriteiten te verwijzen.

- 85 Verzoeksters in zaak T-346/02 betogen dat uit artikel 9, lid 2, van genoemde verordening volgt, dat de Commissie niet het recht heeft om het onderzoek van een concentratie naar de nationale autoriteiten te verwijzen wanneer de betrokken markten de grenzen van een lidstaat overschrijden. Aangezien de concentratie duidelijk een internationale dimensie heeft, of in ieder geval een internationale dimensie die de Commissie niet ambtshalve buiten beschouwing had mogen laten, heeft de Commissie artikel 9, lid 2, van de verordening geschonden.
- 86 Om de internationale dimensie van de betrokken concentratie aan te tonen, zetten verzoeksters in zaak T-346/02 in de eerste plaats uiteen dat de groepen Telefónica, Canal+, Vivendi en Prisa zowel op het gebied van telecommunicatie als op het gebied van betaaltelevisie een sterke positie in Europa hebben. In de tweede plaats overschrijden de telecommunicatiemarkten de nationale grenzen. Internet is niet aan een nationaliteit gebonden en een groot aantal diensten, zoals bijvoorbeeld satellietuitzendingen, zijn grensoverschrijdend. In de derde plaats heeft de markt van audiovisuele rechten eveneens een grensoverschrijdende dimensie. In haar beschikking van 21 maart 2002, BSkyB/KirchPayTV (COMP/JV.37) heeft de Commissie zelf erkend dat op de markt van audiovisuele rechten de verwerving en exploitatie van rechten een Europese, of zelfs mondiale aangelegenheid zijn.
- 87 Ter terechtzitting hebben verzoeksters in zaak T-346/02 er voorts op gewezen, dat de partijen bij de concentratie zelf in de aanmelding van hun concentratie hebben erkend dat sommige van de betrokken markten de Spaanse grenzen overschrijden, met name de markt van satellietdiensten, de markt van technische diensten, de audiovisuele markten (zoals de filmproductiemarkt, die een wereldmarkt is) en de markt van uitzendrechten van sportevenementen, op welke markt de televisieomroepen concurreren met zenders die op Europese schaal actief zijn. Taalbarrières verdwijnen geleidelijk, en de uitzending van films en sportprogramma's via internet maakt deze inhoudelijke producten ook vanuit andere landen dan Spanje toegankelijk en stelt de kijker in staat zelf de taal van zijn voorkeur te kiezen. In de bestreden beschikking stelt de Commissie slechts dat

enkele van de door de nationale autoriteiten in hun verwijzingsverzoek genoemde markten niet hoefden te worden onderzocht aangezien zich daarop geen mededingingsproblemen voordeden, zonder evenwel na te gaan of deze markten nationale markten vormen.

- 88 Verzoeksters in zaak T-346/02 hebben ter terechtzitting een afschrift overgelegd van de niet-vertrouwelijke versie van de aanmelding van de betrokken concentratie.
- 89 Ter terechtzitting hebben deze verzoeksters er voorts op gewezen, dat de Commissie de zaak enkel naar de nationale autoriteiten mag verwijzen indien deze autoriteiten in hun verwijzingsverzoek de betrokken markten als nationale markten hebben gekwalificeerd. De herziene versie van dit verwijzingsverzoek is evenwel noch tijdens de administratieve procedure voor de Commissie, noch tijdens de procedures voor de Spaanse autoriteiten aan verzoeksters toegezonden. Aangezien het betrokken document naar aanleiding van een verzoek van het Gerecht aan het dossier werd toegevoegd, is het aan het Gerecht om na te gaan of het verwijzingsverzoek voldoet aan de voorwaarden van artikel 9 van verordening nr. 4064/89.
- 90 Verzoeksters in zaak T-347/02 betogen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door in punt 119 van de bestreden beschikking te stellen dat „de concentratie alleen een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken op markten van nationale dimensie binnen het Koninkrijk Spanje”, zonder de mogelijke grensoverschrijdende gevolgen van de aangemelde concentratie te onderzoeken. Indien echter van dergelijke gevolgen sprake zou zijn, dan zou verwijzing van de zaak naar de Spaanse autoriteiten uitgesloten zijn, daar niet zou zijn voldaan aan de voorwaarden van artikel 9 van verordening nr. 4064/89.
- 91 Verzoeksters in deze zaak stellen dat de concentratie grensoverschrijdende gevolgen kon hebben. Zij wijzen er in de eerste plaats op, dat tot de

ondernemingen die potentieel door de concentratie worden beïnvloed niet alleen de huidige concurrenten op de Spaanse markt van betaaltelevisie met meerdere kanalen behoren, maar ook andere exploitanten op aanverwante markten (hoofdzakelijk de markten van inhoudelijke producten), die niet noodzakelijkerwijs op de Spaanse markt gepositioneerd hoeven te zijn. Aangezien Canal+ een van de vennootschappen is die gezamenlijk de zeggenschap uitoefenen over het door de concentratie ontstane platform, en als exploitant belangen heeft in de betaaltelevisiemarkt op Europese schaal, kan de concentratie leiden tot een versterking van haar positie op de internationale markten van inhoudelijke producten, die in de bedrijfskolom boven de betaaltelevisiemarkt zijn gesitueerd. Met de andere verzoeksters beklemtonen de verzoeksters in zaak T-347/02 dat de Commissie in haar beschikking BSkyB/KirchPayTV, reeds aangehaald, zelf heeft erkend dat op de markt van audiovisuele rechten de verwerving en exploitatie van rechten activiteiten zijn die gevolgen hebben voor meer dan een lidstaat. Ten slotte betogen verzoeksters dat de Commissie in verband met de aangemelde concentratie ook een onderzoek had moeten instellen naar de zogenoemde „output deals” tussen de op de markt van betaaltelevisie actieve ondernemingen en de grote Amerikaanse studio’s.

- 92 Ter terechtzitting hebben verzoeksters in zaak T-347/02 erop gewezen, dat om aan te tonen dat er sprake is van een of meer „afzonderlijke markt[en]” in de zin van artikel 9 van verordening (EEG) nr. 4064/89, het niet volstaat dat de relevante geografische markten nationale markten zijn. Een lidstaat kan immers enkel dan als een „afzonderlijke markt” worden aangemerkt, wanneer de mededingingsstructuur in die staat afwijkt van die in andere lidstaten.
- 93 In dit verband wijzen verzoeksters er in de eerste plaats op dat het taalcriterium niet volstaat om een markt als „afzonderlijk” te kwalificeren, zeker niet nu hetzelfde inhoudelijke product kan worden aangeboden in meerdere talen, hetgeen bijvoorbeeld het geval is bij films op digitale videodisk (DVD). In de tweede plaats werpt de nationale regelgeving op audiovisueel gebied, gelet op het niveau van communautaire harmonisatie van de toepasselijke regels, geen specifieke hinderpaal op voor de toegang tot Spanje, zoals met name blijkt uit het arrest van het Hof van 22 januari 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Jurispr. blz. I-607). In de derde plaats maakt het feit dat de rechten van

inhoudelijke producten worden verdeeld op territoriale grondslag de Spaanse markt nog niet tot een afzonderlijke markt, aangezien hetzelfde inhoudelijke product ook elders, met dezelfde exploitatieformats en op basis van hetzelfde vergoedingstelsel wordt verspreid.

- 94 Volgens verzoeksters pleiten verschillende argumenten tegen kwalificatie van de Spaanse markt als een „afzonderlijke markt”. Ten eerste vormt het feit dat Sogecable uitmaakt van de groep Canal+ een weerspiegeling van het consolidatieproces dat, gelet op de financiële problemen binnen de audiovisuele sector, op alle Europese markten in gang is. Verder zijn de aangeboden producten en diensten op alle Europese markten identiek. Ten slotte zijn de hinderpalen voor de toegang identiek en hebben zij met name betrekking op de toegang tot het inhoudelijke product en tot het dominante distributieplatform.
- 95 Verzoeksters betwisten ter terechtzitting nieuwe middelen te hebben aangevoerd. Zij verklaren, hun betoog te hebben aangepast naar aanleiding van het arrest Royal Philips Electronics/Commissie (aangehaald in punt 53 supra), dat is gewezen nadat zij hun verzoekschriften hadden ingediend, en enkel maar de argumenten te hebben uitgewerkt die zij reeds in hun verzoekschriften hadden aangevoerd. Verzoeksters in zaak T-347/02 voegen hieraan toe dat het argument dat de nationale dimensie van een markt deze nog niet tot een afzonderlijke markt in de zin van artikel 9 van verordening nr. 4064/89 maakt, ook reeds werd opgeworpen in hun brief van 22 juli 2002 aan de Commissie.
- 96 De Commissie, ondersteund door interveniënten, repliceert dat het beslissende criterium om uit te maken wanneer zij een zaak naar de nationale autoriteiten kan verwijzen, is gelegen in het bestaan van het risico van mededingingsbeperkende gevolgen voor markten in een lidstaat die de kenmerken vertonen van afzonderlijke markten. In overeenstemming met artikel 9, lid 2, sub a, van genoemde verordening zijn in de bestreden beschikking de in aanmerking te nemen geografische markten benoemd en de gevolgen onderzocht van de concentratie voor de mededinging op deze markten, waaruit de conclusie is getrokken dat de concentratie alleen een machtspositie dreigde te doen ontstaan of te versterken op markten van nationale dimensie binnen het Koninkrijk Spanje.

- 97 De presentie van de groepen Telefónica, Canal+ en Vivendi in Europa en de internationale activiteiten van de betrokken groepen kunnen op zichzelf niet de geografische dimensie bepalen van de verschillende productmarkten waarop deze exploitanten actief zijn. Ook de grensoverschrijdende gevolgen van een concentratie kunnen niet bepalend zijn voor de vraag of een voorgenomen concentratie al dan niet naar de nationale autoriteiten moet worden verwezen.
- 98 De Commissie wijst er verder op dat verzoeksters ter terechtzitting nieuwe middelen hebben voorgedragen, die niet voorkwamen in het verzoekschrift. Nieuw is bijvoorbeeld het argument dat er ook „andere markten” bestaan, die hetzij door de partijen bij de concentratie in hun aanmelding, hetzij door de Spaanse autoriteiten in hun verwijzingsverzoek zouden zijn vermeld, en door de Commissie in de bestreden beschikking niet zijn onderzocht. Bovendien komt in het verzoekschrift niet de stelling voor, dat onderscheid moet worden gemaakt tussen het begrip „afzonderlijke markt” in de zin van artikel 9, lid 2, sub a, van verordening nr. 4064/89 en het begrip „relevante geografische markt”. Het Gerecht dient deze middelen dus krachtens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering buiten beschouwing te laten. Verzoeksters kunnen zich niet beroepen op het arrest *Royal Philips Electronics/Commissie* (aangehaald in punt 53 supra), aangezien volgens vaste rechtspraak een na indiening van het verzoekschrift gewezen arrest niet kan worden aangemerkt als een nieuw gegeven in de zin van artikel 48, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering. Voorzover verzoeksters aanvoeren dat bepaalde argumenten ook reeds voorkwamen in de bij hun verzoekschrift gevoegde documenten, wijst zij erop dat het niet tot de taak van het Gerecht behoort om in de bijlagen naar middelen te zoeken die niet als zodanig in het verzoekschrift zijn aangevoerd.
- 99 De argumenten van verzoeksters zijn hoe dan ook ongegrond.

Beoordeling door het Gerecht

- 100 De Spaanse autoriteiten hebben op basis van artikel 9, lid 2, sub a, van verordening nr. 4064/89 verzocht om verwijzing van de concentratie. In de bestreden beschikking heeft de Commissie vastgesteld dat „[d]e concentratie [...]

alleen een machtspositie [dreigde] te doen ontstaan of te versterken op markten van nationale dimensie binnen het Koninkrijk Spanje” (punt 119). Krachtens artikel 9, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 4064/89 heeft zij besloten de zaak naar de Spaanse mededingingsautoriteiten te verwijzen, die beslissen overeenkomstig het nationale mededingingsrecht.

- 101 Uit artikel 9, lid 2, sub a, van verordening nr. 4064/89 blijkt dat voor verwijzing van een concentratie op basis van artikel 9 van genoemde verordening cumulatief aan twee voorwaarden moet zijn voldaan. Ten eerste moet de concentratie een machtspositie dreigen te doen ontstaan of te versterken waardoor de daadwerkelijke mededinging op een markt in de betrokken lidstaat aanzienlijk zal worden belemmerd. Ten tweede dient deze markt alle kenmerken te vertonen van een afzonderlijke markt.
- 102 Ten aanzien van de eerbiediging van de in artikel 9, lid 2, sub a, van verordening nr. 4064/89 genoemde voorwaarden merkt het Gerecht op dat de in deze bepaling gestelde verwijzingsvoorwaarden een rechtskarakter hebben en aan de hand van objectieve elementen moeten worden uitgelegd. De vraag of een concentratie al dan niet binnen het toepassingsgebied van artikel 9, lid 2, sub a, van genoemde verordening valt, moet dan ook in volle omvang worden getoetst door de gemeenschapsrechter, met inachtneming van zowel de concrete omstandigheden van het hem voorgelegde geschil als het technische of ingewikkelde karakter van de beoordeling van de Commissie (arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punt 326).
- 103 Wat de eerste voorwaarde betreft, moet worden vastgesteld dat verzoeksters niet betwisten dat de concentratie een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken op de verschillende, in de bestreden beschikking genoemde productmarkten in Spanje.

- 104 Verzoeksters stellen evenwel dat aan de tweede voorwaarde in casu niet is voldaan. Volgens hen kunnen de in de bestreden beschikking genoemde productmarkten niet worden beschouwd als markten in een lidstaat die alle kenmerken vertonen van een afzonderlijke markt.
- 105 In dit verband wijst het Gerecht er om te beginnen op dat de Commissie volgens artikel 9, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 4064/89 het bestaan van een afzonderlijke markt beoordeelt „gelet op de markt van de betrokken goederen of diensten en de in aanmerking te nemen geografische markt in de zin van lid 7”.
- 106 Uit artikel 9, lid 3, eerste alinea, juncto artikel 9, lid 7, van verordening nr. 4064/89

volgt dus, dat om te kunnen vaststellen of een lidstaat een afzonderlijke markt vormt in de zin van artikel 9, lid 2, van genoemde verordening, de Commissie rekening moet houden met de in artikel 9, lid 7, van deze verordening genoemde criteria, te weten met name de aard en de kenmerken van de betrokken producten of diensten, het bestaan van hinderpalen voor de toegang tot de markt, de voorkeuren van consumenten, alsmede het bestaan van aanzienlijke verschillen in marktaandeelen van ondernemingen of van wezenlijke prijsverschillen tussen het betrokken gebied en de aangrenzende gebieden (arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punt 333).

- 107 Ter terechtzitting betoogden verzoeksters in zaak T-347/02 dat, om een nationale markt als „afzonderlijke markt” in de zin van artikel 9, lid 2, van verordening nr. 4064/89 te kunnen aanmerken, deze markt zich moet onderscheiden van andere markten, niet alleen doordat zij een geografische markt vormt, maar ook doordat zij wordt gekenmerkt door een mededingingsstructuur die afwijkt van die in andere lidstaten.
- 108 Allereerst dient de ontvankelijkheid van dit — voor het eerst ter terechtzitting aangevoerde — argument te worden onderzocht.

- 109 Hoewel partijen volgens artikel 76 bis, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering in het kader van een versnelde procedure hun betoog tijdens de mondelinge behandeling kunnen aanvullen en bewijsaanbiedingen kunnen doen, waarbij zij de vertraging van hun bewijsaanbieding moeten motiveren, blijkt reeds uit de bewoordingen van deze bepaling dat in zoverre het bepaalde in artikel 48 van het Reglement voor de procesvoering in acht moet worden genomen. Volgens lid 2 van dit artikel mogen in de loop van het geding geen nieuwe middelen worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken.
- 110 Het arrest *Royal Philips Electronics/Commissie* (aangehaald in punt 53 supra), dat na de instelling van de beroepen is gewezen en door verzoeksters wordt aangevoerd ter rechtvaardiging van het in punt 107 supra weergegeven argument, kan niet worden aangemerkt als geldige reden voor het aanvoeren van een nieuw middel. Dit arrest bevestigt immers slechts een rechtstoestand die verzoeksters bekend was op het ogenblik dat zij hun beroep instelden (arrest Hof van 1 april 1982, *Dürbeck/Commissie*, 11/81, Jurispr. 1982, blz. 1251, punt 17, en arrest Gerecht van 11 december 1996, *Atlanta e.a./Raad en Commissie*, T-521/93, Jurispr. blz. II-1707, punt 39).
- 111 Een middel dat een uitwerking is van een eerder in het inleidend verzoekschrift rechtstreeks of stilzwijgend opgeworpen middel en daarmee nauw verband houdt, moet daarentegen wel ontvankelijk worden verklaard (arrest Gerecht van 19 september 2000, *Dürbeck/Commissie*, T-252/97, Jurispr. blz. II-3031, punt 39).
- 112 Het in punt 107 supra weergegeven argument treedt niet buiten het in het verzoekschrift bepaalde kader van het geschil.
- 113 Verzoeksters in zaak T-347/02 stellen in hun verzoekschrift dat de Commissie een beoordelingsfout heeft gemaakt, door een concentratie naar de nationale

autoriteiten te verwijzen hoewel niet was voldaan aan de in artikel 9 van verordening nr. 4064/89 vastgestelde voorwaarden. Zonder dat behoeft te worden vastgesteld of verzoeksters reeds in hun verzoekschrift een beroep deden op het bestaan van een onderscheid tussen de begrippen „afzonderlijke markt” en „in aanmerking te nemen geografische markt”, volgt uit het verzoekschrift dat verzoeksters de onwettigheid van de bestreden beschikking laken wegens onjuiste toepassing door de Commissie van de voorwaarden van artikel 9 van genoemde verordening, met name de voorwaarde betreffende de afzonderlijke markt. In dit verband moet worden vastgesteld dat het argument inzake het onderscheid tussen de begrippen „afzonderlijke markt” en „in aanmerking te nemen geografische markt” slechts een uitwerking is van de door verzoeksters in hun verzoekschrift aangevoerde argumenten volgens welke de Commissie het bepaalde in artikel 9 van verordening nr. 4064/89 heeft geschonden, door te concluderen dat de relevante productmarkten moeten worden aangemerkt als markten in die lidstaat die alle kenmerken vertonen van afzonderlijke markten. Het in punt 107 supra weergegeven argument houdt nauw verband met het eerste middel in het verzoekschrift en is derhalve ontvankelijk.

- 114 Wat de gegrondheid van dit argument betreft, moet worden vastgesteld dat artikel 9 van verordening nr. 4064/89 zich niet leent voor de door verzoeksters voorgestane uitlegging. Reeds uit de tekst van artikel 9, lid 3 van deze verordening blijkt dat de Commissie haar oordeel dat sprake is van een afzonderlijke markt in de eerste plaats dient te baseren op een definitie van de markt van de betrokken goederen of diensten en vervolgens op een definitie van de in aanmerking te nemen geografische markt in de zin van lid 7 van dit artikel.
- 115 Zoals blijkt zowel uit artikel 9, lid 7, van verordening nr. 4064/89, als uit punt 8 van de bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (PB 1997, C 372, blz. 5), is de in aanmerking te nemen geografische markt het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn, en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden, met name vanwege de concurrentievoorwaarden die duidelijk afwijken van die welke in die gebieden heersen. Zoals reeds gezegd in punt 106 supra, moet bij deze

beoordeling met name rekening worden gehouden met de aard en de kenmerken van de betrokken producten of diensten, het bestaan van hinderpalen voor de toegang tot de markt, voorkeuren van consumenten, alsmede het bestaan van aanzienlijke verschillen in marktaandelen van de ondernemingen of van wezenlijke prijsverschillen tussen het betrokken gebied en de aangrenzende gebieden.

116 Wanneer de beoordeling van al deze elementen tot de conclusie leidt dat de mededingingsvoorwaarden op de betrokken product- en dienstenmarkten in een lidstaat duidelijk afwijken, en dus afzonderlijke geografische markten opleveren, dan moeten deze markten worden aangemerkt als afzonderlijke markten in de zin van artikel 9, lid 2, van verordening nr. 4064/89 (zie in die zin arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punten 335-337).

117 Anders dan verzoeksters stellen, is het in dit verband irrelevant of bepaalde structurele elementen van de betrokken markten ook op andere geografische markten aanwezig zijn. Voorzover de mededingingsvoorwaarden aantoonbaar niet voldoende homogeen zijn en, met name, de voorkeuren van consumenten en bepaalde toegangsbarrières een bepaalde markt beperken tot het nationale grondgebied van een lidstaat, kan de omstandigheid dat in bepaalde andere gebieden vergelijkbare producten, diensten en verkoopmethodes bestaan niet volstaan als bewijs dat die markt geen afzonderlijke markt is. Het bestaan van gelijksoortige hinderpalen voor de toegang tot de markt kan niet afdoen aan het afzonderlijke karakter van de betrokken geografische markten. Integendeel, het bevestigt dit juist.

118 In dit stadium moet worden ingegaan op de stelling van verzoeksters dat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd dat er sprake is van afzonderlijke geografische markten in de zin van artikel 9, lid 2, van verordening nr. 4064/89.

- 119 Hierbij moet eraan worden herinnerd dat de rechterlijke toetsing van de beoordeling van de Commissie inzake de definitie van de in aanmerking te nemen markten is gericht op kennelijke fouten (zie in die zin arrest Gerecht van 6 juni 2002, *Airtours/Commissie*, T-342/99, Jurispr. blz. II-2585, punten 26 en 32).
- 120 Uit de bestreden beschikking blijkt dat de Commissie haar conclusie dat de Spaanse markt voor alle productmarkten de in aanmerking te nemen markt is, baseert op de volgende elementen.
- 121 Met betrekking tot de betaaltelevisiemarkt vermeldt de bestreden beschikking dat „[h]oewel in bepaalde marktsegmenten, zoals dat van de sportzender Eurosport, op Europese schaal wordt uitgezonden, [...] televisie-uitzendingen doorgaans vooral [zijn] gericht op nationale markten, hoofdzakelijk vanwege het bestaan van uiteenlopende nationale bepalingen, taalbarrières, culturele factoren en mededingingsvoorwaarden die per lidstaat verschillen (bijvoorbeeld de structuur van de kabeltelevisiemarkt)”, en dat „in het bijzondere geval van Spanje de geografische dimensie om taalkundige redenen en als gevolg van regelgeving nationaal [blijkt] te zijn” (punt 17).
- 122 Met betrekking tot de in de bedrijfskolom boven de betaaltelevisiemarkt gesitueerde markten zegt de bestreden beschikking eerst over de uitzendrechten van films dat deze „rechten [...] over het algemeen op basis van exclusiviteit voor kortere of langere tijd, op taalkundige basis en voor een bepaald uitzendgebied, [worden] verkocht” en dat „[i]n Spanje [...] de uitzendrechten van films zich beperken tot het Spaanse grondgebied. De geografische markten van de uitzendrechten van bioscoopfilms zijn nationale markten” (bestreden beschikking, punt 26). Volgens de bestreden beschikking is ook de markt van de uitzendrechten van voetbalevenementen een Spaanse markt. De uitzendrechten van voetbalwedstrijden waaraan Spaanse ploegen deelnemen, zijn verkocht aan Spaanse televisieomroepen (bestreden beschikking, punt 40), en „deze rechten [worden] voornamelijk in Spanje [...] geëxploiteerd” (bestreden beschikking, punt 41). Aangaande de markten van andere sportevenementen en andere

manifestaties waarvoor exclusieve rechten worden verleend, beklemtoont de Commissie dat de voorkeuren van kijkers, en derhalve ook de mededingingsvoorwaarden bij de verwerving van deze rechten, per land variëren (punt 57). In Spanje heeft de markt van de uitzendrechten van deze evenementen om taalkundige en culturele redenen een nationale dimensie (punt 57). De nationale geografische dimensie van de markt van themazenders wordt „in het geval van Spanje bevestigd doordat de distributie plaatsvindt op Spaans grondgebied” (bestreden beschikking, punt 63).

- 123 Ten aanzien van de geografische dimensie van de telecommunicatiemarkten wordt in de bestreden beschikking uiteengezet dat de levering in het klein van — breed- of smalband — internet-toegangsdiens ten aan eindverbruikers zowel om technische redenen (bijvoorbeeld de noodzaak van toegang tot het lokale net en het gebruik van lokale/gratis telefoonnummers naar het dichtstbijzijnde aansluitpunt [ook wel point of presence, of POP, genoemd]), als om juridische redenen (het bestaan van uiteenlopende nationale wettelijke regelingen), in wezen een markt met een nationale dimensie is (punt 80). De markten van vaste telefonie en andere telecommunicatiemarkten zijn nationaal om de volgende redenen: „nationaal karakter van de infrastructuur, aanbieding van uitsluitend nationale diensten, voorwaarden voor zendvergunningen, beschikbaarheid van mobiele telefoonfrequenties, roaming-tarieven, enzovoort” (punt 82).
- 124 Voor haar standpunt dat de betrokken markten een Spaanse dimensie hebben, verwijst de Commissie in de bestreden beschikking eveneens naar haar beschikkingspraktijk (punten 17, 63, 80 en 82).
- 125 Het Gerecht is van oordeel dat de door verzoeksters in de twee zaken aangevoerde omstandigheden geen bewijs van een kennelijke beoordelingsfout van de Commissie bij haar definitie van de betrokken geografische markten opleveren.

- 126 In de eerste plaats kan ten aanzien van de door verzoeksters aangevoerde Europese presentie van de partijen bij de concentratie en hun moedermaatschappijen worden volstaan met de opmerking, dat het feit dat een onderneming activiteiten uitoefent in verschillende lidstaten niet automatisch meebrengt dat de markten waarop deze onderneming opereert een dimensie hebben die de grenzen van het grondgebied van de betrokken lidstaten overschrijdt. Een onderneming kan immers op meerdere afzonderlijke markten van nationale dimensie actief zijn.
- 127 Bovendien hebben ondernemingen die partij zijn bij de in verordening nr. 4064/89 bedoelde concentraties over het algemeen een internationale dimensie, gezien het feit dat zij volgens het in artikel 1 van verordening nr. 4064/89 voorziene stelsel van drempels in verschillende lidstaten bepaalde minimumomzetten moeten behalen, hetgeen verzekert dat alle onder genoemde verordening vallende concentraties, dus ook de concentraties die krachtens artikel 9 ervan naar de nationale autoriteiten kunnen worden verwezen, een „communautaire dimensie” hebben.
- 128 In de tweede plaats bestaat er met betrekking tot de geografische dimensie van de markten van audiovisuele rechten, zoals die wordt gedefinieerd in beschikking B SkyB/KirchPayTV van de Commissie van 21 maart 2002 (aangehaald in punt 86 supra), geen enkele tegenstrijdigheid tussen de in die beschikking gegeven definitie van de geografische markt en de definitie hiervan in de bestreden beschikking.
- 129 In de beschikking B SkyB/KirchPayTV verklaart de Commissie: „Wat de geografische markt van de verwerving van uitzendrechten betreft, kan de inkoop van rechten weliswaar op mondiale schaal gebeuren, en verwerven bepaalde exploitanten deze rechten voor meer dan één gebied tegelijk, maar moet ook worden vastgesteld dat deze rechten nog overwegend op nationale basis, of hoogstens op basis van taalgebied worden aangekocht. Zo heeft de Commissie vastgesteld dat de uitzendrechten van films in het algemeen voor een bepaalde taalversie en voor het bepaalde gebied waarop de uitzending is gericht, worden verleend” (punt 45). Ook in deze zaak stelt de Commissie zich net als in de

bestreden beschikking op het standpunt dat de verwerving van televisierechten over het algemeen geschiedt op taalkundige basis en voor een bepaald — met name nationaal — uitzendgebied.

- 130 Hoewel de Commissie in punt 46 van de beschikking B SkyB/KirchPayTV erkent dat voor bepaalde sportevenementen, zoals de Olympische Spelen, in heel Europa bij de consument interesse bestaat, geeft zij in die beschikking geen antwoord op de vraag of er sprake was van een afzonderlijke geografische markt. Daarentegen beklemtoonde zij dat ook wanneer de televisierechten van dergelijke sportevenementen exclusief voor het gehele Europese grondgebied waren aangekocht, zij later niettemin per land waren doorverkocht.
- 131 De uiteenzettingen van de Commissie in de beschikking B SkyB/KirchPayTV tonen derhalve niet aan dat de Commissie, door in de bestreden beschikking te overwegen dat voor de uitzendrechten van de verschillende inhoudelijke producten de Spaanse markt een afzonderlijke markt is, een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.
- 132 In de derde plaats moet met betrekking tot de stelling van verzoekster in zaak T-347/02, volgens welke Canal+, dat deelneemt aan de gezamenlijke controle van het na de concentratie ontstane platform, op Europese schaal belangen heeft op de televisiemarkt, zodat de concentratie haar positie op de internationale markt van inhoudelijke producten kan versterken, worden opgemerkt dat noch het internationale karakter van de activiteiten van deze onderneming, noch haar macht op de markten van inhoudelijke producten de — ter terechtzitting door Sogecable bevestigde — vaststelling van de Commissie kunnen weerleggen dat de uitzendrechten op nationale of taalkundige basis worden aangekocht.
- 133 De conclusie van de Commissie inzake de nationale dimensie van de betrokken markten wordt evenmin weerlegd door het betoog van verzoeksters dat de

televisieomroepen bij sommige sportevenementen concurreren met zenders die op Europese schaal actief zijn. De aanwezigheid op een bepaalde markt van internationaal opererende exploitanten, wil immers nog niet zeggen dat de geografische dimensie van deze markt nationale grenzen overschrijdt. Overigens heeft de Commissie in punt 17 van de bestreden beschikking opgemerkt dat het feit dat sommige exploitanten, zoals de sportzender Eurosport, op Europese schaal uitzenden, niet wegneemt dat de televisie-exploitatie vanwege het uiteenlopen van nationale bepalingen, taalbarrières, culturele factoren en verschillende mededingingsvoorwaarden tussen de staten hoofdzakelijk plaatsvindt op nationale markten. Verzoeksters kunnen dan ook niet volhouden dat de Commissie niet naar behoren rekening heeft gehouden met de aanwezigheid van een op Europese schaal opererende zender op de Spaanse markt van sportevenementen.

- 134 In de vierde plaats beroepen verzoeksters zich ter ondersteuning van de argumenten betreffende het geringe belang van taalbarrières en het feit dat bepaalde inhoudelijke producten in meerdere talen worden aangeboden, op de groeiende mogelijkheid voor consumenten om bij DVD's, muziek, films of sportprogramma's die via internet worden verspreid zelf de taal van hun voorkeur te kiezen. Zij hebben evenwel geen enkel bewijs aangevoerd dat de stelling van de Commissie kan ontkrachten, dat de taal een relevante factor vormt bij de beoordeling van de geografische dimensie van de markten van betaaltelevisie, audiovisuele uitzendingen en telecommunicatie. Bovendien heeft de concentratie noch betrekking op de markten van DVD's, noch op die van de uitzending van muziekwerken. Ten aanzien van de markten van de verspreiding van films en sportprogramma's via internet hebben verzoeksters in zaak T-347/02 ter terechtzitting zelf bevestigd dat dit opkomende markten zijn.

- 135 Ook de door verzoeksters genoemde mogelijkheid om vanuit andere landen dan Spanje via internet of mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie („UMTS”) toegang te krijgen tot bepaalde inhoudelijke producten, kan de definitie in de bestreden beschikking van de markten van de verwerving van inhoudelijke producten en van de betaaltelevisiemarkt niet ontkrachten. De

mogelijkheid om van buitenaf toegang te krijgen tot op de Spaanse markt aangeboden producten en diensten, ontnemt deze markt nog niet zijn afzonderlijke karakter zoals dit door de Commissie in de bestreden beschikking is omschreven.

- 136 In de vijfde plaats stellen verzoeksters in zaak T-347/02 dat de Commissie bij de behandeling van de aangemelde concentratie ook een onderzoek had moeten instellen naar de „output deals” die de ondernemingen die actief zijn op de markt van betaaltelevisie hebben afgesloten met de grote Amerikaanse studio’s.
- 137 Uit de punten 27 tot en met 29 van de bestreden beschikking blijkt dat de Commissie bij haar beoordeling van de mededinging op de Spaanse markt van de verwerving van de rechten voor de eerste en tweede vertoning van de meest bezochte bioscoopfilms, wel degelijk rekening heeft gehouden met deze contracten.
- 138 Verzoeksters geven evenwel niet aan in hoeverre een grondiger onderzoek naar deze „output deals” tot een andere geografische definitie van de relevante markten had kunnen leiden. De omstandigheid dat in andere lidstaten soortgelijke contracten bestaan, brengt niet automatisch mee dat er een Europese markt bestaat; een dergelijke vaststelling hangt af van de analyse van alle mededingingsvoorwaarden in de betrokken gebieden. Ook op dit punt blijkt uit het betoog van verzoeksters niet dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door in de bestreden beschikking vast te stellen dat de markten van audiovisuele rechten die gevolgen ondervinden van de concentratie, afzonderlijke markten van Spaanse dimensie vormen.
- 139 In de zesde plaats betogen verzoeksters in zaak T-346/02 dat de telecomcommunicatiemarkten de nationale grenzen overschrijden, dat internet niet aan een nationaliteit is gebonden en dat een groot aantal diensten, zoals bijvoorbeeld satellietuitzendingen, grensoverschrijdend zijn.

- 140 Met betrekking tot de telecommunicatiemarkten, daaronder begrepen de markt van toegang tot internet, moet echter worden vastgesteld dat verzoeksters geen enkel argument hebben aangedragen dat de vaststellingen in de punten 80 en 82 van de bestreden beschikking (zie punt 123 supra) inzake de geografische afbakening van de telecommunicatiemarkten kan ontkrachten.
- 141 De markt van satellietuitzendingen behoort, net als de markt van technische diensten en de filmproductiemarkt, naar welke markten verzoeksters in zaak T-346/02 ter terechtzitting hebben verwezen, niet tot de markten waarop volgens de Commissie de concentratie een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken.
- 142 In dit verband hebben verzoeksters ter terechtzitting gepreciseerd dat de Commissie de betrokken concentratie niet naar de nationale autoriteiten had mogen verwijzen zonder een onderzoek in te stellen naar alle markten die, hetzij door de partijen bij de concentratie in hun aanmelding, hetzij door de Spaanse autoriteiten in hun verwijzingsverzoek waren genoemd als door de concentratie beïnvloede markten.
- 143 Ten aanzien van de ontvankelijkheid van dit argument moet worden opgemerkt dat verzoeksters in wezen betogen dat het niet uitgesloten is dat bepaalde andere, hetzij door de partijen bij de concentratie, hetzij door de Spaanse autoriteiten genoemde markten een dimensie hebben die het Spaanse nationale kader overschrijden. Dit argument moet worden gezien als een uitwerking van het eerste middel dat verzoeksters in hun verzoekschrift hebben opgeworpen. Volgens dit middel was de Commissie niet bevoegd om een concentratie naar de nationale autoriteiten te verwijzen, omdat de betrokken markten de intracommunautaire handel en meer dan één lidstaat raken. Aangezien dit argument nauw verband houdt met het in het verzoekschrift opgeworpen eerste middel, moet het ontvankelijk worden verklaard.

- 144 Evenwel moet worden vastgesteld dat verzoeksters geen argument kunnen ontlenen aan het feit dat de Commissie bepaalde in de aanmelding of het verwijzingsverzoek genoemde markten niet heeft onderzocht.
- 145 In de eerste plaats moet worden beklemtoond, dat de Commissie bij het onderzoek van een bij haar aangemelde concentratie op basis van haar eigen analyse de markten bepaalt die door deze concentratie worden beïnvloed. Zij is daarbij niet gebonden aan de door de partijen bij de concentratie of de om verwijzing verzoekende lidstaat gegeven beoordeling van deze markten. Daarom kan de Commissie niet worden verweten dat zij bij het bepalen van de markten die door deze concentratie worden beïnvloed en hun geografische dimensie, niet de opvatting van de partijen bij de concentratie heeft gevolgd.
- 146 Bovendien moet met betrekking tot de geografische afbakening die de partijen bij de concentratie hebben gegeven aan de in de aanmelding genoemde markten worden opgemerkt dat volgens artikel 9, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 4064/89 juncto lid 2, sub a, van ditzelfde artikel de Commissie de markten moet onderzoeken waarop de concentratie een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken waardoor de daadwerkelijke mededinging aanzienlijk zal worden belemmerd op een markt in die lidstaat die alle kenmerken vertoont van een afzonderlijke markt. Blijkens de door de Commissie vastgestelde bepalingen inzake de aanmelding van een onder deze verordening vallende concentratie — met name afdeling 6 van het als bijlage bij verordening nr. 447/98 gevoegde formulier CO betreffende de aanmelding van een concentratie overeenkomstig verordening nr. 4064/89 — moeten de partijen bij een concentratie in hun aanmelding echter niet alleen de bij deze concentratie „betrokken markten” aangeven, daaronder begrepen de productmarkten waarop de activiteiten van partijen elkaar deels overlappen — hetzij op dezelfde productmarkt, hetzij op de markten die zich hoger of lager in de bedrijfskolom bevinden ten opzichte van een productmarkt waarop een andere partij actief is — maar ook de „markten die verband houden met de betrokken markten” waarop een of meer partijen actief zijn en die zelf geen betrokken markten vormen, alsmede, bij het ontbreken van betrokken markten, de „niet-betrokken” markten waarvoor de aangemelde concentratie gevolgen zou hebben.

- 147 Intervenienten beklemtone dat het loutere feit dat bepaalde markten door de partijen bij de concentratie in hun aanmelding worden genoemd, niet wil zeggen dat deze markten door de concentratie worden beïnvloed. Zo heeft Sogecable ter terechtzitting aangevoerd, zonder op dit punt door verzoeksters te zijn weerproken, dat de partijen bij de concentratie niet actief zijn op de markt van satellietdiensten en evenmin op de markt van diensten met betrekking tot signaaldragers, terwijl Telefónica, die actief is op laatstgenoemde markt en een minderheidsbelang heeft in een onderneming die actief is op de eerste markt, geen partij is bij de concentratie.
- 148 Ten aanzien van de afbakening van de geografische markt die de nationale autoriteiten hebben gegeven met betrekking tot de in hun verwijzingsverzoek genoemde markten, moet worden vastgesteld dat het de taak is van de Commissie om, alvorens de zaak naar de nationale autoriteiten te verwijzen, na te gaan of is voldaan aan de voorwaarden van artikel 9, lid 2, sub a, van verordening nr. 4064/89, en met name aan de voorwaarde van het bestaan van een afzonderlijke markt. Het Gerecht behoeft enkel de wettigheid van de verwijzingsbeschikking te onderzoeken. In het kader van het onderzoek van de wettigheid van de verwijzingsbeschikking is het derhalve irrelevant of de Spaanse autoriteiten in hun verwijzingsverzoek bepaalde markten hebben gekwalificeerd als markten die het Spaanse nationale kader overschrijden.
- 149 In ieder geval hebben verzoeksters, die tijdens de procedure voor het Gerecht over een niet-vertrouwelijke versie van het herziene verwijzingsverzoek van 23 juli 2002 beschikten, aan dit document geen enkel concreet argument kunnen ontlenen dat de vaststellingen van de Commissie inzake de door de concentratie beïnvloede markten kan weerleggen.
- 150 Verder heeft de Commissie in punt 14 van de bestreden beschikking verklaard dat uit haar marktanalyse het volgende was gebleken: „Met betrekking tot bepaalde markten die door de nationale autoriteiten zijn aangewezen als markten waarvoor moet worden nagegaan in hoeverre de concentratie een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken waardoor de daadwerkelijke mededinging

aanzienlijk zal worden belemmerd, kan dit gevaar worden uitgesloten. Hieronder worden de markten genoemd waarop een machtspositie dreigt te ontstaan of te worden versterkt." Uit deze passage in de bestreden beschikking blijkt dat de Commissie bepaalde markten die door de nationale autoriteiten worden genoemd in haar verwijzingsbeschikking niet heeft onderzocht, omdat zij van mening was dat de betrokken concentratie op deze markten geen machtspositie dreigde te doen ontstaan of te versterken.

- 151 Verzoeksters hebben evenwel niets aangevoerd dat de conclusie van de Commissie, dat op andere markten dan die welke in de bestreden beschikkingen zijn onderzocht geen gevaar bestaat voor het ontstaan of de versterking van een machtspositie, zou kunnen weerleggen. Zij beklemtonen enkel het internationale karakter van bepaalde andere markten die niet zijn onderzocht in de bestreden beschikking.
- 152 Hieruit volgt dat verzoeksters niet hebben aangetoond dat de Commissie bepaalde andere, door de partijen bij de concentratie in hun aanmelding of door de Spaanse autoriteiten in hun verwijzingsverzoek vermelde markten had moeten onderzoeken.
- 153 Verzoeksters hebben dus niet hard kunnen maken dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door vast te stellen dat de markten die gevolgen ondervinden van de concentratie afzonderlijke markten van Spaanse dimensie vormen.
- 154 Ten slotte moet worden vastgesteld dat verzoeksters in hun gehele betoog betreffende het eerste middel enkel bezwaar hebben gemaakt tegen de geografische definitie van de relevante markten, zonder precies aan te geven welke geografische dimensie de Commissie volgens hen in de bestreden beschikking dan wél had moeten hanteren.

- 155 De Commissie heeft dan ook terecht vastgesteld dat de relevante productmarkten afzonderlijke markten van Spaanse dimensie vormden.
- 156 Uit een en ander volgt dat de Commissie terecht heeft geconcludeerd dat aan de tweede voorwaarde van artikel 9, lid 2, sub a, van verordening nr. 4064/89 voor verwijzing naar de Spaanse autoriteiten is voldaan.
- 157 Mitsdien dient het eerste middel te worden afgewezen.

Tweede middel: schending van artikel 9 van verordening nr. 4064/89 en van het beginsel van behoorlijk bestuur, doordat de Commissie slechts bij uitzondering gerechtigd is om een concentratie naar de nationale autoriteiten te verwijzen wanneer de door de concentratie beïnvloede markten een substantieel deel van de gemeenschappelijke markt vormen

Argumenten van partijen

- 158 Verzoeksters in beide zaken stellen dat de Commissie, zelfs wanneer de aangemelde concentratie alleen gevolgen zou hebben voor nationale markten, de zaak in het geval waarin de betrokken afzonderlijke markten een substantieel deel van de gemeenschappelijke markt vormen, enkel in uitzonderlijke gevallen naar de nationale autoriteiten mag verwijzen. Wanneer de door de concentratie beïnvloede afzonderlijke markten namelijk een substantieel deel van de gemeenschappelijke markt vormen, dan mag artikel 9 van verordening nr. 4064/89 alleen worden toegepast op gevallen waarin de belangen van de betrokken lidstaat op het gebied van de mededinging op geen enkele andere wijze effectief kunnen worden beschermd.

- 159 Verzoeksters in zaak T-346/02 baseren zich daartoe op de toelichting bij verordening nr. 4064/89 (*Bulletin van de Europese Gemeenschappen — Supplement nr. 2/90*) en op de beschikkingspraktijk van de Commissie. Zij stellen dat de Commissie in het verleden 180 concentratiedossiers op het gebied van telecommunicatie, radio en televisie heeft behandeld. Zij citeren met name de zaken MSG Mediaservice (zaak IV/M.469), BSkyB/KirchPayTV (aangehaald in punt 86 supra), Bertelsmann/Kirch/Premiere (zaak IV/M.993) en Newscorp/Telepiù (zaak COMP/M.2876), die niet naar de nationale autoriteiten werden verwezen.
- 160 Verzoeksters in zaak T-347/02 baseren zich op overweging 27 van de considerans van verordening nr. 4064/89, op de toelichting bij deze verordening, op de overwegingen 10 en 11 van de considerans van verordening nr. 1310/97 en op de praktijk van de Commissie om concentraties die gevolgen hebben voor het gehele grondgebied van een lidstaat enkel in uitzonderlijke gevallen naar de nationale autoriteiten te verwijzen [beschikkingen van de Commissie van 12 december 1992 (zaak IV/M.180 — Steetley/Tarmac IP/92/104); 29 oktober 1993 (zaak IV/M.330 — McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann); 22 maart 1996 (zaak IV/M.716 — GEHE/Lloyds Chemist IP/96/254); 24 april 1997 (zaak IV/M.894 — Rheinmetall/British Aerospace/STN Atlas); 10 november 1997 (zaken IV/M.1001 — Preussag/Hapag-Lloyd en IV/M.1019 — Preussag/TUI); 19 juni 1998 (zaak IV/M.1153 — Krauss-Maffei/Wegmann), en van 22 augustus 2000 (zaak IV/M.2044 — Interbrew/Bass)]. Wat de betaaltelevisiemarkt betreft, beklemtonen zij dat de Commissie in het verleden afwijzend heeft beschikt op verwijzingsverzoeken van de nationale mededingingsautoriteiten. In dit verband wijzen zij met name op de beschikking van de Commissie van 27 mei 1998 (zaak IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere).
- 161 Verzoeksters in zaak T-347/02 betogen dat aangezien de concentratie in casu betrekking heeft op de gehele nationale markt en het grondgebied van een lidstaat als geheel een substantieel deel van de gemeenschappelijke markt vormt, de Commissie met de vaststelling van de bestreden beschikking in strijd heeft gehandeld met de geest van artikel 9 van verordening nr. 4064/89 en met haar eigen beschikkingspraktijk. De vaste praktijk van de Commissie is immers geweest om een onderzoek in te stellen naar concentraties tussen leveranciers van

inhoudelijke producten met een machtspositie enerzijds, en naar ondernemingen met een machtspositie op het gebied van de infrastructuur en/of het uitzenden van programma's anderzijds. De Commissie heeft dergelijke concentraties van communautaire dimensie systematisch verboden wanneer zij tot gevolg hadden dat concurrenten van de markt werden uitgesloten. Deze situatie zou in casu kunnen ontstaan. Verzoeksters verwijzen daartoe naar de zaken *MSG Media Service* (zaak IV/M.469, PB 1994, L 364, blz. 1), *Nordic Satellite Distribution* (zaak IV/M.490, PB 1996, L 53, blz. 20), *RTL/Veronica/Endemol* (zaak IV/M.553, PB 1996, L 134, blz. 32) en *Telefónica/Sogecable/Cablevisión* (zaak IV/M.709). In deze laatste zaak werd geen verbodsbeschikking uitgevaardigd. De betrokken partijen hadden afgezien van de concentratie en de aanmelding ingetrokken, toen hen duidelijk was geworden dat de Commissie voornemens was een verbodsbeschikking te geven.

- 162 Net als in bovengenoemde zaken had ook de onderhavige concentratie door de Commissie moeten worden onderzocht, om te verzekeren dat de Spaanse betaaltelevisiemarkt toegankelijk blijft voor concurrenten. Op die manier had de Commissie ervoor kunnen zorgen dat gelijksoortige concentraties in alle lidstaten gelijk worden behandeld. Verzoekers herinneren er bovendien aan dat de Commissie de telecomunicatiesector wil liberaliseren. Daarom is de Commissie het beste in staat om te verzekeren dat concentraties de verwezenlijking van de doelstellingen van het communautaire telecomunicatiebeleid op een substantieel deel van de gemeenschappelijke markt — in casu Spanje — niet in gevaar brengen.
- 163 Tevens wijzen verzoeksters op de fusie van de platforms voor digitale betaaltelevisie in Italië, die op 16 oktober 2002 is aangemeld bij de Commissie (zaak COMP/M.2876 — *Newscorp/Telepiù*), maar die — zo blijkt uit de nummering van de bij de Commissie aangemelde zaken — op het moment waarop de bestreden beschikking werd gegeven, reeds in de „preaanmeldingsfase” bij de Commissie in behandeling was. Het betreft een nieuwe poging tot fusie van de platforms *Telepiù* en *Stream*, nadat een eerste poging door de Italiaanse mededingingsautoriteiten was behandeld [provvedimento de l'Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato van 13 mei 2002 (C5109 — *Groep Canal+/Stream*)]. Ofschoon de Italiaanse autoriteiten de concentratie onder voorwaarden hadden toegestaan, zagen de betrokken partijen er uiteindelijk van

af. Ondanks hun ervaring op dit gebied hebben deze autoriteiten na de aanmelding van de Newscorp/Telepiù-concentratie bij de Commissie niet om verwijzing verzocht. In deze omstandigheden had de Commissie ook de onderhavige concentratie moeten onderzoeken, en aldus gebruik moeten maken van de samenloop van twee gelijksoortige zaken om haar beleid ter zake te bepalen.

- 164 Ter terechtzitting hebben verzoeksters, die kennis hadden genomen van de gepubliceerde versie van de beschikking van de Commissie van 2 april 2003 houdende goedkeuring van de Newscorp/Telepiù-concentratie, enerzijds gewezen op de verschillen in de voorwaarden waaronder kabelexploitanten toegang kunnen krijgen tot de exclusieve rechten die voortvloeien uit de goedkeuringsbeschikking van de Spaanse autoriteiten van de concentratie die bij de bestreden beschikking naar hen was verwezen, en anderzijds op de veel gunstiger voorwaarden die de Commissie in de beschikking Newscorp/Telepiù voor de Italiaanse markt had opgelegd.
- 165 Verzoeksters stellen dat het enige door de onderhavige concentratie opgeworpen probleem — waarop de Spaanse autoriteiten hun verwijzingsverzoek baseerden — is gelegen in het feit dat een goedkeuring van de concentratie door de Commissie Spanje zou verplichten tot een wetswijziging. Een dergelijke reden kan verwijzing van de zaak evenwel niet rechtvaardigen.
- 166 Vervolgens brengen verzoeksters in beide zaken in herinnering dat Sogecable en Telefónica door middel van de onderneming AVS de uitzendrechten beheersen van de voetbalwedstrijden in de eerste en tweede divisie van de Spaanse voetbalcompetitie, alsmede de rechten van andere competities, zoals de UEFA Champions League, het wereldkampioenschap van de FIFA en andere sportevenementen. Om toegang te kunnen krijgen tot de uitzendrechten van deze voetbalwedstrijden, moesten de kabelexploitanten contracten sluiten met Canalsatélite Digital en AVS, respectievelijk de bloot eigenaar en de vruchtgebruiker. Op 30 september 1999 is een nieuwe versie van deze contracten (de „AVS-II”-contracten) bij de Commissie aangemeld voor vrijstelling krachtens artikel 81,

lid 3, EG. Aangezien de Commissie zich aldus zou buigen over een zaak die nauw met de concentratie is verbonden en dezelfde partijen betreft, zijn verzoeksters van mening dat de Commissie beter dan de Spaanse autoriteiten in staat is om een oordeel te geven over de verenigbaarheid van de betrokken concentratie met de gemeenschappelijke markt.

- 167 Verzoeksters in zaak T-346/02 wezen ter terechtzitting eveneens op het lopende onderzoek van de Commissie naar de „output deals”.
- 168 Verzoeksters in zaak T-347/02 stellen dat de Commissie onder deze omstandigheden met de vaststelling van de bestreden beschikking ook het beginsel van behoorlijk bestuur heeft geschonden. Zij beroepen zich op een aantal andere omstandigheden om aan te tonen dat de Commissie het beste in staat is om de concentratie te onderzoeken. De concentratie werpt belangrijke vragen op van communautair belang, bijvoorbeeld de betrekkingen tussen de media en de telecommunicatie-industrie en het lopende consolidatieproces. De Commissie heeft van tevoren contacten gehad met partijen en met derden voor wie de concentratie gevolgen heeft, wat haar bij het onderzoek naar de concentratie een voorsprong oplevert. Zij heeft klachten ontvangen van de andere exploitanten die actief zijn op de betrokken Spaanse markt en kent de problemen binnen deze sector. Ook de concentratie van de Italiaanse televisieplatforms Telepiú en Stream is bij haar in behandeling.
- 169 De Spaanse autoriteiten daarentegen hebben slechts een zeer beperkte ervaring met het onderzoek naar concentraties op de betaaltelevisie- en de telecommunicatiemarkt. Bovendien kunnen de Spaanse autoriteiten, gezien de Spaanse regelgeving [artikelen 14-18 van Ley 16/89 de defensa de la competencia (wet 16/89 ter bescherming van de mededinging)], concentraties goedkeuren op basis van andere criteria dan die van artikel 2 van de verordening, met name criteria die samenhangen met industrieel en sociaal beleid. Toepassing van het nationale recht brengt dus de uniformiteit van het tot nu toe door de Commissie op de betrokken markten gevoerde beleid in gevaar.

- 170 In beide zaken hebben verzoeksters ter terechtzitting aangevoerd dat het feit dat de Commissie het nodig heeft geacht om in de bestreden beschikking aan te geven dat aan de voorwaarden voor toepassing van het concept van de zogenoemde „reddingsfusie” niet was voldaan, bevestigt dat de Commissie zelf vreest dat toepassing door de Spaanse autoriteiten van hun nationale wetgeving afbreuk kan doen aan het mededingingsbeleid van de Commissie.
- 171 De Commissie, ondersteund door interveniënten, concludeert tot afwijzing van het middel.

Beoordeling door het Gerecht

- 172 In hun tweede middel betogen verzoeksters dat de Commissie bij de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid die haar toekomt wanneer aan de twee voorwaarden van artikel 9, lid 2, sub a, van verordening nr. 4064/89 is voldaan, artikel 9 van verordening nr. 4064/89 alsmede het beginsel van behoorlijk bestuur heeft geschonden.
- 173 In dit verband moet erop worden gewezen dat uit artikel 9, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 4064/89 volgt dat wanneer de bij de concentratie betrokken afzonderlijke markten een substantieel deel van de gemeenschappelijke markt vormen, de Commissie niet verplicht is om het onderzoek van de concentratie naar de bevoegde autoriteiten van de betrokken lidstaat te verwijzen. De Commissie kan zelf kiezen of zij de concentratie zelf behandelt of dat zij deze naar de nationale autoriteiten verwijst.
- 174 Gelet op de formulering van artikel 9, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 4064/89 beschikt de Commissie stellig over een ruime discretionaire bevoegdheid bij de uitoefening van dit keuzerecht. Deze discretionaire bevoegd-

heid is evenwel niet onbegrensd. Artikel 9, lid 3, eerste alinea, sub a, preciseert immers dat de Commissie kan besluiten om de zaak zelf te behandelen „teneinde een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te handhaven of te herstellen”. Overigens bepaalt artikel 9, lid 8, dat de betrokken lidstaat „slechts de maatregelen kan treffen die strikt nodig zijn voor het handhaven of herstellen van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt”.

175 Uit deze bepalingen volgt dat, ook al kent artikel 9, lid 3, eerste alinea, sub a, van verordening nr. 4064/89 de Commissie bij haar besluit om een concentratie al dan niet te verwijzen een ruime discretionaire bevoegdheid toe, de Commissie niet mag overgaan tot verwijzing wanneer bij het onderzoek van het door de betrokken lidstaat ingediende verwijzingsverzoek uit een samenstel van duidelijke en overeenstemmende aanwijzingen blijkt dat een verwijzing de daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt niet kan handhaven of herstellen (arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punten 342 en 343).

176 De toetsing door de gemeenschapsrechter van de vraag of de Commissie bij haar besluit om een concentratie al dan niet te verwijzen een juist gebruik heeft gemaakt van haar discretionaire bevoegdheid, is een marginale toetsing die, gelet op het bepaalde in artikel 9, leden 3 en 8, van verordening nr. 4064/89, zich dient te beperken tot het onderzoek of de Commissie zonder een kennelijke beoordelingsfout te maken tot het oordeel kon komen dat verwijzing naar de nationale mededingingsautoriteiten handhaving of herstel van de daadwerkelijke mededinging op de betrokken markten mogelijk zou maken, zodat zij de zaak niet zelf behoefde te behandelen (arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punt 344).

177 In casu moet worden vastgesteld, dat de betrokken lidstaat specifieke regelgeving kent voor de controle op concentraties, alsmede gespecialiseerde organen om deze regelgeving uit te voeren onder toezicht van de nationale rechter.

- 178 Met de Commissie moet worden aangenomen dat de nationale mededingingsautoriteiten gewoonlijk minstens zo goed zijn toegerust voor het onderzoek van concentraties met een uitsluitend nationale dimensie als de Commissie, daar zij zowel bekend zijn met de betrokken markten, de partijen bij de concentratie en derden, als met de toepasselijke nationale regelgeving.
- 179 Aangezien de Spaanse autoriteiten in hun verwijzingsverzoek nauwkeurig de mededingingsproblemen als gevolg van de concentratie op de betrokken markten hadden aangeduid en de Commissie zich ervan had vergewist dat aan de voorwaarden van artikel 9, lid 2, sub a, van verordening nr. 4064/89 was voldaan, kon zij in de verwijzingsbeschikking terecht ervan uitgaan dat „[d]e bevoegde Spaanse autoriteiten [...] over voldoende middelen [beschikten] en [...] in staat [waren] om een grondig onderzoek te verrichten naar de concentratie, met name gelet op het nationale karakter van de markten waarop de machtspositie dreig[de] te ontstaan of te worden versterkt” (punt 120).
- 180 In die omstandigheden kon de Commissie zich redelijkerwijs op het standpunt stellen dat de Spaanse mededingingsautoriteiten bij hun na de verwijzing te geven beschikking maatregelen zouden nemen die de daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt konden handhaven of herstellen.
- 181 Met betrekking tot verzoeksters' stelling dat de Spaanse autoriteiten de noodzaak van wijziging van de nationale regelgeving als reden voor de verwijzing hadden aangevoerd — hetgeen door het Koninkrijk Spanje wordt bestreden — kan worden volstaan met de vaststelling dat een dergelijk motief in de bestreden beschikking niet wordt genoemd.
- 182 Wat vervolgens het uitzonderingskarakter betreft van de verwijzing van concentraties van communautaire dimensie naar nationale autoriteiten, is het juist dat — zoals verzoeksters betogen — de gemeenschapswetgever bij de vaststelling

van verordening nr. 4064/89 ervan uitgegaan is dat wanneer de in aanmerking te nemen markten een substantieel deel van de gemeenschappelijke markt vormen, dergelijke verwijzingen in beginsel uitzondering zouden zijn. Deze bedoeling van de wetgever blijkt met name uit een gemeenschappelijke verklaring van de Raad en de Commissie inzake artikel 9 van verordening nr. 4064/89 (*Bulletin van de Europese Gemeenschappen, Supplement 2/90*):

„De Raad en de Commissie zijn van mening dat, wanneer een afzonderlijke markt een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormt, de verwijzingsprocedure van artikel 9 slechts in uitzonderlijke gevallen zou moeten worden toegepast. Er dient namelijk te worden uitgegaan van het beginsel dat een concentratie die een machtspositie doet ontstaan of versterkt in een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt moet worden verklaard. De Raad en de Commissie zijn van oordeel dat een dergelijke toepassing van artikel 9 beperkt zou moeten blijven tot de gevallen waarin de belangen van de betrokken lidstaat met betrekking tot de mededinging niet op een andere wijze voldoende zouden kunnen worden beschermd.”

- 183 Zoals het Gerecht heeft opgemerkt in de punten 351 tot en met 353 van het arrest *Royal Philips Electronics/Commissie*, aangehaald in punt 53 supra, is deze verklaring na de wijziging van verordening nr. 4064/89 door verordening nr. 1310/97 nog steeds relevant. De meeste bij verordening nr. 1310/97 aangebrachte wijzigingen hebben geen betrekking op de verwijzingsvoorwaarden van artikel 9, lid 2, sub a, die na de vaststelling van verordening nr. 4064/89 niet wezenlijk zijn gewijzigd, maar op verwijzingsvoorwaarden van artikel 9, lid 2, sub b, welke bepaling hier niet aan de orde is. Zo beschrijft de Commissie in het groenboek dat voorafging aan de vaststelling van verordening nr. 1310/97 [groenboek van de Commissie betreffende de herziening van de concentratieverordening, (COM(96)19 def. van 31 januari 1996)] het doel van de verwijzingsprocedure als volgt (punt 94):

„[Zij] overweegt dat, zeker wanneer de drempels niet worden verlaagd, wijzigingen beperkt moeten blijven, teneinde het fragiele evenwicht dat in stand wordt gehouden door de bestaande verwijzingsvoorschriften niet te verstoren en

de voordelen van het één-loket-beginsel te behouden. Een te frequent gebruik van artikel 9 kan afbreuk doen aan de aan ondernemingen geboden rechtszekerheid, en kan niet worden gemaakt zonder harmonisatie van de voornaamste kenmerken van de nationale stelsels van controle op de mededinging.”

- 184 Ook de Raad geeft, in overweging 10 van de considerans van verordening nr. 1310/97 aan, dat „[de regels inzake verwijzing] door en naar de Commissie en de lidstaten tegelijk met de vaststelling van de aanvullende criteria voor de uitvoering van de controle van de Gemeenschap op concentraties moeten worden herzien; dat deze regels de concurrentiebelangen van de lidstaten op toereikende wijze beschermen en rekening houden met de vereiste rechtszekerheid en het „één-loket’-beginsel”.
- 185 Uit de geciteerde verklaringen volgt dat het uitzonderingskarakter van de verwijzing voor een belangrijk deel verband houdt met het „één-loket”-beginsel, waarop verordening nr. 4064/89 is gebaseerd (zie in die zin arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punt 350) en dat verzekert dat de marktdeelnemers mogen verwachten dat een concentratie met een communautaire dimensie in beginsel door slechts één mededingingsautoriteit wordt onderzocht.
- 186 Aan dit beginsel wordt echter geen afbreuk gedaan in een situatie als de onderhavige, waarin alle betrokken markten van nationale dimensie zijn en waarin, na de verwijzing van de zaak naar de autoriteiten van een lidstaat, alleen die autoriteiten gehouden zijn om de concentratie te onderzoeken vanuit het gezichtspunt van de nationale mededingingswetgeving.
- 187 Verzoeksters betogen voorts dat de Commissie door de zaak naar de nationale mededingingsautoriteiten te verwijzen in strijd heeft gehandeld met haar eigen beschikkingspraktijk. Met name in de sector van de betaaltelevisie wijst de Commissie verwijzingsverzoeken van nationale autoriteiten doorgaans af. In dit verband wijzen verzoeksters op de beschikking van de Commissie van 27 mei 1998 (zaak IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere) en op de andere in punt 161 supra aangehaalde beschikkingen.

- 188 Dat de Commissie in de bestreden beschikking mogelijk is afgeweken van haar eerdere beschikkingspraktijk ter zake, is irrelevant aangezien de in de bestreden beschikking gemaakte keuze binnen het in artikel 9 van verordening nr. 4064/89, en met name de leden 2, sub a en b, en e, eerste alinea, vastgelegde juridische kader blijft (arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punt 357).
- 189 Verzoeksters zijn er bovendien niet in geslaagd aan te tonen dat de bestreden beschikking in tegenspraak is met de door hen aangevoerde beschikkingen, waarin het ofwel ging om gevallen waarin de Commissie weigerde de zaak naar de nationale autoriteiten te verwijzen, ofwel om gevallen waarin zij de zaak in haar geheel of gedeeltelijk verwees naar de nationale autoriteiten. Het loutere feit dat de Commissie in het verleden afwijzend heeft beschikt op verzoeken om een bepaalde zaak naar de nationale autoriteiten te verwijzen, kan er niet aan in de weg staan dat zij in later bij haar aangemelde zaken, die betrekking hebben op andere markt- of mededingingssituaties, wél tot een dergelijke verwijzing overgaat.
- 190 Verder voeren verzoeksters een reeks van omstandigheden aan die volgens hen aantonen dat de Commissie de concentratie, waarvan de Spaanse autoriteiten om verwijzing hadden verzocht, zelf had moeten onderzoeken. In dit verband wijzen zij op de beschikkingspraktijk van de Commissie in de audiovisuele sector en op het gevaar dat de uniformiteit van het beleid van de Commissie op het gebied van concentraties wordt doorkruist door een afwijkende nationale beslissing, alsmede op een aantal bijzondere omstandigheden in deze zaak, zoals het samenvallen met het onderzoek van de Commissie van de zaak Newscorp/Telepiù, de AVS-II-contracten, de „output deals” en de contacten van de Commissie met verscheidene exploitanten op de betrokken markt.
- 191 In dit verband moet allereerst worden opgemerkt, dat het feit dat de Commissie in een bepaalde sector een concentratie zelf onderzoekt en in het verleden bepaalde concentraties heeft verboden, op geen enkele wijze vooruit kan lopen op een later besluit om een concentratie te verwijzen en/of te onderzoeken, aangezien de Commissie elke aangemelde concentratie individueel moet onderzoeken aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval, zonder daarbij te zijn

gebonden aan eerdere besluiten die betrekking hadden op andere marktdeelnemers, andere product- en dienstenmarkten of andere geografische markten op andere tijdstippen. Om dezelfde redenen kunnen eerdere beschikkingen van de Commissie inzake concentraties niet vooruitlopen op de door de Commissie te geven beschikking op een verzoek om verwijzing van een concentratie in dezelfde sector.

192 Met betrekking tot de omstandigheid dat de Commissie het onderzoek van de concentratie naar de Spaanse autoriteiten heeft verwezen, terwijl zij besloot om de concentratie in dezelfde sector op de Italiaanse markt zelf te onderzoeken, culminerend in de beschikking Newscorp/Telepiù van 2 april 2003, kan worden volstaan met de vaststelling dat in casu de Spaanse autoriteiten krachtens artikel 9, lid 2, om verwijzing van de concentratie van de verordening hebben verzocht, terwijl de Italiaanse autoriteiten in de zaak Newscorp/Telepiù geen verwijzingsverzoek hebben ingediend.

193 Aangaande de gestelde tegenstrijdigheid tussen de door de Commissie in de beschikking Newscorp/Telepiù geaccepteerde verbintenissen enerzijds, en de door de Spaanse autoriteiten in hun beschikking tot goedkeuring van de betrokken concentratie opgelegde voorwaarden anderzijds, moet worden opgemerkt dat de vraag of een nationale goedkeuringsbeschikking verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, met inbegrip van eerdere beschikkingen van de Commissie, buiten het kader treedt van de onderhavige beroep, waarin de wettigheid van de verwijzingsbeschikking van de Commissie wordt betwist. Voorzover verzoeksters uit deze gestelde tegenstrijdigheid afleiden dat de bestreden beschikking onwettig is, kan worden volstaan met de vaststelling dat de beschikking Newscorp/Telepiù en de beschikking van de Spaanse autoriteiten ná de bestreden beschikking zijn gegeven en de geldigheid ervan dus niet meer kunnen aantasten (zie in die zin arrest Hof van 8 november 1983, IAZ e.a./Commissie, 96/82—102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punten 15 en 16, en arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punt 346).

- 194 Voorzover verzoeksters betogen dat de Commissie vanaf het moment waarop zij wist dat bij haar een Italiaanse concentratie in dezelfde sector zou worden aangemeld, de zaak niet meer naar de Spaanse autoriteiten mocht verwijzen, moet worden vastgesteld dat de Commissie toen zij op 14 augustus 2002 de bestreden beschikking gaf nog geen aanmelding in de zin van verordening nr. 4064/89 met betrekking tot de Italiaanse zaak had ontvangen; deze aanmelding heeft pas op 16 oktober 2002 plaatsgevonden.
- 195 Ook al was de Commissie — zoals zij ter terechtzitting toegaf — op het moment waarop de bestreden beschikking werd gegeven op de hoogte van de voorgenomen concentratie van de Italiaanse platforms voor betaaltelevisie, dit neemt niet weg dat zij op dat moment niet kon voorzien of de Italiaanse autoriteiten in het dossier Newscorp/Telepiù een verwijzingsverzoek bij haar zouden indienen. In ieder geval kan de loutere mogelijkheid dat in de nabije toekomst in een soortgelijke sector, maar op andere geografische markt, een andere concentratie wordt overeengekomen en bij de Commissie kan worden aangemeld, niet afdoen aan haar discretionaire bevoegdheid bij haar beslissing op een door de nationale autoriteiten krachtens artikel 9 van verordening nr. 4064/89 ingediend verwijzingsverzoek.
- 196 Verzoeksters kunnen evenmin volhouden dat de bestreden beschikking onwettig is omdat de Commissie met haar verwijzing van de zaak naar de Spaanse autoriteiten de uniformiteit van haar eigen mededingingsbeleid op de betrokken markten zou hebben doorkruist, met name doordat krachtens de Spaanse regelgeving concentraties kunnen worden goedgekeurd op basis van andere criteria dan die van verordening nr. 4064/89.
- 197 Het gevaar dat de nationale autoriteiten na verwijzing een beschikking inzake de concentratie geven die niet geheel in overeenstemming is met de eigen beschikkingspraktijk van de Commissie, is immers inherent aan het verwijzingsstelsel van artikel 9 van verordening nr. 4064/89. Zoals blijkt uit de artikelen 9, lid 3, 21, lid 2, en 22, lid 1, van verordening nr. 4064/89 worden de concentraties

van communautaire dimensie die zijn verwezen naar de nationale autoriteiten beoordeeld volgens andere regels dan de overige concentraties die onder deze verordening vallen, aangezien de Commissie de concentraties enkel op basis van verordening nr. 4064/89 onderzoekt, terwijl de concentraties die naar nationale autoriteiten zijn verwezen vanuit het gezichtspunt van het nationale mededingingsrecht worden onderzocht.

- 198 Bovendien kan de Commissie, wanneer mocht blijken dat de nationale autoriteiten in strijd hebben gehandeld met de krachtens artikel 10 EG en artikel 9, leden 6 en 8, van verordening nr. 4064/89 (zie punt 52 supra) op hen rustende verplichtingen, in voorkomend geval besluiten om tegen de betrokken lidstaat de procedure van artikel 226 EG in te leiden. Particulieren kunnen tegen de door de nationale autoriteiten na verwijzing gegeven beschikking opkomen met de hen door het nationale recht geboden rechtsmiddelen (arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punt 383).
- 199 Verder blijkt uit het feit dat de Commissie het AVS-dossier heeft onderzocht, niet dat zij een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door het onderzoek van de concentratie, die de integratie beogde van Vía Digital in Sogecable, naar de Spaanse mededingingsautoriteiten te verwijzen. Partijen zijn het er immers over eens dat het onderzoek van het AVS-dossier betrekking had op de toepasselijkheid van artikel 81 EG op de AVS-II-contracten, met name op de uitoefening van de uitzendrechten waarover de vennootschap AVS beschikt. Dat AVS na de concentratie door Sogecable wordt beheerst, terwijl de zeggenschap daarvóór werd uitgeoefend door Telefónica/Admira en Sogecable gezamenlijk, staat niet eraan in de weg dat deze structurele wijziging wordt onderzocht door een andere autoriteit dan die welke de wettigheid van de exploitatie van de uitzendrechten door AVS onderzoekt vanuit het gezichtspunt van artikel 81 EG. Het feit dat artikel 9, lid 3, eerste alinea, sub b, van verordening nr. 4064/89 bij de behandeling van een concentratie een gedeeltelijke verwijzing mogelijk maakt, impliceert overigens a fortiori dat verschillende autoriteiten zich met een dossier inzake de toepassing van artikel 81 EG én een dossier inzake de toepassing van verordening nr. 4064/89 kunnen bezighouden, zelfs wanneer deze dossiers gedeeltelijk betrekking hebben op dezelfde ondernemingen.

- 200 Om dezelfde redenen kan het feit dat de Commissie een onderzoek heeft ingesteld naar bepaalde „output deals” er niet aan in de weg staan dat de Commissie een concentratie naar de Spaanse autoriteiten verwijst die gevolgen heeft voor onder andere de markten van de uitzendrechten van films.
- 201 Ten slotte kan het loutere feit dat de Commissie contacten heeft met bepaalde marktdeelnemers die actief zijn op de bij de concentratie betrokken markten, en dat derden een klacht bij haar hebben ingediend, geen afbreuk doen aan haar bevoegdheid om een concentratie naar de nationale autoriteiten te verwijzen.
- 202 Ook indien de Commissie, na zelf talrijke concentratiezaken en andere zaken op mededingingsgebied inzake door concentratie beïnvloede markten te hebben behandeld, en daartoe contacten heeft onderhouden met de betrokken marktdeelnemers, over expertise beschikt in de betrokken sectoren moet worden vastgesteld dat de beschikkingen van de Commissie in deze dossiers de nationale autoriteiten steeds tot richtsnoer kunnen dienen bij de uitoefening van hun eigen bevoegdheden. Dat de Commissie over een dergelijke expertise beschikt, betekent dus geenszins dat zij door de zaak te verwijzen naar de Spaanse autoriteiten een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt of het beginsel van behoorlijk bestuur heeft geschonden.
- 203 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie in redelijkheid tot de conclusie kon komen dat de verwijzing van de zaak naar de Spaanse mededingingsautoriteiten de daadwerkelijke mededinging op de betrokken markten kon handhaven of herstellen, zodat zij de zaak niet zelf hoefde te behandelen.
- 204 Het tweede middel moet dus worden afgewezen.

Vierde middel: schending van artikel 9 van verordening nr. 4064/89, doordat de bestreden beschikking een „blanco” verwijzing bevat naar de Spaanse autoriteiten

Argumenten van partijen

- 205 Verzoeksters in zaak T-346/02 stellen dat het dispositief van de bestreden beschikking zodanig is opgesteld dat deze een „blanco” verwijzing van de zaak naar de Spaanse autoriteiten betekent, hetgeen schending oplevert van artikel 9 van verordening nr. 4064/89.
- 206 Volgens verzoeksters had de Commissie in artikel 1 van het dispositief van de bestreden beschikking de bij de concentratie betrokken markten moeten noemen waarop de concentratie een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken waardoor de daadwerkelijke mededinging op een markt in Spanje aanzienlijk zal worden belemmerd. Bovendien had artikel 1 van de bestreden beschikking de Spaanse autoriteiten moeten opdragen de maatregelen te treffen die nodig zijn om de mededinging op die markten te handhaven.
- 207 Zij voegen hieraan toe dat de Spaanse autoriteiten in casu daadwerkelijk hebben gehandeld alsof hun een blanco bevoegdheid was gedelegeerd. Deze autoriteiten hebben het dossier immers behandeld als betrof het een onderzoek van een concentratie ab initio, en aldus geen rekening gehouden met de bestreden beschikking en het acquis communautaire op het gebied van de mededinging.

- 208 De Commissie, ondersteund door interveniënten, concludeert tot afwijzing van dit middel.

Beoordeling door het Gerecht

- 209 Artikel 1 van het dispositief van de bestreden beschikking bepaalt: „Overeenkomstig artikel 9 van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen wordt het onderzoek van de aangemelde concentratie strekkende tot integratie van DTS Distribuidora de Televisión Digital SA (Vía Digital) en Sogecable SA hierbij naar de bevoegde Spaanse autoriteiten verwezen”.
- 210 De Commissie heeft zich derhalve beperkt tot het verwijzen naar de bevoegde Spaanse autoriteiten van de concentratie zoals deze bij haar was aangemeld, zonder in het dispositief van de bestreden beschikking de markten te noemen waarop de concentratie een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken waardoor de daadwerkelijke mededinging aanzienlijk zal worden belemmerd op een markt in Spanje die alle kenmerken vertoont van een afzonderlijke markt.
- 211 Het dispositief van een handeling is evenwel onlosmakelijk verbonden met de motivering ervan, zodat het, indien nodig, moet worden uitgelegd met inachtneming van de overwegingen die tot de vaststelling ervan hebben geleid (arrest Hof van 15 mei 1997, TWD/Commissie, C-355/95 P, Jurispr. blz. I-2549, punt 21, en arrest Gerecht van 13 juni 2000, EPAC/Commissie, T-204/97 en T-270/97, Jurispr. blz. II-2267, punt 39).
- 212 De bestreden beschikking bevat in de aan het dispositief voorafgaande motivering een definitie van alle betrokken productmarkten (bestreden beschikking,

punten 15, 16, 21-25, 30-38, 56, 62-64 en 71-79), een definitie van de in aanmerking te nemen geografische markten (bestreden beschikking, punten 17, 26, 39-42, 57, 62-64 en 80-82) en een analyse van de gevolgen van de concentratie voor de mededinging op deze markten (bestreden beschikking, punten 18-20, 27-29, 43-55, 58-61, 65-68 en 83-109). Zij komt tot de conclusie dat de concentratie op elk van de gedefinieerde productmarkten, te weten de betaaltelevisiemarkt en de zich hoger in de bedrijfskolom bevindende markten (de markten van de uitzendrechten van films, sport en andere inhoudelijke producten) alsmede de telecommunicatiemarkten, een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken waardoor de daadwerkelijke mededinging op de Spaanse markt aanzienlijk zal worden belemmerd (bestreden beschikking, punten 20, 29, 51, 55, 61, 68 en 109).

- 213 Op grond van de in punt 211 supra aangehaalde rechtspraak was de Commissie geenszins verplicht om in het dispositief nogmaals de markten te noemen waarop de concentratie een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken.
- 214 Bovendien moet worden beklemtoond dat de onderhavige verwijzing een verwijzing in haar geheel betreft. Het gaat dus niet om een gedeeltelijke verwijzing, waarbij het dispositief mogelijk een specificatie had moeten bevatten van de markten waarvan het onderzoek naar de nationale autoriteiten werd verwezen.
- 215 Aangaande het gestelde ontbreken van een bevel aan de Spaanse autoriteiten om de maatregelen te treffen die nodig zijn om de mededinging op de betrokken markten te handhaven, moet worden vastgesteld dat artikel 1 van het dispositief verwijst naar artikel 9, lid 8, van verordening nr. 4064/89, dat bepaalt dat de betrokken lidstaat slechts de maatregelen kan treffen die strikt nodig zijn voor het

handhaven of herstellen van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt. Het was dan ook niet nodig om in het dispositief van de beschikking een verplichting op te nemen die rechtstreeks voortvloeit uit de rechtsregels waarnaar in datzelfde dispositief wordt verwezen.

216 Ten aanzien van het door de Spaanse autoriteiten na de vaststelling van de bestreden beschikking uitgevoerde onderzoek merkt het Gerecht op dat de wettigheid van een handeling moet worden beoordeeld naar het moment waarop zij wordt verricht (zie naar analogie arrest Hof van 3 oktober 2002, Frankrijk/Commissie, C-394/01, Jurispr. blz. I-8245, punt 34, en de aldaar aangehaalde rechtspraak). De handelwijze van de Spaanse autoriteiten kan de wettigheid van de bestreden beschikking dus niet aantasten.

217 Ten slotte moet erop worden gewezen dat de Commissie bij de beoordeling van de in artikel 9, lid 2, sub a, van verordening nr. 4064/89 neergelegde voorwaarden voor verwijzing geen onderzoek naar de verenigbaarheid van de concentratie kan doen waardoor de betrokken nationale autoriteiten in hun materiële toetsing van de zaak gebonden zouden worden. Daarmee zou zij artikel 9, lid 3, eerste alinea, sub b, van deze verordening van zijn essentie beroven. Zij dient enkel vast te stellen of, bij een prima facie beoordeling van de gegevens waarover zij beschikt op het tijdstip van de beoordeling van de gegrondheid van het verwijzingsverzoek, de concentratie die het voorwerp vormt van het verwijzingsverzoek een machtspositie dreigt te doen ontstaan of te versterken (arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punt 377). Voorzover de nationale mededingingsautoriteiten de verplichtingen ingevolge artikel 9, leden 6 en 8, van verordening nr. 4064/89 en artikel 10 EG nakomen, zijn zij vrij, op basis van een eigen onderzoek overeenkomstig hun nationale mededingingsrecht te beslissen over de naar hen verwezen concentratie (zie in die zin arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punten 369-371). De bevoegde Spaanse autoriteiten zijn derhalve niet gebonden aan het voorlopige oordeel van de Commissie over de mededingings-situatie op de betrokken markten waartoe zij in, en enkel ten behoeve van haar verwijzingsbeschikking, op basis van een prima facie beoordeling is gekomen.

218 Hieruit volgt dat ook het vierde middel moet worden afgewezen.

Derde middel: schending van artikel 253 EG

Argumenten van partijen

- 219 Verzoeksters stellen dat de Commissie, door niet uiteen te zetten om welke redenen zij het verwijzingsverzoek van de Spaanse autoriteiten heeft ingewilligd, artikel 253 heeft geschonden.
- 220 Verzoeksters in zaak T-346/02 betogen dat de Commissie in de bestreden beschikking niet alleen had moeten aangeven waarom zij in casu, bij wijze van uitzondering, verwijzing aanvaardde, maar ook waarom zij heeft gebroken met haar vaste beschikkingspraktijk.
- 221 Ook had de Commissie volgens hen moeten ingaan op de door ONO in de administratieve procedure aangevoerde argumenten inzake de Europese dimensie van de concentratie en de onmogelijkheid van verwijzing van een dergelijke concentratie naar de nationale autoriteiten.
- 222 Verzoeksters in zaak T-347/02 stellen dat de bestreden beschikking paradoxaal is, omdat deze enerzijds een gedetailleerde beschrijving bevat van de mededingingsproblemen die de concentratie op de betrokken markten kan veroorzaken, maar anderzijds slechts twee paragrafen wijdt aan de redenen voor de Commissie om het verwijzingsverzoek van de Spaanse autoriteiten in te willigen.
- 223 In de bestreden beschikking wordt de verwijzing als volgt gemotiveerd: de concentratie dreigt een machtspositie te doen ontstaan of te versterken op

bepaalde markten van nationale dimensie; de Commissie beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid bij haar beslissing over een verwijzing en de Spaanse nationale autoriteiten zijn in staat om een grondig onderzoek te verrichten naar de concentratie. Deze motivering kan niet volstaan in een uitzonderlijk geval als het onderhavige, waarin de concentratie een substantieel deel van de gemeenschappelijke markt beïnvloedt. De Commissie heeft in de bestreden beschikking zelfs niet onderzocht welke grensoverschrijdende gevolgen de concentratie zou kunnen hebben. Uiteindelijk kan het feit dat de Commissie over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt, haar niet ontslaan van haar motiveringsplicht.

- 224 De Commissie, ondersteund door interveniënten, stelt dat de bestreden beschikking toereikend is gemotiveerd, aangezien zij grondig analyseert of aan de in artikel 9, van verordening nr. 4064/89 neerlegde voorwaarden voor verwijzing naar de nationale autoriteiten is voldaan.

Beoordeling door het Gerecht

- 225 De ingevolge artikel 253 EG op de gemeenschapsinstellingen rustende verplichting om hun beschikkingen met redenen te omkleden, strekt ertoe de gemeenschapsrechter in staat te stellen de wettigheid ervan na te gaan en de betrokkene de gelegenheid te geven de gronden van de genomen maatregel te kennen, zodat hij zijn rechten kan verdedigen en kan nagaan of de beslissing al dan niet gegrond is (arrest Gerecht van 15 september 1998, BFM en EFIM/Commissie, T-126/96 en T-127/96, Jurispr. blz. II-3437, punt 57).
- 226 De verwijzingsbeschikking is gebaseerd op artikel 9, lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 4064/89. Bij de bespreking van het eerste middel is reeds vastgesteld dat om een concentratie op basis van deze bepaling te kunnen verwijzen, aan de twee voorwaarden van artikel 9, lid 2, sub a, moet zijn voldaan.

Ten eerste moet de concentratie op elk van de markten een machtspositie dreigen te doen ontstaan of te versterken waardoor de daadwerkelijke mededinging op een markt in de betrokken lidstaat aanzienlijk zal worden belemmerd. Ten tweede dient deze markt alle kenmerken te vertonen van een afzonderlijke markt.

227 Een krachtens artikel 9 lid 3, eerste alinea, van verordening nr. 4064/89 vastgestelde verwijzingsbeschikking voldoet aan de verplichting van artikel 253 EG wanneer zij een toereikende en relevante uiteenzetting bevat van de in aanmerking genomen omstandigheden op grond waarvan is aanvaard dat een machtspositie dreigt te ontstaan of te worden versterkt waardoor de daadwerkelijke mededinging op een markt in de betrokken lidstaat aanzienlijk zal worden belemmerd, en dat sprake is van een afzonderlijke markt (arrest Royal Philips Electronics/Commissie, aangehaald in punt 53 supra, punten 395).

228 Wat de eerste voorwaarde betreft, zet de bestreden beschikking duidelijk uiteen om welke redenen de Commissie van mening is dat een machtspositie dreigt te ontstaan of te worden versterkt waardoor de daadwerkelijke mededinging op de relevante productmarkten in Spanje aanzienlijk zal worden belemmerd. Deze redenen hebben met name betrekking op de marktaandelen van de partijen op de betrokken markten in Spanje, de gevolgen voor de betaaltelevisiemarkt — die wordt gekenmerkt door hoge toegangsdrempels — van een concentratie van de dominante exploitant met de tweede exploitant, en op de exclusieve rechten van de bij de concentratie betrokken partijen (bestreden beschikking, punten 18-20, 27-29, 43-55, 58-61, 65-68 en 83-109).

229 Ook ten aanzien van de tweede voorwaarde geeft de bestreden beschikking duidelijk aan om welke redenen de Commissie van mening is dat de betrokken markten in Spanje afzonderlijke nationale markten zijn (punten 17, 26, 39-42, 57, 62-64 en 80-82).

- 230 Aangaande de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid waarover zij beschikt wanneer de afzonderlijke markten een substantieel deel van de gemeenschappelijke markt vormen, verklaart de Commissie in de bestreden beschikking dat „[de] concentratie [...] alleen een machtspositie [dreigt] te doen ontstaan of te versterken op markten van nationale dimensie binnen het Koninkrijk Spanje” en dat „[d]e bevoegde Spaanse autoriteiten [...] over voldoende middelen [beschikken] en [...] in staat [zijn] om een grondig onderzoek te verrichten naar de concentratie, met name gelet op het nationale karakter van de markten waarop de machtspositie dreigt te ontstaan of te worden versterkt”. Na te hebben vermeld dat zij is nagegaan of is voldaan aan de voorwaarden van artikel 9 van verordening nr. 4064/89, komt zij in de uitoefening van de haar door verordening nr. 4064/89 toegekende discretionaire bevoegdheid tot de conclusie „dat het verzoek van de Spaanse autoriteiten moet worden ingewilligd en de zaak naar hen moet worden verwezen, met het oog op de toepassing van de Spaanse mededingingswetgeving” (bestreden beschikking, punten 119-121).
- 231 Deze verklaring is toereikend, aangezien zij duidelijk maakt dat de Commissie de Spaanse autoriteiten in staat achtte om een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markten te handhaven of te herstellen (zie boven, punten 176 en 177).
- 232 Wat de door ONO in de administratieve procedure aangevoerde argumenten betreft, moet eraan worden herinnerd dat de Commissie weliswaar haar beschikkingen met redenen dient te omkleden door vermelding van de feitelijke en juridische omstandigheden waarvan de wettigheid van de maatregel afhangt, en van de overwegingen die haar tot het geven van haar beschikking hebben gebracht, maar niet hoeft in te gaan op alle feiten en rechtsvragen die door elke betrokkene tijdens de administratieve procedure zijn opgeworpen (arrest Kaysersberg/Commissie, aangehaald in punt 75 supra, punt 150). Door de betrokken productmarkten te kwalificeren als afzonderlijke markten van nationale dimensie, en de gronden aan te geven waarop deze kwalificatie berust, heeft de Commissie haar standpunt te kennen gegeven over de door ONO aangevoerde argumenten aangaande de gestelde Europese dimensie van de concentratie.

233 In die omstandigheden moet worden geconcludeerd dat de bestreden beschikking toereikend is gemotiveerd.

234 Uit het voorgaande volgt dat de beroepen in hun geheel moeten worden verworpen.

Kosten

235 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, indien dit is gevorderd. Aangezien verzoekers in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij in hun eigen kosten alsmede hoofdelijk in de kosten van de Commissie, Sogecable, Vía Digital en Telefónica de Contenidos worden verwezen, overeenkomstig de vordering van deze partijen.

236 Overeenkomstig artikel 87, lid 4, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen hun eigen kosten. Derhalve zal het Koninkrijk Spanje zijn eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

rechtdoende:

- 1) Voegt de zaken T-346/02 en T-347/02 voor het arrest.
- 2) Verwerpt de beroepen.
- 3) Verwijst verzoeksters in hun eigen kosten, alsmede hoofdelijk in de kosten van de Commissie, Sogecable, Vía Digital en Telefónica de Contenidos.
- 4) Verstaat dat het Koninkrijk Spanje zijn eigen kosten zal dragen.

Lenaerts

Azizi

Jaeger

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 30 september 2003.

De griffier

De president van de Derde kamer

H. Jung

K. Lenaerts