

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera)
de 30 de septiembre de 2003 *

En el asunto T-158/00,

Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD), con domicilio social en Colonia (Alemania), representada por la Sra. P. Mailänder y el Sr. A. Bartosch, abogados, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por el Sr. P. Wiedner, en calidad de agente, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: alemán.

apoyada por

KirchPayTV GmbH & Co. KGaA, con domicilio social en Unterföhring (Alemania), representada por el Sr. K. Metzloff, abogado, que designa domicilio en Luxemburgo,

y por

British Sky Broadcasting Group plc (BSkyB), con domicilio social en Isleworth (Reino Unido), representada por el Sr. S. Wisking y la Sra. D. Linvingston, Solicitors, que designa domicilio en Luxemburgo,

partes coadyuvantes,

que tiene por objeto que se anule la Decisión de la Comisión SG (2000) D/102552, de 21 de marzo de 2000 (asunto COMP/JV.37), por la que se declara compatible con el mercado común y con el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo la operación de concentración por la que BSkyB adquirió el control conjunto de KirchPayTV con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395, p. 1),

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Tercera),

integrado por los Sres. M. Jaeger, Presidente, y K. Lenaerts y J. Azizi, Jueces;

Secretaria: Sra. D. Christensen, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 9 de enero de 2002;

dicta la siguiente

Sentencia

Marco jurídico

- 1 En virtud de su artículo 1, el Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas [DO L 395, p. 1, en su versión corregida en DO 1990, L 257, p. 13, y en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 180, p. 1); en lo sucesivo, «Reglamento n° 4064/89» o «Reglamento sobre concentraciones»], se aplica a las operaciones de concentración de dimensión comunitaria definidas en los apartados 2 y 3 de dicho artículo.
- 2 Con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 4064/89, si la Comisión comprobara que la operación de concentración que se notifica, pese a entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento, no plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, decidirá no oponerse a la misma y la declarará compatible con el mercado común (en lo sucesivo, «fase I»).
- 3 En virtud del artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 4064/89, por el contrario, si la Comisión comprobara que la operación de concentración que se notifica entra en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento y plantea serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, decidirá incoar el procedimiento (en lo sucesivo, «fase II»).

- 4 Según el artículo 6, apartado 2, de dicho Reglamento:

«Si la Comisión comprobara que, una vez modificada por las empresas afectadas, una operación de concentración notificada ya no plantea serias dudas en el sentido de la letra c) del apartado 1, podrá tomar la decisión de declarar que la operación es compatible con el mercado común, a tenor de lo dispuesto en la letra b) del apartado 1.

La Comisión podrá acompañar la decisión adoptada con arreglo a la letra b) del apartado 1 del artículo 6 de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas afectadas cumplan los compromisos adquiridos ante la Comisión con objeto de compatibilizar la concentración con el mercado común.»

- 5 Según el artículo 18, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 447/98 de la Comisión, de 1 de marzo de 1998, relativo a las notificaciones, plazos y audiencias contemplados en el Reglamento n° 4064/89 (DO L 61, p. 1), «los compromisos propuestos a la Comisión por las empresas interesadas con arreglo al apartado 2 del artículo 6 del Reglamento [...] n° 4064/89 y destinadas por las partes a servir de fundamento de una decisión en virtud de la letra b) del apartado 1 del artículo 6 de dicho Reglamento deberán presentarse a la Comisión en el plazo máximo de tres semanas a partir de la fecha de recepción de la notificación».

- 6 En la Comunicación sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento n° 4064/89 y al Reglamento n° 447/98 (DO 2001, C 68, p. 3; en lo sucesivo, «Comunicación sobre las soluciones aceptables»), la Comisión expone las líneas directrices que pretende seguir en materia de compromisos.

Hechos que originaron el litigio

- 7 El 22 de diciembre de 1999, las sociedades British Sky Broadcasting Group plc (en lo sucesivo, «BSkyB») y Kirch Vermögensverwaltungs GmbH & Co. KG (en lo sucesivo, «KVV») notificaron un proyecto de concentración a la Comisión, con arreglo al artículo 4 del Reglamento n° 4064/89, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 180, p. 1), en su versión corregida (DO 1998, L 40, p. 17; en lo sucesivo, «Reglamento n° 1310/97»). Este proyecto preveía la adquisición por BSkyB, en control conjunto con la empresa KVV, del control de la empresa KirchPayTV GmbH & Co KGaA (en lo sucesivo, «KirchPayTV»).
- 8 La empresa BSkyB es una empresa británica que ejerce sus actividades en el sector de las comunicaciones, principalmente en el sector de los servicios de televisión analógica y digital de difusión en el Reino Unido e Irlanda vía satélite o por cable y, con carácter accesorio, en el sector de la televisión digital terrestre en el Reino Unido. BSkyB comercializa sus propios canales de televisión de pago, bien directamente, bien a través de empresas de difusión por cable o antena. Asimismo, posee una participación en British Interactive Broadcasting/Open, que ofrece servicios de televisión digital interactiva en el Reino Unido. Por último, BSkyB presta toda una serie de servicios relacionados con la televisión.
- 9 Cuando se notificó la notificación, BSkyB no actuaba, en Alemania, en los mercados de televisión de pago, de televisión digital interactiva ni de adquisición de derechos televisivos.
- 10 KirchPayTV, sociedad alemana, estaba controlada, cuando se notificó la concentración, exclusivamente por KVV, que es, a su vez, filial al 100 % del grupo Kirch, grupo de empresas de comunicaciones que actuaba en los sectores

de la televisión gratuita, de comercio de derechos sobre programas deportivos y de obras de ficción, de producción de películas y emisiones de televisión, de televisión de negocios, de televisión de pago así como de servicios técnicos relacionados con la televisión de pago.

- 11 La notificación del proyecto de concentración de 22 de diciembre de 1999 se publicó en el Diario Oficial el 11 de enero de 2000 (DO C 7, p. 5). El mismo día, la demandante recibió de la Comisión una solicitud de información en virtud de la cual debía presentar, antes del 14 de enero de 2000, sus observaciones sobre las repercusiones del proyecto de concentración sobre la competencia.

- 12 La demandante informó a la Comisión, en el plazo fijado, de que el proyecto de concentración controvertido conduciría, en su opinión, a un reforzamiento de la posición dominante de KirchPayTV en los mercados de la televisión de pago, de adquisición de derechos sobre programas y prestación de servicios técnicos relacionados con la televisión de pago, así como a la aparición de una posición dominante en el mercado de servicios de televisión digital interactiva. Asimismo, la demandante expresó su temor a que la cooperación entre Kirch y BSkyB provocara un reforzamiento de la integración vertical de las empresas que participan en los mercados afectados y una restricción de la competencia entre Estados miembros, en particular, en los ámbitos de adquisición de programas de televisión y de servicios de televisión digital interactiva.

- 13 El 21 de enero de 2000, la demandante transmitió a la Comisión observaciones complementarias y pormenorizadas sobre esta cuestión. Solicitó a la Comisión que prohibiera la concentración notificada por ser incompatible con el mercado común. Con carácter subsidiario, indicó que una eventual autorización de la operación debería subordinarse al cumplimiento de determinadas exigencias y condiciones mínimas.

- 14 A solicitud de la Comisión, la demandante le comunicó, mediante escrito de 22 de febrero de 2000, las exigencias, condiciones o compromisos contractuales públicos que consideraba necesarios, a la vista del Derecho de competencia, en el procedimiento de concentración en cuestión.
- 15 Reiteró su opinión de que no se cumplían las condiciones necesarias para autorizar el proyecto de concentración y formuló, con carácter subsidiario, una serie de propuestas de compromisos que, en su opinión, las partes en la operación de concentración debían aceptar en cualquier caso.
- 16 Las partes en la operación de concentración transmitieron a la Comisión un paquete de compromisos. Ésta solicitó a la demandante, el 29 de febrero de 2000, que presentara sus observaciones sobre estos compromisos a más tardar el 2 de marzo de 2000.
- 17 En su respuesta de 2 de marzo de 2000, la demandante reprochó que estas propuestas de compromisos no constituían más que una promesa de no abusar de la posición dominante de KirchPayTV.
- 18 El 14 de marzo de 2000, la Comisión solicitó a la demandante que presentara, a más tardar el 15 de marzo a las 13 horas, sus observaciones sobre una primera versión modificada del paquete de compromisos. Ésta presentó un comentario sucinto.
- 19 La Comisión no comunicó a la demandante una segunda versión modificada del paquete de compromisos, de cuya existencia tuvo conocimiento el 18 de marzo de 2000 a través de un tercero, ni le invitó a presentar observaciones.

- 20 Mediante Decisión de 21 de marzo de 2000 (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), la Comisión aprobó la concentración controvertida bajo determinadas condiciones, con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), y al artículo 6, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, así como al artículo 57 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE).

La Decisión impugnada

- 21 En la Decisión impugnada, la Comisión examinó el efecto de la operación de concentración en tres mercados de referencia, a saber, el de la televisión de pago, el de la televisión digital interactiva y el de la adquisición de derechos televisivos.

1. *El mercado de la televisión de pago*

- 22 Según los considerandos 23 a 27 de la Decisión impugnada, la televisión de pago constituye un mercado distinto al de la televisión gratuita, es decir, la televisión privada financiada mediante publicidad y la televisión pública financiada mediante el pago de cánones y mediante ingresos publicitarios. Según la Comisión, el mercado de la televisión de pago posee una dimensión nacional.

- 23 En la Decisión impugnada, la Comisión afirma que KirchPayTV, a través de la sociedad Premiere, detenta prácticamente un monopolio en la prestación de servicios de televisión de pago en Alemania. Asimismo, señala que BSkyB domina el mercado de la televisión de pago en el Reino Unido. En el considerando 51, la Comisión concluye que la operación plantea serias dudas sobre su compati-

lidad, en la medida en que refuerza la posición dominante de KirchPayTV en el mercado de la televisión de pago en Alemania. En efecto, la Comisión considera que, debido a los medios económicos y los conocimientos técnicos que aporta BSkyB, KirchPay puede mantener su posición dominante en el mercado. A este respecto, expone lo siguiente:

«Aportación de medios económicos y de conocimientos técnicos

50. Las propias partes reconocen que KirchPayTV necesita una aportación de grandes medios económicos para llevar a cabo sus actividades. Estimaron la inversión total solicitada por KirchPayTV en [...], que junto con las pérdidas asciende a [...]. Sin embargo, según la notificación, KirchPayTV no pudo aumentar sus fondos en el mercado. Además de los ingresos, BSkyB aportará sus conocimientos en el ámbito del marketing y sus conocimientos técnicos, de que carece KirchPayTV, tal como anunciaron a la Comisión determinados operadores en el mercado.

A la vista de los costes significativos de las operaciones en este mercado y, más en particular, la necesidad de digitalizar los servicios durante los próximos años, la Comisión alberga serias dudas sobre si KirchPayTV habría podido mantener su posición en el mercado de la televisión de pago en Alemania si no hubiese tenido lugar esta operación. Por ejemplo, la falta de modernización de sus servicios de televisión de pago según las expectativas generadas en el mercado, o la incapacidad de mantener el control sobre los contenidos necesario en la televisión de pago podrían mejorar de forma significativa las condiciones de acceso al mercado de un tercero a medio plazo. Según el artículo 2, apartado 1, letra b), del Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración, la fortaleza económica y financiera de las empresas participantes son factores que la Comisión debe tener en cuenta al evaluar los efectos de una operación de concentración sobre la competencia. Además, debe señalarse que la Comisión ha sostenido, en algunas decisiones, que la operación de concentración que consiste en una aportación de grandes medios económicos puede llevar a la creación o al reforzamiento de una posición dominante.»

24 Por otra parte, en los considerandos 52 a 72 de la Decisión impugnada, la Comisión examinó también la cuestión de la eliminación de la competencia potencial. En este contexto concluyó, en el considerando 54, que ni BSkyB ni ninguna otra empresa podía introducirse en el mercado alemán de televisión de pago «a corto o medio plazo». Esta conclusión se basa principalmente en las cuatro razones siguientes:

- el predominio de la televisión gratuita en Alemania impide un desarrollo significativo de la televisión de pago;
- Kirch controla, a través de BetaResearch, la infraestructura de descodificación (el descodificador d-box) y la tecnología necesaria para controlar el acceso en Alemania;
- BSkyB no dispone de programas apropiados para el mercado alemán;
- la entrada en el mercado alemán de la televisión de pago requiere la inversión de importantes recursos económicos.

25 Por tanto, en el considerando 70 de la Decisión impugnada, la Comisión concluyó que BSkyB no era un posible participante, «a corto o medio plazo», en el mercado de que se trata.

2. El mercado de servicios de televisión digital interactiva

- 26 La Decisión impugnada constata que, en la actualidad, en Alemania no se ofrecen servicios de televisión digital interactiva. No obstante, la Comisión señala que KirchPayTV participará en este mercado en un futuro próximo. La Comisión afirma, asimismo, que al menos cuatro empresas más preparan su entrada en el mercado en un futuro próximo, a saber, Bertelsmann, la demandante, UPC y Primacom group. BSkyB es la única empresa en Europa que tiene experiencia directa en el mercado de servicios de televisión digital interactiva.
- 27 Los operadores en este mercado no son, en principio, los proveedores de los productos y servicios ofrecidos y que los consumidores adquieren. Los operadores ofrecen una «plataforma» a través de la cual los vendedores o proveedores de contenidos llevan a cabo la promoción y venta de sus productos y servicios. Por consiguiente, son estos vendedores quienes, en primera línea, constituyen la demanda y por tanto la fuente de ingresos de los operadores. Los servicios que pueden ofrecerse generalmente en materia de televisión digital interactiva son, en particular, los servicios de banca a distancia, compra a distancia y de contratación de vacaciones y viajes.
- 28 Si bien la Comisión admite que el mercado de servicios de televisión digital interactiva constituye un mercado distinto al de la televisión de pago, señala, no obstante, que este último puede convertirse en el mercado «palanca» de los servicios de televisión digital interactiva. En la medida en que la televisión de pago ofrece programas exclusivos, permite a los operadores, en efecto, atraer un número considerable de telespectadores de ingresos superiores a la media. Ambos mercados están separados, pero son complementarios. El mercado geográfico es, también en este caso, un mercado nacional.
- 29 Por lo que respecta a los servicios de televisión digital interactiva, la Comisión afirma que, puesto que Kirch controla la infraestructura de descodificación

predominante en Alemania (el decodificador d-box), que también es necesario para la ejecución de servicios de televisión digital interactiva, ya posee una importante ventaja competitiva para ofrecer estos servicios. La Comisión considera que la concentración puede favorecer aún más la creación de una posición dominante, dado que BSkyB aporta los medios económicos necesarios y los conocimientos técnicos adquiridos en el mercado británico. Por tanto, la Comisión también expresa serias dudas respecto a la compatibilidad de la operación con el mercado común.

3. *El mercado de adquisición de los derechos de emisión*

- 30 Según la Decisión impugnada, las películas y los acontecimientos deportivos son los productos «estrella» de la televisión de pago y es necesario poseer los derechos de propiedad intelectual de estos productos para tener programas suficientemente atractivos con el fin de convencer a los posibles abonados para que paguen por la recepción de servicios televisados.
- 31 La adquisición de los derechos de retransmisión aún se realiza a nivel nacional, o bien para una región lingüística (o «de lengua común»), a saber, en el presente caso, el mercado alemán o de lengua alemana. Determinados derechos sobre los acontecimientos deportivos, por el contrario, se adquieren para el conjunto de Europa y se revenden a continuación país por país. Por tanto, podría haber un mercado geográfico distinto para los derechos deportivos paneuropeos. No obstante, la Comisión considera que no es necesario definir el mercado con más precisión en el presente asunto.
- 32 La Comisión señaló en la Decisión impugnada que Kirch dominaba el mercado de adquisición de derechos en Alemania (mediante acuerdos exclusivos a largo plazo), mientras que BSkyB dominaba dicho mercado en el Reino Unido.

- 33 La Comisión no expresó dudas sobre el mercado de adquisición de derechos televisivos. En particular, considera improbable que se acumulen las adquisiciones realizadas por KirchPayTV y BSkyB, respectivamente.

4. *Los compromisos*

- 34 A la vista de los compromisos propuestos por las partes, que según la Comisión podían disipar sus serias dudas respecto a la compatibilidad de la operación de concentración con el mercado común por lo que respecta al efecto de esta operación en los mercados de televisión de pago y los servicios de televisión digital interactiva, la Comisión autorizó la operación de concentración con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), del Reglamento n° 4064/89.

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 35 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 13 de junio de 2000, la demandante interpuso el presente recurso.
- 36 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 29 de septiembre de 2000, KirchPayTV solicitó intervenir en apoyo de las pretensiones de la Comisión. Esta demanda de intervención fue estimada mediante auto de 11 de diciembre de 2000.
- 37 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 23 de noviembre de 2000, BSkyB solicitó intervenir en apoyo de las pretensiones de la Comisión. Esta demanda de intervención fue estimada mediante auto de 19 de febrero de 2001.

38 La demandante solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Anule la Decisión de la Comisión de 21 de marzo de 2000 adoptada en el asunto COMP/JV.37.

- Condene en costas a la Comisión.

39 La Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Declare la inadmisibilidad del recurso o, con carácter subsidiario, lo declare infundado.

- Condene en costas a la demandante.

40 KirchPayTV solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Declare la inadmisibilidad del recurso o, con carácter subsidiario, lo declare infundado.

- Condene en costas a la demandante.

41 B SkyB solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

— Declare la inadmisibilidad del recurso o, con carácter subsidiario, lo declare infundado.

— Condene en costas a la demandante, incluidas las soportadas por B SkyB.

Sobre la admisibilidad

1. Sobre la legitimación de la demandante para interponer el recurso

Alegaciones de las partes

42 La demandante sostiene que la Decisión impugnada le afecta directa e individualmente en el sentido del artículo 230 CE, párrafo cuarto.

43 La Comisión expresa sus dudas sobre el hecho de que la Decisión impugnada afecte individualmente a la demandante.

- 44 Considera que la participación en el procedimiento administrativo, aunque fuera a solicitud de la Comisión, no puede justificar, por sí sola, que la Decisión impugnada afecte individualmente a la empresa, en particular cuando, como en el presente asunto, otras muchas empresas se han expresado a lo largo del procedimiento o han sido consultadas por la Comisión. El examen de una operación de concentración implica, por definición, contactos regulares con numerosas empresas.
- 45 La Comisión alega que, en la actualidad, la demandante sólo opera en el mercado de la televisión gratuita, que no está cubierto por la Decisión impugnada. Además, las obligaciones que invoca la demandante relativas al cumplimiento de los objetivos para la adopción de las tecnologías de difusión digital únicamente afectan, en cualquier caso, a este mercado.
- 46 Por el contrario, ningún elemento permite pensar que la demandante pretende entrar en el mercado de televisión de pago, cubierto por la Decisión impugnada. Por consiguiente, ni siquiera podría calificarse a la demandante de competidora potencial en este mercado.
- 47 Como máximo, podría considerársele competidora potencial en el futuro mercado de servicios de televisión digital interactiva. Ahora bien, únicamente constituiría, en este sentido, una más entre las numerosas competidoras potenciales en este futuro mercado. Esta conclusión no se ve menoscabada por el hecho de que participe en el desarrollo de una plataforma técnica competidora.
- 48 Por lo que respecta al argumento de la demandante basado en que está individualmente afectada por la Decisión impugnada porque el fortalecimiento de la posición dominante en el mercado de la televisión de pago repercute en la posición que las partes ocupan en el mercado de servicios técnicos de televisión

digital y, por tanto, en el mercado de la televisión digital gratuita, la Comisión señala que si, según la jurisprudencia, el hecho de ser tan sólo una competidora, además únicamente potencial, en un mercado examinado en la Decisión impugnada no basta por sí solo para estar individualmente afectada, lo mismo cabe afirmar, con mayor razón, de una empresa que está presente en un mercado que no constituye siquiera el objeto de la Decisión.

- 49 Por lo que respecta a los compromisos suscritos por las partes en la operación de concentración, la Comisión opina que, si la demandante se considera legitimada, lo mismo cabría afirmar de cualquier tercero que pretenda invocar estos compromisos.
- 50 La Comisión concluye que la demandante es sólo una más entre las numerosas empresas competidoras potenciales o clientes de las participantes en la concentración. Por tanto, su situación no es diferente de la de todas las empresas que figuran como competidoras (potenciales) de KirchPayTV o que actúan en mercados vecinos. Por consiguiente, la demandante no es la única competidora de las empresas que participan en la concentración, al igual que la del asunto que dio lugar a las sentencias Air France I (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de marzo de 1994, Air France/Comisión, denominada «Air France I», T-3/93, Rec. p. II-121, apartado 82) y Air France II (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de mayo de 1994, Air France/Comisión, denominada «Air France II», T-2/93, Rec. p. II-323, apartado 45). Por otra parte, a diferencia de la situación de la demandante en el asunto que dio lugar a la sentencia Air France I, antes citada (apartado 82), su situación no está claramente caracterizada, en relación con la operación de concentración de que se trata, respecto a la de otras empresas activas en el mismo sector.
- 51 KirchPayTV niega que la Decisión impugnada afecte directamente a la demandante. Para ello, se remite a la sentencia Air France I, antes citada (apartado 80), de la que deduce que el hecho de estar directamente afectada en el sentido del artículo 230 CE, párrafo cuarto, supone actuar en los mercados a los que se refiere la Decisión impugnada. Pues bien, la Decisión impugnada únicamente afecta a la demandante por lo que respecta a su posición en el mercado de la televisión digital gratuita, en el que es una competidora potencial, pero que no constituye el objeto de la Decisión impugnada.

- 52 KirchPayTV también niega que la Decisión impugnada afecte individualmente a la demandante.
- 53 A este respecto, alega, en primer lugar, que la mera participación en el procedimiento administrativo no basta para individualizar a la demandante.
- 54 La finalidad de la exigencia de legitimación para interponer un recurso de anulación, que es admitir únicamente de forma limitada los recursos, no se cumpliría si la mera participación en un procedimiento de concentración debiera considerarse un criterio suficiente. En efecto, a la vista del gran número de participantes en estos procedimientos, el número de personas legitimadas para interponer un recurso sería demasiado elevado.
- 55 En segundo lugar, KirchPayTV niega que los compromisos propuestos por las partes en la operación de concentración puedan individualizar a la demandante. Efectivamente, estos compromisos podrían favorecer a una multitud de competidoras, y no sólo a la demandante.
- 56 En tercer lugar, KirchPayTV niega que la participación de la demandante en la asociación Free Universe Network (en lo sucesivo, «FUN») pueda individualizarla. En efecto, FUN no constituye una plataforma técnica potencialmente competidora sino una simple asociación de intereses cuyo objetivo consiste en imponer determinadas soluciones técnicas para la explotación de plataformas técnicas. Por consiguiente, FUN, como simple asociación de intereses, no puede estar individualmente afectada por la Decisión impugnada. Con mayor razón, la simple participación de la demandante en esta asociación no permite deducir que esté individualmente afectada por esta Decisión.

- 57 KirchPayTV afirma, en cuarto lugar, que la demandante es una asociación de instituciones públicas de radiodifusión. Pues bien, según reiterada jurisprudencia, una asociación que fue constituida para promover los intereses colectivos de un grupo de miembros no está individualmente afectada por una decisión que afecta a los intereses comunes de este grupo (auto del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 1997, *Sveriges Betodlare y Henrikson/Comisión*, C-409/96 P, Rec. p. I-7531, apartado 45, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de febrero de 1999, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt Unternehmen y Hapag-Lloyd/Comisión*, T-86/96, Rec. p. II-179, apartados 55 y siguientes). En particular, tal asociación no puede interponer un recurso cuando sus miembros no puedan hacerlo a título individual, como ocurre en el presente asunto.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 58 Según el artículo 230 CE, párrafo cuarto, «toda persona física o jurídica podrá interponer [...] recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona, le afecten directa e individualmente».
- 59 Dado que la demandante no es destinataria de la Decisión impugnada, que se dirige únicamente a las partes de la concentración, es preciso examinar si le afecta directa e individualmente.
- 60 A diferencia de lo que sostiene KirchPayTV, no puede discutirse el carácter directo de la afectación. Efectivamente, en la medida en que autoriza la realización inmediata de la operación de concentración proyectada, la Decisión impugnada puede producir una modificación inmediata de la situación de los mercados afectados, la cual depende únicamente, en tal caso, de la voluntad de las partes (véase la sentencia *Air France I*, antes citada, apartado 80, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de abril de 2003, *BaByliss/Comisión*, T-114/02, Rec. p. II-1279, apartado 89).

- 61 Por consiguiente, procede examinar si la Decisión impugnada afecta también individualmente a la demandante.
- 62 Es jurisprudencia reiterada que los sujetos distintos de los destinatarios de una decisión sólo pueden alegar que ésta les afecta individualmente si ésta les «atañe en razón de determinadas cualidades que les son propias o de una situación de hecho que los caracteriza frente a cualquier otra persona y por ello los individualiza de manera análoga a la del destinatario» (sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1963, Plaumann/Comisión, 25/62, Rec. pp. 199 y siguientes, especialmente 223, y de 10 de diciembre de 2002, Comisión/Camar y Tico, C-312/00 P, Rec. p. I-11355, apartado 73, y la jurisprudencia que allí se cita).
- 63 En el presente asunto, es preciso examinar en qué medida pueden individualizarse la participación de la demandante en el procedimiento y la afectación de su posición en el mercado, conforme al artículo 230 CE.
- 64 En primer lugar, por lo que respecta a la participación en el procedimiento, el Tribunal de Primera Instancia señala que la demandante recibió, el 11 de enero de 2000, una solicitud de información de la Comisión, con arreglo al artículo 11 del Reglamento nº 4064/89, en el que ésta le solicitaba que formulara, en un plazo de tres días, sus observaciones sobre las repercusiones del proyecto de concentración sobre la competencia. Mediante escrito de 14 de enero de 2000, la demandante remitió la información solicitada.
- 65 El 21 de enero de 2000, es decir, dentro del plazo de diez días fijado en la publicación del proyecto de concentración en el Diario Oficial, con arreglo al artículo 4, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, la demandante transmitió a la Comisión una nota de observaciones complementarias sobre las consecuencias de la operación de concentración controvertida en la situación de competencia de los mercados pertinentes así como sobre su propia situación.

- 66 El 22 de febrero de 2000, a solicitud de los servicios de la task-force «control de las operaciones de concentración entre empresas», la demandante volvió a remitir a la Comisión una nota muy detallada que recogía sus observaciones sobre todos los aspectos sensibles del procedimiento de concentración y en la que, tras afirmar que la concentración proyectada no era compatible, exponía las condiciones, exigencias o compromisos que, en su opinión, debían imponerse en caso de que la Comisión decidiera no oponerse a la concentración. Estas propuestas hacían referencia a las condiciones de apertura de los mercados en cuestión y afectaban, en particular, al acceso no discriminatorio de otros descodificadores distintos al d-box a todos los programas televisados y a todos los servicios interactivos, al acceso de otros operadores a los derechos sobre los programas de KirchPayTV y a la necesidad de impedir una influencia indirecta del grupo Kirch sobre la utilización de la infraestructura de cable de banda ancha de Deutsche Telekom AG.
- 67 De la lectura de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión se refiere, en diez ocasiones, a las observaciones de terceros (considerandos 49, 50, 53, 57, 71, 73, 75, 77, 79 y 84 de la Decisión impugnada) y que en la mayoría de los casos se refiere a cuestiones que la demandante señaló expresamente en las notas de observaciones que remitió a la Comisión durante el procedimiento administrativo.
- 68 De este modo, la demandante afirmó, en su nota de 22 de febrero de 2000, que Kirch, por sí solo, no tenía el poder económico suficiente para desarrollar servicios digitales y, en sus notas de 14 y 21 de enero de 2000, que BSkyB poseía una experiencia y unos conocimientos técnicos incomparables en el ámbito del marketing y de la distribución de la televisión de pago cuya transferencia preveía el acuerdo. Pues bien, en el considerando 49 de la Decisión impugnada, la Comisión señala que algunos terceros sostuvieron que la operación de concentración reforzaría la posición dominante de KirchPayTV en el mercado alemán de la televisión de pago al aportarle importantes recursos económicos y conocimientos técnicos. En los considerandos 50 y siguientes de la Decisión impugnada, la Comisión concluyó que, basándose en estas afirmaciones, la operación planteaba serias dudas.

- 69 A continuación, en el considerando 53 de la Decisión impugnada, la Comisión indica que algunos terceros sugirieron que BSkyB es el operador con más posibilidades para entrar en el mercado alemán de la televisión de pago, afirmación que la demandante había hecho en la nota de 14 de enero de 2000.
- 70 Asimismo, en el considerando 75 de la Decisión impugnada, la Comisión señaló, tal como había subrayado la demandante en su nota de 21 de enero de 2000, que la entrada de KirchPayTV en el mercado de servicios de televisión interactiva digital implicaba el riesgo de crear una posición dominante, al imponer su tecnología d-box como el descodificador estándar en Alemania.
- 71 Por último, en el considerando 84 de la Decisión impugnada, la Comisión responde al argumento de los terceros relativo al poder adquisitivo de Kirch respecto a los derechos de retransmisión, problema que la demandante señaló en sus notas de 14 y 21 de enero de 2000.
- 72 De todo ello se deduce que la Comisión se basó, en la Decisión impugnada, en numerosos argumentos que la demandante había invocado durante el procedimiento administrativo.
- 73 Por otra parte, la Comisión solicitó a la demandante que le transmitiera su punto de vista sobre los posibles compromisos que pudieran disipar las serias dudas que planteaba la concentración y las propuestas de la demandante fueron incluidas, al menos en parte, en la Decisión impugnada.
- 74 La Comisión también sometió al examen de la demandante las dos primeras versiones de los compromisos. En respuesta a las preguntas escritas formuladas

por el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión precisó, a este respecto, que aparte de la demandante, únicamente otras dos empresas, Bertelsmann AG y Universal Studios Inc. habían recibido también copia de las dos primeras versiones de los acuerdos; además, a diferencia de la demandante, Bertelsmann recibió la tercera y la cuarta versión de los mismos.

- 75 Por otro lado, es preciso observar que los escritos remitidos por la demandante a la Comisión no constituyen tan sólo una actuación unilateral y no solicitada por su parte, sino que la Comisión la invitó en varias ocasiones a formular sus observaciones.
- 76 De ello se desprende que la demandante participó activamente en el procedimiento. Si bien, como señala acertadamente la Comisión, la mera participación en el procedimiento no basta por sí misma para demostrar que la decisión afecta individualmente a la demandante, en particular en el ámbito de las concentraciones, cuyo minucioso examen requiere contactar con numerosas empresas, una participación activa en el procedimiento administrativo constituye un elemento que debe tenerse en cuenta, junto con otras circunstancias específicas, incluso en el ámbito más específico del control de concentraciones, para determinar la admisibilidad de un recurso (sentencia BaByliss/Comisión, antes citada, apartado 95). Lo mismo cabe afirmar, con mayor razón, en el presente asunto, en el que, como se ha señalado anteriormente, esta participación activa influyó en el desarrollo del procedimiento y, al menos en parte, en el contenido del acto impugnado, tanto respecto a la determinación de las serias dudas planteadas por la concentración como respecto a los compromisos necesarios, según la Comisión, para despejar dichas dudas (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986, Cofaz/Comisión, 169/84, Rec. p. 391, apartados 24 y 25).
- 77 En segundo lugar, por lo que respecta a si la posición de la demandante en el mercado resulta afectada, debe recordarse, en primer lugar, que la concentración controvertida tiene por objeto el mercado de la televisión de pago y que no se discute que la demandante no está presente en dicho mercado. La propia demandante informó, en un escrito de 22 de febrero de 2000, dirigido a la Comisión, de que «ARD public broadcasting stations are neither mandated nor considering to enter the Pay TV market».

78 No obstante, el hecho de que no pueda considerarse que la demandante es una competidora, ni siquiera una competidora potencial de KirchPayTV en el mercado de la televisión de pago, no implica necesariamente que la Decisión no le afecte individualmente. Por una parte, aun cuando la actividad de KirchPayTV se centra en la televisión de pago, este mercado representa únicamente uno de los tres mercados en los que la Comisión constató que la concentración reforzaba la posición dominante del grupo Kirch. Por otra parte, del mismo modo que las competidoras potenciales de las partes en la concentración están legitimadas para interponer un recurso de anulación contra la decisión de aprobación en caso de mercados oligopolísticos (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de noviembre de 1997, Kaysersberg/Comisión, T-290/94, Rec. p. II-2137, y la sentencia BaByliss/Comisión, antes citada), cuando la posición de una empresa en situación de monopolio se ve reforzada por una concentración, como en el presente caso, un operador presente tan sólo en los mercados vecinos o en mercados ascendentes o descendentes puede estar legitimado, bajo determinadas circunstancias, para interponer un recurso de anulación.

79 En el caso de autos, los cinco elementos siguientes pueden determinar si la posición de la demandante se ha visto afectada: la existencia de cierta competencia entre la televisión gratuita y la televisión de pago; la futura convergencia entre la televisión gratuita y la televisión de pago mediante la digitalización; la incidencia de la concentración en los servicios de televisión digital interactiva; la participación de la demandante en el proyecto FUN, y la adquisición de derechos de retransmisión.

Existencia de cierta competencia entre la televisión gratuita y la televisión de pago

80 Aun cuando el mercado de la televisión gratuita, en el que opera la demandante, constituye un mercado distinto al mercado de la televisión de pago, como se expuso en los considerandos 23 a 25 de la Decisión impugnada, la Decisión reconoce expresamente en el considerando 56, no obstante, que existe una cierta interacción entre ambos mercados. Efectivamente, la Decisión afirma, en el marco del examen de los obstáculos a la entrada en el mercado alemán de la televisión de pago, que este último mercado se desarrolla con dificultad debido a la potencia del mercado de la televisión gratuita.

- 81 De ello se desprende que, en la medida en que la concentración pretende reforzar el poder económico de Kirch mediante la aportación, por parte de BSkyB, de recursos y conocimientos técnicos para permitirle desarrollar y modernizar sus actividades en el sector de la televisión de pago, puede tener ciertas repercusiones en el mercado de la televisión gratuita. Pues bien, la demandante es una de las dos empresas de televisión pública activas en el mercado de la televisión gratuita en Alemania y, además, es una de las principales operadoras en este mercado. En particular, es probable que, si Kirch logra captar nuevos abonados gracias a la concentración la demandante pierda telespectadores y, por tanto, vea disminuir sus ingresos publicitarios. De ello se deriva que, bajo este punto de vista, la Decisión impugnada puede afectar a la demandante.

Futura convergencia entre la televisión gratuita y la televisión de pago mediante la digitalización

- 82 La Decisión impugnada también reconoce, en el considerando 25, que en el futuro es probable que, mediante la digitalización, converjan en cierta medida la televisión de pago y la televisión gratuita.
- 83 Por otra parte, dado que la televisión de pago constituye el único sector en el que de momento se ha podido desarrollar la tecnología digital, la posición dominante de KirchPayTV en el mercado de la televisión de pago repercute en el mercado de la televisión digital.
- 84 Pues bien, debido a sus obligaciones de servicio público, la demandante debe dedicarse a cumplir los objetivos del Estado relativos a la introducción de las tecnologías de difusión digital.

- 85 Por consiguiente, aun cuando la concentración tiene lugar en el mercado de la televisión de pago, puede afectar a la posición competitiva de la demandante en el futuro mercado de la televisión digital gratuita en Alemania.

Incidencia de la concentración en los servicios de televisión digital interactiva

- 86 De los considerandos 30 a 41 y 73 a 80 de la Decisión impugnada se desprende que la operación controvertida puede afectar al futuro mercado de servicios de televisión digital interactiva. Efectivamente, la Comisión señala, a este respecto, en los considerandos 32, 40 y 94, que el mercado de la televisión de pago ejerce de «palanca» para el desarrollo de dicho mercado en la medida en que la televisión de pago propone programas exclusivos que permiten a los operadores de servicios de televisión interactiva captar un considerable número de telespectadores de alto poder adquisitivo. Puesto que la concentración tiene por efecto reforzar la posición de Kirch en el mercado de la televisión de pago (considerando 50), también reforzará dicha posición, por tanto, en el mercado futuro de servicios de televisión interactiva. Pues bien, según el considerando 73, la demandante es una de las cuatro operadoras que anunciaron su intención de desarrollar servicios interactivos en un futuro próximo.
- 87 Por otra parte, la instalación de una infraestructura técnica para la transmisión de servicios de televisión digital interactiva requiere cuantiosas inversiones. A este respecto, la Decisión impugnada constata, en el considerando 75, que la concentración puede reducir sustancialmente las posibilidades de entrada de terceros en el mercado, en la medida en que permite a Kirch entrar en el mercado antes que cualquier otro operador y, así, aumentar de modo sustancial los obstáculos a la entrada estableciendo el d-box como descodificador estándar en Alemania.
- 88 Por consiguiente, la concentración puede afectar a la posición de la demandante como futuro actor del mercado de los servicios de televisión digital interactiva en la medida en que, por una parte, refuerza al potencial competidor Kirch y, por otra parte, acentúa la dependencia de la demandante frente a la tecnología de Kirch, necesaria para entrar en este mercado.

Participación de la demandante en el proyecto FUN

- 89 Es pacífico entre las partes que la oferta de servicios de televisión digital, independientemente de que se trate de televisión de pago, televisión gratuita o televisión interactiva, requiere cierta tecnología. En la actualidad, la única tecnología que se utiliza en Alemania para la emisión por cable de señales digitales es la tecnología desarrollada por BetaResearch, filial de Kirch, y operada por BetaDigital, otra filial de Kirch, y Deutsche Telekom, que posee una licencia de BetaResearch para explotar la tecnología de Kirch. Pues bien, la demandante es el único operador de televisión que participa en la asociación FUN, constituida por empresas que contribuyen, de una forma u otra (aportando tecnología de interferencia, un descodificador, una guía de programa electrónica, etc.), a la elaboración de una segunda plataforma digital en Alemania. Esta asociación se ha establecido como objetivo crear una plataforma alternativa abierta, es decir, que no funcione con un sistema de control de acceso patentado, a diferencia de la de KirchPayTV. La posición dominante de KirchPayTV en el mercado de los servicios técnicos para la televisión digital, consecuencia de la que disfruta en el mercado de los servicios relativos a la televisión de pago, puede dificultar el desarrollo de la plataforma FUN. En este sentido, por tanto, la demandante está afectada de forma particular por las repercusiones de la concentración controvertida.

Adquisición de los derechos de retransmisión

- 90 En la medida en que la concentración refuerza el poder económico de Kirch y sus vínculos con BSKyB, otro importante comprador de derechos de retransmisión, no puede excluirse que afecte a la demandante como compradora de estos derechos.
- 91 Según los considerandos 81 y 83 de la Decisión impugnada, Kirch y BSKyB dominan, respectivamente, los mercados alemán y británico de adquisición de derechos de retransmisión de películas y los principales acontecimientos deportivos; BSKyB dispone, además, de determinados derechos de retransmisión de Alemania.

- 92 Es cierto que la Comisión concluyó, en los considerandos 85 y siguientes de la Decisión impugnada, que la concentración no planteaba serias dudas en este mercado, debido, en particular, a que no suponía ni un reforzamiento significativo de la posición dominante ni un riesgo de colusión entre las sociedades matrices de KirchPayTV.
- 93 Sin embargo, por una parte, la demandante expresó en el procedimiento administrativo sus temores a que la concentración implicara un reagrupamiento de la demanda relativa a la adquisición de derechos de las películas y de los acontecimientos deportivos en el mercado alemán, y las partes en la concentración presentaron un compromiso que pretendía impedir tal efecto; por otra parte, la demandante rechaza ante el Tribunal de Primera Instancia tanto el carácter suficiente de dicho compromiso como el hecho de que la Comisión se limitara, en la Decisión impugnada, a tomar nota de este compromiso sin considerarlo requisito necesario para la aprobación de la concentración.
- 94 En tales circunstancias, la demandante, que compite con las partes en la concentración en el mercado de adquisición de derechos de retransmisión en el mercado alemán, también está afectada por la Decisión impugnada.
- 95 De todas las consideraciones que preceden se desprende que, debido a su participación especial en el procedimiento administrativo, durante el cual la demandante formuló las observaciones que determinaron, en parte, el contenido de la Decisión impugnada así como el carácter de los acuerdos, y por afectar de forma específica su posición en los mercados de la televisión digital, de servicios de televisión digital interactiva y de adquisición de derechos de emisión, la Decisión impugnada afecta directa e individualmente a la demandante y, por consiguiente, que el recurso es admisible.

2. Sobre los requisitos del artículo 44, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento

- 96 En primer lugar, la Comisión alega que la demanda es inadmisibles porque hace referencia, de forma no diferenciada, a la argumentación del procedimiento administrativo o no expone con suficiente claridad los argumentos de Derecho.
- 97 Es preciso afirmar que la referencia a la argumentación desarrollada en el procedimiento administrativo no puede implicar la inadmisibilidad de la demanda. Por el contrario, puesto que, como ya ha declarado el Tribunal de Primera Instancia, «no incumbe al Tribunal de Primera Instancia buscar e identificar, en los anexos, los motivos que éste podría considerar que constituyen el fundamento del recurso, puesto que los anexos tienen una función puramente probatoria e instrumental» (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de noviembre de 1997, Cipeke/Comisión, T-84/96, Rec. p. II-2081, apartado 34), no procede tomar en consideración los argumentos desarrollados por la demandante durante el procedimiento administrativo y no recogidos en la demanda.
- 98 En segundo lugar, la Comisión considera que la demanda no cumple las exigencias del artículo 44, apartado 1, letras c) o e), del Reglamento de Procedimiento, en la medida en que la demandante no motiva las imputaciones ni aporta el menor elemento que pruebe sus afirmaciones. Dado que estos motivos no se refieren a la admisibilidad del propio recurso sino a la de las diferentes imputaciones, se tratarán en el marco del examen de éstas.

Sobre el fondo

- 99 En apoyo de su recurso, la demandante invoca cinco motivos basados, en primer lugar, en un error de apreciación de los hechos a la vista del artículo 2, apartados 3 y 4, del Reglamento n° 4064/89; en segundo lugar, en la vulneración

del artículo 6, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89; en tercer lugar, en la insuficiencia de los acuerdos; en cuarto lugar, en un vicio de procedimiento por no haber iniciado el procedimiento en virtud del artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 4064/89 y, en quinto lugar, en una reducción inadmisibles de los derechos de participación de terceros en el procedimiento.

1. Sobre el primer motivo, basado en un error de apreciación de los hechos a la vista del artículo 2, apartados 3 y 4, del Reglamento n° 4064/89

Alegaciones de las partes

- 100 La demandante señala que, en el considerando 54 de la Decisión impugnada y basándose en los argumentos expuestos en los considerandos 56 a 70 de la misma, la Comisión concluyó, por lo que respecta al efecto de la operación de concentración en la competencia existente en el mercado de la televisión de pago en Alemania, que ni BSkyB ni ninguna otra empresa representaba, a corto o medio plazo, una competidora potencial de KirchPayTV en este mercado.
- 101 Observa que esta conclusión se contradice con la afirmación que la Comisión realizó en el apartado 50 de la Decisión impugnada, en el que expuso que albergaba serias dudas sobre la capacidad de KirchPayTV para mantener su posición en el mercado de la televisión de pago en Alemania si la operación de concentración no se llevaba a cabo y que, si KirchPayTV no mantenía su posición en este mercado, las condiciones de acceso de terceros a este último podrían mejorar de forma significativa a medio plazo.
- 102 Por consiguiente, reprocha a la Comisión haber evaluado el efecto de la operación de concentración sobre la competencia en este mercado refiriéndose exclusiva-

mente al *statu quo* existente en el momento en que se adoptó la Decisión, por tanto cuando existía una posición dominante indudable de KirchPayTV, en lugar de referirse a la evolución que, según su propia afirmación, esta posición sufriría a medio plazo en caso de que no se celebrara la operación de concentración.

- 103 La demandante critica esta forma de evaluar la competencia potencial, que, por lo que respecta a la determinación de la posición en el mercado de la empresa que es objeto de la operación de concentración y, por tanto, de la importancia del obstáculo al acceso al mercado de competidoras potenciales que implica esta posición, se refiere al *statu quo* y no tiene en cuenta la probable evolución futura de esta posición.
- 104 Considera que esta forma de evaluar la competencia potencial constituye una apreciación errónea de los hechos que impide la correcta apreciación de la operación de concentración a la vista del artículo 2, apartados 3 y 4, del Reglamento sobre concentraciones.
- 105 La demandante precisa que no niega ninguno de los elementos de hecho invocados por la Comisión en los considerandos 56 a 70 de la Decisión impugnada, en apoyo de su tesis de que ni BSKyB ni ninguna otra empresa podía considerarse una competidora potencial de KirchPayTV.
- 106 En respuesta al argumento de KirchPayTV, según el cual la Comisión, al analizar el efecto de la operación de concentración sobre la competencia potencial entre KirchPayTV y BSKyB u otras empresas, tomó en consideración una previsión a medio plazo y que por tanto no se basó en el *statu quo*, la demandante admite que la Comisión, al realizar este análisis, efectivamente tuvo en cuenta, en parte, una perspectiva a medio plazo. Sin embargo, considera que en el marco de este análisis la Comisión no tuvo en cuenta la circunstancia, que ella misma señaló en el considerando 50 de la Decisión impugnada, de que si se invierten grandes sumas en KirchPayTV, las condiciones de acceso de terceros al mercado alemán

de la televisión de pago podrían mejorar de forma significativa a medio plazo. En lugar de tomar en consideración esta disminución a medio plazo de los obstáculos de acceso al mercado, la Comisión se basó, por el contrario, en la posición dominante actual de KirchPayTV en los sectores tecnológicos y de contenido de programas para concluir que no había una competencia potencial. En este sentido, evaluó la competencia potencial sobre la base del *statu quo*.

- 107 La demandante rechaza el fundamento de los argumentos de BSkyB, basados en que la importancia del mercado de la televisión gratuita en Alemania constituye un gran obstáculo al acceso de competidores potenciales al mercado de la televisión de pago de dicho país y en que si KirchPayTV fracasara, ello no favorecería el acceso de competidores potenciales a este mercado, sino que constituiría, por el contrario, un elemento disuasorio para éstos que les ilustraría la magnitud objetiva de los obstáculos de acceso a este mercado.
- 108 Efectivamente, según la demandante estos argumentos son puramente hipotéticos y, por tanto, carecen manifiestamente de pertinencia. Únicamente las consideraciones jurídicas realmente expuestas por la Comisión en la Decisión impugnada, y no las que habría podido exponer, son pertinentes para apreciar si ésta vulneró el artículo 2, apartado 3, del Reglamento sobre concentraciones.
- 109 Además, la importancia del mercado alemán de la televisión gratuita constituye sólo un argumento más entre los cuatro expuestos por la Comisión para negar la existencia de una competencia potencial en el mercado alemán de la televisión de pago. De ningún pasaje de la Decisión impugnada se desprende que la Comisión consideró que el mercado alemán de la televisión gratuita tenía una importancia específica particular a este respecto. Asimismo, la Comisión no afirmó que el fracaso de KirchPayTV tendría un efecto disuasorio sobre los competidores potenciales.
- 110 Con carácter principal, la Comisión sostiene que el motivo es inadmisibile.

- 111 Por una parte, el motivo es inadmisibile porque hace referencia, de forma indistinta, a la argumentación presentada por la demandante durante el procedimiento administrativo. A este respecto, la Comisión se refiere, en particular, al siguiente pasaje, recogido en la página seis de la demanda: «la demandante adopta también en el marco de la demanda la argumentación presentada frente a la Comisión relativa a la apreciación y el control necesario de la competencia contra los efectos de la concentración controvertida».
- 112 Por otra parte, según la Comisión, la demanda no expone con la suficiente claridad los argumentos jurídicos. La demandante se limitó a formular varias observaciones, a saber, que la Comisión modificó su práctica decisoria, que ayudó a KirchPayTV a consolidar de forma permanente su posición dominante y que excluyó erróneamente a BSkyB como competidora potencial. Sin embargo, no explicó en qué medida la apreciación de la Comisión en la Decisión impugnada era errónea.
- 113 Con carácter subsidiario, la Comisión, apoyada por KirchPayTV y por BSkyB, considera que este motivo carece de fundamento.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 114 Por lo que respecta al argumento de la Comisión según el cual el motivo es inadmisibile, debe afirmarse que, aunque la demanda no sea muy explícita, no obstante se desprende de la misma que la demandante invoca el motivo basado en un error de apreciación de los hechos a la vista del artículo 2, apartados 3 y 4, del Reglamento n° 4064/89, en la medida en que la Comisión no consideró que

BSkyB representaba una competidora potencial. Por otra parte, el hecho de que la demandante no haya apoyado documentalmente su afirmación de que BSkyB debía considerarse una competidora potencial de KirchPayTV forma parte del examen sobre el fondo. Por consiguiente, el motivo es admisible.

- 115 La demandante defiende, en esencia, que la Comisión llevó a cabo una apreciación errónea de los hechos a la luz del artículo 2, apartado 3, del Reglamento nº 4064/89, al concluir, en el considerando 54 de la Decisión impugnada, que ni BSkyB ni ninguna otra empresa podía introducirse en el mercado alemán de televisión de pago, pese a reconocer, en el considerando 50 de la Decisión impugnada, que sin las inversiones económicas resultantes de la concentración, KirchPayTV no podría llevar a cabo las inversiones necesarias para conservar su posición dominante actual en este mercado. La demandante reprocha a la Comisión no haber tenido en cuenta la debilidad económica de KirchPayTV y haber cometido un error al no considerar a BSkyB una competidora potencial.
- 116 Es necesario señalar, en primer lugar, que, a diferencia de lo que defiende la demandante, las evaluaciones recogidas en los considerandos 50 y 54 no son contradictorias.
- 117 Por una parte, las evaluaciones realizadas en estos dos puntos no se refieren al mismo período. Efectivamente, mientras que la mejora de las condiciones de acceso de terceros al mercado únicamente se refiere, en el considerando 50, a medio plazo, la afirmación recogida en el considerando 54, según la cual ni BSkyB ni ninguna otra empresa representa una competidora potencial, se refiere tan sólo a corto y medio plazo, y por consiguiente a un plazo más corto que el previsto en el apartado 50.
- 118 Por otra parte, el considerando 50 de la Decisión impugnada está formulado en términos hipotéticos, pues la Comisión se limita a indicar que «la falta de

modernización [por KirchPayTV] de sus servicios de televisión de pago para responder a las expectativas del mercado o [su] imposibilidad de mantener el control sobre el contenido necesario para la televisión de pago podría mejorar sensiblemente las condiciones de acceso al mercado».

- 119 Además, del propio tenor del considerando 54 de la Decisión impugnada se desprende también que, a diferencia de lo que alega la demandante, la Comisión no se basó, en su análisis del efecto de la operación de concentración sobre la competencia, en el *statu quo*, sino que realizó una previsión a corto o medio plazo.
- 120 En segundo lugar, es preciso recordar que la afirmación que la Comisión hace en el considerando 54 de la Decisión impugnada, según la cual ni BSKyB ni ninguna otra empresa representaba, a corto o medio plazo, una competidora potencial de KirchPayTV en el mercado de la televisión de pago en Alemania, se basa, tal como se indica en el considerando 55 de la Decisión impugnada, en cuatro motivos principales desarrollados en los considerandos 56 a 70 de la Decisión impugnada, a saber, la importancia de la televisión gratuita en Alemania (considerandos 56 y 57 de la Decisión impugnada), el control por el grupo Kirch de la estructura de decodificación y tecnología de descryptado utilizadas en Alemania (considerandos 58 a 64 de la Decisión impugnada), el control por el grupo Kirch de importantes derechos de retransmisión de películas y acontecimientos deportivos, que dificultan el acceso de un competidor potencial a tales contenidos (considerandos 65 a 67 de la Decisión impugnada), y el carácter poco probable del acceso a corto o medio plazo de BSKyB al mercado de que se trata por la considerable importancia de las inversiones necesarias (considerandos 68 a 70 de la Decisión impugnada).
- 121 Pues bien, la demandante, como admitió expresamente en su escrito de réplica, no niega ninguno de estos cuatro elementos.
- 122 No obstante, la demandante sostiene que, dado que la debilidad económica de Kirch le impide a ésta realizar las suficientes inversiones en los programas y en la

infraestructura técnica, los obstáculos al acceso al mercado disminuyeron en tal medida que BSKyB debe considerarse una competidora potencial.

- 123 Debe desestimarse esta imputación, porque la demandante no demuestra en qué medida la sola circunstancia de la debilidad económica del grupo Kirch permitiría, no obstante los argumentos presentados por la Comisión, concluir que existe una competencia potencial en el mercado controvertido a corto o medio plazo.
- 124 A este respecto, debe señalarse que la debilidad económica de KirchPayTV únicamente puede tener incidencia, como máximo, en dos de los cuatro motivos alegados por la Comisión para constatar la inexistencia de competencia potencial, a saber, el control que Kirch ejerce en Alemania sobre las infraestructuras de descodificación y la técnica de encriptado, así como el acceso al contenido de los programas. Lejos de restar valor a los otros motivos basados en la importancia del mercado de la televisión gratuita en Alemania y en la necesidad de considerables medios económicos, las dificultades económicas a las que se enfrenta Kirch no hacen sino demostrar su fundamento. Efectivamente, su fracaso amenazaría más bien con disuadir al resto de empresas de acceder a este mercado y confirmaría la existencia y magnitud de los obstáculos a dicho acceso, que son independientes de la posición de KirchPayTV.
- 125 De este modo, el hecho de que, a la vista de la fuerza que la televisión gratuita tiene en Alemania, KirchPayTV no logre alcanzar el umbral de rentabilidad, pese a ocupar una posición dominante sobre la infraestructura y sobre los contenidos de los programas y ser la única operadora en el mercado de la televisión de pago, puede disuadir a otros operadores de acceder al mercado.
- 126 Asimismo, el fracaso económico de Kirch únicamente reforzaría el fundamento del argumento basado en la necesidad de disponer de medios considerables para entrar en el mercado. Pues bien, la demandante no ha negado la afirmación, recogida en los considerandos 68 y 69 de la Decisión impugnada, según la cual

BSkyB, al tener que invertir grandes cantidades para establecerse como operador de servicios de televisión digital en el Reino Unido y construir una plataforma por satélite, imponiéndose frente a la competencia, no puede hallar los recursos necesarios para entrar en un nuevo mercado que, *a priori*, es deficitario.

- 127 De ello se desprende que la argumentación de la demandante de que, en caso de que KirchPayTV no dispusiera de nuevos medios económicos tras la operación de concentración, los competidores potenciales accederían al mercado en cuestión, se basa en la premisa no demostrada de que el fracaso económico de KirchPayTV en este mercado constituiría un elemento que favorecería el acceso al mercado de competidores potenciales.
- 128 De todo lo que precede resulta que el motivo basado en que la Comisión cometió un error de apreciación, al considerar que no podía calificarse a BSKyB de competidora potencial a corto o medio plazo, carece de fundamento.
- 129 En cualquier caso, el motivo carece de pertinencia, en la medida en que la Comisión concluyó, en los considerandos 51 y 92 de la Decisión impugnada, que la operación de concentración planteaba serias dudas al reforzar la posición dominante de KirchPayTV en el mercado de la televisión de pago en Alemania por los recursos económicos aportados por BSKyB. Por consiguiente, la afirmación recogida en el considerando 54 de la Decisión impugnada, según la cual no existe competencia potencial a corto o medio plazo, no constituye el fundamento principal de la Decisión impugnada y no puede, por tanto, implicar su anulación.
- 130 A este respecto, debe recordarse que, a tenor del artículo 2, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, «se declararán compatibles con el mercado común las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado común o en una parte sustancial del mismo». De ello se desprende que

cuando una concentración crea o refuerza una posición dominante, la Comisión debe, sin embargo, autorizar la operación si ésta no tiene por efecto obstaculizar de forma significativa una competencia efectiva (véase, en este sentido, la sentencia Air France II, antes citada, apartados 78 y 79, y las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, Gencor/Comisión, T-102/96, Rec. p. II-753, apartados 170, 180 y 193, y de 6 de junio de 2002, Airtours/Comisión, T-342/99, Rec. p. II-2585, apartado 58).

- 131 Dado que la Comisión constató que la operación planteaba serias dudas, necesariamente tuvo que considerar que tenía por efecto obstaculizar la competencia de forma significativa y, puesto que nadie discute que KirchPayTV detenta una posición dominante en el mercado de la televisión de pago en Alemania, esta restricción de la competencia únicamente puede afectar a la competencia potencial. De ello se desprende que, pese a afirmar, en el considerando 54 de la Decisión impugnada, la inexistencia de cualquier competencia potencial, puesto que la Comisión albergó serias dudas y exigió compromisos, debe declararse, no obstante, que la Decisión se basa en la premisa de que existía una competencia potencial, aunque fuera a largo plazo, y que la concentración tenía por efecto obstaculizarla.
- 132 De todo ello resulta que debe desestimarse el primer motivo, basado en un error de apreciación de los hechos porque BskyB debía considerarse una competidora potencial.

2. Sobre el segundo motivo, basado en la vulneración del artículo 6, apartado 2, del Reglamento nº 4064/89

!

Alegaciones de las partes

- 133 La demandante recuerda que, en el caso de autos, la operación de concentración se declaró compatible con el mercado común en aplicación del artículo 6,

apartado 1, letra b), del Reglamento sobre concentraciones, durante la primera fase del control de concentración, después de que las empresas afectadas presentaran los compromisos.

- 134 Señala que el hecho de declarar una operación de concentración compatible con el mercado común sobre la base de compromisos presentados por las empresas afectadas durante la primera fase del control de las concentraciones, que constituía una práctica constante de la Comisión muy criticada por la doctrina, sólo recientemente halló una base jurídica formal en el artículo 6, apartado 2, del Reglamento sobre concentraciones, introducido por el Reglamento nº 1310/97.
- 135 La demandante observa que el Reglamento nº 1310/97 sometió el recurso a esta facultad a requisitos estrictos, pues únicamente se prevé su aplicación, como se desprende del octavo considerando de dicho Reglamento, «en el caso de que el problema de competencia pueda ser identificado y resuelto con facilidad [...]».
- 136 Considera que esta restricción del recurso a dicha facultad responde a la sistemática del artículo 6, apartado 1, del Reglamento sobre concentraciones, que establece que si la Comisión comprueba que la operación de concentración plantea serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, decidirá incoar la segunda fase del procedimiento de control de las concentraciones. Según la demandante, la Comisión debe incoar la segunda fase del control precisamente cuando los problemas de competencia planteados por la operación de concentración no reúnan los criterios establecidos en el octavo considerando del Reglamento nº 1310/97.
- 137 La demandante reconoce que la Comisión, para determinar si un problema de competencia «puede ser identificado y resuelto con facilidad», dispone de un amplio margen de apreciación, sometido únicamente a un control marginal por el Tribunal de Primera Instancia (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds/Comisión, asuntos acumulados 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487, apartado 62).

138 La demandante afirma que ni la Comisión ni BSkyB han discutido el fundamento de esta interpretación, sino únicamente KirchPayTV, cuyos argumentos rechaza.

139 A este respecto, y en respuesta al argumento de KirchPayTV según el cual la tesis de la demandante no tiene en cuenta los principios de proporcionalidad y celeridad, ésta responde, por una parte, que dichos principios se ven protegidos por el nuevo artículo 6, apartado 2, del Reglamento sobre concentraciones. Ahora bien, en su opinión, el octavo considerando del Reglamento n° 1310/87 constituye precisamente un límite al principio de celeridad. Por otra parte, considera que KirchPayTV comete un error al basar su razonamiento sobre la premisa de que cuando los compromisos propuestos durante la primera fase del control son suficientes, resulta desproporcionado iniciar la segunda fase de dicho control. Efectivamente, según la demandante, únicamente si el problema de competencia puede ser identificado y resuelto con facilidad la Comisión estará en condiciones de apreciar, desde la primera fase del control, si los compromisos pueden despejar sus serias dudas sobre la compatibilidad de la operación de concentración con el mercado común. Por el contrario, si la Comisión pudiera concluir, tras finalizar la primera fase del control, que se habían despejado sus dudas, aunque no se cumplieran los requisitos previstos en el octavo considerando del Reglamento n° 1310/97, la Comisión se vería obligada a aceptar de forma precipitada importantes compromisos que pretenden resolver problemas de competencia muy complejos, sólo para evitar que las empresas afectadas se vean sometidas a la segunda fase del control.

140 En respuesta al argumento de KirchPayTV según el cual el plazo de cuatro semanas otorgado a la Comisión para examinar los compromisos propuestos durante la segunda fase de control es casi tan reducido como durante la primera fase de control, en la que dispone de tres semanas, la demandante critica, por una parte, que este argumento no precisa el alcance jurídico que debe otorgarse al octavo considerando del Reglamento n° 1310/97 ni por qué este considerando carece de alcance jurídico. Por otra parte, considera que KirchPayTV no tiene en cuenta que el plazo de examen de cuatro semanas de la segunda fase de control está precedido por un plazo de tres meses a contar desde el inicio de la segunda fase de control, que a su vez está precedido por el plazo correspondiente a la

primera fase de control. Pues bien, durante los tres primeros meses de la segunda fase de control, la Comisión podría analizar con profundidad los problemas de competencia que se planteen. Por el contrario, si deseara declarar que la operación de concentración es compatible con el mercado común sobre la base de los compromisos propuestos por las empresas afectadas tras finalizar la primera fase de control, únicamente dispondría, como máximo, de un plazo de seis semanas desde la notificación de la operación para adoptar una decisión definitiva.

141 Frente al argumento de KirchPayTV, según el cual del Libro Verde de la Comisión sobre la revisión del Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración [COM(96) 19 final, de 31 de enero de 1996] resulta que la Comisión consideró que, para controlar los compromisos presentados durante la primera fase de control, era suficiente un plazo de dos semanas, la demandante alega que este pasaje (punto 126) debe leerse a la luz de la afirmación de la Comisión (punto 123) en virtud de la cual la aceptación de los compromisos durante la primera fase de control únicamente es posible «[...] en aquellos casos en que el problema de competencia está bien definido y es reducido si se le compara con todo el acuerdo, puede ser resuelto con facilidad y el cumplimiento de lo acordado no plantea problemas de supervisión».

142 La demandante considera que en el presente asunto no se respetaron las exigencias establecidas en el octavo considerando del Reglamento n° 1310/97. Estima que los problemas de competencia causados por la operación de concentración no podían identificarse ni resolverse con facilidad.

143 Para justificar esta tesis, se refiere, en primer lugar, a que, en un pasado reciente, se declararon incompatibles con el mercado común otras tres operaciones de concentración que afectaban a empresas del grupo Kirch y relativas a los mercados alemanes de la televisión de pago y de servicios técnicos y administrativos vinculados con ésta: Decisión 94/922/CE de la Comisión, de 9 de noviembre de 1994 (asunto IV/M.469 — MSG Media Service) (DO L 364, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión MSG Media Service»); Decisión 1999/153/CE de la

Comisión, de 27 de mayo de 1998 (asunto IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere) (DO 1999, L 53, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión Bertelsmann/Kirch/Premiere»), y Decisión 1999/154/CE de la Comisión, de 27 de mayo de 1998 (asunto IV/M.1027 — Deutsche Telekom/BetaResearch) (DO 1999, L 53, p. 31; en lo sucesivo, «Decisión Deutsche Telekom/BetaResearch»).

- 144 La demandante considera que esta circunstancia demuestra, por sí sola, que los problemas de competencia que surgieron en estos mismos mercados en el marco del presente asunto y que presentan, en su opinión, similitudes con los tres precedentes, no son limitados ni fáciles de resolver.
- 145 Precisa que no sostiene que exista una identidad entre los hechos que originaron las tres decisiones de prohibición antes citadas y los que originaron la decisión de autorización impugnada en el presente asunto. Según la demandante, sin embargo, existe una identidad entre los efectos sobre la competencia que, en caso de autorización, habrían causado las operaciones de concentración prohibidas por las tres decisiones antes citadas y los causados por la operación de concentración autorizada por la Decisión impugnada.
- 146 La demandante apunta que las tres decisiones antes citadas y la Decisión impugnada en el presente asunto plantearon el mismo problema del reforzamiento de la posición dominante del grupo Kirch en los mercados de la televisión de pago y de la adquisición de derechos televisivos, así como en el de los servicios de televisión digital interactiva, que se analiza por primera vez en la Decisión impugnada.
- 147 Advierte de que el reforzamiento de la posición dominante del grupo Kirch aún se vio acentuada después de la adopción de las tres decisiones citadas, a través de la adquisición por KirchPayTV de la cadena de televisión de pago Premiere del grupo Bertelsmann y de Canal+ SA y mediante la transferencia de activos de la cadena de televisión digital de pago DF1 a Premiere.

148 En su opinión, la dificultad común en los cuatro casos consiste en apreciar correctamente el alcance de los servicios técnicos y administrativos para la televisión digital y, en tal contexto, el control ejercido por el grupo Kirch en la técnica de descodificación mediante el descodificador d-box.

149 Al respecto, la demandante observa que, en las Decisiones Bertelsmann/Kirch/Premiere (considerando 139) y Deutsche Telekom/BetaResearch (considerandos 64 y 78), las operaciones de concentración se declararon incompatibles con el mercado común, en particular, porque los compromisos propuestos por las empresas afectadas no podían impedir que el grupo Kirch controlara la técnica de descodificación. Por el contrario, en la Decisión impugnada en el caso de autos, la Comisión adoptó una posición radicalmente diferente al aceptar los compromisos que, sin embargo, no permitían impedir dicho control.

150 La demandante considera que este cambio radical de posición conduce a una de las dos conclusiones siguientes: o bien la Comisión tuvo, en el presente caso, dificultades para apreciar correctamente los problemas de competencia planteados por la operación de concentración, lo que implica que éstos no pueden identificarse fácilmente, o bien identificó correctamente los problemas de competencia planteados. En este segundo caso, el hecho de que se rechazaran los compromisos propuestos en los asuntos que desembocaron en las Decisiones Bertelsmann/Kirch/Premiere y Deutsche Telekom/BetaResearch, mientras que se aceptaron los propuestos en el presente asunto, que sin embargo son similares, permite concluir que, si bien pueden identificarse los problemas de competencia planteados por estos asuntos, no podían resolverse con facilidad.

151 En ambos casos, no se respetaron las condiciones que autorizan a la Comisión a aceptar los compromisos durante la primera fase del control de las concentraciones.

- 152 La demandante rechaza el argumento presentado tanto por KirchPayTV como por BskyB, según el cual las tres decisiones que precedieron a la del presente asunto representan una muestra de la experiencia adquirida por la Comisión en el análisis y resolución de los problemas de competencia que pueden plantear las operaciones de concentración en los mercados de que se trata y que, por tanto, y en contra de lo que defiende la demandante, constituyen un indicio de que, en el presente asunto, los problemas de competencia podían identificarse y resolverse con facilidad. A este respecto, la demandante se pregunta cómo pueden explicarse las partes coadyuvantes el hecho de que la Comisión considerara, en 1998, que el problema de reforzamiento de la posición dominante del grupo Kirch en el mercado de la televisión de pago en Alemania únicamente podía resolverse mediante la renuncia por parte de este grupo al control ejercido sobre el sistema de descodificación d-box, mientras que dos años más tarde y en condiciones de mercado idénticas estima, sin más motivación, que este problema también puede resolverse sin necesidad de tales compromisos.
- 153 La demandante se refiere, en segundo lugar, al hecho de que la Comisión debía resolver, en el caso de autos, la cuestión de si, a la vista de la existencia de una situación monopolística presente y del riesgo de una situación monopolística futura, puede mantenerse la apertura de los mercados para potenciales competidores futuros y evitar que otros operadores en estos mercados, obligados a recurrir a los servicios monopolizados por el desarrollo de sus propias actividades, se vean vinculados por el comportamiento de los titulares del monopolio. Concluye que los problemas de competencia planteados por la operación de concentración eran extremadamente complejos y, por tanto, no podían identificarse ni resolverse con facilidad.
- 154 En tercer lugar, la demandante alega que la complejidad de los problemas de competencia planteados resulta de las conclusiones de la propia Decisión impugnada. A este respecto, señala que la Comisión afirma en dos ocasiones, en los considerandos 51 y 80, que la operación de concentración plantea serias dudas respecto a su compatibilidad con el mercado común, puesto que amenaza, por una parte, con reforzar la posición dominante del grupo Kirch sobre el mercado de televisión de pago en Alemania (considerando 51) y, por otra parte, con crear una posición dominante o un monopolio en el futuro mercado de servicios de televisión digital interactiva (considerando 80).

- 155 En cuarto lugar, la demandante se refiere al número, a la complejidad y al carácter controvertido de los compromisos propuestos por las empresas afectadas, así como a las modificaciones de que han sido objeto durante el procedimiento.
- 156 Tras rechazar, a este respecto, el argumento de BSKyB de que cuanto más numerosos sean los compromisos de las empresas afectadas, más fácilmente podrán resolverse los problemas de competencia, la demandante considera, por el contrario, que cuantos más compromisos deban proponer las empresas afectadas para resolver los problemas de competencia, más difícil y compleja será su resolución.
- 157 Por último, la demandante rechaza el argumento de BSKyB según el cual la circunstancia de que ella sugiriera, en sus observaciones durante el procedimiento, compromisos que pudieran despejar las serias dudas respecto a la compatibilidad de la operación de concentración con el mercado común constituye un indicio de que los problemas de competencia planteados podían resolverse con facilidad. En efecto, por una parte, presentó sus propuestas únicamente con carácter subsidiario y porque la Comisión le solicitó expresamente que lo hiciera, mientras que, por el contrario, en sus observaciones, expuso sobre todo de forma muy detallada las razones por las que consideraba que la operación de concentración debía declararse necesariamente incompatible con el mercado común. Por otra parte, el argumento de BSKyB se basa en la premisa de que cualquier operación de concentración cuyos problemas de competencia puedan resolverse mediante compromisos implica necesariamente que estos problemas pueden solucionarse con facilidad. En su opinión, esta premisa es manifiestamente errónea. En efecto, si estuviera justificada, los compromisos presentados durante la primera fase del control, de ser aprobados, deberían serlo necesariamente durante esta misma fase, y por consiguiente el respeto al principio de proporcionalidad se opondría a la apertura de una segunda fase de control.
- 158 La Comisión considera que el motivo es inadmisibles en la medida en que la demandante no expone de forma suficientemente clara los argumentos de Derecho. En su opinión, la imputación no está motivada en absoluto, sino que se basa en una referencia vaga a la práctica relativa al control de las operaciones de concentración.

- 159 La Comisión y las partes coadyuvantes sostienen que el motivo es inadmisibile y que, en cualquier caso, carece de fundamento.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 160 Por lo que respecta al argumento de la Comisión de que el motivo es inadmisibile porque la demandante no expone de forma suficientemente clara su argumentación, por cuanto se limita a hacer una referencia vaga a la práctica relativa al control de las operaciones de concentración sin motivación alguna, procede señalar que, si bien es cierto que la demanda no es muy explícita, permite no obstante comprobar que la demandante sostiene el motivo relativo a la vulneración del artículo 6, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89. Por otra parte, la circunstancia de que la demandante no haya aportado suficientes pruebas en apoyo de su argumentación forma parte del examen sobre el fondo, no del de la admisibilidad.
- 161 La demandante sostiene, en esencia, que la Comisión no podía aprobar la concentración en el marco de la primera fase del procedimiento de examen, teniendo en cuenta los compromisos, en la medida en que los problemas de competencia no podían identificarse ni resolverse con facilidad.
- 162 A este respecto, debe recordarse con carácter preliminar que, en su versión inicial, el Reglamento n° 4064/89 no contenía ninguna disposición expresa relativa a la aceptación por la Comisión de compromisos durante la primera fase, pues el artículo 8, apartado 2, únicamente preveía la posibilidad de que la Comisión declarara una concentración compatible cuando los compromisos propuestos por las partes permitieran despejar las serias dudas en el marco de la segunda fase. El artículo 6, apartado 2, relativo a las decisiones de la primera fase, no contenía ninguna disposición equivalente, lo que parecía implicar que, cuando la Comisión consideraba que una concentración plantea serias dudas, no tenía otra elección

que iniciar la segunda fase. Sin embargo, a la vista, en particular, de los principios de proporcionalidad y celeridad que rigen el procedimiento de control de las concentraciones, la Comisión, en la práctica, aprobó varias operaciones de concentración en la primera fase, cuando los compromisos propuestos por las partes permitían resolver los problemas de competencia.

- 163 El Reglamento n° 1310/97 modificó el Reglamento sobre concentraciones, con el fin, entre otros, de introducir una disposición que previera expresamente la posibilidad de que la Comisión aprobara una concentración en la primera fase a la vista de los compromisos propuestos por las partes. El octavo considerando del Reglamento n° 1310/97 está redactado en los siguientes términos: «considerando que la Comisión tiene la facultad de declarar una operación de concentración compatible con el mercado común en la segunda fase del procedimiento, una vez que se hayan introducido compromisos de las partes que sean proporcionales al problema de competencia suscitado y lo eliminen por completo; que también es conveniente aceptar compromisos en la primera fase del procedimiento, en el caso de que el problema de competencia pueda ser identificado y resuelto con facilidad». En virtud del artículo 6, apartado 2, del Reglamento sobre concentraciones, en su versión modificada por el Reglamento n° 1310/97, relativo al examen que la Comisión realiza en la primera fase, «si la Comisión comprobara que, una vez modificada por las empresas afectadas, una operación de concentración notificada ya no plantea serias dudas en el sentido de la letra c) del apartado 1, podrá tomar la decisión de declarar que la operación es compatible con el mercado común, a tenor de lo dispuesto en la letra b) del apartado 1».

- 164 De ello se desprende que el presente motivo plantea dos cuestiones. La primera es si el artículo 6, apartado 2, únicamente permite, como sostiene la demandante, aceptar los compromisos en la primera fase cuando el problema de competencia pueda identificarse y resolverse con facilidad, de conformidad con el octavo considerando del Reglamento n° 1310/97, o si, como sostiene la Comisión, pueden aceptarse los compromisos desde la primera fase, aun cuando el problema no pueda identificarse ni resolverse con facilidad, cuando dichos compromisos permitan concluir que la concentración ya no plantea serias dudas, del mismo modo que en la segunda fase. La segunda cuestión, que se refiere, por el contrario, a la calificación jurídica de los hechos, consiste en si puede considerarse que el problema de competencia planteado por el proyecto de concentración controvertido puede identificarse y resolverse con facilidad.

- 165 El Tribunal de Primera Instancia considera que procede comenzar por el examen de la segunda cuestión.
- 166 En la demanda, la demandante se limita a alegar, en apoyo de este motivo, que la Comisión albergaba serias dudas y que, en el pasado, prohibió tres operaciones de concentración en los mercados de que se trata.
- 167 Este argumento basado en que la Comisión afirmó que la concentración planteaba serias dudas respecto a su compatibilidad con el mercado común carece manifiestamente de todo fundamento. Efectivamente, sólo cuando la Comisión considera que la concentración que examina plantea serias dudas solicita a las que propongan compromisos para despejar dichas dudas. Por definición, los compromisos siempre tienen por objeto despejar las serias dudas y hacer que el proyecto de concentración sea compatible con el mercado común. De ello se deduce que el hecho de que la Comisión albergara serias dudas no puede demostrar, en modo alguno, que los problemas de competencia planteados en el presente asunto no podían identificarse y resolverse con facilidad.
- 168 Por lo que respecta a la alegación de la demandante según la cual los problemas de competencia planteados por el proyecto de concentración controvertido no podían identificarse con facilidad, debe observarse que, en respuesta a la solicitud de información de la Comisión de 11 de enero de 2000, la demandante expresó su punto de vista, en virtud del cual, en particular, la concentración conduciría a un reforzamiento de la posición dominante de KirchPayTV en el mercado de la televisión de pago, de adquisición de derechos sobre los programas y de prestación de servicios técnicos relacionados con la televisión de pago y, a la vista de la estrecha relación existente entre la prestación de servicios de televisión de pago y los relativos a la prestación de servicios de televisión digital interactiva (terminal, guía de programación de televisión electrónica, servicio de acceso restringido), la posición dominante del grupo Kirch en Alemania constituía un importante obstáculo al acceso al mercado para todos los competidores potenciales en el mercado de servicios de televisión digital interactiva. De este modo, resulta que, en un plazo de tan sólo tres días, la demandante pudo

identificar los principales problemas de competencia potenciales que la Comisión señaló precisamente también en la Decisión impugnada. En tales circunstancias, la demandante no puede afirmar que el proyecto de concentración planteaba problemas de competencia que no podían identificarse con facilidad.

- 169 Por lo que respecta a la circunstancia de que la Comisión ya adoptó en el pasado tres decisiones de prohibición de operaciones de concentración en los mercados controvertidos, es preciso señalar, en primer lugar, que todas las operaciones de concentración deben examinarse en función de su propio impacto sobre el mercado. De este modo, la misma operación de concentración, nuevamente notificada después de haber sido prohibida, puede, en su caso, autorizarse si las condiciones del mercado han evolucionado de tal manera que ya no resulta incompatible con el mercado común. Por consiguiente, una comparación entre distintos casos de concentración sólo puede ser pertinente, en su caso, cuando se demuestre que plantea los mismos problemas de competencia y afecta a mercados o condiciones que no han evolucionado y que presentan las mismas características.
- 170 De ello resulta que la mera alegación, sin mayores precisiones, de que la Comisión ya prohibió otras concentraciones en los mercados de la televisión en Alemania no puede demostrar que la Comisión no podía aceptar los compromisos en la primera fase en el marco de la concentración controvertida. Ya sólo por esta razón procede desestimar el motivo de la demandante.
- 171 Por otra parte, procede señalar que las decisiones invocadas por la demandante no son pertinentes en la medida en que afectan a distintas partes y no pueden compararse los mercados de que se trata y los problemas de competencia planteados.
- 172 Ciertamente, la Decisión Bertelsmann/Kirch/Premiere se refería, como en el caso de autos, al mercado de la televisión de pago en Alemania, pero tenía por objeto una concentración entre las dos únicas empresas que operaban en el mercado

alemán, Bertelsmann y Kirch, mientras que la presente Decisión afecta a la participación de la empresa activa en el mercado británico de la televisión de pago, BSkyB, en una empresa que opera en el mercado alemán. Puesto que ninguna de las partes discute que los mercados de la televisión de pago deben delimitarse desde un punto de vista nacional, o al menos lingüístico, la concentración controvertida no implica ningún solapamiento de cuotas de mercado, sino únicamente el reforzamiento de la posición dominante de KirchPayTV como resultado de la inversión de capital de BSkyB. De ello se desprende que los problemas de competencia planteados en estos dos asuntos no son comparables.

- 173 La Decisión Deutsche Telekom/BetaResearch no afectaba a los mismos mercados que se examinan en el presente asunto. La operación, que estaba relacionada con la que fue objeto de la Decisión Kirch/Bertelsmann/Premiere, daba a Deutsche Telekom el acceso a la tecnología del descodificador de Kirch para alimentar sus redes de cable, convirtiéndola así en la única disponible en el mercado alemán, tanto vía satélite como por cable, de forma que Deutsche Telekom, operador dominante en el sector del cable, podría bloquear la aparición en dicho sector de cualquier competidor a la plataforma digital ofrecida vía satélite por Premiere.
- 174 La Decisión MSG Media Service se refería a la creación de una posición dominante en el mercado de servicios técnicos para la televisión de pago en Alemania, que también habría supuesto la aparición de una posición dominante en el mercado de la televisión de pago. Por tanto, tampoco es comparable a la Decisión impugnada en el caso de autos, relativa a un mejor acceso a los medios económicos.
- 175 La alegación que la demandante hace en la fase de réplica, según la cual los hechos en los tres asuntos eran, ciertamente, diferentes a los del caso de autos, pero los efectos de estas concentraciones sobre la competencia habrían sido idénticos a los del presente asunto si hubieran sido autorizadas, no hace sino confirmar que los problemas planteados en los asuntos de que se trata no son comparables. De este modo, las concentraciones en estos tres asuntos tenían por efecto crear monopolios reuniendo las diferentes actividades competidoras o complementarias de los participantes, mientras que, en el caso de autos, el problema resulta del reforzamiento de la posición de KirchPayTV como resultado de las inversiones económicas de BSkyB.

176 En cualquier caso, la Comisión no adoptó estas tres decisiones de prohibición porque los problemas de competencia no pudieran identificarse ni resolverse con facilidad mediante los compromisos en la primera fase, ni la demandante afirma que haya sido así. En efecto, estas decisiones se adoptaron tras la segunda fase, no porque los problemas no pudieran identificarse ni resolverse con facilidad, sino porque los compromisos propuestos por las partes no bastaban para despejar las serias dudas ni para hacer la concentración compatible con el mercado común. Pues bien, tal como subrayó la propia demandante, no debe confundirse el presente motivo con la cuestión, debatida en el marco del tercer motivo, de si los compromisos propuestos y recogidos en la Decisión impugnada son suficientes.

177 Lejos de demostrar que los problemas de competencia planteados en el caso de autos no podían identificarse ni resolverse con facilidad, las tres decisiones invocadas por la demandante muestran, por el contrario, que la Comisión conocía profundamente el sector. Ciertamente, como acaba de recordarse, las repercusiones de estos tres proyectos de concentración sobre las condiciones de competencia eran diferentes a las del presente asunto, pero estas tres decisiones anteriores ya ofrecieron a la Comisión la oportunidad de examinar los problemas de competencia en los mercados alemanes de la televisión de pago, de los servicios técnicos y de los derechos de retransmisión de películas y de acontecimientos deportivos.

178 A la vista de la rica experiencia obtenida por la Comisión de estos asuntos precedentes, así como de una serie de decisiones de la Comisión que la demandante no cita, entre las que se halla, en particular, el asunto *British Interactive Broadcasting/Open* (asunto IV/36.539), relativo a la creación de una empresa en participación para prestar en el Reino Unido servicios de televisión digital, en la que participaban, a la vez, el operador de televisión de pago BSkyB, con su dominio de los derechos de difusión y de servicios técnicos relacionados con el descodificador, y el operador dominante en el sector de las telecomunicaciones, British Telecom, el argumento basado en el carácter técnico de la materia carece de fundamento. Además, es preciso observar que el carácter extremadamente técnico de la cuestión y el hecho de que los compromisos sean voluminosos y complejos no excluyen por sí mismos que las serias dudas que la Comisión alberga sobre la compatibilidad de la operación con el mercado común

puedan despejarse con facilidad. Por otra parte, si un ámbito técnico puede, ciertamente, parecer complejo a primera vista para un profano en la materia, no ocurre necesariamente lo mismo con los profesionales del sector, entre los que destacan, evidentemente, las partes afectadas y los terceros interesados que pueden perfectamente informar a la Comisión, si fuera necesario. Además, el Reglamento no establece distinción alguna entre las operaciones de concentración según el ámbito al que pertenezcan.

179 Asimismo, no puede extraerse ningún argumento del elevado número de compromisos presentados por las partes, pues éste podría indicar también que permitieron solucionar todos los aspectos de los problemas de competencia planteados por el proyecto de concentración.

180 Por último, el argumento de la demandante basado en la posición dominante de KirchPayTV o, más en general, el grupo Kirch, no está demostrado. Efectivamente, el grado de dominio no constituye, por sí solo, la prueba de que no pueda resolverse el problema con facilidad.

181 De todo lo que precede resulta que, sin que sea necesario pronunciarse sobre si los compromisos sólo pueden aceptarse durante la primera fase en el caso de que los problemas de competencia pueden identificarse y resolverse con facilidad o si es suficiente que permitan despejar las serias dudas que plantea la concentración, debe desestimarse el segundo motivo, puesto que no se ha demostrado que la Comisión haya cometido un error manifiesto al considerar que el problema podía identificarse y resolverse con facilidad.

3. Sobre el tercer motivo, basado en la insuficiencia de los compromisos

182 La demandante sostiene que los compromisos aceptados por la Comisión son insuficientes para disipar las serias dudas respecto a la compatibilidad de la

operación de concentración con el mercado común. En apoyo de este motivo, formula observaciones comunes a todos los compromisos, observaciones específicas de diversos compromisos y observaciones basadas en la falta de determinados compromisos supuestamente indispensables.

Observaciones comunes a todos los compromisos

Alegaciones de las partes

183 En primer lugar, la demandante expone que el control de las concentraciones debe aportar un valor añadido frente a la vigilancia general de los abusos de posición dominante prevista en el artículo 82 CE, a saber, no sólo evitar el abuso de una posición dominante, sino también impedir que se cree o se refuerce esta propia posición dominante [véase, en este sentido, el considerando 137 de la Decisión 2001/98/CE de la Comisión, de 13 de octubre de 1999, por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común y con el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (asunto IV/M.1439 — Telia/Telenor) (DO 2001, L 40, p. 1)].

184 Concluye de ello que un compromiso que únicamente tiene por objeto la promesa de no abusar de una posición dominante no permite que el control de las concentraciones aporte un valor añadido frente a la vigilancia prevista en el artículo 82 CE. En efecto, dicho compromiso sólo pretende evitar que tengan lugar comportamientos que, de todos modos, se prohíben en el artículo 82 CE, a saber, la explotación abusiva de una posición dominante, pero no puede impedir que se cree o se refuerce esta posición dominante, lo cual constituye, sin embargo, la finalidad del control de las concentraciones.

- 185 Para poder cumplir su objetivo, es necesario que los compromisos propuestos por las partes sean el reflejo exacto de los problemas de competencia planteados por la operación de concentración.
- 186 La demandante considera que los compromisos propuestos constituyen únicamente promesas de no abusar de las posiciones dominantes que la Comisión ha constatado, pero no pueden impedir que se creen o se refuercen estas posiciones dominantes. De ello deduce que no podían disipar las serias dudas de la Comisión respecto a la compatibilidad de la operación de concentración con el mercado común. Por consiguiente, la Comisión no debió aceptarlas, sino iniciar la segunda fase del control.
- 187 La demandante rechaza el argumento de KirchPayTV basado en que los compromisos vinculan a las empresas del grupo Kirch, en el caso de autos, BetaDigital, Gesellschaft für digitale Fernsehdienste GmbH (en lo sucesivo, «BetaDigital»), y BetaResearch, Gesellschaft für die Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen GmbH (en lo sucesivo, «BetaResearch»), que no se encuentran por sí mismas en una posición dominante en los mercados en los que actúan, de forma que el objeto de los compromisos va más allá de la promesa de no abusar de una posición dominante.
- 188 A este respecto, la demandante reconoce, por lo que se refiere a BetaDigital, que la posición de ésta, que explota la plataforma técnica de difusión vía satélite del grupo Kirch, se ve debilitada por la importancia, en Alemania, de la difusión por cable, en comparación con la difusión vía satélite. Considera, no obstante, que es preciso tener en cuenta que la plataforma técnica de difusión por cable es explotada por una empresa que no forma parte del grupo Kirch, a saber, MSG MediaServices GmbH, filial de Deutsche Telekom, pero que utiliza la técnica de decodificación de BetaResearch, que forma parte del grupo Kirch. Considera que, en aras de una apertura de los mercados de la televisión de pago en Alemania y de los servicios de televisión interactiva digital y, por consiguiente, de servicios cuya difusión sólo puede hacerse de forma razonable mediante dos modos de transmisión, el cable y el satélite, simultáneamente, habría sido indispensable controlar que esta técnica de decodificación no se utilice de forma exclusiva por MSG MediaServices GmbH.

- 189 En segundo lugar, la demandante alega que los compromisos son contrarios a la Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables, en la que la Comisión, interpretando la sentencia Gencor/Comisión, antes citada, afirma que los compromisos deben poder ejecutarse efectivamente y en un plazo reducido. Los compromisos no deben requerir ulterior control una vez aplicados (punto 10). Pues bien, en el caso de autos, y en contra de dicho principio, los compromisos necesitan un control a medio o largo plazo.
- 190 En tercer lugar, la demandante observa que los compromisos sólo vinculan al grupo Kirch. Pues bien, BSkyB puede obtener el control único de KirchPayTV, respetando determinadas condiciones, y ocupar así una posición dominante sin estar vinculada a cambio por los compromisos que constituyen el objeto de la Decisión impugnada.
- 191 La Comisión y las partes coadyuvantes sostienen que estos motivos carecen de fundamento.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 192 Es preciso recordar, con carácter preliminar, que, en virtud del artículo 6, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89, si la Comisión comprueba que, una vez propuestos los compromisos por las empresas afectadas, una operación de concentración ya no plantea serias dudas, podrá tomar la decisión de declarar que dicha operación es compatible con el mercado común, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letra b). Dado que el Reglamento pretende impedir la creación o el reforzamiento de estructuras de mercados que pueden obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común, los compromisos propuestos deben despejar las serias dudas que, según la Comisión, plantea la operación de concentración controvertida a este respecto.

- 193 Tal como se desprende de la jurisprudencia, la Comisión únicamente puede aceptar compromisos que impidan que se cree o se refuerce la posición dominante que ha identificado en el marco de su análisis de la operación de concentración. Para verificar si se respeta este criterio, es preciso examinar los compromisos individualmente, sin que quepa preguntarse si el compromiso puede calificarse de compromiso de comportamiento o estructural. Si bien los compromisos de carácter estructural son en principio preferibles a los compromisos de comportamiento, puesto que impiden definitivamente, o al menos de manera duradera, que aparezca o se refuerce la posición dominante, sin requerir medidas de control a medio o largo plazo, no obstante, no puede excluirse *a priori* que compromisos que a primera vista sean de comportamiento, como el acceso a una infraestructura esencial en condiciones no discriminatorias, puedan también impedir que aparezca o se refuerce una posición dominante (sentencia Gencor/Comisión, antes citada, apartado 319).
- 194 Por otra parte, habida cuenta de las apreciaciones económicas complejas que debe efectuar la Comisión en el ejercicio de la facultad de apreciación de que goza para evaluar los compromisos propuestos por las partes de la concentración, para obtener la anulación de una decisión por la que se aprueba una concentración alegando que los compromisos eran insuficientes para disipar las serias dudas corresponde a la parte demandante demostrar la existencia de un error manifiesto de apreciación por parte de la Comisión (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de abril de 2003, Royal Philips Electronics/Comisión, T-119/02, Rec. p. II-1433, apartado 78).
- 195 Es preciso examinar el motivo basado en la insuficiencia de los compromisos a la luz de estos principios.
- 196 En el caso de autos, la afirmación de la Comisión según la cual la operación de concentración controvertida amenaza con reforzar la posición dominante del grupo Kirch en el mercado alemán de la televisión de pago y crear una posición dominante de este grupo en el mercado futuro de servicios de televisión digital

interactiva se basa en la existencia de un obstáculo al acceso por parte de terceros a dicho mercado. La demandante no discute las serias dudas descritas en la Decisión impugnada ni considera que la concentración plantea otras dudas serias, sino que únicamente sostiene que los compromisos eran insuficientes para eliminar dichas dudas.

197 Para despejar estas serias dudas, la Comisión exigió y aceptó un importante paquete de compromisos. El objetivo de estos compromisos consistía en resolver los problemas de competencia identificados, disminuyendo así los obstáculos al acceso al mercado por lo que respecta a la oferta de servicios de televisión a abonados e impedir que KirchPayTV utilice en su provecho su supuesto dominio en el mercado de dichos servicios en el marco de las actividades que ejerce en el mercado de servicios de televisión digital interactiva. En esencia, la primera parte de estos compromisos hace referencia al libre acceso al mercado de los vendedores de programas (compromisos n^{os} 1 a 5). La segunda parte de los compromisos pretende reducir los umbrales de acceso al mercado de los operadores de plataformas técnicas y ofrecer, así, posibilidades suplementarias de difusión de programas mediante plataformas competidoras (compromisos n^{os} 6 a 10). De este modo resulta, a primera vista, que el paquete de compromisos tiene por efecto reducir los umbrales de acceso al mercado y despejar así las serias dudas planteadas por el reforzamiento de la posición de KirchPayTV que resulta de la operación de concentración.

198 En el marco de la primera parte, la demandante alega tres motivos generales relativos al conjunto de los compromisos.

199 En primer lugar, por lo que respecta al motivo basado en que los compromisos constituyen tan sólo meras promesas de no abusar de las posiciones dominantes comprobadas por la Comisión, debe observarse, en primera línea, que si bien los compromisos presentan más bien naturaleza de comportamiento, poseen sin embargo un carácter estructural, pues pretenden resolver un problema estructural, el del acceso de terceros al mercado. De este modo, la Comisión pudo razonablemente concluir que la celebración de acuerdos Simulcrypt, la apertura a terceros de la interfaz de programación del descodificador d-box, la realización

del estándar DVB-MHP y la concesión de licencias por lo que respecta a la tecnología del descodificador d-box y a su fabricación permiten y refuerzan la competencia de forma consecuente, en los diferentes niveles de la infraestructura digital. De ello se desprende que no pueden calificarse los compromisos de simples compromisos de comportamiento incapaces de resolver los problemas de competencia identificados por la Comisión.

- 200 En la medida en que, tal como se ha indicado anteriormente, los compromisos implican la apertura a la competencia de la estructura de difusión digital en los diferentes niveles, tienen un alcance mucho más amplio que la simple prohibición de abusar de una posición dominante.
- 201 Debe precisarse, a continuación, que la cuestión no estriba en determinar si las obligaciones que resultan de los compromisos se derivan supuestamente del artículo 82 CE, sino más bien si dichos compromisos pueden resolver los problemas planteados por la concentración. Ahora bien, es preciso señalar que, en su escrito de demanda, la demandante no cuestiona de forma abstracta que los compromisos sean apropiados y que no examina su proporcionalidad respecto a los problemas de competencia que la Comisión ha identificado claramente.
- 202 Por otra parte, la demandante no demuestra que los compromisos no aporten un valor añadido frente a la vigilancia general de los abusos de posición dominante en el sentido del artículo 82 CE. Efectivamente, en el marco de la vigilancia general de los abusos de posición dominante con arreglo al artículo 82 CE, la prueba de una posición dominante en el mercado controvertido y de un abuso de ésta debe ser aportada por la Comisión y por terceros. Por el contrario, los compromisos impuestos como condición para emitir una decisión de aprobación de una concentración tienen por efecto transferir la carga de la prueba de su respeto a las empresas participantes en la operación controvertida. De esta forma, los compromisos se inscriben más allá de la vigilancia general prevista en el artículo 82 CE.

203 A este respecto, debe señalarse, además, que a falta de compromisos, sería necesario incoar un procedimiento nacional o comunitario en virtud del artículo 82 CE, de resultado incierto y, en cualquier caso, más difícil de imponer. Los operadores jurídicos se verían enfrentados, de este modo, a una mayor inseguridad jurídica. Por el contrario, los compromisos imponen obligaciones detalladas que deben cumplirse en breves plazos, cuyo respeto está garantizado por un procedimiento de arbitraje efectivo y vinculante que invierte la carga de la prueba en perjuicio del grupo Kirch. Así, los compromisos ofrecen una seguridad jurídica mucho mayor que el artículo 82 CE.

204 Asimismo, es necesario señalar que la demandante tampoco ha demostrado que se reúnan los requisitos de aplicación del artículo 82 CE.

205 De este modo, si bien de la Decisión se desprende que KirchPayTV ocupa una posición dominante en el mercado alemán de la televisión de pago, la demandante no ha demostrado ni siquiera alegado en qué medida ha abusado de esta posición dominante. Por el contrario, el paquete de compromisos permitirá reducir considerablemente, desde el principio, los obstáculos a la entrada de terceros tanto en el mercado de la televisión de pago como en los mercados adyacentes.

206 Igualmente, tal como subraya acertadamente KirchPayTV, los compromisos vinculan a determinadas empresas del grupo Kirch que ejercen sus actividades en otros mercados distintos a los previstos en la Decisión impugnada y que no se ha demostrado que se encuentren en una posición dominante en los mercados controvertidos ni en los mercados en los que actúan.

207 Así, los compromisos n^{os} 1 a 3 se dirigen a BetaDigital, que explota la plataforma técnica de difusión vía satélite del grupo Kirch mediante la que se difunden los programas de KirchPayTV y los de otros organismos de radiodifusión. Puesto que la difusión vía satélite es mucho más débil en Alemania que la difusión por cable y dado que la plataforma técnica de difusión por cable es explotada por una

empresa que no forma parte del grupo Kirch, a saber, MSG MediaServices GmbH, filial de Deutsche Telekom, no parece, a primera vista, que BetaDigital disfrute de una posición dominante en el mercado de servicios técnicos.

- 208 La demandante tampoco ha demostrado que las características del mercado controvertido y la posición que las empresas del grupo Kirch ocupan en él sean tales que, en el presente asunto, se cumplan los requisitos restrictivos exigidos para aplicar la jurisprudencia relativa a las infraestructuras esenciales ni, a fortiori, que habrían permitido imponerles, en tal concepto, obligaciones o sanciones que pudieran facilitar, en la misma medida que los compromisos, la apertura de los mercados a la competencia.
- 209 Por otra parte, la sanción del incumplimiento de las obligaciones en el marco de los compromisos es más eficaz que en el caso de las obligaciones legales derivadas del artículo 82 CE. Efectivamente, del artículo 8, apartado 5, del Reglamento nº 4064/89 se desprende que la Comisión puede revocar la decisión adoptada si las empresas interesadas incumplen la carga que acompaña a dicha decisión. El artículo 82 CE no prevé una sanción de estas características.
- 210 Por lo que respecta, en segundo lugar, al argumento según el cual los compromisos no pueden aceptarse porque imponen un control a medio plazo, es preciso señalar que la Comunicación sobre las soluciones aceptables no posee la importancia y el alcance que le otorga la demandante.
- 211 En el punto 10 de la Comunicación sobre las soluciones aceptables, la Comisión, tras afirmar que una vez realizada la concentración, las condiciones idóneas de competencia en el mercado no pueden restablecerse realmente hasta que se cumplan los compromisos, prevé que los compromisos deben poder ejecutarse efectivamente y en un plazo reducido y que no deben requerir ulterior control una vez aplicados. Esta precisión no tiene por objeto prohibir cualquier control por parte de la Comisión de la ejecución de los compromisos, sino garantizar que

éstos son aptos para resolver los problemas de competencia planteados por la operación de concentración de forma que, tras su aplicación, no requieran un ulterior control por parte de la Comisión.

- 212 Pues bien, en el presente asunto, debe señalarse que los compromisos prevén una serie de medidas precisas para abrir el acceso a los diferentes mercados y un procedimiento de arbitraje vinculante en caso de que surjan dificultades en la ejecución.
- 213 En tercer lugar, por lo que respecta al argumento en virtud del cual el acuerdo notificado preveía asimismo el control único de KirchPayTV por BSKyB, basta con recordar que la Decisión impugnada se refiere exclusivamente a la adquisición en control conjunto de KirchPayTV por BSKyB y Kirch. La toma de control de KirchPayTV únicamente por BSKyB constituye un nuevo proyecto de concentración que debe ser notificado a la Comisión y someterse a un nuevo examen.
- 214 De lo que precede resulta que deben desestimarse los motivos formulados en el marco de la primera parte.

Observaciones específicas relativas a determinados compromisos

Acceso de terceros a la plataforma Kirch (compromisos n^{os} 1 a 3)

— Alegaciones de las partes

- 215 La demandante considera que los compromisos de permitir a los terceros interesados acceder a la plataforma técnica del grupo Kirch y, por consiguiente,

de ofrecer los servicios técnicos en condiciones equitativas, apropiadas y no discriminatorias, constituyen tan sólo la repetición de la obligación legal a la que está sometida, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cualquier empresa que ocupa una posición dominante en el mercado y que suministra equipamientos que otras empresas necesitan para poder ejercer su actividad económica. A este respecto, la demandante recuerda que cuando el proveedor de una infraestructura indispensable para la prestación de otros servicios en mercados subordinados se halla en posición dominante, y el resto de los operadores no pueden reproducir esta infraestructura con un coste económicamente defendible, tiene la obligación de permitir a estos últimos el acceso a la infraestructura de que se trata (sentencias del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comisión, asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. p. I-743, apartados 48 y siguientes, y de 26 de noviembre de 1998, Bronner, C-7/97, Rec. p. I-7791, apartados 23 y siguientes).

- 216 Por tanto, considera que el único efecto de estos compromisos es hacer más difícil el abuso, por KirchPayTV, de su posición dominante, sin cuestionar, sin embargo, el reforzamiento de esta posición dominante creada por la operación de concentración. Por consiguiente, son insuficientes.
- 217 La demandante añade que los compromisos implican, a medio y largo plazo, un control posterior de la Comisión, que es contrario a la sentencia Gencor/Comisión, antes citada, y a la Comunicación sobre las soluciones aceptables.
- 218 Rechaza la alegación de KirchPayTV según la cual el mercado de servicios técnicos no resulta afectado por la operación de concentración. En efecto, considera que esta alegación se contradice con el hecho, reconocido por KirchPayTV, de que, al permitir a los competidores potenciales el acceso a los servicios técnicos ofrecidos por el grupo Kirch, los compromisos tienen por objeto resolver los problemas de competencia planteados por la operación de concentración. De este modo, KirchPayTV reconoce implícitamente que la apertura del mercado de servicios técnicos posee una importancia capital para garantizar el acceso de los competidores potenciales a los mercados de la televisión de pago y de servicios de televisión digital interactiva.

219 La Comisión y las partes coadyuvantes consideran que el motivo carece de fundamento.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

220 La demandante alega, en esencia, que los compromisos por los que se pretende permitir a los terceros interesados acceder a la plataforma técnica del grupo Kirch constituyen tan sólo la aplicación de la obligación que el artículo 82 CE impone a cualquier empresa que ocupa una posición dominante en el mercado de poner sus servicios técnicos a disposición de terceros para permitirles actuar en competencia con ella. Por tanto, niega la suficiencia de los compromisos.

221 Estos tres primeros compromisos del grupo Kirch pretenden otorgar a los proveedores de contenidos acceso al mercado de la televisión de pago y de servicios de televisión digital interactiva. Garantizan el acceso, en condiciones equitativas, apropiadas y no discriminatorias, a la plataforma técnica por satélite del grupo Kirch, para que puedan recibirse sus servicios digitales a través del d-box. A este respecto, por consiguiente, los tres compromisos tienen un efecto estructural. No se reducen a una promesa de no abusar de una posición dominante en el sentido del artículo 82 CE y no resultan, como tales, inapropiados para resolver los problemas de competencia que plantea el proyecto de concentración en el presente asunto.

222 Por otra parte, es preciso señalar que los diferentes servicios se ofrecen de forma separada, que existe la obligación de llevar una contabilidad distinta para cada servicio y de permitir el acceso de terceros a la contabilidad en un plazo de dos semanas, que el grupo Kirch está obligado a revelar los precios y las condiciones de venta y que está sometido a una obligación de cooperación y a una obligación de conceder el mismo trato a terceros que a las empresas del grupo.

- 223 Asimismo, los compromisos vinculan a determinadas empresas del grupo Kirch que ejercen sus actividades en mercados distintos a los previstos en la Decisión impugnada, sin que se haya demostrado que estas empresas ocupen una posición dominante en el mercado de que se trata ni en los mercados en los que actúan. Por tanto, estas empresas no se hallan comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 82 CE. Por consiguiente, no puede aceptarse que el fin perseguido por los compromisos sea no vulnerar el artículo 82 CE.
- 224 Esta conclusión no se ve menoscabada por el hecho de que el artículo 82 CE también cubre, en casos excepcionales, problemas de competencia de carácter estructural, como los que dieron lugar a los compromisos (sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can/Comisión*, 6/72, Rec. p. 215; *RTE e ITP/Comisión*, antes citada, apartados 48 y siguientes, y *Bronner*, antes citada, apartados 23 y siguientes).
- 225 De la jurisprudencia citada se desprende que únicamente es concebible un abuso cuando la denegación de acceso a una infraestructura esencial para la prestación de otros servicios en los mercados subordinados tiene por efecto la supresión de toda competencia en el mercado descendente sin que exista para ello una justificación objetiva.
- 226 En el presente asunto, la demandante no ha demostrado que Kirch disponga de una infraestructura tal que le imponga el respeto de dichas obligaciones.
- 227 Por el contrario, debe señalarse que, por una parte, la transmisión de señales digitales puede llevarse a cabo por redes de cable o bien por satélite. El proyecto FUN tiene precisamente como finalidad desarrollar una plataforma alternativa, pero que únicamente será operacional para la retransmisión vía satélite. Pues bien, la Decisión impugnada afirma, en su considerando 62, que, en Alemania, la transmisión vía satélite no es comparable a la transmisión por cable, en la medida en que el operador de televisión que solamente utiliza la primera no llega más que

a un tercio de los hogares. Por otra parte, en materia de transmisión por cable, Kirch únicamente posee la tecnología utilizada en las redes de cable que pertenecen a Deutsche Telekom.

228 De todo lo anterior resulta que debe desestimarse el motivo.

Apertura del acceso al sistema d-box de Kirch a las aplicaciones de terceros (compromiso n° 4)

— Alegaciones de las partes

229 La demandante alega, en primer lugar, que la apertura del acceso al sistema d-box de Kirch a las aplicaciones de terceros constituye tan sólo la repetición de una obligación legal que, con arreglo a la jurisprudencia relativa al artículo 82 CE, existe en cualquier modo. A este respecto, alega que, dado que, tal como se desprende de la Decisión impugnada (considerandos 61 y siguientes), el sistema d-box ya implica una posición de monopolio, está sometido de todas formas al control general de abuso de posición dominante previsto en el artículo 82 CE. Añade que el compromiso controvertido no contiene la obligación absoluta de permitir el acceso, sino que está sometido a la reserva de que Kirch y los terceros alcancen un acuerdo sobre las condiciones equitativas, apropiadas y no discriminatorias. Por consiguiente, este compromiso establece únicamente un control de comportamiento constante como el que ya existe, de conformidad con el artículo 82 CE, para las empresas que ocupan una posición dominante, sin ofrecer, a este respecto, un valor añadido a los terceros.

230 En segundo lugar, la demandante expone que únicamente habría bastado que Kirch cediera su control del sistema d-box.

231 A este respecto alega, por una parte, que el compromiso no varía el hecho de que Kirch conserva el control sobre el desarrollo tecnológico del sistema d-box. Sobre esta cuestión, observa que, en las Decisiones Bertelsmann/Kirch/Premiere (considerandos 37 a 39) y Deutsche Telekom/BetaResearch (considerandos 56 a 61), la Comisión declaró que las operaciones de concentración controvertidas eran incompatibles con el mercado común con el fin, en particular, de impedir que la tecnología del sistema d-box se convirtiera en el único estándar digital utilizado en el espacio de lengua alemana, lo que implicaría que cualquier otro explotador potencial de un sistema de control de acceso dependería de la política en materia de licencias de la empresa BetaResearch, que forma parte del grupo Kirch. El acuerdo controvertido no ha puesto fin, precisamente, al control de Kirch sobre la infraestructura tecnológica y a la consecuencia que de ello se deriva, a saber, que los terceros dependen de la concesión de una licencia por parte del grupo Kirch. A este respecto, la demandante recuerda que en las Decisiones Bertelsmann/Kirch/Premiere (considerando 139) y Deutsche Telekom/BetaResearch (considerando 64), la Comisión rechazó compromisos comparables a los del presente asunto, debido a que no podían cuestionar el control del grupo Kirch sobre la tecnología del sistema d-box.

232 En este orden de ideas, la demandante rechaza el argumento de la Comisión según el cual las Decisiones Bertelsmann/Kirch/Premiere y Deutsche Telekom/BetaResearch no son comparables con el presente asunto. Si bien dichos asuntos son diferentes del presente por lo que respecta a los hechos, no lo son respecto a los problemas de competencia que se plantean, que adoptan la misma forma en todos estos casos.

233 Por otra parte, la demandante observa que el compromiso no respeta los criterios que la Comisión estableció en su Comunicación sobre las soluciones aceptables. Recuerda que, en dicha Comunicación, se afirmaba que «cuando el problema de competencia obedezca al control de tecnologías clave, la solución preferible es la cesión de dichas tecnologías, pues excluye una relación duradera entre la entidad combinada y sus competidores. No obstante, la Comisión puede aceptar acuerdos de licencia (preferiblemente licencias exclusivas sin ningún ámbito de restricciones a su uso por parte del licenciataria) como alternativa a la cesión, en caso de que ésta impida una investigación eficaz y continuada [...]» (apartado 29).

- 234 La demandante concluye que, en el presente caso, el problema de la posición dominante de KirchPayTV en los mercados de televisión de pago y de servicios de televisión digital interactiva únicamente habría podido resolverse, en principio, si el grupo Kirch hubiese cedido completamente el control sobre la tecnología de descodificación, esencial para poder acceder a estos mercados, lo que habría implicado la cesión, por el grupo Kirch, del control de la empresa BetaResearch. Añade que las partes en la operación de concentración no han presentado en ningún momento argumentos que justifiquen una excepción al principio recogido en la Comunicación sobre las soluciones aceptables y, en particular, a la hipótesis que ésta prevé de que la cesión puede impedir las investigaciones en curso.
- 235 Por último, la demandante rechaza el argumento de KirchPayTV según el cual el compromiso permite a los terceros prestar sus servicios mediante el d-box sin estar obligados a obtener, previamente, una licencia o una autorización del grupo Kirch. Afirma que, en efecto, el compromiso no cubre la técnica de control de acceso y, por tanto, no cuestiona la necesidad técnica de los terceros de celebrar un acuerdo con Kirch sobre la aplicación de esta técnica, en el presente asunto los acuerdos Simulcrypt. Esta consecuencia habría podido evitarse si, como solicitó la demandante durante el procedimiento administrativo, el grupo Kirch hubiera aceptado la instalación en el d-box de una interfaz común, propuesta que, sin embargo, este último rechazó de forma vehemente.
- 236 La Comisión y las partes coadyuvantes consideran que el motivo carece de fundamento.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 237 La demandante sostiene que la apertura del acceso al sistema d-box no es suficiente. Alega que, dado que el sistema d-box ya implica una posición de

monopolio, está sometido de todas formas al control general de abuso de posición dominante previsto en el artículo 82 CE. Además, expone que únicamente habría bastado que Kirch cediera su control del sistema d-box.

- 238 Conviene señalar que el control ejercido por Kirch sobre la infraestructura tecnológica no se ve modificado por el proyecto de concentración.
- 239 Es preciso recordar que, mediante este cuarto compromiso, Kirch garantiza que la interfaz que permite las aplicaciones (el sistema d-box) estará abierta a terceros, permitiendo de este modo la emisión de otras aplicaciones, como las guías de programas.
- 240 Es necesario señalar que la demandante no explica las razones por las que únicamente habría bastado que Kirch cediera su control del sistema d-box para eliminar las dudas planteadas por la concentración.
- 241 Además, debe recordarse que el mercado de la tecnología de descodificación digital no se ve afectado por la operación de concentración. Por otra parte, dado que el compromiso permite a terceros prestar sus servicios a través del d-box, sin necesidad de ningún tipo de licencia o autorización del grupo Kirch, el control de este sistema, incluido su desarrollo posterior, no puede obstaculizar el acceso de terceros a los mercados de la televisión de pago y de los servicios de televisión digital interactiva.

242 Por lo que respecta al argumento de la demandante según el cual el compromiso constituye tan sólo la repetición de una obligación legal que se deriva del artículo 82 CE, procede desestimarlos por las razones que ya se han expuesto.

243 Por consiguiente, debe desestimarse el motivo relativo a este compromiso.

244 Esta conclusión no se ve cuestionada por el argumento de la demandante según la cual la Comisión rechazó compromisos comparables a los del presente asunto, en sus decisiones Bertelsmann/Kirch/Premiere y Deutsche Telekom/BetaResearch, porque no podían menoscabar el control del grupo Kirch sobre la tecnología del sistema d-box. En efecto, tal como se ha expuesto anteriormente, la operación de concentración de que se trata y los problemas de competencia que provoca no pueden compararse con los que fueron objeto de estas tres decisiones.

245 Por lo demás, para determinar si la Comisión ha cometido un error manifiesto de apreciación es preciso comprobar si ésta podía considerar que el conjunto de los compromisos propuestos permite solucionar los problemas de competencia identificados y no determinar si se juzgó insuficiente un compromiso, considerado de forma aislada, en otra operación de concentración. En el presente asunto, la Comisión concluyó, al finalizar la fase I, que los compromisos despejaban las dudas serias provocadas por la operación de concentración. En efecto, el objetivo del compromiso consiste en permitir a los terceros interesados desarrollar aplicaciones para la televisión digital interactiva en la plataforma técnica de Kirch. Teniendo en cuenta, en particular, la interoperabilidad de las aplicaciones, la Comisión no ha cometido un error manifiesto de apreciación al considerar que este compromiso implica también la apertura del mercado de la televisión digital.

246 De ello se desprende que procede desestimar el motivo.

Interoperabilidad de las aplicaciones (compromiso nº 5)

— Alegaciones de las partes

- 247 La demandante considera que el compromiso de garantizar la interoperabilidad de las aplicaciones sólo constituye el complemento necesario del compromiso que se ha invocado con anterioridad, que únicamente añade un elemento suplementario al control permanente del comportamiento y que no puede resolver el problema de competencia que ya se identificó en las decisiones Bertelsmann/Kirch/Premiere y Deutsche Telekom/BetaResearch, así como en la Decisión impugnada (en particular, su considerando 61), consistente en el control ejercido por el grupo Kirch sobre el sistema d-box.
- 248 La Comisión y las partes coadyuvantes consideran que el motivo carece de fundamento.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 249 Mediante el quinto compromiso, el grupo Kirch pretende garantizar la interoperabilidad de las aplicaciones, es decir, la existencia de un estándar común, el MHP.
- 250 Conviene recordar que los compromisos de comportamiento pueden aceptarse si tienen efectos estructurales, es decir, si pueden impedir la aparición o el reforzamiento de una posición dominante (sentencia Gencor/Comisión, antes citada).

251 La demandante no ha demostrado que el compromiso controvertido no forme parte de esta categoría. Por el contrario, la interoperabilidad de las aplicaciones pretende garantizar que los terceros interesados puedan desarrollar aplicaciones para la televisión interactiva digital que puedan ser utilizadas en varias plataformas técnicas. Resulta concebible, a diferencia de lo que sostiene la demandante, que se creen plataformas técnicas competidoras, puesto que el proyecto de asociación FUN pretende precisamente desarrollar una plataforma técnica de estas características.

252 Por otra parte, en contra de lo afirmado por la demandante, la obligación de llevar a cabo el estándar DVB-MHP no requiere un control permanente del comportamiento, dado que la interfaz estandarizada abrirá, de forma estructural, el mercado a quienes ofrezcan aplicaciones competidoras. En efecto, cualquier empresa de desarrollo podrá, por tanto, crear programas de aplicación para su utilización y ofrecer los servicios correspondientes, sin necesidad de ninguna licencia o autorización del grupo Kirch.

253 Por lo demás, la combinación de los compromisos cuarto y quinto permite abrir el mercado a las aplicaciones.

254 En cualquier caso, debe señalarse que la demandante no aporta la prueba de que la Comisión haya cometido un error manifiesto de apreciación.

255 De lo anterior resulta que procede desestimar el motivo.

Interoperabilidad de las plataformas competidoras (compromiso nº 6)

— Alegaciones de las partes

- 256 La demandante sostiene que el compromiso en virtud del cual el grupo Kirch asegura que se celebrarán acuerdos Simulcrypt con los proveedores de plataformas técnicas competidoras no puede cuestionar la posición dominante que el grupo Kirch posee en el mercado de servicios técnicos, que engloba también los sistemas de control de acceso, gracias al sistema protegido de acceso condicional del d-box. En su opinión, el compromiso constituye una obligación de comportamiento a la que el grupo Kirch está sometida de todos modos, en virtud del artículo 82 CE, y por tanto no aporta ningún valor añadido frente a la vigilancia general de los abusos de posición dominante prevista en dicho artículo.
- 257 Según la demandante, en efecto, el contenido de la obligación de comportamiento a la que se compromete el grupo Kirch sigue siendo particularmente vaga. En primer lugar, el grupo Kirch sólo se compromete a hacer todo lo necesario para garantizar que los acuerdos Simulcrypt entren en vigor con la mayor celeridad posible. A continuación, el respeto de este compromiso depende de que el proveedor de una plataforma técnica competidora colabore en la medida en que sea necesario, que éste obtenga unas condiciones equitativas y apropiadas y, por último, que la seguridad técnica del sistema de acceso condicional no pueda poner en peligro el correspondiente sistema del d-box.
- 258 Además, según la demandante, el compromiso, que implica la celebración de acuerdos Simulcrypt entre los proveedores de plataformas competidoras y BetaResearch, filial del grupo Kirch, presupone siempre la buena voluntad del grupo Kirch. Pues bien, la demandante duda que exista esta buena voluntad por parte del grupo Kirch, puesto que éste también es un difusor de programas y corre el riesgo de verse perjudicado como tal por la celebración de acuerdos Simulcrypt en virtud de los cuales se facilita la difusión de programas competidores. Por

consiguiente, existe un riesgo de conflicto entre los intereses del prestador de los servicios técnicos BetaResearch y los de difusor de programas del grupo que lo controla. Por tanto, no está garantizada la independencia de las decisiones empresariales de BetaResearch.

259 La demandante observa, a este respecto, que este riesgo de abuso ha sido analizado y denunciado por la Comisión en sus decisiones Bertelsmann/Kirch/Premiere (considerando 58) y Deutsche Telekom/BetaResearch (considerando 38). Asimismo, se remite a las malas experiencias sufridas por la asociación FUN al intentar negociar con el grupo Kirch un acuerdo Simulcrypt.

260 Por último, observa que el compromiso supone la existencia de sistemas de acceso condicional competidores de los que se duda, sin embargo, que puedan iniciar su camino en el mercado.

261 En respuesta al argumento de KirchPayTV basado en que los acuerdos Simulcrypt únicamente se celebran entre plataformas técnicas pero que, en el ámbito de la difusión por cable, el grupo Kirch no explota ninguna plataforma de estas características, la demandante precisa que la plataforma técnica más importante en este ámbito, MSG MediaServices GmbH, utiliza exclusivamente la tecnología desarrollada por el grupo Kirch.

262 Respecto a la observación de KirchPayTV basada en la reciente aparición de nuevas plataformas técnicas en el ámbito de la difusión por cable, señala que este elemento no existía en el momento en que se adoptó la Decisión impugnada, que por tanto carece de pertinencia y que, incluso en la actualidad, aún no ha tenido lugar verdaderamente dicha aparición, a la vista de la presión que Deutsche Telekom, propietaria de la mayor parte de la red de cable y, a través de su filial MSG MediaServices GmbH, que explota la plataforma técnica más importante

en el ámbito de la difusión, ejerce sobre los posibles proveedores de plataformas competidoras. A este respecto, se remite a las grandes dificultades halladas por el operador de la plataforma competidora, PrimaCom, para celebrar un acuerdo Simulcrypt con MSG MediaServices GmbH.

- 263 La Comisión y las partes coadyuvantes consideran que el motivo carece de fundamento.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 264 Este sexto compromiso pretende abrir el d-box a otras cadenas de televisión de pago y a los servicios digitales interactivos.
- 265 De este modo, el grupo Kirch se ha comprometido a celebrar acuerdos Simulcrypt con los operadores de las plataformas técnicas que utilizan otros sistemas de encriptado. Es preciso recordar que el procedimiento de Simulcrypt permite utilizar diferentes sistemas de encriptado sin que el cliente necesite varios descodificadores para descryptar la señal captada, mediante el intercambio de las claves de encriptado entre los operadores de las plataformas. Por ello, un solo descodificador puede captar todos los programas correspondientes.
- 266 Este compromiso pretende garantizar la creación de plataformas técnicas competidoras permitiendo que, cuando un prestador de servicios técnicos desee utilizar un sistema de encriptado competidor, su señal pueda ser captada por el d-box mediante el procedimiento de Simulcrypt. La Comisión y las partes coadyuvantes afirmaron, sin que la demandante lo haya negado, que los prestadores de servicios técnicos tienen así la posibilidad de elegir libremente su sistema de encriptado y que este compromiso refuerza la competencia entre los operadores de plataformas técnicas y también la competencia en el mercado de los descodificadores.

- 267 Por lo demás, es preciso recordar que todos los compromisos constituyen una obligación legal cuyo incumplimiento puede llevar consigo, en su caso, que la Comisión revoque la autorización de la concentración. El hecho —que por otro lado no ha demostrado la demandante— de que Kirch podía no manifestar buena voluntad para aplicar el compromiso no demuestra que la Comisión haya cometido un error manifiesto de apreciación al considerar que el compromiso puede solucionar los problemas de competencia.
- 268 Por otra parte, el compromiso de que se trata no está aislado y debe considerarse en el contexto global del conjunto de los compromisos adquiridos por el grupo Kirch, en particular con el que prevé una plataforma técnica alternativa a la programación de la televisión de pago de Kirch.
- 269 De todo ello se desprende que procede desestimar este motivo.

Acceso de otras plataformas técnicas a los servicios de televisión de pago de Kirch (compromiso n° 7)

— Alegaciones de las partes

- 270 La demandante expone, en primer lugar, que el compromiso por el que el grupo Kirch se obliga a comercializar sus programas de televisión de pago también a través de otras plataformas técnicas, en particular mediante acuerdos Simulcrypt, no puede menoscabar la posición dominante que el grupo Kirch posee en los mercados de la televisión de pago y de los servicios técnicos correspondientes y que no aporta ningún valor añadido frente al control general de los abusos de posición dominante previsto en el artículo 82 CE.

- 271 En efecto, en primer lugar, en lugar de facilitar el acceso de plataformas competidoras en el mercado, este compromiso se limita a presumir la existencia de éstas y a ofrecerles una buena conducta conforme al Derecho de concentraciones.
- 272 En segundo lugar, considera que la ejecución de esta oferta, de buena voluntad, tiene lugar en unas condiciones especialmente vagas.
- 273 En tercer lugar, opina que el compromiso origina un conflicto de intereses que obstaculiza su eficacia. En efecto, al obligar al grupo Kirch a comercializar sus programas de televisión de pago a través de plataformas técnicas competidoras, le impone la adopción de decisiones que serían, en su caso, contrarias a sus propios intereses de operador de programas. En tal supuesto, resulta dudoso que se ejecute el compromiso de forma leal. La demandante recuerda que la Comisión señaló acertadamente este hecho en las decisiones Bertelsmann/Kirch/Premiere y Deutsche Telekom/BetaResearch.
- 274 A este respecto, la demandante se remite, en primer lugar, a la mala experiencia sufrida por la asociación FUN, que deseaba establecer una plataforma técnica competidora y a la que KirchPayTV denegó el acceso a la oferta de televisión de pago del grupo Kirch bajo falsos pretextos y en contra del compromiso en cuestión. A continuación, hace referencia a las dificultades halladas por la plataforma técnica de difusión por cable PrimaCom para celebrar un acuerdo Simulcrypt con el grupo Kirch. Por último, señala que actualmente no existe ningún ejemplo de solución técnicamente practicable de Simulcrypt entre dos sistemas de descifrado diferentes.
- 275 En segundo lugar, la demandante alega que el compromiso precisa un control de comportamiento posterior, que es contrario a la sentencia Gencor/Comisión, antes citada, y a la Comunicación sobre las soluciones aceptables.

276 La Comisión y las partes coadyuvantes consideran que el motivo carece de fundamento.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

277 Mediante este séptimo compromiso, el grupo Kirch se obliga a comercializar sus programas de televisión de pago, también a través de otras plataformas técnicas, mediante la celebración, en particular, de acuerdos Simulcrypt.

278 Es preciso señalar que este compromiso facilita el acceso al mercado de los operadores de plataformas técnicas competidoras y favorece indirectamente, de este modo, la competencia entre los proveedores de televisión de pago, al permitir a éstos difundir, a través de estas plataformas técnicas, sus programas junto con los programas de televisión de pago del grupo Kirch.

279 Por una parte, respecto al argumento de la demandante relativo a las dificultades supuestamente halladas por su parte para aplicar el compromiso n° 7, en su condición de cooperador de la plataforma alternativa FUN, debe señalarse que, según afirman las partes coadyuvantes, y sin que la demandante lo haya negado, FUN no inició el procedimiento de arbitraje previsto en los compromisos.

280 Por otra parte, por lo que respecta al argumento de la demandante según el cual el compromiso n° 7 no tiene por efecto abrir el mercado, sino que supone ya la existencia de plataformas técnicas competidoras, es preciso recordar de nuevo que no deben considerarse los compromisos de forma aislada.

- 281 Pues bien, tal como ha alegado la Comisión, el acceso al mercado de una plataforma técnica se ve facilitado por la interoperabilidad de plataformas técnicas competidoras a través de la garantía de acuerdos Simulcrypt (compromiso nº 6), de la disponibilidad de los programas de televisión de pago del grupo Kirch (compromiso nº 7) y, en su caso, de la disponibilidad de la tecnología del sistema d-box mediante una licencia (compromiso nº 8). Los compromisos nºs 6 y 7 pretenden, así, permitir a un competidor de televisión de pago operar a través de una plataforma técnica diferente a la que ofrece Kirch.
- 282 Por consiguiente, procede desestimar los motivos relativos al compromiso nº 7.

Utilización de la tecnología del sistema d-box por otras plataformas competidoras (compromiso nº 8)

— Alegaciones de las partes

- 283 La demandante considera que el compromiso del grupo Kirch de conceder a los operadores de plataformas competidoras el acceso a la tecnología del sistema d-box no permite menoscabar la posición dominante del grupo Kirch sobre el desarrollo tecnológico de este sistema.
- 284 A este respecto, observa, en primer lugar, que la Comisión rechazó un compromiso del mismo tipo en las decisiones Bertelsmann/Kirch/Premiere (considerando 139) y Deutsche Telekom/BetaResearch (considerando 64), debido a que no podía poner fin a esta posición dominante. Considera que la Decisión impugnada no contiene motivación alguna que explique en qué medida se impone, en el presente asunto, una apreciación diferente desde el punto de vista del Derecho de la competencia, aun cuando la situación de hecho es idéntica a la de los asuntos citados.

285 En segundo lugar, alega que el compromiso es contrario a las condiciones definidas por el director de la «Task-Force» «control de operaciones de concentración entre empresas» como previas a la aceptación de compromisos de este tipo (Drauz, G.-H.: «Remedies under the merger regulation», *International antitrust law & policy*, Fordham Corporate Law Institute, Nueva York, 1996, pp. 219 a 238; véanse las pp. 225 y siguientes), en particular aquellas en virtud de las cuales:

- quien otorgue la licencia no deberá poder sustraerse al efecto de la licencia concedida denegando, por ejemplo, una asistencia técnica relevante;

- quien otorgue la licencia no deberá exigir al titular de esta última un canon exagerado;

- la Comisión no deberá tener que ejercer un control permanente del respeto del contrato de licencia, como el examen del carácter apropiado de los cánones de explotación.

286 A este respecto, la demandante observa, en primer lugar, que únicamente la referencia a las condiciones apropiadas y no discriminatorias puede impedir la fijación de cánones exagerados para la explotación de licencias; que el compromiso no contiene ninguna disposición particular relativa al ámbito de la asistencia técnica y, por último y sobre todo, que el compromiso impone a la Comisión un control permanente de comportamiento.

- 287 Añade que este control permanente del comportamiento es contrario a la Comunicación sobre las soluciones aceptables.
- 288 En respuesta al argumento de KirchPayTV según el cual la existencia de un procedimiento de arbitraje que lleva consigo la inversión de la carga de la prueba contra el grupo Kirch contradice la existencia de dicho control permanente del comportamiento, la demandante señala que estos elementos no cuestionan la existencia de dicho control y que la necesidad de un procedimiento de arbitraje demuestra, al contrario, la existencia de dicho control.
- 289 En tercer lugar, la demandante expone que la Decisión contiene una contradicción interna en la medida en que, por una parte, acepta el compromiso de que se trata y, por otra parte, hace constar la existencia de riesgos importantes de abuso en la política de licencias que probablemente seguirá BetaResearch, filial del grupo Kirch, en sus relaciones con los competidores potenciales de KirchPayTV en el mercado de los servicios de televisión digital interactiva e incluso hace referencia a casos de abusos concretos denunciados por terceros interesados (considerando 37 de la Decisión impugnada).
- 290 La demandante rechaza el argumento de KirchPayTV basado en que los operadores de plataformas técnicas tienen la posibilidad de elegir entre la tecnología del sistema d-box sobre la base del compromiso controvertido y una tecnología competidora y dirigirse a los abonados del d-box a través de acuerdos Simulcrypt. En efecto, las malas experiencias sufridas por FUN y PrimaCom en el marco de sus intentos de negociar acuerdos Simulcrypt con el grupo Kirch demuestran el carácter manifiestamente inapropiado de la segunda opción.
- 291 La Comisión y las partes coadyuvantes consideran que el motivo carece de fundamento.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

292 Es preciso recordar que este compromiso pretende conceder a los operadores de plataformas competidoras el acceso a la tecnología del sistema d-box.

293 De este modo, facilita la creación de plataformas técnicas competidoras y también, por tanto, el acceso al mercado de proveedores de contenidos competidores, lo que promueve la competencia en el mercado de la televisión de pago.

294 Por los motivos que se han expuesto, no cabe acoger el argumento de la demandante basado en la contradicción entre la Decisión impugnada y las decisiones Bertelsmann/Kirch/Premiere y Deutsche Telekom/BetaResearch.

295 En cuanto a la afirmación de la demandante según la cual el compromiso de que se trata conlleva un control permanente de comportamiento contrario a la Comunicación sobre las soluciones aceptables, basta señalar que todos los litigios relativos al respeto de los compromisos están sujetos a un procedimiento de arbitraje que garantiza un control suficiente. Además, es preciso recordar que los terceros descontentos con la ejecución del compromiso pueden recurrir a un procedimiento de arbitraje en cuyo marco el grupo Kirch asume la carga de la prueba. De este modo, si bien es cierto que la ejecución del compromiso está sujeto a un control, éste no corresponde a la Comisión.

296 Por lo que respecta al argumento de la demandante basado en que el compromiso se contradice con las condiciones definidas por el director de la «Task-Force» «control de operaciones de concentración entre empresas» como previas a la

aceptación de compromisos de este tipo, basta señalar que las declaraciones de un funcionario que no reflejan la postura oficial de la Comisión no pueden vincular a esta última.

297 Por último, también debe rechazarse el argumento de la demandante según el cual, al aceptar el compromiso, la Comisión ignoró el riesgo de abuso de posición dominante por BetaResearch en el marco de la concesión de licencias de explotación del sistema d-box. En efecto, por una parte, los operadores de plataformas técnicas pueden escoger libremente una tecnología competidora y dirigirse a los abonados del sistema d-box mediante acuerdos Simulcrypt. Por otra parte, como se ha señalado anteriormente, el compromiso de que se trata no debe considerarse de forma aislada, sino como parte de un conjunto de compromisos garantizados mediante cargas y condiciones correspondientes y, en particular, un procedimiento de arbitraje obligatorio.

298 Por consiguiente, procede desestimar el motivo relativo al compromiso nº 8.

Fabricación de descodificadores «de sistema múltiple» (compromiso nº 9)

— Alegaciones de las partes

299 La demandante señala que el compromiso de conceder licencias para los denominados descodificadores de sistema múltiple también se contradice con la apreciación de la Comisión en las Decisiones anteriores Bertelsmann/Kirch/Premiere (considerando 139) y Deutsche Telekom/BetaResearch (considerando 64), según la cual tal compromiso no puede despejar las dudas que se plantean

desde el punto de vista del Derecho de la competencia, dado que no tenía por efecto retirar a Kirch el control del desarrollo tecnológico. Considera que la Comisión no ha motivado en modo alguno el cambio de apreciación a la vista del Derecho de control de las concentraciones, pese a que la situación de hecho es idéntica.

- 300 Sólo cabría cuestionar este dominio si la Comisión hubiese impuesto al grupo Kirch la obligación adicional de permitir a los titulares de las licencias de fabricación del d-box incorporar en el mismo no sólo los sistemas de encriptado competidores, sino también una interfaz común. En efecto, la integración de sistemas de encriptado competidores es una solución totalmente insuficiente, dado que obliga a los operadores de plataformas técnicas que utilizan estos sistemas de encriptado competidores a celebrar acuerdos Simulcrypt con el grupo Kirch y, por consiguiente, no pone en entredicho el dominio del grupo Kirch sobre el sistema d-box.
- 301 A este respecto, la demandante niega la afirmación de la Comisión de que el compromiso lleva consigo la posibilidad de integrar en el d-box una interfaz común.
- 302 La Comisión y las partes coadyuvantes consideran que el motivo carece de fundamento.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 303 El objeto de este noveno compromiso es el de ofrecer a los fabricantes de descodificadores licencias para desarrollar el descodificador d-box, permitiéndoles así integrarlo en otros sistemas de control de acceso, incluida una interfaz común. Debe entenderse por interfaz común un sistema de módulo previsto en cada d-box que hace intervenir las diferentes formas de desencriptado.

- 304 Es preciso señalar que la demandante no ha demostrado que este compromiso no pueda garantizar que los futuros abonados del d-box también tengan la posibilidad de acceder a otros sistemas de encriptado. Así, el compromiso n° 9 pretende abrir el mercado a los operadores de plataformas técnicas, a los proveedores de contenidos y a los potenciales fabricantes del d-box, pero también a los proveedores de sistemas de encriptado.
- 305 Además, debe recordarse que no cabe comparar el presente asunto con el contexto que dio lugar a las decisiones Bertelsmann/Kirch/Premiere y Deutsche Telekom/BetaResearch. Por tanto, dado que no se trata de una situación de hecho idéntica, la Comisión no tenía la obligación de motivar su decisión de forma particular.
- 306 Por consiguiente, procede desestimar el presente motivo.

Paso del sistema analógico al digital (compromiso n° 10)

— Alegaciones de las partes

- 307 La demandante considera que el compromiso de ofrecer un descodificador digital (d-box) a todos los abonados de KirchPayTV que dispongan únicamente de un descodificador analógico no permite facilitar el acceso de los operadores interesados a los mercados de la televisión de pago y de los servicios de televisión digital interactiva ni les permite ofrecer sus servicios a estos abonados. En efecto, este acceso de terceros mediante el d-box a los mercados de que se trata exige como mínimo, dado que se descarta la solución de la interfaz común, la celebración de acuerdos Simulcrypt con el grupo Kirch, que, no obstante, los rechazaría.

308 La Comisión y las partes coadyuvantes consideran que el motivo carece de fundamento.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

309 Es preciso señalar que la demandante no niega que el compromiso de que se trata, que consiste en ofrecer un descodificador digital (d-box) a todos los abonados de KirchPayTV que dispongan únicamente de un descodificador analógico, garantiza que los abonados de Premiere dispongan de un descodificador digital y que los proveedores de programas no se vean excluidos del mercado, dado que difunden sus programas por vía digital. Evita que las actividades de operadores competidores en los mercados controvertidos se vean perjudicadas porque los consumidores utilicen descodificadores analógicos que no soporten este tipo de actividades. Por tanto, la demandante no ha demostrado en qué medida la Comisión ha cometido un error manifiesto de apreciación al considerar que este compromiso permite la apertura del mercado a los operadores competentes.

310 Por consiguiente, procede desestimar el motivo relativo a este compromiso.

Limitación de la capacidad suplementaria en las redes por cable (compromiso nº 11)

— Alegaciones de las partes

311 La demandante considera que el compromiso en virtud del cual KirchPayTV se obliga a no presentar, hasta el 31 de diciembre de 2000, solicitudes de atribución

de capacidad digital suplementaria en las redes por cable no permite cuestionar el dominio tecnológico del mercado por el grupo Kirch. Tampoco permite descartar la preocupación, expresada por la Comisión en la Decisión impugnada (considerando 78), fundada en la utilización por Deutsche Telekom de la tecnología de BetaResearch, que pertenece al grupo Kirch, para la difusión digital de programas de televisión a través de redes por cable de banda ancha. Recuerda que esta preocupación tenía por objeto el temor a que surgiera una posición dominante de KirchPayTV en el mercado de los servicios de televisión digital interactiva.

312 Señala que, entre tanto, estas preocupaciones son aún más fundadas en la medida en que Deutsche Telekom y el grupo Kirch tienen actualmente la intención de gestionar BetaResearch como empresa común, proyecto que fue notificado al Bundeskartellamt.

313 La demandante rechaza la afirmación de la Comisión según la cual aquélla tenía la intención de imponer obligaciones a un tercer operador ajeno a la operación de concentración, en el caso de autos Deutsche Telekom. Su teoría consiste, simplemente, en que el compromiso no puede despejar las serias dudas relativas a la compatibilidad de la operación de concentración con el mercado común expresadas por la Comisión en la Decisión impugnada (considerando 78).

314 La Comisión y las partes coadyuvantes consideran que el motivo carece de fundamento.

i

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

315 El compromiso de no presentar más solicitudes de atribución de capacidad digital suplementaria en las redes por cable hasta el 31 de diciembre de 2000 tiene por

objeto poner fin a los temores de que la oferta de televisión de pago de Kirch ocupe demasiado espacio en la red por cable, de forma que no deje suficiente espacio para las ofertas de terceros.

- 316 La imputación de la demandante a la Comisión de no haber obligado a Deutsche Telekom a utilizar, en sus redes de cable, una tecnología diferente a la de Kirch, debe ser desestimada. En efecto, Deutsche Telekom es un tercero en la operación de concentración controvertida, de modo que la Comisión no puede imponerle ninguna obligación en el marco del presente procedimiento.
- 317 Por otra parte, la operación de concentración de que se trata no tiene vínculo alguno con la decisión de Deutsche Telekom de utilizar la tecnología de Kirch en su red por cable.
- 318 Además, la observación de la demandante relativa al proyecto de creación de una empresa común entre Deutsche Telekom y BetaResearch carece de pertinencia, pues los problemas de competencia que este proyecto pueda plantear eventualmente no tienen ninguna relación con la Decisión impugnada.
- 319 Por consiguiente, procede desestimar este motivo de la demandante.

Observaciones que critican la ausencia de determinados compromisos considerados indispensables

- 320 La demandante reprocha a la Comisión no haber impuesto determinados compromisos que ella había propuesto durante el procedimiento administrativo (escritos de la demandante de 22 de febrero, de 2 de marzo y de 15 de marzo

de 2000) y que, en su opinión, habrían podido despejar las dudas más importantes señaladas por la propia Comisión respecto a la compatibilidad de la operación de concentración con el mercado común, sin que por ello fueran suficientes, sin embargo, para determinar esta compatibilidad.

- 321 Critica el argumento de KirchPayTV basado en que los compromisos n^{os} 1 a 5 eran suficientes, que los compromisos n^{os} 6 a 9, relativos a la apertura del mercado de servicios técnicos, ni siquiera eran necesarios y que, *a fortiori*, tampoco eran necesarios otros compromisos de alcance aún mayor. Según la demandante, al considerar que los compromisos n^{os} 6 a 9 no eran necesarios, KirchPayTV ignoró la importancia que el dominio del grupo Kirch de la tecnología del sistema d-box tiene para la apertura de los mercados de televisión de pago y de los servicios de televisión digital interactiva. Además, en su opinión, si se sigue la lógica de este razonamiento es necesario anular la Decisión impugnada por haber impuesto compromisos innecesarios.

Falta de un compromiso dirigido a equipar el descodificador d-box con una interfaz común

— Alegaciones de las partes

- 322 La demandante sostiene que se ha omitido erróneamente imponer a las partes en la operación de concentración el compromiso, que ella sugirió, de dotar al descodificador d-box de una interfaz común.
- 323 A este respecto afirma que, sobre la base de los compromisos aceptados, los operadores competidores de KirchPayTV sólo podrán difundir sus programas a través del descodificador d-box si utilizan el sistema de acceso condicional

desarrollado por BetaResearch, que forma parte del grupo Kirch, a saber, BetaCrypt, que sólo pueden utilizar después de haber celebrado un acuerdo Simulcrypt con BetaResearch. Ahora bien, la necesidad de celebrar un acuerdo con Simulcrypt hace depender a estos operadores de BetaResearch, y el grupo Kirch podría abusar de esta posición para proteger sus intereses en los mercados de la televisión de pago y de los servicios de televisión digital interactiva, perjudicando así a sus potenciales competidores en estos mercados.

- 324 La demandante señala que este riesgo fue denunciado por la Comisión en sus decisiones Bertelsmann/Kirch/Premiere (considerando 58) y Deutsche Telekom/BetaResearch (considerando 38) y por el Departamento Federal suizo de Medio Ambiente, Transportes, Energía y Comunicaciones, a través de una decisión de 8 de noviembre de 1999 relativa al operador suizo de televisión de pago Teleclub AG, del que KirchPayTV posee el 40 % del capital y que también utiliza el descodificador d-box.
- 325 Añade que este riesgo es actualmente aún más grave tras la adquisición del control de la cadena de televisión de pago Premiere por el propio grupo Kirch y por la fusión de dicha cadena con DF1 para formar Premiere World. También recuerda, en este contexto, las dificultades prácticas que determinados operadores, entre ellos FUN, hallaron para celebrar acuerdos Simulcrypt con BetaResearch.
- 326 La demandante expone que, para evitar este riesgo, propuso que se obligara al grupo Kirch a dotar al descodificador d-box de una interfaz común, que permita la recepción, a través del mismo descodificador, de programas codificados con diferentes sistemas de acceso condicionales. Esta solución, el Multicrypt, evitaría los inconvenientes mencionados anteriormente, al permitir a los operadores competidores difundir sus programas, protegidos mediante sistemas de acceso condicionales diferentes al utilizado por el grupo Kirch, a través del d-box, sin tener que celebrar acuerdos Simulcrypt con dicho grupo.

327 Como respuesta a los argumentos de KirchPayTV, la demandante contesta que la Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión (DO L 281, p. 51), que constituye una directiva de armonización adoptada sobre la base de los artículos 47 CE, apartado 2, 55 CE y 95 CE, limita el poder de apreciación de la Comisión sobre los compromisos que puede aceptar en el marco del control de las concentraciones. Asimismo, niega que los argumentos basados en las ventajas prácticas desde el punto de vista del consumidor final de la solución Simulcrypt por oposición a la solución Multicrypt sean pertinentes en el marco del control de las concentraciones.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

328 Es preciso recordar, con carácter preliminar, que la Comisión dispone de un amplio margen de apreciación para determinar la necesidad de obtener compromisos con el fin de disipar las dudas serias que plantea una operación de concentración.

329 De ello se desprende que no corresponde al Tribunal de Primera Instancia sustituir con su propia apreciación la de la Comisión, dado que su control debe limitarse a comprobar que la Comisión no ha cometido un error manifiesto de apreciación. En particular, el hecho de que no se hayan tenido en cuenta los compromisos sugeridos por la demandante no demuestra por sí mismo que la Decisión impugnada adolezca de un error manifiesto de apreciación; tampoco la circunstancia de que también habrían podido aceptarse otros compromisos o que éstos habrían sido más favorables para la competencia puede producir la anulación de la Decisión, puesto que la Comisión podía concluir razonablemente que los compromisos recogidos en la Decisión permitían despejar las dudas serias existentes.

330 La demandante sostiene que la Comisión debió imponer un compromiso por el que se equipa el descodificador d-box con una interfaz común en vez de un compromiso que previera la celebración de un acuerdo de Simulcrypt.

331 A este respecto, conviene señalar, en primer lugar, que tanto el procedimiento de encriptado Simulcrypt como el de la interfaz común permiten evitar que un telespectador abonado a cadenas de pago protegidas por sistemas de control de acceso diferentes deba utilizar varios descodificadores. En la Directiva 95/47, además, ambas soluciones se consideran equivalentes.

332 Asimismo, la demandante no ha negado la afirmación de KirchPayTV según la cual la solución de Simulcrypt ofrece una serie de ventajas respecto a la de la interfaz común. Así, KirchPayTV expuso, por una parte, que el procedimiento Simulcrypt garantiza una mayor protección contra la piratería informática y, por otra parte, que la interfaz común impone al telespectador la necesidad de adquirir, además del descodificador, los módulos correspondientes a los diferentes sistemas de acceso condicional y de cambiar de módulo antes de poder ver programas encriptados mediante un sistema de acceso diferente. Además, señala que la utilización de una interfaz común no permite el acceso a la población actual de d-box.

333 Por otra parte, tal como se ha demostrado con anterioridad, el motivo de la demandante según el cual el compromiso que prevé la celebración de acuerdos Simulcrypt no basta para resolver los problemas de competencia planteados en el presente caso carece de fundamento.

334 En tales circunstancias, no puede considerarse que la Comisión ha cometido un error manifiesto de apreciación al no prever un compromiso relativo a la interfaz común.

Falta de un compromiso relativo a las eventuales relaciones entre BetaResearch y Deutsche Telekom

— Alegaciones de las partes

- 335 La demandante reprocha a la Comisión no haber tenido en cuenta su sugerencia de imponer un compromiso por el que se prohíba que se establezcan vínculos, independientemente de que se deriven del Derecho de sociedades o del Derecho contractual, entre BetaResearch y Deutsche Telekom, que tendrían el objetivo de asegurarse de que el estándar tecnológico desarrollado por BetaResearch se convierta en el único utilizado en las redes por cable de banda ancha de Deutsche Telekom, que controla la mayor parte de redes disponibles. Expone que la perspectiva de dichos vínculos provoca serias preocupaciones, que la Comisión expuso en su Decisión Deutsche Telekom/BetaResearch (considerandos 33 y siguientes).
- 336 En respuesta al argumento de la Comisión, según el cual ésta no habría podido imponer obligaciones jurídicas a terceros, la demandante señala que la Comisión sí habría podido obligar al grupo Kirch que interviniera ante Deutsche Telekom para que ésta última pusiera fin a la utilización exclusiva del estándar tecnológico desarrollado por BetaResearch. Considera que, en caso de que el grupo Kirch no hubiera podido respetar este compromiso, la Comisión habría debido declarar su incumplimiento y mantener las dudas sobre el respeto del Derecho de la competencia que había formulado expresamente en la Decisión impugnada en relación con esta utilización exclusiva (considerando 61 de la Decisión impugnada).
- 337 Añade que, hasta el momento, la Comisión no se ha opuesto al proyecto de Deutsche Telekom y del grupo Kirch de gestionar BetaResearch como una empresa común, pese a que este proyecto implica a dos empresas en posición dominante.

338 En respuesta al argumento de KirchPayTV basado en que el riesgo de utilización por Deutsche Telekom del estándar tecnológico desarrollado por BetaResearch se ve neutralizado por la venta de una parte considerable de las redes por cable de banda ancha de Deutsche Telekom, la demandante alega que el momento y las modalidades de esta venta aún no se habían determinado cuando se adoptó la Decisión impugnada y que siguen sin estarlo en la actualidad.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

339 La demandante acusa a la Comisión de no haber impuesto restricciones relativas a un posible vínculo entre Deutsche Telekom y BetaResearch.

340 A este respecto, es preciso señalar, en primer lugar, que debe desestimarse este motivo por cuanto, en su escrito de demanda, la demandante se limitó a reprochar a la Comisión haber ignorado su propuesta de prohibir tal vínculo, sin exponer de modo alguno ni, a fortiori, demostrar por qué es necesario dicho compromiso para disipar las dudas serias expuestas por la Comisión respecto al proyecto de concentración de que se trata.

341 En segundo lugar, conviene señalar que, en cualquier caso, la Comisión no podía seguir la propuesta de la demandante, pues no puede aceptar un compromiso a costa de terceros que no intervienen en el proyecto de concentración en el marco de una decisión adoptada en virtud del Reglamento n° 4064/89.

342 En tercer lugar, el motivo de la demandante tiene por objeto, con arreglo a su redacción, la falta de prohibición relativa a un posible vínculo entre Deutsche Telekom y BetaResearch. Tal como precisó en su escrito de réplica, la

demandante se remite a este respecto a un procedimiento incoado ante el Bundeskartellamt alemán, en el que Deutsche Telekom y BetaResearch pretenden formar una empresa común. Es preciso señalar que los posibles problemas de competencia que este proyecto pueda plantear no tienen relación alguna con la Decisión impugnada y que las objeciones formuladas por la demandante al respecto deben dirigirse a la autoridad competente para resolverlo.

343 En cuarto lugar, en la medida en que aparentemente la demandante también quiere poner en entredicho, en la fase de réplica, la utilización exclusiva actual por Deutsche Telekom de la tecnología desarrollada por BetaResearch en sus redes por cable, es preciso señalar, por una parte, que este motivo es inadmisibile por ser nuevo o, al menos, no es conforme con las exigencias del artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia y, por otra parte, que la decisión de Deutsche Telekom de utilizar la tecnología de BetaResearch en sus redes por cable había sido adoptada antes de la concentración que constituye el objeto de la Decisión impugnada y no tiene ninguna relación con ésta.

344 De lo anterior resulta que procede desestimar el motivo.

Falta de un compromiso por el que se imponga la desvinculación de programas, tecnología y equipamiento

— Alegaciones de las partes

345 La demandante critica a la Comisión por no haber aceptado su sugerencia de imponer al grupo Kirch, por una parte, que ofrezcan el descodificador d-box a los clientes que sólo deseen acceder a programas de terceros operadores y que no

deseen abonarse a programas de pago ofrecidos por KirchPayTV, a saber, Premiere World y, por otra parte, que permitan a los clientes recibir Premiere World mediante equipamientos competidores del d-box. En su opinión, estos compromisos acabarían con la integración vertical que existe en el caso de autos entre la tecnología y los programas.

- 346 La demandante alega que, a falta de esta desvinculación de programas, tecnología y equipamientos, los operadores que desarrollan o suministran una tecnología competidora de la del d-box no tienen muchas posibilidades de éxito, dado que no pueden garantizar la difusión mediante su tecnología de la única cadena de televisión de pago completo que se ofrece actualmente en el mercado, a saber, Premiere World. A este respecto, recuerda el carácter nefasto, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, del surgimiento o del mantenimiento del dominio del mercado en el ámbito de la tecnología, tal como reconoció la Comisión en sus Decisiones Bertelsmann/Kirch/Premiere (considerandos 56 y siguientes) y Deutsche Telekom/BetaResearch (considerandos 33 y siguientes) respecto al impacto del sistema d-box controlado por el grupo Kirch. También llama la atención sobre el hecho de que la propia Comisión afirmó en su Comunicación sobre las soluciones aceptables que cuando, como en el presente caso, el problema de competencia obedezca al control de tecnologías clave, la solución preferible es la cesión de dichas tecnologías (considerandos 29 y 30).

- 347 Rechaza el argumento de la Comisión según el cual la desvinculación entre los programas, la tecnología y los equipamientos ya está garantizada mediante los compromisos que tienen por objeto permitir el acceso de terceros a la plataforma técnica de Kirch (compromisos n^{os} 1 a 3) y el acceso de las plataformas técnicas competidoras a los servicios de televisión de pago de KirchPayTV (compromiso n^o 7). A este respecto, expone que estos compromisos carecen de eficacia y se remite a las críticas formuladas contra éstos. En particular, recuerda, respecto al compromiso n^o 7, las considerables dificultades prácticas con que se encontró la plataforma técnica alternativa FUN para obtener el acuerdo del grupo Kirch para tener acceso a los programas de Premiere World.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 348 La demandante sostiene que la Comisión debió prever un compromiso que obligara a Kirch, por una parte, a ofrecer el descodificador d-box a los clientes que no deseen abonarse a los programas de pago propuestos por KirchPayTV y, por otra parte, a permitir a sus abonados recibir sus programas mediante otro equipamiento distinto al descodificador d-box.
- 349 A este respecto, es preciso señalar que los compromisos n^{os} 1 a 3, que prevén el acceso de terceros a la plataforma técnica de Kirch, por una parte, y el compromiso n^o 7, que prevé el acceso de otras plataformas técnicas a los servicios de televisión de pago de Kirch, por otra parte, tienen precisamente por objeto garantizar el acceso de terceros competidores. Pues bien, las imputaciones de la demandante relativas a la supuesta insuficiencia de estos compromisos para disipar las serias dudas formuladas por la Comisión ya han sido anteriormente desestimadas.
- 350 Por otra parte, debe señalarse que la demandante no ha demostrado, ni siquiera expuesto, por qué, a la vista de las distintas medidas de apertura de los mercados que se derivan del conjunto de los compromisos previstos por la Decisión, habría sido necesario añadir el compromiso que ella había propuesto.
- 351 De ello se desprende que la demandante no ha demostrado que la Comisión haya cometido un error manifiesto de apreciación y que debe desestimarse el motivo.
- 352 Esta conclusión no puede verse cuestionada por el argumento, formulado por la demandante en su escrito de réplica, según el cual la plataforma técnica FUN tuvo dificultades para obtener de Kirch el acceso a su cadena de televisión de pago, Premiere World. En efecto, los compromisos prevén de forma detallada un

procedimiento de arbitraje que permite adoptar medidas vinculantes para resolver tales problemas y, en caso de que, tras su adopción, resulte que Kirch no ha ejecutado los compromisos, la Comisión puede revocar la Decisión impugnada con arreglo al artículo 8, apartado 5, del Reglamento n° 4064/89.

353 De todo lo que precede resulta que debe desestimarse el tercer motivo.

4. Sobre el cuarto motivo, basado en un vicio de procedimiento por no haber iniciado el procedimiento en virtud del artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento n° 4064/89

Alegaciones de las partes

354 La demandante considera que, con arreglo al artículo 6, apartado 2, del Reglamento sobre concentraciones, en relación con el considerando 8 del Reglamento n° 1310/97, la Comisión tan sólo puede aceptar compromisos durante la primera fase de control cuando los problemas de competencia pueden ser identificados y resueltos con facilidad y que únicamente en dicho caso la Comisión puede renunciar a iniciar el procedimiento en virtud del artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento sobre concentraciones.

355 A este respecto, recuerda que la Comisión expresó, en la Decisión impugnada, serias dudas respecto a la compatibilidad de la operación de concentración con el mercado común (véanse, en concreto, los considerandos 51 y 80). Por otra parte, se remite a sus alegaciones basadas tanto en la enorme complejidad de los problemas de competencia planteados por la operación de concentración y de los

compromisos propuestos como en el carácter manifiestamente inapropiado de los compromisos aceptados. De todo ello concluye que los problemas de competencia planteados en el presente asunto no podían ser identificados y resueltos con facilidad y que, por tanto, la Comisión no podía renunciar a iniciar el procedimiento en virtud del artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento sobre concentraciones.

- 356 La demandante considera que el hecho de no haber iniciado el procedimiento de que se trata constituye un vicio de procedimiento.
- 357 En apoyo de esta tesis se remite también a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de mayo de 2000, SIC/Comisión (T-46/97, p. II-2125). Expone que en dicha sentencia, dictada en el marco de un asunto de ayudas de Estado, el Tribunal de Primera Instancia anuló la decisión de la Comisión por la que se negaba a calificar de ayudas de Estado las medidas de financiación criticadas por un denunciante sin iniciar el procedimiento formal previsto en el artículo 88 CE, apartado 2. Señala que, en apoyo de su decisión, el Tribunal de Primera Instancia hizo referencia a las serias dificultades que presentaba esta calificación y el hecho de que la negativa a iniciar el procedimiento formal privó al denunciante de la ocasión de participar en el procedimiento presentando sus observaciones. Dado que el problema que se plantea en el presente asunto, pese a que se refiere al control de las concentraciones y no al de las ayudas de Estado, es, en esencia, comparable con tal asunto e incluso presenta una complejidad mayor que aquél, la demandante considera que en el presente asunto habría sido aún más indispensable iniciar el procedimiento.
- 358 Señala que la interpretación del artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento sobre concentraciones, propuesta por KirchPayTV, no tiene en cuenta el considerando 8 del Reglamento nº 1310/97 y el carácter manifiestamente inapropiado de los compromisos aceptados en el presente asunto.
- 359 En respuesta al argumento de KirchPayTV basado en la falta de pertinencia de la sentencia SIC/Comisión, antes citada, debido, en particular, a las diferencias existentes entre el procedimiento relativo a las ayudas de Estado y el relativo al

control de las concentraciones, la demandante precisa que la falta de iniciación del procedimiento en virtud del artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento sobre concentraciones ha tenido por efecto, en concreto, privarle de los derechos procesales ampliados que se derivan del artículo 18, apartado 4, del Reglamento n° 4064/89.

360 La Comisión y las partes coadyuvantes solicitan que se desestime este motivo.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

361 La demandante invoca tres argumentos en apoyo de su motivo según el cual la Comisión estaba obligada a iniciar la segunda fase del procedimiento.

362 Por lo que respecta, en primer lugar, al argumento basado en que la Comisión declaró que el proyecto de concentración suscitaba serias dudas, es preciso recordar que el artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento sobre concentraciones, que dispone que la Comisión debe incoar el procedimiento si comprueba que la operación de concentración plantea serias dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, prevé expresamente que esta obligación se ejerce sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 de dicho artículo. Pues bien, este último prevé precisamente la facultad de la Comisión de no incoar el citado procedimiento y declarar la compatibilidad de la operación con el mercado común si comprueba que, una vez modificada por las partes, dicha operación ya no plantea serias dudas.

363 De ello se desprende que la circunstancia de que la Comisión considere que la concentración plantea serias dudas no significa que esté obligada a iniciar la segunda fase del procedimiento, cuando las partes han presentado compromisos

que permiten disipar dichas dudas. Pues bien, la Comisión declaró, en el considerando 94 de la Decisión impugnada, que los compromisos presentados por las partes despejaban las serias dudas.

364 En segundo lugar, es preciso recordar que ya han sido rechazados en el marco del segundo y del tercer motivo, respectivamente, los argumentos de la demandante según los cuales, por una parte, la Comisión no podía aceptar los compromisos en la primera fase en la medida en que los problemas de competencia no habían podido ser identificados con facilidad y, por otra parte, los compromisos no permitían descartar las serias dudas planteadas por el proyecto de concentración.

365 Por último, debe señalarse que el tercer argumento basado en la comparación con el asunto que dio lugar a la sentencia SIC/Comisión, antes citada, carece de fundamento en la medida en que los procedimientos de examen por parte de la Comisión en virtud del artículo 6 del Reglamento sobre concentraciones no pueden asimilarse a los que se derivan del artículo 88 CE.

366 En particular debe mencionarse, en primer lugar, que, en el marco de la fase preliminar del procedimiento en materia de ayudas de Estado, los terceros interesados no tienen ningún derecho a participar en el procedimiento. A continuación es preciso observar que si la Comisión comprueba, durante el examen previo regulado en el artículo 88 CE, que el proyecto constituye una ayuda en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1, y que, por tanto, existen dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, debe incoar el procedimiento formal, mientras que, tal como se ha expuesto con anterioridad, si la Comisión comprueba que una operación de concentración plantea serias dudas, no está obligada a iniciar la segunda fase si las modificaciones de la operación de concentración o los compromisos adoptados por las empresas de que se trata permiten descartar dichas dudas.

367 De lo que precede resulta que debe desestimarse el cuarto motivo.

5. Sobre el quinto motivo, basado en una reducción inadmisibles de los derechos de participación de terceros en el procedimiento

Alegaciones de las partes

- 368 La demandante sostiene que la Comisión vulneró los derechos de participación de terceros en el procedimiento al aceptar los compromisos propuestos con tanto retraso por las partes en la concentración que la demandante no pudo adoptar su postura en tiempo útil.
- 369 La demandante recuerda que el artículo 18, apartado 1, del Reglamento n° 447/98 dispone que los compromisos propuestos a la Comisión por las empresas interesadas con arreglo al artículo 6, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89 y destinadas por las partes a servir de fundamento de una decisión en virtud del artículo 6, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento deben presentarse a la Comisión en el plazo máximo de tres semanas a partir de la fecha de recepción de la notificación.
- 370 La demandante interpreta que esta disposición impone que todos los compromisos que las partes interesadas deseen proponer deben presentarse obligatoriamente a la Comisión en el plazo máximo de tres semanas a partir de la fecha de recepción de la notificación. Posteriormente sólo podrán considerarse aceptables las modificaciones de menor importancia y fácilmente identificables.
- 371 Justifica esta interpretación mediante tres argumentos.

372 En primer lugar, recuerda que del artículo 10, apartado 6, del Reglamento sobre concentraciones resulta que si la Comisión no ha tomado una decisión con arreglo al artículo 6, apartado 1, letra b), en el plazo de seis semanas, la operación de concentración debe considerarse declarada compatible con el mercado común. De ello deduce que si se acepta que las empresas que participan en la operación de concentración pueden modificar, sin restricción alguna, sus compromisos tras el transcurso del plazo de tres semanas previsto en el artículo 18, apartado 1, del Reglamento n° 447/98 relativo a las notificaciones, aquéllas tendrían la posibilidad de proponer modificaciones sustanciales poco antes de que expire el plazo de seis semanas y conducir así a la Comisión a la autorización por defecto prevista en el artículo 10, apartado 6, del Reglamento sobre concentraciones.

373 En segundo lugar, la interpretación propuesta se justifica desde el punto de vista del considerando 8 del Reglamento n° 1310/97, según el cual la Comisión sólo puede aceptar compromisos durante la primera fase del procedimiento en el caso de que el problema de competencia pueda ser identificado y resuelto con facilidad. A este respecto, la demandante también hace referencia a la Comunicación sobre las soluciones aceptables, en cuyo apartado 37 señala la Comisión que, dado que las soluciones de la primera fase del control tienen por objeto ofrecer una respuesta directa a un problema de competencia claramente determinable, sólo podrán aceptarse modificaciones limitadas a los compromisos propuestos.

374 La demandante rechaza, en este sentido, el argumento de KirchPayTV según el cual las modificaciones por las que se pretende tener en cuenta las observaciones de terceros no constituyen un indicio de que los problemas de competencia planteados por la operación de concentración no puedan identificarse o resolverse con facilidad. En efecto, la Comisión sólo puede tomar en consideración las observaciones de terceros para exigir de las partes modificaciones de los compromisos presentados cuando estas observaciones le hagan albergar dudas sobre la posibilidad de declarar que la operación de concentración es compatible con el mercado común. De este modo, considera que la existencia de modificaciones importantes y frecuentes a resultas de las observaciones de terceros constituyen el reflejo de graves dificultades producidas por la operación de concentración.

- 375 En tercer lugar, según la demandante, la interpretación sugerida se ve confirmada por el hecho de que el artículo 18, apartado 1, del Reglamento n° 447/98, relativo a las notificaciones, no prevé que la Comisión pueda prorrogar el plazo de presentación de los compromisos, a diferencia del apartado 2 del mismo artículo, relativo a los compromisos propuestos durante la segunda fase.
- 376 Por consiguiente, a la vista de estas consideraciones, la demandante concluye que la Comisión ya no podía, en principio, tomar en consideración las modificaciones a los compromisos propuestos tras la finalización del plazo previsto en el artículo 18, apartado 1, del Reglamento n° 447/98, es decir, en el presente caso, después del 29 de febrero de 2000.
- 377 La demandante observa que, sin embargo, la Comisión tomó en consideración tras dicha fecha dos modificaciones del paquete de compromisos, en su opinión de carácter sustancial, y que, por razones tácticas evidentes, no se presentaron hasta muy poco antes de que finalizara el plazo de seis semanas previsto en el artículo 10, apartado 1, del Reglamento n° 4064/89.
- 378 Considera que, al proceder de este modo, la Comisión redujo de forma inadmisiblemente los derechos de participación de terceros en el procedimiento. Ve confirmada esta conclusión por el hecho de que tan sólo se le concedió un plazo de apenas veinticuatro horas respecto a la primera modificación del paquete de compromisos y que no tuvo la posibilidad de presentar observaciones respecto a la segunda modificación de este paquete.
- 379 La demandante precisa que no invoca la vulneración de un derecho de terceros a ser oído. Por tanto, niega la pertinencia de los argumentos de la Comisión y de KirchPayTV que niegan que la demandante tenga tal derecho. Mediante este mismo motivo, niega la pertinencia de la remisión que KirchPayTV hace al artículo 16, apartado 1, del Reglamento n° 447/98 y del argumento basado en que no se prevé plazo alguno para oír a terceros sobre la base del artículo 18, apartado 4, del Reglamento n° 4064/89.

- 380 En este mismo contexto, la demandante alega que la sentencia Kaysersberg/ Comisión, antes citada, invocada por la Comisión para apoyar su argumento basado en el carácter muy limitado de los derechos de terceros durante el procedimiento de control de las concentraciones, carece de pertinencia, dado que se refiere a hechos anteriores a la entrada en vigor del Reglamento n° 447/98 y, por tanto, del artículo 18, apartado 1, de este último, que establece un plazo durante el cual pueden proponerse compromisos. La demandante observa, a este respecto, que el Tribunal de Primera Instancia hace referencia expresamente en el apartado 141 de dicha sentencia a la falta de una disposición que imponga un plazo, señalando que ello implicaba que la Comisión no estaba, en dicho asunto, en condiciones de negarse a proceder al examen de los compromisos propuestos siquiera fuera de plazo. De ello deduce que en el presente caso se impone la conclusión contraria.
- 381 La Comisión, apoyada por KirchPayTV, solicita que se rechace la argumentación de la demandante sobre este motivo.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 382 Es preciso recordar que las partes en la concentración notificaron la operación de concentración de forma completa el 7 de febrero de 2000 y propusieron los compromisos a la Comisión el 29 de febrero de 2000 y dos versiones modificadas de los mismos los días 14 y 16 de marzo de 2000.
- 383 Debe señalarse que, en virtud del artículo 18, apartado 1, del Reglamento n° 447/98:

«Los compromisos propuestos a la Comisión por las empresas interesadas con arreglo al apartado 2 del artículo 6 del Reglamento [...] n° 4064/89 y destinadas por las partes a servir de fundamento de una decisión en virtud de la letra b) del

apartado 1 del artículo 6 de dicho Reglamento deberán presentarse a la Comisión en el plazo máximo de tres semanas a partir de la fecha de recepción de la notificación.»

- 384 En el presente asunto, dado que la Comisión declaró completa la notificación el 7 de febrero de 2000, el plazo para proponer compromisos a la Comisión durante la primera fase finalizó el 29 de febrero de 2000, conforme al método de cálculo de los plazos definido en los artículos 6 a 9 y 18, apartado 3, del Reglamento n° 447/98. De ello resulta que la versión inicial de los compromisos fue presentada a la Comisión en los plazos exigidos por el artículo 18, apartado 1, del Reglamento n° 447/98.
- 385 Sin embargo, no se discute que la versión inicial de los compromisos no es la que la Comisión aceptó finalmente en la Decisión impugnada y que las partes presentaron tanto la versión modificada de los compromisos como su versión final después del 29 de febrero de 2000. Por consiguiente, procede examinar si la Comisión podía aceptar dichos compromisos.
- 386 A este respecto, el Tribunal de Primera Instancia ya ha declarado que el artículo 18, apartado 1, del Reglamento n° 447/98 debe entenderse en el sentido de que, si bien las partes de una concentración no pueden obligar a la Comisión a tomar en consideración los compromisos y sus modificaciones presentados una vez transcurrido el plazo de tres semanas, la Comisión debe poder autorizar la concentración basándose en dichos compromisos, si considera que dispone del tiempo necesario para examinarlos, aun cuando se introduzcan modificaciones después de transcurrido el plazo de tres semanas (sentencia Royal Philips Electronics/Comisión, antes citada, apartado 239).
- 387 De ello resulta que la Comisión podía aceptar la versión modificada de los compromisos y su versión final fuera del plazo de tres semanas previsto en el artículo 18, apartado 1, del Reglamento n° 447/98, dado que dicho plazo no le vincula.

388 Ciertamente, en el apartado 37 de la Comunicación sobre las soluciones aceptables, la Comisión indicó lo siguiente:

«Cuando la evaluación por la Comisión indique que los compromisos presentados no son suficientes para eliminar las dudas sobre competencia suscitadas por la concentración, se informará en consecuencia a las partes. Dado que las soluciones de la fase I tienen por objeto ofrecer una respuesta directa a un problema de competencia claramente determinable [...], sólo podrán aceptarse modificaciones limitadas a los compromisos propuestos. Dichas modificaciones, presentadas en respuesta inmediata al resultado de las consultas, incluirán clarificaciones, detalles u otras mejoras que garanticen que los compromisos sean viables y eficaces.»

389 No obstante, dicha Comunicación debe ser interpretada a la luz del artículo 18, apartado 1, del Reglamento n° 447/98.

390 De ello se desprende que si la Comisión considera que dispone del tiempo necesario para examinar las modificaciones introducidas en los compromisos después de transcurrido el plazo, debe poder autorizar la concentración con base en los compromisos modificados.

391 En cualquier caso, debe declararse que las modificaciones aceptadas en el presente asunto por la Comisión después de transcurrido el plazo de tres semanas estaban limitadas en el sentido del apartado 37 de la Comunicación, es decir, que las modificaciones «presentadas en respuesta inmediata al resultado de las consultas, incluirán clarificaciones, detalles u otras mejoras que garanticen que los compromisos sean viables y eficaces».

392 A este respecto, es preciso señalar, en primer lugar, que la demandante no ha demostrado ni siquiera indicado en sus escritos ni en la vista qué modificaciones

sustanciales se aportaron una vez transcurrido el plazo de tres semanas, sino que se limita tan sólo a afirmar que se presentaron tales modificaciones.

393 Con carácter general, de una comparación de la versión inicial de los compromisos, presentada dentro del plazo de tres semanas, con su primera modificación y la versión final de los compromisos aceptados por la Comisión se desprende que ni el enfoque general de la Comisión de abrir el acceso al mercado ni la propia esencia de cada uno de los compromisos variaron. Por otra parte, la versión modificada y la versión final de los compromisos aceptados suponen una «mejora» respecto a su versión inicial, precisamente por tener en cuenta las observaciones formuladas por terceros y, en particular, por la demandante.

394 En cuanto a los cambios aportados mediante la versión modificada a la versión inicial respecto a los tres primeros compromisos relativos al acceso de terceros a la plataforma Kirch, consisten, en concreto, en ampliar la categoría de destinatarios de tales compromisos a todos los terceros interesados y no limitarla a los operadores de televisión y también en precisar la obligación de cooperación con el destinatario de la oferta a la que está sometida la sociedad afectada de Kirch, que incluye la obligación de divulgar la información relativa al sistema de acceso condicional y a los servicios técnicos en un plazo de un mes a partir de la solicitud escrita del tercero interesado.

395 Por lo que respecta al cuarto compromiso relativo al acceso al sistema d-box de Kirch para las aplicaciones de terceros, los cambios aportados por la versión final consistieron, fundamentalmente, en subordinar el acceso al sistema de explotación del d-box a través de la Application Programming Interface, conocida bajo la denominación DVB Multimedia Home Platform (MHP) (en lo sucesivo, «API»), sin perjuicio de que Kirch y los terceros alcancen un acuerdo sobre condiciones equitativas, apropiadas y no discriminatorias. Además, las nuevas disposiciones relativas a las pruebas a las que los terceros pueden someter sus aplicaciones no modifican el alcance del compromiso.

- 396 Por consiguiente, procede declarar que la propia esencia del compromiso, que consiste en ampliar el acceso a terceros al sistema d-box de Kirch permanece inalterado y que las modificaciones constituyen mejoras en el sentido del apartado 37 de la Comunicación sobre las soluciones aceptables.
- 397 En cuanto al quinto compromiso, relativo a la interoperabilidad de las aplicaciones por el intermediario de la API, los cambios efectuados en la versión final se han limitado a modificar el plazo en el que esta interoperabilidad debe ser operacional y a garantizar que no se solicitará ninguna licencia suplementaria para el desarrollo de aplicaciones compatibles con MHP.
- 398 Respecto al sexto compromiso, relativo a la interoperabilidad de las plataformas competidoras, la versión final se limita simplemente a detallar las condiciones a las que Kirch subordina la oferta de celebrar acuerdos Simulcrypt con todos los proveedores de sistemas de acceso condicional digital. Así, Kirch se compromete a llevar a cabo todo lo necesario para garantizar que los acuerdos Simulcrypt entren en vigor con la mayor celeridad posible y no en el plazo de doce meses. El respeto de este compromiso depende, por otra parte, de que el proveedor de un sistema de acceso condicional y Kirch colaboren «en la medida en que sea necesario». Se trata, en tal caso, de modificaciones que no varían la naturaleza ni la esencia del compromiso.
- 399 Por lo que respecta al séptimo compromiso relativo al acceso de otras plataformas técnicas a los servicios de televisión de pago de Kirch, es preciso señalar que el hecho de añadir la condición de no discriminación entre los abonados que captan la señal de televisión a través de la plataforma técnica de Kirch y los abonados que la captan a través de otras plataformas a la obligación de Kirch de vender sus servicios de televisión de pago directamente a los suscriptores (o abonados) constituye una mejora de la versión inicial de este compromiso pero no modifica su alcance ni su naturaleza.

400 En cuanto al octavo compromiso relativo a la utilización de la tecnología del sistema d-box por otras plataformas competidoras, procede declarar que las modificaciones aportadas a la versión inicial constituyen una mejora de este compromiso en la medida en que las condiciones relativas a las garantías que debían ofrecer los terceros han sido reemplazadas por la concesión de una licencia sobre una base razonable y no discriminatoria a todo tercero interesado que lo solicite.

401 Respecto al noveno compromiso relativo a la producción de descodificadores «de sistema múltiple», las modificaciones aportadas consistieron en detallar el alcance del compromiso de Kirch y contribuyeron a facilitar el acceso de terceros. En efecto, en la versión modificada de este compromiso, Kirch se comprometió a no impedir a los fabricantes que introdujeran en tales descodificadores un sistema de acceso condicional para un tercero y a no denegar el suministro a los suscriptores (o abonados) de sus servicios de televisión de pago por la única razón de que deseen utilizar un sistema d-box con tal capacidad. La versión final añade que Kirch se compromete a no imponer a los fabricantes otras restricciones que puedan impedirles fabricar descodificadores que contengan sistemas de acceso condicional suplementarios.

402 Únicamente se añadieron los compromisos n^{os} 10 y 11, relativos al paso del sistema analógico al digital y a la limitación de las capacidades suplementarias en las redes por cable, respectivamente. Sin embargo, si se comparan con los otros nueve compromisos, no puede considerarse que esta adición constituya una modificación sustancial, puesto que estos compromisos tan sólo tienen por objeto reforzar el acceso de terceros a los diferentes mercados de que se trata, objetivo que los otros nueve compromisos precisamente pretenden garantizar.

403 En efecto, el compromiso relativo al paso del sistema analógico al digital, que tiene el objetivo de evitar que las actividades de los terceros interesados en el mercado de la televisión de pago o de los servicios interactivos digitales se vean obstaculizadas porque los consumidores utilicen descodificadores analógicos que

no soporten este tipo de actividades, no puede considerarse una modificación sustancial sino, por el contrario, una mejora que permite ampliar el acceso de los terceros al sistema de Kirch.

- 404 Asimismo, el último compromiso de Kirch de no solicitar nuevos espacios digitales por cable hasta el 31 de diciembre de 2000, que tienen por objeto evitar que la oferta de televisión de pago de Kirch tenga una posición de fuerza sobre las ofertas de terceros, no puede considerarse una modificación sustancial sino, al contrario, una mejora de la versión inicial de los compromisos destinada a hacerlos practicables y efectivos.
- 405 Por todas estas consideraciones, la versión modificada de los compromisos y su versión final pueden considerarse modificaciones limitadas que, con arreglo al apartado 37 de la Comunicación sobre las soluciones aceptables, la Comisión puede aceptar una vez transcurrido el plazo previsto en el artículo 18, apartado 1, del Reglamento nº 447/98.
- 406 Además, la demandante ha repetido en varias ocasiones en sus escritos que las modificaciones de que se trata constituyen «modificaciones tácticas incesantes de compromisos que ya son totalmente inadecuados e insuficientes en su forma inicial». Estas afirmaciones llevan a concluir que la demandante se opone en realidad a los compromisos iniciales y no a las modificaciones aportadas a raíz de las observaciones de terceros, para hacerlos efectivos y practicables, y que no se ha modificado la naturaleza ni el alcance de dichos compromisos.
- 407 De todo lo que precede resulta que las modificaciones aportadas a los compromisos iniciales estaban limitadas en el sentido del apartado 37 de la Comunicación sobre las soluciones aceptables.

408 No obstante, es preciso examinar aún si, como alega la demandante, la aceptación por la Comisión de las modificaciones a los compromisos iniciales, una vez transcurrido el plazo de tres semanas, ha vulnerado sus derechos procesales.

409 A este respecto, procede señalar, en primer lugar, que, antes de ser informada por la Comisión el 29 de febrero de 2000 de las propuestas de compromisos de BSKyB y de Kirch, en su condición de terceros, la demandante había estado asociada al procedimiento y la Comisión le remitió el 11 de enero de 2000 una solicitud de información en virtud de la cual debía presentar sus observaciones sobre las repercusiones del proyecto de concentración sobre la competencia. La demandante presentó dichas observaciones los días 14 y 21 de enero de 2000, seguidas por una entrevista con la Dirección General de Competencia el 9 de febrero de 2000.

410 Por otra parte, el Tribunal de Primera Instancia señala que, a solicitud de la Comisión, la demandante le comunicó, mediante escrito de 22 de febrero de 2000, las exigencias, condiciones o compromisos contractuales públicos que consideraba necesarios, a la vista del Derecho de competencia.

411 El Tribunal de Primera Instancia señala asimismo que se requirió a la demandante, como ésta indica en su escrito de demanda, para que presentara sus observaciones sobre los compromisos iniciales en un plazo de poco menos de cuarenta y ocho horas, así como sobre el primer grupo de modificaciones de los mismos en un plazo de veinticuatro horas.

412 De este modo, en su escrito de 2 de marzo de 2000, la demandante criticó el hecho de que los compromisos propuestos inicialmente por las partes en el proyecto de concentración tan sólo constituían una promesa de no abusar de la

posición dominante de KirchPayTV. La demandante volvió a repetir su punto de vista de que, aun cuando se tuvieran en cuenta compromisos más amplios, el proyecto de concentración no era compatible con el Derecho comunitario.

- 413 La demandante también tuvo la posibilidad de presentar sus observaciones sobre el primer grupo de modificaciones en su escrito de 15 de marzo de 2000. En él volvió a repetir su temor sobre el reforzamiento de la posición dominante de Kirch sobre el mercado de la televisión de pago en Alemania y sobre la creación de un cuasi monopolio respecto a la provisión de plataformas técnicas y de servicios. Asimismo, solicitó modificaciones relativas a las modalidades de compromisos para ampliar el acceso al mercado de los terminales distintos al d-box y abrir el sistema de Kirch al estándar MHP, sin exigencias de plazos ni condiciones o cargas comerciales discriminatorias.
- 414 A la vista de lo que precede, debe declararse que la Comisión oyó a los terceros, incluida la demandante, durante la primera fase.
- 415 Por consiguiente, procede declarar que la demandante pudo sin duda alguna dar a conocer su postura respecto a la naturaleza de los compromisos que, en su opinión, debían adoptar las partes en la concentración y la Comisión debía imponer como condiciones o cargas.
- 416 Pues bien, en la sentencia Kaysersberg/Comisión, antes citada, el Tribunal de Primera Instancia declaró, en el apartado 119, que el interés legítimo de los terceros, como la demandante, en dar a conocer sus puntos de vista sobre los efectos perjudiciales de la concentración sobre la competencia queda plenamente salvaguardado cuando se ofrece a dichos terceros, sobre la base del conjunto de las informaciones que la Comisión les comunica durante el procedimiento incoado con arreglo a la letra c) del apartado 1 del artículo 6 del Reglamento nº 4064/89 y, en particular, en las ofertas de compromisos presentadas por las

empresas afectadas, la oportunidad de dar a conocer sus puntos de vista sobre las modificaciones que se pretende introducir en el proyecto de concentración a fin de disipar las dudas serias que existan en cuanto a su compatibilidad con el mercado común. En efecto, en tal supuesto, está suficientemente garantizado que la Comisión podrá tener en cuenta, en su caso, las consideraciones expuestas por las empresas terceras competidoras, a efectos de apreciar la compatibilidad de la concentración con el Derecho comunitario y de determinar, en particular, si considera suficientes a tal efecto los compromisos propuestos por las empresas afectadas.

- 417 Respecto a la circunstancia de que la demandante dispuso únicamente de un plazo de algo menos de veinticuatro horas para comentar las primeras modificaciones a los compromisos iniciales, es preciso subrayar que el artículo 18, apartado 4, del Reglamento n° 4064/89 y el Reglamento n° 447/98 no prevén ninguna obligación específica en cuanto a la duración del plazo fijado por la Comisión. En este contexto, el Tribunal de Primera Instancia declaró, en la sentencia *Kaysersberg/Comisión*, antes citada, lo siguiente:

«[...] la mera circunstancia de que la demandante haya dispuesto únicamente de un plazo de dos días hábiles para alegar sus observaciones sobre las modificaciones propuestas por [las partes] al proyecto de concentración no es suficiente, en este caso, para demostrar que la Comisión vulneró su derecho a ser oída, que le atribuye el apartado 4 del artículo 18 del Reglamento n° 4064/89. Esta interpretación se impone con mayor razón aún por cuanto que, si bien el interés legítimo de los terceros a ser oídos puede exigir que dispongan de un plazo suficiente a tal efecto, esta exigencia, sin embargo, debe adaptarse al imperativo de celeridad que caracteriza el sistema general del Reglamento n° 4064/89 y que impone a la Comisión el deber de observar plazos estrictos para adoptar la decisión final, sin lo cual la operación se considera compatible con el mercado común.»

- 418 Por estos mismos motivos, y con mayor razón tratándose de una decisión de la Comisión adoptada durante la fase I, la circunstancia de que la demandante sólo dispusiera de un plazo de algo menos de veinticuatro horas para comentar las modificaciones a los compromisos iniciales que le habían sido notificados no puede afectar a la legalidad de la decisión.

- 419 Por otra parte, la demandante no aporta ningún elemento que pueda demostrar en qué medida un plazo mayor le habría dado la posibilidad de formular más observaciones sobre el primer grupo de modificaciones de los compromisos propuestos por BSKyB y Kirch de forma que pudiera dar a conocer su postura sobre el carácter suficiente o insuficiente de los compromisos; se limita a reprochar a la Comisión la insuficiencia del plazo concedido. Procede señalar, a este respecto, que las críticas de la demandante ante el Tribunal de Primera Instancia son esencialmente las mismas que se formularon durante el procedimiento administrativo.
- 420 De ello se desprende que el motivo basado en la insuficiencia del plazo concedido a la demandante para formular observaciones sobre los compromisos propuestos por las partes en la concentración y las modificaciones aportadas a los mismos carece de fundamento.
- 421 Por lo que respecta al motivo basado en que el segundo grupo de modificaciones no fue notificado a la demandante y que, por tanto, no pudo dar a conocer sus observaciones sobre dichas modificaciones a los compromisos iniciales, debe recordarse, en primer lugar, como se ha expuesto con anterioridad, que la demandante pudo dar a conocer su postura respecto al alcance y a la naturaleza de los compromisos que, en su opinión, debían adoptar las partes en la concentración y la Comisión debía imponer como condiciones o cargas para que la operación pudiera ser considerada compatible con el mercado común.
- 422 Por otra parte, se desprende de la sentencia *Kaysersberg/Comisión*, antes citada (apartado 120), que, en la fase II, la Comisión no puede, en virtud del apartado 4 del artículo 18 del Reglamento nº 4064/89, tener además la obligación de transmitir a los terceros previamente, para que expresen su punto de vista, la versión definitiva de los compromisos que las empresas afectadas hayan contraído como consecuencia de las objeciones formuladas por la Comisión, a raíz, en particular, de las observaciones remitidas por los terceros sobre las propuestas de compromisos formuladas por las empresas de que se trata.

- 423 Lo mismo cabe afirmar, *a fortiori*, por lo que respecta a una decisión de la Comisión adoptada al finalizar la fase I.
- 424 Del mismo modo, respecto al motivo de la demandante basado en la insuficiencia del plazo para emitir sus observaciones, la demandante no aporta ningún elemento que permita deducir qué observaciones habría podido formular sobre el segundo grupo de modificaciones.
- 425 De ello resulta que el quinto motivo carece de fundamento.
- 426 De todo lo anterior se desprende que procede desestimar el recurso en su totalidad.

Costas

- 427 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimados los motivos formulados por la demandante, procede condenarla a soportar, además de sus propias costas, las costas de la Comisión y de las partes coadyuvantes, KirchPayTV y B SkyB, conforme a lo solicitado por éstas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera),

decide:

- 1) Desestimar el recurso.

- 2) La demandante soportará sus propias costas y las causadas por la Comisión y las partes coadyuvantes, KirchPayTV y BskyB.

Jaeger

Lenaerts

Azizi

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 30 de septiembre de 2003.

El Secretario

El Presidente

H. Jung

K. Lenaerts

Índice

Marco jurídico	II-3834
Hechos que originaron el litigio	II-3836
La Decisión impugnada	II-3839
1. El mercado de la televisión de pago	II-3839
2. El mercado de servicios de televisión digital interactiva	II-3842
3. El mercado de adquisición de los derechos de emisión	II-3843
4. Los compromisos	II-3844
Procedimiento y pretensiones de las partes	II-3844
Sobre la admisibilidad	II-3846
1. Sobre la legitimación de la demandante para interponer el recurso	II-3846
Alegaciones de las partes	II-3846
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3850
— Existencia de cierta competencia entre la televisión gratuita y la televisión de pago	II-3855
— Futura convergencia entre la televisión gratuita y la televisión de pago mediante la digitalización	II-3856
— Incidencia de la concentración en los servicios de televisión digital interactiva	II-3857
— Participación de la demandante en el proyecto FUN	II-3858
— Adquisición de los derechos de retransmisión	II-3858
2. Sobre los requisitos del artículo 44, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento	II-3860
Sobre el fondo	II-3860
1. Sobre el primer motivo, basado en un error de apreciación de los hechos a la vista del artículo 2, apartados 3 y 4, del Reglamento nº 4064/89	II-3861
Alegaciones de las partes	II-3861
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3864
II - 3948	

2. Sobre el segundo motivo, basado en la vulneración del artículo 6, apartado 2, del Reglamento n° 4064/89	II-3869
Alegaciones de las partes	II-3869
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3877
3. Sobre el tercer motivo, basado en la insuficiencia de los compromisos	II-3883
Observaciones comunes a todos los compromisos	II-3884
Alegaciones de las partes	II-3884
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3886
Observaciones específicas relativas a determinados compromisos	II-3892
Acceso de terceros a la plataforma Kirch (compromisos n°s 1 a 3)	II-3892
— Alegaciones de las partes	II-3892
—preciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3894
Apertura del acceso al sistema d-box de Kirch a las aplicaciones de terceros (compromiso n° 4)	II-3896
— Alegaciones de las partes	II-3896
—preciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3898
Interoperabilidad de las aplicaciones (compromiso n° 5)	II-3901
— Alegaciones de las partes	II-3901
—preciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3901
Interoperabilidad de las plataformas competidoras (compromiso n° 6)	II-3903
— Alegaciones de las partes	II-3903
—preciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3905
Acceso de otras plataformas técnicas a los servicios de televisión de pago de Kirch (compromiso n° 7)	II-3906
— Alegaciones de las partes	II-3906
—preciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3908
Utilización de la tecnología del sistema d-box por otras plataformas competidoras (compromiso n° 8)	II-3909
— Alegaciones de las partes	II-3909
—preciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3912

Fabricación de descodificadores «de sistema múltiple» (compromiso nº 9)	II-3913
— Alegaciones de las partes	II-3913
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3914
Paso del sistema analógico al digital (compromiso nº 10)	II-3915
— Alegaciones de las partes	II-3915
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3916
Limitación de la capacidad suplementaria en las redes por cable (compromiso nº 11)	II-3916
— Alegaciones de las partes	II-3916
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3917
Observaciones que critican la ausencia de determinados compromisos considerados indispensables	II-3918
Falta de un compromiso dirigido a equipar el descodificador d-box con una interfaz común	II-3919
— Alegaciones de las partes	II-3919
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3921
Falta de un compromiso relativo a las eventuales relaciones entre BetaResearch y Deutsche Telekom	II-3923
— Alegaciones de las partes	II-3923
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3924
Falta de un compromiso por el que se imponga la desvinculación de programas, tecnología y equipamiento	II-3925
— Alegaciones de las partes	II-3925
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3927
4. Sobre el cuarto motivo, basado en un vicio de procedimiento por no haber iniciado el procedimiento en virtud del artículo 6, apartado 1, letra c), del Reglamento nº 4064/89	II-3928
Alegaciones de las partes	II-3928
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3930
5. Sobre el quinto motivo, basado en una reducción inadmisibles de los derechos de participación de terceros en el procedimiento	II-3932
Alegaciones de las partes	II-3932
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-3935
Costas	II-3946