

URTEIL DES GERICHTS (Dritte Kammer)

18. September 2001 \*

In der Rechtssache T-112/99

**Métropole télévision (M6)** mit Sitz in Neuilly sur Seine (Frankreich),

**Suez-Lyonnaise des eaux** mit Sitz in Nanterre (Frankreich),

**France Télécom** mit Sitz in Paris (Frankreich),

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt D. Théophile, Zustellungsanschrift in  
Luxemburg,

und

**Télévision française 1 SA (TF1)** mit Sitz in Paris, Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte P. Dunaud und P. Elsen, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Klägerinnen,

gegen

**Kommission der Europäischen Gemeinschaften**, vertreten durch E. Gippini  
Fournier und K. Wiedner als Bevollmächtigte, Zustellungsanschrift in Luxem-  
бург,

Beklagte,

\* Verfahrenssprache: Französisch.

unterstützt durch

CanalSatellite mit Sitz in Paris, Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte L. Cohen-Tanugi und F. Brunet, Zustellungsanschrift in Luxemburg,

Streithelferin,

wegen Nichtigerklärung der Artikel 2 und 3 der Entscheidung 1999/242/EG der Kommission vom 3. März 1999 in einem Verfahren nach Artikel 85 EG-Vertrag (Sache Nr. IV/36.237 — TPS) (ABl. L 90, S. 6),

erlässt

DAS GERICHT ERSTER INSTANZ  
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten J. Azizi sowie der Richter K. Lenaerts und M. Jäger,

Kanzler: D. Christensen, Verwaltungsrätin

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 18. Januar 2001,

folgendes

## Urteil

### Allgemeiner Rahmen der Rechtssache

#### A — Beschreibung der Maßnahme

- 1 Diese Rechtssache steht im Zusammenhang mit der Entscheidung 1999/242/EG der Kommission vom 3. März 1999 in einem Verfahren nach Artikel 85 EG-Vertrag (Sache Nr. IV/36.237 — TPS) (ABl. L 90, S. 6) betreffend die Gründung der Firma *Télévision par Satellite* (im Folgenden: TPS), deren Zweck in der Entwicklung und Ausstrahlung von für ein französischsprachiges Publikum bestimmten Pay-TV -Programmen und -Diensten innerhalb Europas in digitalisierter Form via Satellit besteht (Begründungserwägung Nr. 76 der angefochtenen Entscheidung).
  
- 2 Diese Firma, die in der Form einer offenen Handelsgesellschaft (*Société en nom collectif*, SNC) französischen Rechts von sechs großen französischen Unternehmen gegründet wurde, die in den Bereichen des Fernsehens (*Métropole télévision* [M6], *Télévision française 1 SA* [TF1], France 2 und France 3) und der Telekommunikation sowie der Kabelnetze (*France Télécom* und *Suez-Lyonnaise des eaux*) tätig sind, stellt sich als neuer Teilnehmer an Märkten dar, die in hohem Maße durch einen historischen Beteiligten, die Firma Canal+ und ihre Tochtergesellschaft CanalSatellite, beherrscht werden.

B — *Die betroffenen Märkte und die Struktur dieser Märkte*

- 3 Nach der angefochtenen Entscheidung ist der in erster Linie durch die Gründung von TPS betroffene Produktmarkt der Markt des Bezahlfernsehens (Begründungserwägungen Nrn. 23 und 24 der angefochtenen Entscheidung). Der Vorgang berührt im Übrigen den Markt des Erwerbs von Ausstrahlungsrechten und die Vermarktung von Spartenkanälen.
  
- 4 Zum betroffenen geographischen Markt hat die Beklagte in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, dass zum Zeitpunkt von deren Erlass diese verschiedenen Märkte auf nationaler Ebene beurteilt werden müssten, so dass sie sich im vorliegenden Fall auf Frankreich beschränkten (Begründungserwägungen Nrn. 40 bis 43 der angefochtenen Entscheidung).

1. *Der Markt des Bezahlfernsehens in Frankreich*

- 5 Wie sich aus der Begründungserwägung Nr. 25 der angefochtenen Entscheidung ergibt, stellt der Bezahlfernseh- oder Pay-TV-Markt gegenüber dem frei empfangbaren Fernsehen einen eigenständigen Markt dar. Denn im Unterschied zum letztgenannten Markt, bei dem sich Programmveranstalter und Werbewirtschaft als Geschäftspartner gegenüberstehen, besteht auf dem Pay-TV-Markt die Geschäftsbeziehung zwischen dem Programmveranstalter und dem Zuschauer als Abonnenten. Die Wettbewerbsbedingungen auf diesen Märkten sind daher unterschiedlich.

- 6 In der angefochtenen Entscheidung heißt es ferner, dass der Pay-TV-Markt zum Zeitpunkt ihres Erlasses drei Übertragungsarten umfasste (über Funk, Satellit oder Kabel) und dass diese verschiedenen Übertragungsarten keine unterschiedlichen Märkte darstellten (Begründungserwägung Nr. 30 der angefochtenen Entscheidung).
  
- 7 Der auf dem französischen Pay-TV-Markt am längsten etablierte Beteiligte ist die Gesellschaft Canal+, die in der Gunst der französischen Zuschauer hoch im Kurs steht und über ein umfassendes Know-how im Bereich des Managements verfügt (Begründungserwägung Nr. 44 der angefochtenen Entscheidung). Die Canal+-Gruppe ist auf Grund ihrer Mehrheitsbeteiligung an der Kabelgesellschaft NumériCâble auch auf dem Kabelnetzsektor tätig. Ferner bietet Canal+ über ihre Tochtergesellschaft CanalSatellite eine Reihe digital gesendeter Pay-TV-Satellitenprogramme (digitale Programmpakete) an (Begründungserwägung Nr. 46 der angefochtenen Entscheidung). In der angefochtenen Entscheidung heißt es: „Gemessen an den Abonnentenzahlen hatte die Canal+-Gruppe mit den Ablegern Canal+ („Premium“-Kanal) und CanalSatellite sowie der Beteiligung an dem Kabelnetz NumériCâble Ende Juni 1998 einen Anteil von ca. 70 % am französischen Pay-TV-Markt“ (Begründungserwägung Nr. 47).
  
- 8 Ein weiterer Beteiligter am Pay-TV-Markt, die Gesellschaft AB-Sat, wurde im April 1996 von der französischen AB-Gruppe eingeführt, die sich im Wesentlichen auf die Produktion von Fernsehprogrammen und den Vertrieb von Übertragungsrechten verlegt hat. AB-Sat verfügte Ende Juni 1998 über 100 000 Abonnenten (Begründungserwägung Nr. 49 der angefochtenen Entscheidung).
  
- 9 Schließlich verfügte die Gesellschaft TPS Ende Juni 1998 über 457 000 Abonnenten und rechnete bis Jahresende 1998 mit 600 000 Abonnenten (Begründungserwägung Nr. 50 der angefochtenen Entscheidung).

## *2. Der Markt des Erwerbs von Übertragungsrechten, vor allem für Filme und Sportveranstaltungen*

- 10 Da Filme und Sportsendungen die beiden Zugpferde des Bezahlfernsehens sind, ist der Erwerb der Übertragungsrechte für derartige Programme notwendig, um ein publikumswirksames Angebot zusammenzustellen, mit dem neue Abonnenten gewonnen werden sollen, die für den Empfang von Fernsehdienstleistungen bezahlen (Begründungserwägung Nr. 34 der angefochtenen Entscheidung).
  
- 11 Nach der angefochtenen Entscheidung sind die wesentlichen Konkurrenten von TPS auf diesem Markt, insbesondere im Bereich des Erwerbs von Übertragungsrechten für amerikanische und französische Filme sowie Sportveranstaltungen, Canal+ und die Spartenkanäle, an denen Canal+ beteiligt ist (Begründungserwägung Nr. 58 der angefochtenen Entscheidung). Ferner führt die Kommission in der angefochtenen Entscheidung aus: „Die Canal+-Gruppe hat auf diesem speziellen Markt eine besonders starke Stellung inne“, und AB-Sat sowie die Sender, die ein Vollprogramm ausstrahlen, betätigten sich ebenfalls auf diesem Markt (a. a. O.).

## *3. Die Vermarktung und kommerzielle Nutzung von Spartenkanälen*

- 12 Nach der angefochtenen Entscheidung sind Spartenprogramme für die Zusammenstellung publikumswirksamer Fernsehangebote unerlässlich; die Vermarktung und kommerzielle Nutzung der Spartenkanäle nimmt danach in Frankreich rasant zu, insbesondere seit der Einführung der digitalen Technologie (Begründungserwägungen Nrn. 37 bis 39 und 65 bis 69 der angefochtenen Entscheidung).

- 13 In Bezug auf die Struktur des Marktes heißt es in der angefochtenen Entscheidung:

„Seit dem Erscheinen der Satelliten-Plattformen auf dem Markt haben sich sämtliche Pay-TV-Anbieter Beteiligungen an den auf dem Markt befindlichen Spartenprogrammen gesichert. Die wichtigsten Akteure in diesem Bereich haben den Markt relativ gleichmäßig unter sich aufgeteilt, wenngleich Canal+ aufgrund seiner Beteiligungen an den etablierten Kanälen mit der größten Reichweite über Kabel und den meisten Abonnenten eine Sonderstellung einnimmt“ (Begründungserwägungen Nrn. 67 und 68 der angefochtenen Entscheidung).

#### C — Die Anmeldung und die angemeldeten Maßnahmen

- 14 Zum ersten Mal wurde die Kommission im Sommer 1996 aufgrund einer Anmeldung gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [ABl. 1990, L 257, S. 13, zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997 [ABl. L 180, S. 1]] (Begründungserwägung Nr. 1 der angefochtenen Entscheidung) mit der Gründung von TPS befasst. Da die Kommission den an der Gründung von TPS beteiligten Firmen jedoch mitteilte, dass diese kein der gemeinsamen Kontrolle ihrer Gesellschafter unterliegendes Gemeinschaftsunternehmen darstelle, meldeten sie die Maßnahme am 18. Oktober 1996 auf der Grundlage der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages (ABl. Nr. 13, S. 204), mit einem Antrag auf Negativattest, hilfsweise auf Freistellung, an (ebenfalls Begründungserwägung Nr. 1).
- 15 Insgesamt wurden vier Vereinbarungen angemeldet. Die Übereinkunft vom 11. bzw. 18. April 1996 (im Folgenden: Übereinkunft) enthält grundsätzliche Bestimmungen für den Betrieb von TPS, die später in dem am 19. Juni 1996 un-

terzeichneten Gesellschaftsvertrag sowie den am gleichen Tag verabschiedeten Satzungen der Firmen TPS und TPSG näher ausgeführt wurden (Begründungserwägung Nr. 70 der angefochtenen Entscheidung). Die Laufzeit der Vereinbarungen beträgt zehn Jahre (Begründungserwägung Nr. 71 der angefochtenen Entscheidung).

- 16 Drei in diesen Vereinbarungen vorgesehene Klauseln erregten in der angefochtenen Entscheidung die besondere Aufmerksamkeit der Beklagten. Es handelt sich erstens um die Wettbewerbsklausel, zweitens die Klausel betreffend die Spartenkanäle und drittens die Ausschließlichkeitsklausel.

### *1. Die Wettbewerbsklausel*

- 17 Diese Klausel, die in Artikel 11 der Übereinkunft und Artikel 5 Absatz 3 des Gesellschaftsvertrags enthalten ist, wurde auf Ersuchen der Beklagten in einem Nachtrag vom 17. September 1998 präzisiert. Sie lautet wie folgt:

„Die Vertragsparteien verpflichten sich, sich in keiner Weise, auch nicht indirekt, an Gesellschaften zu beteiligen, deren Tätigkeitsspektrum oder Gesellschaftszweck in der Ausstrahlung und Vermarktung von für französischsprachige Haushalte in Europa bestimmten digitalen Pay-TV-Satellitenprogrammen und audiovisuellen Diensten besteht, solange sie an TPS Anteile besitzen“ (Begründungserwägung Nr. 77 der angefochtenen Entscheidung).

## 2. Die Klausel betreffend die Spartenkanäle

- 18 Artikel 6 der Übereinkunft — Digitales Programm- und Dienstangebot — und Artikel 5 Absatz 4 des Gesellschaftsvertrags sehen vor, dass TPS über ein Vorrecht und ein Recht auf endgültige Ablehnung in Bezug auf von ihren Gesellschaftern veranstaltete Programme und erbrachte Dienstleistungen verfügt. Diese Klausel lautet wie folgt:

„Zur Versorgung von TPS mit dem nötigen Programmangebot verpflichten sich die Vertragsparteien, TPS ein Vorrecht auf Übernahme sämtlicher Programme und Dienste einzuräumen, die von ihnen jetzt und in Zukunft veranstaltet bzw. erbracht werden oder über die sie effektiv frei verfügen können. Außerdem hat TPS das Recht zu entscheiden, ob es Programme und Dienste, die die TPS-Gesellschafter Dritten anbieten, zu den günstigsten von der Konkurrenz vorgeschlagenen Bedingungen annehmen oder endgültig ablehnen will. Auf die übernommenen Produktionen oder Dienste finden, unabhängig davon, ob es sich um Exklusivrechte handelt, finanzielle und vertragliche Bedingungen Anwendung, die zumindest den marktüblichen Bedingungen entsprechen.“

TPS steht es frei, anhand eigener Bewertungsmaßstäbe zu entscheiden, ob es die ihm angebotenen Programme und Dienste ablehnen, auf Exklusivbasis oder in nicht exklusiver Form in sein digitales Programmpaket übernehmen will, auch wenn die Vertragsparteien die Übernahme auf Exklusivbasis zu ihrem erklärten Ziel gemacht haben“ (Begründungserwägungen Nrn. 78 und 79 der angefochtenen Entscheidung).

## 3. Die Ausschließlichkeitsklausel

- 19 Schließlich sieht Artikel 6 der Übereinkunft vor, dass die Vollprogramme ausstrahlenden Kanäle, die an der Gründung und Markteinführung von TPS beteiligt

sind, nämlich M6, TF1, France 2 und France 3, exklusiv von TPS ausgestrahlt werden (Begründungserwägung Nr. 81 der angefochtenen Entscheidung). TPS übernimmt die Kosten für ihre Übertragung bis zum Empfänger, braucht dafür aber keine Vergütung zu zahlen (a. a. O.).

D — *Die angefochtene Entscheidung*

- 20 Am 3. März 1999 erließ die Beklagte die angefochtene Entscheidung.
- 21 Wie aus Artikel 1 dieser Entscheidung hervorgeht, stellte die Beklagte, ausgehend von ihrem seinerzeitigen Kenntnisstand, fest, dass für sie keine Veranlassung bestehe, aufgrund von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 81 Absatz 1 EG) gegen die Gründung von TPS vorzugehen.
- 22 Sie gelangte jedoch in Bezug auf die in den Randnummern 17 bis 19 dargestellten Vertragsklauseln zu folgendem Ergebnis:
- in Bezug auf die Wettbewerbsklausel bestehe keine Veranlassung, gegen diese während einer Anlaufphase von drei Jahren, d. h. bis zum 15. Dezember 1999, vorzugehen (Artikel 2 der angefochtenen Entscheidung);

— was die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle angehe, könne für diese Regelungen eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages für drei Jahre, d. h. bis zum 15. Dezember 1999, gewährt werden (Artikel 3 der angefochtenen Entscheidung).

## Verfahren und Anträge der Beteiligten

- 23 Mit Klageschrift, die am 10. Mai 1999 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, haben die Klägerinnen die vorliegende Klage erhoben.
- 24 Die Firma CanalSatellite hat mit Schriftsatz, der am 5. November 1999 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, ihre Zulassung als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kommission beantragt.
- 25 Der Präsident der Dritten Kammer des Gerichts hat mit Beschluss vom 31. Januar 2000 diese Streithilfe zugelassen und dem Antrag der Klägerinnen auf vertrauliche Behandlung bestimmter Einzelheiten in der Klageschrift und deren Anlagen teilweise stattgegeben.
- 26 Die Streithelferin hat ihren Streithilfeschriftsatz am 24. März 2000 eingereicht. Die Kommission und die Klägerinnen TF1 und M6 haben sich zu diesem Schriftsatz am 4., 5. und 8. Mai 2000 geäußert.

27 Das Gericht (Dritte Kammer) hat auf Bericht des Berichterstatters beschlossen, die mündliche Verhandlung zu eröffnen. Es hat im Rahmen prozessleitender Maßnahmen im Sinne von Artikel 64 seiner Verfahrensordnung die Parteien gebeten, Fragen zu beantworten, und die Beklagte, eine Unterlage vorzulegen. Diesen Ersuchen ist innerhalb der gesetzten Frist nachgekommen worden.

28 Die Verfahrensbeteiligten haben in der Sitzung vom 18. Januar 2001 mündlich verhandelt und die Fragen des Gerichts beantwortet.

29 Die Klägerinnen beantragen,

— die Artikel 2 und 3 der angefochtenen Entscheidung für nichtig zu erklären;

— der Beklagten und der Streithelferin die Kosten als Gesamtschuldner aufzuerlegen.

30 Die Beklagte und die Streithelferin beantragen,

— die Klage abzuweisen,

— den Klägerinnen die Kosten aufzuerlegen.

## Entscheidungsgründe

### A — Zur Zulässigkeit der Klage

#### *Vorbringen der Parteien*

- 31 Die Beklagte, die in dieser Hinsicht von der Streithelferin unterstützt wird, erhebt die Einrede der Unzulässigkeit der Klage. Sie führt aus, dass nach ständiger Rechtsprechung nur solche Handlungen angefochten werden könnten, die bindende rechtliche Wirkungen entfalten, so dass sie die Interessen der Klägerinnen beeinträchtigen. Ferner könne, wie sich aus den Urteilen des Gerichts vom 17. September 1992 in der Rechtssache T-138/89 (NBV und NVB/Kommission, Slg. 1992, II-2181, Randnr. 31) und vom 22. März 2000 in den Rechtssachen T-125/97 und T-127/97 (Coca-Cola/Kommission, Slg. 2000, II-1733, Randnr. 79) ergebe, nur der Tenor der Maßnahme Rechtswirkungen erzeugen und damit eine Beschwerde darstellen. Dagegen unterlägen die Gründe der in Rede stehenden Entscheidung der Überprüfung durch den Gemeinschaftsrichter nur, soweit sie als Begründung für eine beschwerende Maßnahme den tragenden Grund ihres Tenors darstellten.
- 32 Der verfügende Teil einer Entscheidung, mit der ein Negativattest erteilt und eine Freistellung gewährt werde, wie dies bei der im vorliegenden Verfahren angefochtenen Entscheidung der Fall sei, beschwere ihren Adressaten jedoch nicht. Daher sei die von den Klägerinnen erhobene Nichtigkeitsklage unzulässig.
- 33 Nach Ansicht der Beklagten ist dieses Ergebnis besonders zwingend, weil die angefochtene Entscheidung ab dem 15. Dezember 1999 sämtliche Rechtswirkungen verloren habe. Die Bedeutung der vorliegenden Rechtssache sei daher rein theoretisch.

- 34 Die Klägerinnen vertreten die Ansicht, die vorliegende Klage sei nicht unzulässig. Die angefochtene Entscheidung erzeuge verbindliche Rechtswirkungen, die ihre Interessen beeinträchtigten (Urteil des Gerichtshofes vom 11. November 1981 in der Rechtssache 60/81, IBM/Kommission, Slg. 1981, 2639, Randnr. 9), denn das Negativattest und die Freistellung würden nur für eine Dauer von drei Jahren gewährt. Im Übrigen seien im Urteil des Gerichts vom 15. September 1998 in den Rechtssachen T-374/94, T-375/94, T-384/94 und T-388/94 (European Night Services u. a./Kommission, Slg. 1998, II-3141), bei dem es ebenfalls um Nichtigkeitsklagen gegen eine Entscheidung über eine Freistellung gegangen sei, die die durch diese Freistellung Begünstigten erhoben hätten, die Klagen für zulässig befunden worden.

### *Würdigung durch das Gericht*

- 35 Nach ständiger Rechtsprechung können Handlungen oder Entscheidungen dann den Gegenstand einer Nichtigkeitsklage nach Artikel 173 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 230 EG) bilden, wenn es sich dabei um Maßnahmen handelt, die verbindliche Rechtswirkungen erzeugen, welche die Interessen des Klägers durch einen Eingriff in seine Rechtsstellung beeinträchtigen (Urteile des Gerichtshofes IBM/Kommission, angeführt in Randnr. 34, Randnr. 9, und vom 31. März 1998 in den Rechtssachen C-68/94 und C-30/95, Frankreich u. a./Kommission, Slg. 1998, I-1375, Randnr. 62, sowie des Gerichts vom 4. März 1999 in der Rechtssache T-87/96, Assicurazioni Generali und Unicredito/Kommission, Slg. 1999, II-203, Randnr. 37, und Coca-Cola/Kommission, angeführt in Randnr. 31, Randnr. 77).
- 36 So ist jede natürliche oder juristische Person berechtigt, eine Nichtigkeitsklage gegen die Entscheidung eines Gemeinschaftsorgans zu erheben, die einem von ihr gestellten genauen und eindeutigen Antrag ganz oder teilweise nicht stattgibt (vgl. in diesem Sinne in Bezug auf einen Antrag gemäß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung Nr. 17 Urteil des Gerichtshofes vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76, Metro/Kommission, Slg. 1977, 1875, Randnr. 13). Denn in einer solchen Lage kann die vollständige oder teilweise Ablehnung des Antrags verbindliche Rechtswirkungen erzeugen, die die Interessen des Antragstellers beeinträchtigen.

- 37 Im Licht dieser Grundsätze ist zu prüfen, ob die vorliegende Nichtigkeitsklage zulässig ist.
- 38 Die Klägerinnen haben der Beklagten die Vereinbarungen über die Gründung von TPS und die Beschränkungen übermittelt, die ihres Erachtens Nebenabreden zu dieser Maßnahme darstellten, um gemäß Artikel 2 der Verordnung Nr. 17 ein Negativattest für die gesamte Laufzeit dieser Vereinbarungen, d. h. für zehn Jahre, zu erhalten, oder hilfsweise gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 eine individuelle Freistellung der gleichen Dauer zu bekommen.
- 39 Aus dem verfügenden Teil der angefochtenen Entscheidung geht hervor, dass sowohl das Negativattest in Bezug auf die Wettbewerbsklausel (Artikel 2) als auch die individuelle Freistellung in Bezug auf die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle (Artikel 3) nur für eine Dauer von drei Jahren erteilt werden.
- 40 Wegen dieser Begrenzung der Laufzeit des Negativattests und der Freistellung in den Artikeln 2 und 3 gelangen die Klägerinnen nur für einen kürzeren als den beantragten Zeitraum in den Genuss der Rechtssicherheit aufgrund dieser Entscheidungen. Ferner haben die Klägerinnen, in diesem Punkt von der Beklagten unwidersprochen, geltend gemacht, dass dieser Sachverhalt auch die Berechnung der Rentabilität der Investitionen beeinflusst habe, auf deren Grundlage die angemeldeten Vereinbarungen geschlossen worden seien.
- 41 Daher erzeugt dieser Abschnitt des verfügenden Teils der angefochtenen Entscheidung verbindliche Rechtswirkungen, die die Interessen der Klägerinnen beeinträchtigen.
- 42 Dabei ist es unerheblich, dass die Klägerinnen gegebenenfalls nach einer erneuten Anmeldung der in Rede stehenden Beschränkungen ein neues Negativattest oder

eine neue Freistellung von geringerer, gleicher oder sogar längerer Laufzeit als die ursprünglich gewährte erhalten könnten. Da sie nämlich nicht bereits jetzt über die Rechtssicherheit verfügen, die sie genossen hätten, wenn das in Artikel 2 der angefochtenen Entscheidung vorgesehene Negativattest und die in Artikel 3 vorgesehene Freistellung für eine Laufzeit von zehn Jahren erteilt worden wären, werden ihre Interessen durch diesen Abschnitt des verfügenden Teils der angefochtenen Entscheidung beeinträchtigt.

- 43 Schließlich richtet sich die Nichtigkeitsklage im Unterschied zu den Klagen in den Rechtssachen, die mit den in Randnummer 31 angeführten Urteilen NBV und NVB/Kommission sowie Coca-Cola/Kommission abgeschlossen worden sind, gegen den verfügenden Teil und nicht gegen die Gründe der angefochtenen Entscheidung. Die Klägerinnen beantragen nämlich die Nichtigerklärung der Artikel 2 und 3 des verfügenden Teils der angefochtenen Entscheidung. Im Übrigen hat das Gericht zwar im Urteil NBV und NVB/Kommission (Randnr. 32) festgestellt, dass eine Entscheidung über ein Negativattest „dem Antrag [entspricht] und ... ihrer Natur nach weder die Rechtsstellung des Antragstellers ändern noch eine Beschwerde für ihn darstellen [kann]“, doch war in der damaligen Rechtssache das Negativattest für eine Laufzeit erteilt worden, die der von den Betroffenen beantragten entsprach. Wie jedoch bereits ausgeführt worden ist, wurde in der vorliegenden Rechtssache das Negativattest nur für eine Laufzeit von drei Jahren erteilt, obwohl die Klägerinnen seine Erteilung für eine Laufzeit von zehn Jahren beantragt hatten.

- 44 Nach allem ist die vorliegende Klage zulässig.

## B — Zur Begründetheit

- 45 Zunächst sind die Rügen, mit denen die Nichtigerklärung von Artikel 3 der angefochtenen Entscheidung begründet werden soll, zu untersuchen, d. h. die Rü-

gen, die die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel in Bezug auf die Spartenkanäle betreffen. Sodann wird die gegen Artikel 2 der angefochtenen Entscheidung, der die Wettbewerbsklausel betrifft, gerichtete Rüge geprüft werden.

*1. Zu den Rügen, mit denen die Nichtigerklärung von Artikel 3 der angefochtenen Entscheidung begründet werden soll*

46 In Bezug auf Artikel 3 der angefochtenen Entscheidung rügen die Klägerinnen zwei Verstöße gegen Artikel 85 Absätze 1 und 3 EG-Vertrag. Im Rahmen der ersten Rüge machen sie geltend, die Beklagte habe gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag verstoßen, da die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle keine Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne dieser Bestimmung darstellten, hilfsweise, dass diese Verpflichtungen als Nebenabreden bei der Gründung von TPS einzustufen seien. Im Rahmen der zweiten Rüge vertreten die Klägerinnen die Ansicht, dass die Beklagte dadurch gegen Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag verstoßen habe, dass sie die in dieser Bestimmung vorgesehenen Freistellungskriterien nicht richtig angewandt und einen Beurteilungsfehler in Bezug auf die Dauer der Freistellung begangen habe.

a) Zur ersten Rüge, Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag

i) Zum Vorbringen, die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle stellen keine Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag dar

47 Die Klägerinnen machen geltend, die Beklagte habe sich zum Zweck der Feststellung in der angefochtenen Entscheidung, dass die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle Wettbewerbsbeschränkungen im

Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag darstellten, zum einen auf falsche Beurteilungen gestützt und zum anderen diese Bestimmung falsch angewandt.

- 48 Die Beklagte, unterstützt durch die Streithelferin, bestreitet dies.

— Zur Rüge, es lägen falsche Beurteilungen vor

#### Vorbringen der Beteiligten

- 49 Die Klägerinnen machen geltend, die Beklagte habe den wettbewerbsbeschränkenden Charakter der Ausschließlichkeitsklausel in den Begründungserwägungen Nummern 102 bis 107 der angefochtenen Entscheidung damit begründet, dass die Vollprogramme große Anziehungskraft beim Fernsehzuschauer besäßen und dass diese Klausel den Wettbewerbern von TPS den Zugang zu solchen Programmen verwehre. Diese Feststellung beruhe auf falschen Beurteilungen.
- 50 Denn erstens sei die Feststellung falsch, dass die Zugkraft der Vollprogramme im Angebot von TPS damit zu erklären sei, dass der Empfang dieser Programme über Antenne in manchen Gegenden Frankreichs mittelmäßig oder schlecht sei. Die Zahlen, die das Institut Médiamétrie in seiner im November/Dezember 1997 durchgeführten von der Beklagten angeführten Studie ermittelt habe, die die zwei Monate dauernde Überwachung der Einführung betroffen haben (im Folgenden: Médiamétrie-Studie), seien falsch und berücksichtigten nicht, dass praktisch alle Franzosen TF1, France 2 und France 3 gut empfangen könnten. Zum Beleg dieser

Behauptung haben die Klägerinnen in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass zum einen die Médiamétrie-Studie nicht angebe, nach welchen methodologischen Grundsätzen sie erstellt worden sei, und zum anderen, dass die Sendequalität der von den französischen Kanälen ausgestrahlten Fernsehprogramme alle fünf Jahre vom Conseil Supérieur de l'Audiovisuel im Rahmen des Verfahrens über die Erteilung oder die Verlängerung der Genehmigungen geprüft werde.

- 51 Zweitens gehe aus den Marktstudien, entgegen den Ausführungen der Beklagten in der angefochtenen Entscheidung, hervor, dass sich die Fernsehzuschauer für TPS eher wegen der Reichhaltigkeit des Angebots als wegen des Digital-Empfangs der Vollprogramme entschieden.
- 52 Drittens sei die Behauptung der Beklagten, die beiden anderen digitalen Programmpakete, CanalSatellite und AB-Sat, hätten ohne ausschließliche Übertragung der Vollprogramme erfolgreich eingeführt werden können, im vorliegenden Fall unerheblich. Denn zum einen seien CanalSatellite bei der Einführung zahlreiche ausschließliche Übertragungen von Filmen und Sportveranstaltungen zugute gekommen, und dieser Sender strahle immer noch ausschließlich das Programm Canal+ aus, und zum anderen sei AB-Sat in einem anderen Marktsegment gegründet worden.
- 53 Schließlich führen die Klägerinnen aus, entgegen den Feststellungen der Beklagten in der angefochtenen Entscheidung bedeute der Umstand, dass die vier Vollprogramme, die 90 % sämtlicher Fernsehzuschauer und ungefähr 75 % der Zuschauer über Kabel erreichten, von TPS ausschließlich übertragen würden, nicht notwendigerweise, dass der Zugang der Wettbewerber zu den Programmen dieser Kanäle begrenzt werde. Denn die Märkte für das freie Fernsehen und für das Bezahlfernsehen seien zwei unterschiedliche Märkte, so dass kein derartiger ursächlicher Zusammenhang vorliegen könne. Schließlich sei nicht gewiss, dass sich die vier Vollprogramme ausstrahlenden Sender, falls sie nicht an der Gründung von TPS mitgewirkt hätten, an einem anderen digitalen Programmpaket beteiligt hätten. Wie die Lage in den anderen europäischen Ländern beweise, in denen ein einziger Beteiligter über ein Monopol auf dem Pay-TV-Markt verfüge, sei eine neue Beteiligung am Pay-TV-Markt in Frankreich nicht mehr möglich.

- 54 Die Beklagte, unterstützt durch die Streithelferin, bestreitet, dass die Feststellung in der angefochtenen Entscheidung, die Ausschließlichkeit der Übertragung der vier Vollprogramme stelle eine Wettbewerbsbeschränkung dar, auf falschen Beurteilungen beruhe.

### Würdigung durch das Gericht

- 55 Die Tatsachen, die die Klägerinnen anführen, um darzutun, dass die Feststellung des wettbewerbsbeschränkenden Charakters der Ausschließlichkeitsklausel durch die Beklagte auf falschen Beurteilungen beruhe, sind entweder unzutreffend oder unerheblich.
- 56 Erstens kann der Ansicht der Klägerinnen, die Angaben der Médiamétrie-Studie über das Vorhandensein von Gegenden mit schlechtem Empfang in Frankreich, die in der Begründungserwägung Nummer 104 der angefochtenen Entscheidung wiedergegeben wurden, seien falsch und praktisch alle Fernsehzuschauer in Frankreich könnten TV1, France 2 und France 3 empfangen, nicht gefolgt werden, da keine Beweise vorliegen, die sie stützten.
- 57 Die Streithelferin hat nämlich in der mündlichen Verhandlung von den Klägerinnen unwidersprochen ausgeführt, dass es sich bei dem Institut Médiamétrie um das einzige Meinungsforschungsinstitut handele, das in Frankreich Erhebungen über die Zuschauer durchführe, und dass diese Studien für alle französischen Fernsehkanäle insbesondere bei der Berechnung ihrer Einkünfte aus Werbung als Bezugspunkt dienten.
- 58 Zudem beweisen entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen die Kontrollen, die der Conseil Supérieur de l'Audiovisuel alle fünf Jahre im Rahmen des Verfahrens über die Erteilung oder Verlängerung von Genehmigungen durchführt, die Un-

richtigkeit dieser Angaben nicht. Wie sie in der mündlichen Verhandlung auch eingeräumt haben, bezieht sich die Kontrolle durch den Conseil nämlich nur auf die Sendequalität der Fernsehkanäle und nicht auf die Qualität des Empfangs dieser Kanäle durch die französischen Fernsehzuschauer.

- 59 Dass es in Frankreich große Gebiete mit schlechtem Empfang gibt, wie in der Médiamétrie-Studie festgestellt wird, bestätigt wohl auch die von den Klägerinnen vorgelegte Marktstudie, denn danach haben [...] <sup>1</sup> der befragten Personen TPS abonniert, „um die inländischen Programme einwandfrei empfangen zu können“.
- 60 Ferner führte die Beklagte in der angefochtenen Entscheidung eindeutig aus, dass die in der Médiamétrie-Studie veröffentlichten Zahlen für sie „nur Hinweischarakter [haben], da sich die Untersuchung außer auf die vier von TPS exklusiv ausgestrahlten Vollprogramme auch auf Arte und La Cinquième erstreckte, die von 80,6 % der Haushalte empfangen werden können, sowie auf den terrestrisch ausgestrahlten Canal+-Sender ... Hier sollen ca. [...] Haushalte eine schlechte Empfangsqualität haben“ (Begründungserwägung Nr. 104 der angefochtenen Entscheidung).
- 61 Zweitens wird die Feststellung der Beklagten entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen entkräftet, dass nach den von TPS in Auftrag gegebenen Marktstudien (insbesondere der BVA-Studie) die Personen, die TPS abonniert haben, dies vor allem wegen der Reichhaltigkeit von deren Angebot und nicht wegen der Möglichkeit getan haben, auch Vollprogramme zu empfangen. Denn da die Vollprogramme eine Bereicherung des Angebots von TPS ermöglichen, tragen sie zur Zugkraft dieses Angebots bei. Zudem geht, wie bereits festgestellt, aus den Marktstudien hervor, dass ein erheblicher Teil der befragten Personen angegeben haben, sie hätten sich für das Abonnement von TPS entschieden, um die Vollprogramme einwandfrei empfangen zu können.

1 — Unkenntlich gemachte vertrauliche Angaben.

- 62 Drittens ist zum Argument der Klägerinnen, es sei für den vorliegenden Fall unerheblich, dass CanalSatellite und AB-SAT auf den Markt gebracht worden seien, ohne Vollprogramme ausschließlich zu übertragen, auszuführen, dass die Beklagte dies vorgetragen hat, um darzutun, dass sich die Vollprogramme „von den anderen Programmen weder grundsätzlich unterscheiden noch einen für Pay-TV typischen Inhalt bieten“ (Begründungserwägung Nr. 106 der angefochtenen Entscheidung). Zwar ist dieser Umstand für die Bestimmung des wettbewerbsbeschränkenden Charakters der Ausschließlichkeitsklausel von recht nebensächlicher Bedeutung, doch ermöglicht er die Feststellung, dass diese Klausel für die Gründung von TPS nicht objektiv notwendig ist, so dass sie nicht als Nebenabrede betrachtet werden kann (vgl. in diesem Sinne unten, Nrn. 118 ff.).
- 63 Schließlich ist das tatsächliche Vorbringen zurückzuweisen, mit dem die Klägerinnen darzutun suchen, dass die Ausschließlichkeitsklausel entgegen den Feststellungen der Kommission in der angefochtenen Entscheidung nicht dazu führe, dass „den Wettbewerbern von TPS der Zugang zu zugkräftigen Programmen“ verwehrt werde.
- 64 Denn es ist offenkundig, dass den Wettbewerbern von TPS der Zugang zu Programmen verwehrt wird, die zahlreiche französische Fernsehzuschauer als zugkräftig betrachten, soweit TPS aufgrund der Ausschließlichkeit, die sie genießt, allein befugt ist, die Vollprogramme zu übertragen.
- 65 Ferner haben die Klägerinnen keinen Beweis für ihre Behauptung erbracht, es sei nicht auszuschließen, dass den Vollprogrammen von anderen digitalen Programmpaketeten die Übertragung verwehrt werde.
- 66 Nach allem haben die Klägerinnen nicht dargetan, dass sich die Beklagte bei ihrer Feststellung, dass die Ausschließlichkeitsklausel eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag darstelle, auf falsche Beurteilungen gestützt hätte.

67 Diese Rüge ist daher zurückzuweisen.

— Zur Rüge einer falschen Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag (Nichtanwendung einer Rule of reason)

### Vorbringen der Beteiligten

68 Die Klägerinnen machen geltend, die Beklagte hätte Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag im Licht einer Rule of reason anstatt abstrakt anwenden müssen. Nach der Rule of reason falle eine wettbewerbswidrige Praxis nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag, wenn sie auf den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt eher positive als negative Auswirkungen habe. Dass es im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft eine Rule of reason gebe, sei vom Gerichtshof bereits bestätigt worden (Urteile des Gerichtshofes vom 8. Juni 1982 in der Rechtssache 258/78, Nungesser und Eisele/Kommission, Slg. 1982, 2015, und vom 6. Oktober 1982 in der Rechtssache 262/81, Coditel u. a., Slg. 1982, 3381, Randnr. 20). Entgegen dem Vorbringen der Beklagten seien diese beiden Urteile im vorliegenden Fall erheblich, da die Gründung von TPS ebenfalls unter besonderen Voraussetzungen und auf einem ganz besonderen Markt erfolgt sei.

69 Die Anwendung der Rule of reason hätte es ermöglicht, zu dem Ergebnis zu gelangen, dass Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag auf die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle nicht anwendbar sei. Denn, wie sich implizit aus den Erwägungen der Beklagten in Bezug auf Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag ergebe, förderten diese Klauseln den Wettbewerb auf dem Pay-TV-Markt in Frankreich und beschränkt ihn nicht: Sie ermöglichten einem neuen Teilnehmer den Zugang zu einem bisher von einem einzigen Teilnehmer, nämlich CanalSatellite und deren Muttergesellschaft Canal+ (da das Angebot von AB-Sat kein

wirkliches Konkurrenzangebot sei, sondern das Angebot von Canal+ ergänze) beherrschten Markt.

- 70 Das Ergebnis, dass Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag auf die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle nicht anwendbar sei, sei namentlich im Hinblick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes geboten. Denn nach dieser Rechtsprechung sei zum einen eine Alleinvertriebsklausel wirtschaftlich zu beurteilen und werde nicht per se vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag erfasst (Urteil des Gerichtshofes vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65, *Société technique minière*, Slg. 1966, 282), und zum anderen falle ein ausschließliches Recht, das zum Zweck der Durchdringung eines neuen Marktes gewährt werde, nicht unter das Verbot dieses Artikels (Urteile *Nungesser und Eisele/Kommission*, angeführt in Randnr. 68, und *Société technique minière*; allgemein zur Bedeutung von Artikel 85 Absätze 1 und 3 EG-Vertrag Urteil des Gerichtshofes vom 12. Dezember 1995 in der Rechtssache C-393/93, *Oude Luttikhuis u. a.*, Slg. 1995, I-4515, Randnr. 10, und Urteile des Gerichts vom 14. Mai 1997 in der Rechtssache T-77/94, *VGB u. a./Kommission*, Slg. 1997, II-759, Randnr. 140, sowie *European Night Services u. a./Kommission*, angeführt in Randnr. 34, Randnr. 136).
- 71 Die Beklagte macht geltend, sie habe nicht gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag verstoßen, indem sie im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit der Ausschließlichkeitsklausel und der Klausel betreffend die Spartenkanäle mit dieser Bestimmung nicht, wie von den Klägerinnen vorgeschlagen, eine *Rule of reason* angewandt habe.

#### Würdigung durch das Gericht

- 72 Nach Ansicht der Klägerinnen folgt aus einer *Rule of reason* im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft, dass im Rahmen der Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag eine Abwägung der wettbewerbsfördernden und der wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer Vereinbarung vorzunehmen sei, um zu

bestimmen, ob diese von dem Verbot dieses Artikels erfasst werde. Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen ist jedoch eine solche Regel als solche von der Gemeinschaftsrechtsprechung nicht anerkannt worden. Der Gerichtshof und das Gericht haben vielmehr wiederholt ausgeführt, es sei zweifelhaft, ob es im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft eine Rule of reason gebe (Urteile des Gerichtshofes vom 8. Juli 1999 in der Rechtsache C-235/92 P, Montecatini/Kommission, Slg. 1999, I-4539, Randnr. 133 [„selbst wenn [die ‚Rule of reason‘] einen Platz im Rahmen von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag haben sollte“] und des Gerichts vom 10. März 1992 in der Rechtssache T-14/89, Montedipe/Kommission, Slg. 1992, II-1155, Randnr. 265, und vom 6. April 1995 in der Rechtssache T-148/89, Tréfilunion/Kommission, Slg. 1995, II-1063, Randnr. 109).

- 73 Weiter stößt sich eine Auslegung von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag, wie sie die Klägerinnen vorschlagen, an der Systematik dieser Bestimmung.
- 74 Denn Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag sieht ausdrücklich vor, dass wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen freigestellt werden können, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen, insbesondere für die Verwirklichung bestimmter Ziele unerlässlich sind und den Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Nur im Rahmen dieser Bestimmung kann eine Abwägung der wettbewerbsfördernden und der wettbewerbsbeschränkenden Gesichtspunkte einer Beschränkung stattfinden (vgl. in diesem Sinne Urteile des Gerichtshofes vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 161/84, Pronuptia, Slg. 1986, 353, Randnr. 24, und des Gerichts vom 15. Juli 1994 in der Rechtssache T-17/93, Matra Hachette/Kommission, Slg. 1994, II-595, Randnr. 48, sowie European Night Services u. a./Kommission, zitiert in Randnr. 34, Randnr. 136). Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag würde seine praktische Wirksamkeit weitgehend verlieren, wenn eine derartige Prüfung bereits im Rahmen von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag vorgenommen werden könnte.
- 75 Zwar haben sich der Gerichtshof und das Gericht wiederholt in Urteilen für eine flexiblere Auslegung des Verbotes in Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag ausgesprochen (vgl. insbesondere Urteile Société technique minière und Oude Lutikhuis u. a., zitiert in Randnr. 70, Nungesser und Eisele/Kommission und

Coditel u. a./Ciné-Vog Films, zitiert in Randnr. 68, Pronuptia, zitiert in Randnr. 74, und European Night Services u. a./Kommission, zitiert in Randnr. 34, sowie Urteil des Gerichtshofes vom 15. Dezember 1994 in der Rechtsache C-250/92, DLG, Slg. 1994, I-5641, Randnrn. 31 bis 35).

- 76 Diese Urteile können jedoch nicht dahin ausgelegt werden, dass sie das Bestehen einer Rule of reason im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft anerkennen. Sie sind vielmehr Teil einer breiteren Strömung in der Rechtsprechung, die nicht völlig abstrakt und unterschiedslos davon ausgeht, dass jede die Handlungsfreiheit eines oder mehrerer Beteiligter beschränkende Vereinbarung zwangsläufig von dem Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag erfasst wird. Vielmehr sind bei der Prüfung, ob diese Bestimmung auf eine Vereinbarung anwendbar ist, der konkrete Rahmen zu berücksichtigen, in dem diese ihre Wirkungen entfaltet, insbesondere der wirtschaftliche und rechtliche Kontext, in dem die betroffenen Unternehmen tätig sind, die Art der Waren und/oder Dienstleistungen, auf die sich die Vereinbarung bezieht, sowie die tatsächlichen Bedingungen der Funktion und der Struktur des relevanten Marktes (vgl. insbesondere Urteile European Night Services u. a./Kommission, zitiert in Randnr. 34, Randnr. 136, Oude Luttikhuis u. a., zitiert in Randnr. 70, Randnr. 10, und VGB u. a./Kommission, zitiert in Randnr. 70, Randnr. 140, sowie das Urteil des Gerichtshofes vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89, Delimitis, Slg. 1991, I-935, Randnr. 31).
- 77 Diese Auslegung vermeidet es nämlich unter Beachtung der Systematik des Artikels 85 EG-Vertrag und insbesondere der praktischen Wirksamkeit von dessen Artikel 3, dass das Verbot in Absatz 1 dieser Bestimmung völlig abstrakt und unterschiedslos auf sämtliche Vereinbarungen erstreckt wird, die eine Beschränkung der Handlungsfreiheit eines oder mehrerer Beteiligter bewirken. Jedoch bedeutet dies keine Abwägung der wettbewerbsfördernden und der wettbewerbswidrigen Wirkungen einer Vereinbarung zum Zweck der Entscheidung, ob das Verbot in Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag anwendbar ist.
- 78 Nach allem wandte die Beklagte entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen in der angefochtenen Entscheidung Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag richtig auf die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle an, da sie außerhalb von Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag keine Abwägung der wettbe-

werbsfördernden und der wettbewerbswidrigen Gesichtspunkte dieser Vereinbarungen vorzunehmen hatte.

79 Im Einklang mit der Rechtsprechung bewertete sie hingegen den wettbewerbsbeschränkenden Charakter dieser Klauseln in ihrem wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext. So stellte sie zu Recht fest, dass die Vollprogramme ausstrahlenden Sender Programme anböten, die für die Abonnenten einer Pay-TV-Gesellschaft anziehend seien und dass die Ausschließlichkeitsklausel bewirke, dass den Wettbewerbern von TPS der Zugang zu solchen Programmen verwehrt werde (Begründungserwägungen Nrn. 102 bis 107 der angefochtenen Entscheidung). Zur Klausel betreffend die Spartenkanäle stellte die Beklagte fest, dass sie zehn Jahre lang zu einer Beschneidung des Angebots solcher Kanäle auf diesem Markt führe (Begründungserwägung Nr. 101 der angefochtenen Entscheidung).

80 Die Rüge ist daher zurückzuweisen.

ii) Zu dem Hilfsvorbringen, die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle stellten Nebenabreden dar

— Vorbringen der Beteiligten

Zum Begriff der Nebenabrede

81 Für den Begriff der Nebenabrede berufen sich die Klägerinnen auf den XXIV. *Bericht über die Wettbewerbspolitik* der Kommission von 1994 (S. 114 f.,

Nr. 166), wo es heißt: „Nebenabreden sind für das Funktionieren des Gemeinschaftsunternehmens objektiv notwendige Einschränkungen, die nur die Parteien oder das Gemeinschaftsunternehmen, nicht aber Dritte betreffen und folglich ihrem Wesen nach akzessorisch sind ...“

- 82 Die Klägerinnen nehmen ferner Bezug auf die Bekanntmachung der Kommission vom 16. Februar 1993 über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 85 EWG-Vertrag (ABl. 1993, C 43, S. 2, im Folgenden: Bekanntmachung über die kooperativen Gemeinschaftsunternehmen), in der die Beklagte ausgeführt hat, dass Absprachen, „die mit dem GU [Gemeinschaftsunternehmen] unmittelbar verbunden und für dessen Existenz notwendig sind, ... zusammen mit dem GU beurteilt werden [müssen]. Sie sind kartellrechtlich als Nebenabreden zu behandeln, sofern sie eine dem Hauptgegenstand des GU untergeordnete Funktion erfüllen“ (Nr. 66).
- 83 Ferner gehe aus der Bekanntmachung über die kooperativen Gemeinschaftsunternehmen hervor, dass die zeitlich unbeschränkte Erteilung einer ausschließlichen Nutzungslizenz an das Gemeinschaftsunternehmen als für dessen Errichtung und Tätigkeit unerlässlich angesehen worden sei und dass die Nebenabreden-Theorie allgemein bei einem Gemeinschaftsunternehmen mit neuen Tätigkeiten angewandt werde, dessen Gründer weder aktuelle noch potenzielle Wettbewerber dieses Unternehmens seien (Nr. 76 der Bekanntmachung über die Gemeinschaftsunternehmen).
- 84 Nach Ansicht der Klägerinnen belegt die Entscheidungspraxis der Beklagten eine getreuliche Befolgung dieser Grundsätze.
- 85 Denn in der Entscheidung 94/895/EG der Kommission vom 15. Dezember 1994 in einem Verfahren nach Artikel 85 EG-Vertrag und Artikel 53 des EWR-Abkommens (IV/34.768 — International Private Satellite Partners) (ABl. L 354,

- S. 75, Begründungserwägung Nr. 61) heiÙe es, dass wettbewerbsbeschränkende Klauseln als Nebenabreden zu betrachten seien, wenn sie für das Gemeinschaftsunternehmen unerlässlich seien und nicht über das hinausgingen, was zur Errichtung und zum Betrieb dieses Unternehmens notwendig sei (vgl. auch Entscheidung 97/39/EG der Kommission vom 18. Dezember 1996 in einem Verfahren nach Artikel 85 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen [Sache IV/35.518 — Iridium] [ABl. L 16, S. 87, Begründungserwägungen Nrn. 48 ff.] und Entscheidung der Kommission vom 6. April 1995, mit der ein Zusammenschluss auf der Grundlage der Verordnung Nr. 4064/89 für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird [IV/M.564 — Havas Voyages/American Express] [ABl. C 117, S. 8]).
- 86 Die Klägerinnen machen ferner geltend, die von der Beklagten angeführten Entscheidungen und Urteile seien allgemein für die vorliegende Rechtssache unerheblich.
- 87 Denn das Urteil Pronuptia (angeführt in Randnr. 74) und das Urteil des Gerichtshofes vom 11. Juli 1985 in der Rechtssache 42/84 (Remia u. a./Kommission, Slg. 1985, 2545) bezögen sich auf die Kriterien der Anwendung von Artikel 85 Absätze 1 und 3 EG-Vertrag, ohne die Problematik der Nebenabreden zu erwähnen. Weiter ergebe die Entscheidung 87/100/EWG der Kommission vom 17. Dezember 1986 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/31.340 — Mitchell Cotts/Sofiltra) (ABl. 1987, L 41, S. 31) nichts Neues. Die Entscheidung 90/410/EWG der Kommission vom 13. Juli 1990 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 EWG-Vertrag (IV/32.009 — Elopak/Metal Box — Odin) (ABl. L 209, S. 15, Nr. 31) bestätige den in den angeführten Entscheidungen hervorgehobenen Grundsatz und schwäche ihn nicht ab.
- 88 Schließlich dürfe die Einstufung einer Nebenabrede entgegen dem Vorbringen der Beklagten und der Streithelferin nicht auf einer abstrakten Untersuchung dieser Abrede beruhen, sondern erfordere eine eingehende Untersuchung des Marktes.

- 89 Eine derartige Prüfung habe die Beklagte in der angefochtenen Entscheidung auch vorgenommen. Weiter erhellten sämtliche von der Streithelferin angeführten Entscheidungen und Urteile den Umstand, dass der Kontext des Marktes im Rahmen der Einstufung von „Nebenabreden“ berücksichtigt werde. So habe es der Gerichtshof im Urteil *Remia u. a./Kommission*, zitiert oben in Randnummer 87, anhand der Umstände des Falles abgelehnt, eine Wettbewerbsverbotsklausel mit einer Laufzeit von mehr als vier Jahren als Nebenabrede einzustufen. In der Entscheidung 1999/329/EG der Kommission vom 12. April 1999 in einem Verfahren nach Artikel 85 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen (Sachen Nr. IV/D-1/30.373 — P&I-Clubs. IGA und Nr. IV/D-1/37.143 — P&I-Clubs. Pooling Agreement) (ABl. L 125, S. 12) sei nach einer Prüfung der Preise und der Absatzbedingungen auf dem Rückversicherungsmarkt verfügt worden, dass der gemeinsame Abschluss von Rückversicherungsverträgen in diesem Fall eine Nebenabrede darstelle. In der Entscheidung 1999/574/EG der Kommission vom 27. Juli 1999 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag und Artikel 53 EWR-Abkommen (Sache IV/36.581 — *Télécom Développement*) (ABl. L 218, S. 24) habe die Beklagte die Stellung der Firma *Télécom Développement* auf dem Markt für Sprachtelefondienste unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten und solchen des Wettbewerbs beurteilt und sei zu dem Ergebnis gelangt, dass die angemeldeten Klauseln als Nebenabreden zu betrachten seien. Schließlich habe die Beklagte in der Entscheidung 97/39 ebenfalls aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles entschieden, die angemeldeten Klauseln als Nebenabreden einzustufen.
- 90 Die Beklagte wendet sich, unterstützt durch die Streithelferin, gegen die von den Klägerinnen vertretene Auslegung des Begriffes der Nebenabrede.

#### Zu den Folgen der Einstufung als Nebenabrede

- 91 Die Klägerinnen machen geltend, sowohl aus den Veröffentlichungen der Beklagten als auch aus ihrer Entscheidungspraxis ergebe sich, dass die als Nebenabreden eingestuftten Vereinbarungen wie die Hauptmaßnahme zu behandeln seien.

- 92 Die Beklagte habe nämlich in ihrem XXIV. *Bericht über die Wettbewerbspolitik* ausgeführt, dass die Nebenabreden „nicht gesondert im Hinblick auf Artikel 85 Absatz 1 beurteilt [werden], wenn das Gemeinschaftsunternehmen selbst nicht Artikel 85 Absatz 1 verletzt oder aber nach Artikel 85 Absatz 3 freigestellt ist. Während Nebenabreden normalerweise nur für begrenzte Zeit akzeptiert werden, werden sie im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen in der Regel für die gesamte Dauer des Gemeinschaftsunternehmens akzeptiert“. Ferner habe die Beklagte in der Bekanntmachung über die kooperativen Gemeinschaftsunternehmen ausgeführt: „Fällt das GU als solches nicht unter Artikel 85 Absatz 1, so werden auch zusätzliche Absprachen, die zwar für sich betrachtet Wettbewerbsbeschränkungen darstellen, aber in dem oben beschriebenen Sinn als Nebenabreden zu werten sind, nicht vom Kartellverbot erfasst“ (Nr. 67), und sie „müssen zusammen mit dem GU beurteilt werden“ (Nr. 66).
- 93 Die Beklagte habe diese Grundsätze in ihrer Entscheidungspraxis auch angewandt. So habe sie in der Begründungserwägung Nummer 62 der Entscheidung 94/895 ausgeführt, da das Gemeinschaftsunternehmen nicht den Verbotstatbestand des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag erfülle, gelte das Gleiche für die in Rede stehenden Klauseln (vgl. auch Entscheidung 97/39, Begründungserwägung Nr. 48).
- 94 Die Beklagte führt aus, zwar bestehe die Rechtsfolge der Anwendung des Begriffes der Nebenabrede darin, dass Vertragsklauseln, die an sich den Wettbewerb beschränkten und geeignet seien, den Handelsverkehr zwischen Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen, nicht von Artikel 85 EG-Vertrag erfasst würden, doch bedeute dies nicht, dass für diese Klauseln zwangsläufig ein Negativattest mit gleicher Laufzeit wie die Hauptmaßnahme erteilt werde. Denn, wie sich aus dem Urteil *Remia u. a./Kommission*, angeführt in Randnummer 87, und der angefochtenen Entscheidung ergebe, könne die Laufzeit einer Beschränkung ein wesentliches Kriterium dafür sein, ob es sich dabei um eine Nebenabrede handele.

## Zur Einstufung der Ausschließlichkeitsklausel ab Nebenabrede

- 95 Die Klägerinnen vertreten die Ansicht, es unterliege keinem Zweifel, dass die Beklagte die Ausschließlichkeitsklausel als Nebenabrede hätte einstufen müssen.
- 96 Denn wegen der beherrschenden Stellung von Canal+ insbesondere auf dem Markt für die Ausstrahlung französischer und amerikanischer Kinofilme stelle diese Ausschließlichkeit die einzige Möglichkeit dar, sich am Pay-TV-Markt in Frankreich zu beteiligen und sich dort durch ein attraktives Angebot zu behaupten. Der ganz eigene Charakter dieses Vorteils ergebe sich auch daraus, dass er TPS von ihren Gesellschaftern ohne gegenseitige Zahlungen gewährt worden sei, um ihren Erfolg auf diesem Markt sicherzustellen.
- 97 Das Hauptargument, mit dem die Beklagte den akzessorischen Charakter der Ausschließlichkeitsklausel bestreite, dass nämlich die Gründung eines Unternehmens, das im Bereich des digitalen Fernsehens über Satellit tätig sei, ohne die ausschließliche Übertragung der vier Vollprogramme vorstellbar sei, sei falsch. Denn die Klägerinnen hätten, als sie beschlossen hätten, TPS zu gründen, nicht über Exklusivrechte für Filme und Sportveranstaltungen verfügt — und verfügten auch heute nur in sehr geringem Maße darüber —, so dass ihre einzige Waffe im Wettbewerb nach wie vor in der ausschließlichen Übertragung der Vollprogramme bestehe. Diese Klausel stehe daher in unmittelbarem Zusammenhang mit der Gründung von TPS und sei für deren gutes Funktionieren notwendig.
- 98 Die Beklagte bestreitet, dass ihr ein Beurteilungsfehler unterlaufen sei, indem sie die Ausschließlichkeitsklausel nicht als Nebenabrede eingestuft habe.

## Zur Einstufung der Klausel betreffend die Spartenkanäle als Nebenabrede

- 99 Die Klägerinnen vertreten die Ansicht, die Beklagte habe einen Beurteilungsfehler begangen, indem sie die Klausel betreffend die Spartenkanäle nicht als Nebenabrede eingestuft habe.
- 100 Nach dem Vortrag der Klägerinnen hat die Beklagte nämlich nicht berücksichtigt, dass diese Klausel für die Gründung und den Betrieb von TPS unerlässlich sei, da dieser vorrangige Zugang zu den Kanälen und den Programmen ihrer Gesellschafter und ihr Recht auf endgültige Ablehnung die einzige Möglichkeit für TPS darstellten, ihre Versorgung mit Spartenkanälen insbesondere in Anbetracht der besonders starken Position der Gruppe Canal+ auf dem Markt dieser Programme sicherzustellen.
- 101 Hierbei sei auf die Entscheidung 1999/573/EG der Kommission vom 20. Mai 1999 in einem Verfahren nach Artikel 81 EG-Vertrag (Sache IV/36.592 — Cégétel +4) (ABl. L 218, S. 14, im Folgenden: Cégétel-Entscheidung) und auf die Entscheidung Télécom Développement zu verweisen. Denn zum einen bezögen sich diese Entscheidungen auf Wettbewerbssachverhalte, die dem des vorliegenden Falles (Märkte, die von einem eingeführten Beteiligten beherrscht würden) weitgehend entsprächen, und zum anderen beziehe sich die Untersuchung der Beklagten in diesen Entscheidungen auf Klauseln, die mit der Klausel betreffend die Spartenkanäle verglichen werden könnten, denn es gehe in der Entscheidung Télécom Développement um eine Klausel, die einen vorrangigen Zugang zu einer Infrastruktur vorsehe, und in der Entscheidung Cégétel um eine Klausel, die ein Vorkaufsrecht des Gemeinschaftsunternehmens bei seinen Gesellschaftern vorsehe. Im Gegensatz zur Entscheidung im vorliegenden Fall habe die Beklagte diese Klauseln als Nebenabreden eingestuft und sie wie das Gemeinschaftsunternehmen selbst behandelt (vgl. auch Entscheidung 1999/329).

- 102 Die Beklagte bestreitet, dass sie einen Beurteilungsfehler begangen habe, indem sie die Klausel betreffend die Spartenkanäle nicht als Nebenabrede eingestuft habe.

— Würdigung durch das Gericht

- 103 Zunächst sind die Bedeutung des Begriffes der Nebenabrede im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft und die Folgen der entsprechenden Einstufung zu klären. Sodann sind diese Grundsätze auf die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle anzuwenden, um zu entscheiden, ob, wie die Klägerinnen geltend machen, die Beklagte einen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie diese Vereinbarungen nicht als Nebenabreden eingestuft hat.

Zum Begriff der Nebenabrede

- 104 Im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft bedeutet der Begriff der Nebenabrede jede mit der Durchführung einer Hauptmaßnahme unmittelbar verbundene und für diese notwendige Einschränkung (vgl. Bekanntmachung der Kommission vom 14. August 1990 über Nebenabreden zu Zusammenschlüssen [ABl. 1990, C 203, S. 5; im Folgenden: Bekanntmachung über Nebenabreden, Nr. I], Bekanntmachung über kooperative Gemeinschaftsunternehmen [Begründungserwägung Nr. 65] sowie die Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b und 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 4064/89).
- 105 In ihrer Bekanntmachung über Nebenabreden führt die Kommission zu Recht aus, dass mit der Durchführung des Zusammenschlusses „unmittelbar verbunden“ nur Einschränkungen sind, die eine dem Hauptgegenstand dieser

Maßnahme untergeordnete Bedeutung haben und mit ihr unmittelbar verbunden sind (Nr. II 4).

- 106 Das Tatbestandsmerkmal der notwendigen Beschränkung erfordert eine doppelte Prüfung. Zum einen ist zu untersuchen, ob die Beschränkung für die Durchführung der Hauptmaßnahme objektiv notwendig ist, und zum anderen, ob sie im rechten Verhältnis zu ihr steht (vgl. Urteil Remia u. a./Kommission, angeführt in Randnr. 87, Randnr. 20; vgl. auch Nrn. II 5 und II 6 der Bekanntmachung über die Nebenabreden).
- 107 Da es, wie in den Randnummern 72 ff. dargelegt worden ist, eine Rule of reason im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft nicht gibt, kann das Tatbestandsmerkmal der objektiven Notwendigkeit einer Beschränkung im Rahmen der Einstufung als Nebenabreden nicht dahin ausgelegt werden, dass es eine Abwägung der wettbewerbsfördernden und wettbewerbswidrigen Auswirkungen einer Vereinbarung voraussetzte. Denn eine derartige Untersuchung kann nur in dem besonderen Rahmen des Artikels 85 Absatz 3 EG-Vertrag stattfinden.
- 108 Das entspricht nicht nur der Wahrung der praktischen Wirksamkeit von Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag, sondern auch der Folgerichtigkeit. Denn da Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag keine Prüfung der wettbewerbsfördernden und wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen erlaubt, muss das Gleiche für die Prüfung der damit verbundenen Abreden gelten.
- 109 Daher muss, wie die Beklagte zu Recht geltend macht, die Untersuchung der objektiven Notwendigkeit einer Beschränkung im Vergleich zur Hauptmaßnahme verhältnismäßig abstrakt erfolgen. Es geht nicht darum, zu prüfen, ob angesichts der Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt die Beschränkung für den geschäftlichen Erfolg der Hauptmaßnahme unerlässlich ist, sondern um die Be-

stimmung, ob die Beschränkung im besonderen Rahmen der Hauptmaßnahme für die Verwirklichung dieser Maßnahme notwendig ist. Wäre die Hauptmaßnahme ohne die Beschränkung nur schwer oder gar nicht zu verwirklichen, so kann die Beschränkung als objektiv notwendig zu ihrer Verwirklichung betrachtet werden.

- 110 So hat der Gerichtshof in seinem Urteil Remia u. a./Kommission, angeführt in Randnummer 87 (Randnr. 19), festgestellt, dass eine Wettbewerbsklausel für die Verwirklichung einer Unternehmensübertragung objektiv notwendig war, da ohne eine derartige Klausel, „d. h., wenn der Verkäufer und der Käufer nach der Unternehmensübertragung weiterhin miteinander in Wettbewerb stehen würden,... die Unternehmensübertragung nicht realisiert werden [könnte]. Der Verkäufer, der das veräußerte Unternehmen in allen seinen Einzelheiten besonders gut kennt, könnte nämlich seine frühere Kundschaft unmittelbar nach der Unternehmensveräußerung wieder zurückgewinnen und so dem veräußerten Unternehmen die Existenzgrundlage entziehen.“
- 111 Ebenso konnte die Beklagte im Rahmen ihrer Entscheidungspraxis feststellen, dass eine Reihe von Beschränkungen für die Verwirklichung bestimmter Maßnahmen objektiv notwendig war. Denn ohne diese Beschränkungen hatte die jeweilige Maßnahme „entweder gar nicht oder unter ungewissen Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden“ können (Nr. II 5 der Bekanntmachung über die Nebenabreden; vgl. auch beispielhaft die Entscheidung 90/410, Begründungserwägungen Nrn. 22 ff.).
- 112 Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen belegt keine der Entscheidungen, auf die sie sich berufen, dass die Beklagte eine Untersuchung des Wettbewerbs vorgenommen hätte, um die jeweiligen Klauseln als Nebenabreden einzustufen. Diese Entscheidungen belegen vielmehr den verhältnismäßig abstrakten Cha-

rakter der Untersuchung der Beklagten. So heißt es in der Begründungserwägung Nr. 77 der Entscheidung 1999/329:

„Eine Schadenteilungsvereinbarung kann nicht ordentlich funktionieren, ohne dass sich die Beteiligten mindestens auf einen von allen gemeinsam angebotenen Versicherungsschutz einigen. Keine Partei wäre nämlich bereit, Schadensforderungen anderer Clubs an den Pool zu teilen, die übersteigen, was sie selbst beanspruchen kann.“

- 113 Ist eine Beschränkung für die Verwirklichung einer Hauptmaßnahme objektiv notwendig, so ist weiter zu prüfen, ob ihre Dauer und ihr sachlicher und örtlicher Anwendungsbereich nicht über das für die Verwirklichung dieser Maßnahme Notwendige hinausgehen. Gehen die Dauer oder der Anwendungsbereich der Beschränkung über das für die Verwirklichung der Maßnahme Notwendige hinaus, so ist sie getrennt im Rahmen von Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag zu prüfen (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichts vom 2. Juli 1992 in der Rechtsache T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening/Kommission, Slg. 1992, II-1931, Randnr. 78).
- 114 Da schließlich die Beurteilung des Charakters einer bestimmten Abrede als Nebenabrede zu einer Hauptmaßnahme von der Beklagten eine Würdigung komplexer wirtschaftlicher Gegebenheiten verlangt, beschränkt sich die gerichtliche Nachprüfung dieser Würdigung auf die Frage, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten worden sind, ob die Begründung ausreichend ist, ob der Sachverhalt zutreffend festgestellt worden ist und ob keine offensichtlich fehlerhafte Würdigung des Sachverhalts und kein Ermessensmissbrauch vorliegen (vgl. in diesem Sinne in Bezug auf die Würdigung der zulässigen Dauer einer Wettbewerbsklausel Urteil Remia u. a./Kommission, angeführt in Randnr. 87, Randnr. 34).

## Zu den Folgen der Einstufung als Nebenabrede

- 115 Wird festgestellt, dass eine Beschränkung in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Hauptmaßnahme steht und zu ihrer Verwirklichung notwendig ist, so ist die Vereinbarkeit dieser Beschränkung mit dem Wettbewerbsrecht zusammen mit der Vereinbarkeit der Hauptmaßnahme zu prüfen.
- 116 So gilt, wenn die Hauptmaßnahme nicht vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag erfasst wird, das Gleiche für die mit dieser Maßnahme in unmittelbarem Zusammenhang stehenden und für sie notwendigen Beschränkungen (vgl. in diesem Sinn Urteil Remia u. a./Kommission, angeführt in Randnr. 87, Randnr. 20). Stellt hingegen die Hauptmaßnahme eine Beschränkung im Sinne dieser Bestimmung dar, genießt sie aber eine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag, so deckt diese Freistellung auch die Nebenabreden ab.
- 117 Ferner werden die Beschränkungen, wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang mit einem Zusammenschluss im Sinne der Verordnung Nr. 4064/89 stehen, sowohl nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b als auch nach Artikel 8 Absatz 2 Unterabsatz 2 dieser Verordnung von der Entscheidung der Kommission gedeckt, mit der der Zusammenschluss für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt wird.

## Zur Einstufung der Ausschließlichkeitsklausel als Nebenabrede

- 118 Anhand der in den Randnummern 103 bis 114 dargestellten Grundsätze ist zu prüfen, ob die Beklagte im vorliegenden Fall einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie die Ausschließlichkeitsklausel nicht als Nebenabrede zur Gründung der TPS eingestuft hat.

- 119 Die Klägerinnen vertreten die Ansicht, die Ausschließlichkeitsklausel sei eine Nebenabrede zur Gründung der TPS, da sie in Ermangelung ausschließlicher Übertragungsrechte für Kinofilme und erstrangige Sportereignisse unerlässlich sei, um es der TPS zu ermöglichen, auf dem Pay-TV-Markt in Frankreich Fuß zu fassen.
- 120 Jedoch ist es für die Einstufung der Ausschließlichkeitsklausel als Nebenabrede unerheblich, ob diese Klausel notwendig ist, um es TPS zu ermöglichen, sich dauerhaft auf diesem Markt einzurichten.
- 121 Denn, wie bereits in Randnummer 106 ausgeführt, gehören derartige Erwägungen, die sich auf die Notwendigkeit der Beschränkung in Anbetracht der Wettbewerbssituation auf dem Markt beziehen, nicht zur Untersuchung des Charakters der Beschränkung als Nebenabrede. Sie können nur im Rahmen von Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag berücksichtigt werden (vgl. hierzu Urteile Pronuptia, angeführt in Randnr. 74, Randnr. 24, und Dansk Pelsdyravlerforening/Kommission, angeführt in Randnr. 113, Randnr. 78).
- 122 Zwar haben die Klägerinnen im vorliegenden Fall hinreichend dargetan, dass die Ausschließlichkeitsklausel in unmittelbarem Zusammenhang mit der Gründung von TPS stand, doch haben sie nicht nachgewiesen, dass die ausschließliche Übertragung der Vollprogramme für diese Maßnahme objektiv notwendig war. Wie die Beklagte zu Recht ausführt, kann ein im Bereich des Bezahlfernsehens tätiges Unternehmen in Frankreich gegründet werden, ohne dass es über das ausschließliche Übertragungsrecht für die Vollprogramme verfügt. So verhält es sich bei CanalSatellite und AB-Sat, den beiden anderen Teilnehmern auf diesem Markt.

- 123 Selbst wenn aber die Ausschließlichkeitsklausel für die Gründung der TPS objektiv notwendig war, hat die Beklagte keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, als sie die Ansicht vertrat, dass diese Beschränkung nicht im rechten Verhältnis zu diesem Zweck stand.
- 124 Die beantragte Laufzeit der Ausschließlichkeitsklausel betrug zehn Jahre. Wie die Beklagte in der Begründungserwägung Nummer 134 der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat, erscheint diese Laufzeit überzogen, da „die Etablierung [von TPS] auf dem Markt schon früher erfolgen muss“. Denn höchstwahrscheinlich wird der Wettbewerbsnachteil von TPS (hauptsächlich in Bezug auf den Zugang zu ausschließlichen Übertragungsrechten für Sportveranstaltungen und Kinofilme) sich im Laufe der Zeit verringern (vgl. in diesem Sinne Begründungserwägung Nr. 133 der angefochtenen Entscheidung). Daher kann nicht ausgeschlossen werden, dass die ausschließliche Übertragung der Vollprogramme, die zwar ursprünglich dazu bestimmt ist, die Wettbewerbsposition von TPS auf dem Markt für das Bezahlfernsehen zu verstärken, es diesem Unternehmen möglicherweise nach einigen Jahren ermöglicht, den Wettbewerb auf diesem Markt zu beseitigen.
- 125 Ferner ist die Ausschließlichkeitsklausel auch deshalb unverhältnismäßig, weil sie dazu führt, dass sowohl gegenwärtigen als auch potenziellen Wettbewerbern von TPS jeder Zugang zu Programmen versagt wird, die als anziehend für zahlreiche französische Fernsehzuschauer gelten (vgl. Urteil Oude Luttikhuis u. a., angeführt in Randnr. 70, Randnr. 16). Zudem wird dieser überzogene Charakter der Abrede dadurch verstärkt, dass in manchen Gebieten der Antennenempfang schlecht ist. Denn die in diesen Gebieten wohnenden Fernsehzuschauer, die ein Abonnement bei einem Pay-TV-Unternehmen abschließen möchten, das auch die Vollprogramme überträgt, müssen sich an TPS wenden.
- 126 Somit hat die Beklagte keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, als sie die Ausschließlichkeitsklausel nicht als Nebenabrede der Gründung von TPS eingestuft hat.

127 Dieser Teil des Vorbringens der Klägerinnen ist daher zurückzuweisen.

Zur Einstufung der Klausel betreffend die Spartenkanäle als Nebenabrede

128 Anhand der in den Randnummern 103 bis 114 erwähnten Grundsätze ist auch zu prüfen, ob die Beklagte im vorliegenden Fall einen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen hat, als sie die Klausel betreffend die Spartenkanäle nicht als Nebenabrede eingestuft hat.

129 Die Beklagte hat in der angefochtenen Entscheidung (Begründungserwägung Nr. 101) ausgeführt:

„Es stellt sich die Frage, ob die von den Gesellschaftern eingegangene Verpflichtung, ihre Programme zuallererst TPS anzubieten, nicht eine mit der Gründung der Plattform zusammenhängende Nebenabrede ist. Da jedoch durch diese für zehn Jahre geltende Klausel das Angebot an Spartenprogrammen und Bildschirmdiensten beschnitten wird, ist Artikel 85 Absatz 1 in diesem Fall anwendbar.“

130 Nach dieser Begründungserwägung hat es die Beklagte hauptsächlich wegen des recht langfristigen negativen Einflusses dieser Klausel auf die Lage Dritter abgelehnt, sie als Nebenabrede einzustufen.

- 131 Die Klägerinnen haben nichts vorgetragen, was diese Beurteilung entkräftet hätte, obwohl ihnen die Beweislast hierfür oblag.
- 132 Sie machen nämlich nur geltend, wegen der von CanalSatellite praktizierten Ausschließlichkeitspolitik seien die von ihnen betriebenen oder geschaffenen Spartenkanäle die einzigen, zu denen TPS Zugang habe, so dass die streitige Klausel für ihr Fortbestehen unerlässlich sei. Ob das zutrifft, mag dahinstehen. Da diese Erwägung die Wettbewerbssituation der TPS betrifft, kann sie für die Einstufung der Klausel als Nebenabrede nicht berücksichtigt werden. Denn die objektive Notwendigkeit der Klausel ist, wie in den Randnummern 107 bis 112 ausgeführt, ohne Berücksichtigung der Wettbewerbssituation zu prüfen.
- 133 Da zudem die Vermarktung und kommerzielle Nutzung der Spartenkanäle rasant zunimmt (Begründungserwägung Nr. 65 der angefochtenen Entscheidung), hat die Beklagte keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, als sie die Ansicht vertrat, dass die Verpflichtung der Gesellschafter von TPS, ihre Spartenkanäle zehn Jahre lang vorrangig TPS anzubieten, über das für deren Gründung Notwendige hinausging.
- 134 Schließlich beziehen sich die Klägerinnen, wie die Beklagte zu Recht ausführt, zu Unrecht auf die Entscheidungen Cégétel und Télécom Développement, da diese anders gelagerte Sachverhalte betrafen. So lässt sich die Lage von TPS nicht mit derjenigen eines neu auftretenden Beteiligten auf einem Markt vergleichen, der von einer Gesellschaft mit historischem Monopol beherrscht wird und der den Zugang zu einer grundlegenden Infrastruktur voraussetzt. Denn Canal+ verfügt nicht über ein historisches Monopol bei der Vermarktung von Spartenkanälen, und die Beteiligung an diesem Markt erfordert nicht den Zugang zu einer grundlegenden Infrastruktur. Zudem führten in den Entscheidungen Cégétel und Télécom Développement die untersuchten Klauseln nicht dazu, dass Dritten jede Möglichkeit des Zugangs zu den Dienstleistungen der Gesellschafter genommen wurde. Es handelte sich lediglich um eine Vorzugsbehandlung.

135 Daher hat die Beklagte keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen, als sie die Klausel betreffend Spartenkanäle nicht als Nebenabrede zur Gründung von TPS eingestuft hat.

136 Dieser Teil des Hilfsvorbringens der Klägerinnen ist daher zurückzuweisen.

### iii) Ergebnis

137 Nach allem ist die erste Rüge als unbegründet zurückzuweisen.

b) Zur zweiten Rüge: Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag

i) Zum Argument, die Freistellungskriterien in Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag seien falsch angewandt worden

### Vorbringen der Beteiligten

138 Die Klägerinnen machen in erster Linie geltend, die Beklagte habe dadurch gegen Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag verstoßen, dass sie bei der Anwendung dieser

Bestimmung Erwägungen in Bezug auf den Wettbewerb auf dem Pay-TV-Markt berücksichtigt habe, die unter Artikel 85 Absatz 1 fielen.

- 139 Weiter müssten nach der Rechtsprechung (Urteil des Gerichts vom 11. Juli 1996 in den Rechtssachen T-528/93, T-542/93, T-543/93 und T-546/93, Métropole télévision u. a./Kommission, Slg. 1996, II-649, Randnr. 114) die Gesichtspunkte, die die Beklagte bei der Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag berücksichtige, relevant sein und sich auf diesen Artikel beziehen. Anstatt zu prüfen, ob die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle, die sie als Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag betrachtet habe, die Freistellungsvoraussetzungen in Artikel 85 Absatz 3 erfüllten, habe die Beklagte in Wirklichkeit geprüft, ob die Gründung von TPS auf dem Markt diese Voraussetzungen erfülle.
- 140 Die Beklagte macht geltend, sie habe die Freistellungskriterien in Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag nicht falsch angewandt.

#### Würdigung durch das Gericht

- 141 In Bezug auf das Vorbringen der Klägerinnen zur Verpflichtung der Beklagten, die Abwägung der wettbewerbsfördernden und wettbewerbswidrigen Wirkungen einer Beschränkung im Rahmen des Artikels 85 Absatz 1 EG-Vertrag, nicht aber von Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag vorzunehmen, ist auf die Ausführungen in den Randnummern 72 ff. zu verweisen.

- 142 Zur Frage, ob die Beklagte korrekt geprüft hat, ob die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle die Tatbestandsmerkmale einer Freistellung erfüllen, ist erstens auszuführen, dass die Beklagte entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen sehr wohl geprüft hat, ob dies der Fall ist.
- 143 So hat die Beklagte in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des Beitrags zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts ausgeführt, dass dieses erfüllt sei, da die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle „einem neuen Betreiber den Markteinstieg [ermöglichen], wodurch sich das Angebot an Pay-TV-Diensten für den französischen Fernsehzuschauer erhöht“ (Begründungserwägung Nr. 114 der angefochtenen Entscheidung).
- 144 Diese Klauseln haben auch eine günstige Auswirkung für die Verbraucher, da sie „zu einer Erweiterung des Angebots und zur Entwicklung neuer Dienste unter Einsatz einer neuen Technologie“ (Begründungserwägung Nr. 118 der angefochtenen Entscheidung) und zu einem „harten Konkurrenzkampf, der sich seit der Gründung von TPS zwischen dieser Programmplattform und CanalSatellite/ Canal+ entwickelt hat“ (Begründungserwägung Nr. 119 der angefochtenen Entscheidung), geführt haben.
- 145 Zur Notwendigkeit der streitigen Klauseln hat die Beklagte u. a. ausgeführt: „Ohne die Möglichkeit des bevorzugten Zugangs zu diesen Programmen wäre TPS gezwungen gewesen, eine ganze Reihe von Programmen in Eigenregie herauszubringen, wodurch die Kosten für die Plattform noch weiter in die Höhe getrieben worden wären“ (Begründungserwägung Nr. 122 der angefochtenen Entscheidung). Weiter hat sie ausgeführt, dass „sich TPS ohne das Exklusivrecht

für die Vollprogramme, die als Zuschauer magnet und Mittel zur Abgrenzung gegenüber anderen Programmangeboten wirken, nicht auf dem französischen Pay-TV-Markt etablieren könnte“ (Begründungserwägung Nr. 132 der angefochtenen Entscheidung).

- 146 In Bezug auf das vierte Tatbestandsmerkmal in Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag, das sich auf das Fehlen der Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren bezieht, hat die Beklagte zwar die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle nicht erwähnt. Sie hat nur festgestellt, dass die „Vereinbarungen über die Gründung von TPS ... den Wettbewerb nicht aus[schalten], sondern... ihn im Gegenteil [fördern]“ (Begründungserwägung Nr. 135 der angefochtenen Entscheidung). Implizit ergibt sich jedoch aus der Untersuchung der Beklagten, dass sie dieses Ergebnis unter Berücksichtigung dieser Klauseln erzielt hat, indem sie die Ansicht vertreten hat, dass diese für den Erfolg von TPS notwendig seien.
- 147 Selbst wenn die Beklagte zu Recht ausgeführt hat, dass die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle aus den in den Randnummern 118 bis 137 angegebenen Gründen nicht als Nebenabreden bei der Gründung von TPS betrachtet werden konnten, so stehen diese Beschränkungen — zweitens — dennoch in direktem Zusammenhang mit dieser Maßnahme. Daher hatte die Untersuchung, ob die verschiedenen Tatbestandsmerkmale des Artikels 85 Absatz 3 EG-Vertrag erfüllt sind, unter Berücksichtigung der Hauptmaßnahme zu erfolgen, auf die sich diese Klauseln beziehen.
- 148 Das Vorbringen der Klägerinnen hierzu ist widersprüchlich. Sie vertreten nämlich zum einen die Ansicht, die Beklagte hätte diese Klauseln als Nebenabreden bei der Gründung von TPS betrachten müssen, und zum anderen, die Beklagte hätte ohne Berücksichtigung der Hauptmaßnahme prüfen müssen, ob die Voraussetzungen in Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag in Bezug auf sie erfüllt seien.

149 Diese Widersprüchlichkeit beruht auf einer falschen Auslegung des Begriffes der Nebenabrede. Nach dem Vorbringen der Klägerinnen muss eine Beschränkung, wenn sie nicht als Nebenabrede eingestuft werden kann, zwangsläufig gesondert untersucht werden. Diese Auffassung berücksichtigt jedoch nicht, wie in Randnummer 147 ausgeführt, dass bestimmte Beschränkungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Maßnahme stehen, zwar nicht als Nebenabreden eingestuft werden können, da sie für die Verwirklichung der Hauptmaßnahme nicht objektiv notwendig sind oder nicht im rechten Verhältnis zu ihr stehen, aber doch untrennbar mit dieser Maßnahme verbunden sind. Daher müssen sie unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen und rechtlichen Kontextes der letztgenannten Maßnahme untersucht werden.

150 Dieser Teil des Vorbringens der Klägerinnen ist daher zurückzuweisen.

ii) Zur Rüge eines Beurteilungsfehlers in Bezug auf die Dauer der individuellen Freistellung

#### Vorbringen der Beteiligten

151 Die Klägerinnen vertreten die Ansicht, die Beklagte habe einen Beurteilungsfehler begangen, indem sie in der angefochtenen Entscheidung die Dauer der Freistellung für die Ausschließlichkeitsklausel auf drei Jahre festgesetzt habe. Die von der Beklagten angeführten Gründe, wonach zum einen diese Beschränkung für TPS nur in der Einführungszeit notwendig sei und sich diese Notwendigkeit zum anderen im Laufe der Zeit in dem Maße verringern werde, in dem TPS Abonnenten gewinnen und Erfahrung im Bereich des Bezahlfernsehens sammeln könne, was ihr die Verbesserung seines Angebots ermöglichen werde, seien falsch.

- 152 Die Notwendigkeit der Ausschließlichkeit werde sich nicht verringern, sondern vielmehr wegen der nicht zu umgehenden Positionen, die die Gruppe Canal+ auf dem Markt einnehme, zunehmen. Ohne die Ausschließlichkeit bei der Übertragung der Vollprogramme sei die Rentabilität von TPS in Gefahr.
- 153 Hier sei die Entscheidung Cégétel einschlägig, in der eine Alleinvertriebsklausel für bestimmte Telefondienstleistungen für zehn Jahre insbesondere mit der Begründung freigestellt worden sei, dass sich die genehmigten Investitionen der Firma Cégétel bei Telekommunikationsdienstleistungen erst nach sehr langer Zeit amortisieren könnten.
- 154 Nach Ansicht der Klägerinnen hat die Beklagte weiter einen Beurteilungsfehler begangen, als sie die Dauer der Freistellung für die Klausel betreffend die Spartenkanäle auf drei Jahre, also die Einführungszeit, beschränkt habe. Die Notwendigkeit dieser Klausel beschränke sich nämlich nicht auf die Einführungszeit, wie die Beklagte meine, sondern gelte für die gesamte Betriebszeit von TPS, da die Klausel für dieses Unternehmen das einzige Mittel sei, seine Versorgung mit Spartenkanälen sicherzustellen.
- 155 Die Beklagte stellt in Abrede, mit der Festsetzung der Dauer der Freistellung auf drei Jahre einen Beurteilungsfehler begangen zu haben.

#### Würdigung durch das Gericht

- 156 Erstens beruht nach ständiger Rechtsprechung die Ausübung der Befugnisse der Beklagten im Rahmen von Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag stets auf komplexen wirtschaftlichen Wertungen. Daher muss sich die gerichtliche Nachprüfung dieser

Wertungen auf die Richtigkeit der ihnen zugrunde liegenden Tatsachen und deren Subsumtion unter die Begriffe des geltenden Rechts durch die Beklagte beschränken (vgl. insbesondere Urteil des Gerichtshofes vom 13. Juli 1966 in den Rechtssachen 56/64 und 58/64, Consten und Grundig/Kommission, Slg. 1966, 321, 396, und Urteil Matra Hachette/Kommission, angeführt in Randnr. 74, Randnr. 104).

- 157 Dieser Grundsatz gilt u. a. für die Bestimmung des Zeitraums, während dessen eine Beschränkung als unerlässlich erachtet wird, durch die Beklagte (Urteil Remia u. a./Kommission, angeführt in Randnr. 87, Randnr. 34).
- 158 Zweitens hat das Gericht in seinem Urteil Matra Hachette/Kommission, angeführt in Randnummer 74, (Randnr. 104) entschieden, dass es „Sache der anmeldenden Unternehmen [ist], der Kommission die Anhaltspunkte zu liefern, aus denen sich ergibt, dass die Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 erfüllt sind [Urteil des Gerichtshofes vom 17. Januar 1984 in den Rechtssachen 43/82 und 63/82, VBVB und VBBB/Kommission, Slg. 1984, 19], wobei diese Verpflichtung im Rahmen des Gerichtsverfahrens unter Berücksichtigung der Tatsache auszulegen ist, dass der Kläger Anhaltspunkte vortragen muss, die die Beurteilung der Kommission in Frage stellen können“.
- 159 Die Klägerinnen begnügen sich jedoch mit dem Vortrag, dass die Beklagte einen Beurteilungsfehler begangen habe, da sich die Notwendigkeit der Ausschließlichkeit nicht verringere (wie die Beklagte in der Begründungserwägung Nr. 133 der angefochtenen Entscheidung festgestellt hat), sondern vielmehr wegen der nicht zu umgehenden Positionen zunehme, die die Gruppe Canal+ auf dem Markt einnehme. Zur Klausel betreffend die Spartenkanäle machen sie geltend, diese sei notwendig, um die Versorgung von TPS mit Programmen dieser

Art sicherzustellen. Sie legen jedoch kein Beweismittel vor, um darzutun, dass diese Behauptung richtig ist, die im Übrigen die Entwicklung des Marktes nicht berücksichtigt. Schließlich bestreiten die Klägerinnen keine der Tatsachen, auf deren Grundlage die Beklagte zum einen zu der Ansicht gelangt ist, dass die Unerlässlichkeit dieser Klauseln zwangsläufig mit der Zeit abnehmen werde, und zum anderen festgestellt hat, dass drei Jahre die Mindestdauer darstellten, während deren sie für TPS notwendig gewesen seien (Begründungserwägung Nr. 134 der angefochtenen Entscheidung).

- 160 Drittens berufen sich die Klägerinnen zu Unrecht auf die Entscheidung Cégétel. Denn, wie die Beklagte zu Recht geltend macht, wurde in dieser Entscheidung eine Freistellung nur für den Vertrieb bestimmter Erzeugnisse gewährt, und der Vertrieb dieser Erzeugnisse stellte nur einen geringen Teil der Tätigkeiten der Firma Cégétel dar, während der Alleinvertrieb der Vollprogramme einen wesentlichen Bestandteil des Angebots von TPS ausmacht.
- 161 Somit hat die Beklagte bei der Begrenzung der Dauer der Freistellung auf drei Jahre keinen offensichtlichen Beurteilungsfehler begangen.
- 162 Dieser Teil des Vorbringens der Klägerinnen ist daher zurückzuweisen.

### iii) Ergebnis

- 163 Nach allem ist die vorliegende Rüge als unbegründet zurückzuweisen.

*2. Zu der Artikel 2 der angefochtenen Entscheidung betreffenden Rüge einer Verletzung des Grundsatzes der Rechtssicherheit*

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

- <sup>164</sup> Die Klägerinnen machen geltend, die Beklagte habe sich nicht im Einklang mit der Regelung verhalten, die sie in ihrem *XXIV. Bericht über die Wettbewerbspolitik* aufgestellt habe, indem sie das Negativattest mit der Begründung auf drei Jahre begrenzt habe, dass die Wettbewerbsklausel nur während der Einführungszeit als Nebenabrede bei der Gründung von TPS eingestuft werden könne. In diesem Bericht, den die Beklagte binde, habe sie ausgeführt, dass Nebenabreden „im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen in der Regel für die gesamte Dauer des Gemeinschaftsunternehmens akzeptiert“ würden (S. 115, Nr. 166).
- <sup>165</sup> Nach der Rechtsprechung (Urteile des Gerichts vom 17. Dezember 1991 in der Rechtssache T-7/89, Hercules Chemicals/Kommission, Slg. 1991, II-1711, und vom 10. März 1992 in der Rechtssache T-9/89, Hüls/Kommission, Slg. 1992, II-499) habe die Beklagte den Grundsatz der Rechtssicherheit verletzt, indem sie diese Regel im vorliegenden Fall nicht beachtet habe.
- <sup>166</sup> Der Standpunkt, den die Beklagte in der vorliegenden Rechtssache einnehme, sei besonders deshalb zu beanstanden, weil die erwähnte Regelung immer noch aktuell sei, wie aus den Entscheidungen Cégétel und Télécom Développement

hervorgehe. Denn in diesen Entscheidungen seien zwei Wettbewerbsklauseln als Nebenabreden eingestuft und in gleicher Weise wie das Gemeinschaftsunternehmen behandelt worden.

- 167 Die Beklagte vertritt die Ansicht, sie habe weder den Grundsatz der Rechtssicherheit verletzt noch einen Beurteilungsfehler begangen, als sie die Ansicht vertreten habe, die Wettbewerbsklausel stelle nur während der Einführungszeit, also in den ersten drei Jahren, eine Nebenabrede dar.

#### Würdigung durch das Gericht

- 168 Zunächst enthält, wie aus dem von den Klägerinnen angeführten Auszug aus dem XXIV. Bericht über die Wettbewerbspolitik („[die Nebenabreden werden] in der Regel für die gesamte Dauer des Gemeinschaftsunternehmens akzeptiert“ [Hervorhebung durch das Gericht]) sowie aus dem konkreten Rahmen, in den sich dieser einfügt (Untersuchung von fünf Gründungen von Gemeinschaftsunternehmen im Bereich von Forschung und Entwicklung), hervorgeht, der Teil des Berichtes, dem dieser Auszug entnommen ist, keine strikten Regeln, die die Beklagte sich selbst in Bezug auf die Einstufung einer Vereinbarung als Nebenabrede auferlegt hätte. Es handelt sich vielmehr um die bloße Beschreibung einer Reihe von Grundsätzen, die die Beklagte üblicherweise im Rahmen ihrer Untersuchung bestimmter Klauseln befolgt, die sie als Nebenabreden zu einer Hauptmaßnahme betrachtet.
- 169 Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen kann der vorliegende Fall daher nicht mit der Rechtssache verglichen werden, die mit dem Urteil Hercules Chemicals/Kommission, angeführt in Randnummer 165, abgeschlossen worden ist. In dieser Rechtssache hatte die Beklagte nämlich in ihrem jährlichen Bericht über die Wettbewerbspolitik eine Reihe von Regeln über die Akteneinsicht im Bereich des Wettbewerbs bekannt gegeben, die sie sich selbst auferlegt hatte.

- 170 Im Übrigen geht aus dem von den Klägerinnen angeführten Auszug aus dem XXIV. *Bericht über die Wettbewerbspolitik* hervor, dass dieser nahezu wörtlich die Grundsätze wiedergibt, die die Beklagte in Nummer 67 der Bekanntmachung über die kooperativen Gemeinschaftsunternehmen entwickelt hatte. Wie sich eindeutig aus dieser Bekanntmachung ergibt, hat diese jedoch nur den Charakter eines Leitfadens in Bezug auf die Art und Weise, in der die Beklagte die Theorie der Nebenabreden in der Praxis anwendet.
- 171 Daher können sich die Klägerinnen nicht auf den erwähnten Auszug stützen, um darzutun, dass die Beklagte ihnen gegenüber den Grundsatz der Rechtssicherheit verletzt habe.
- 172 Nach allem ist die vorliegende Rüge als unbegründet zurückzuweisen.
- 173 Da sämtliche Rügen, die die Klägerinnen angeführt haben, unbegründet sind, ist die Klage abzuweisen.

## Kosten

- 174 Nach Artikel 87 § 2 Absatz 1 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Klägerinnen unterlegen sind, sind sie antragsgemäß dazu zu verurteilen, neben ihren eigenen Kosten die Kosten der Beklagten und der Streithelferin zu tragen.

Aus diesen Gründen

hat

DAS GERICHT (Dritte Kammer)

für Recht erkannt und entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerinnen tragen ihre eigenen Kosten sowie die Kosten der Beklagten und der Streithelferin.

Azizi

Lenaerts

Jaeger

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 18. September 2001.

Der Kanzler

Der Präsident

H. Jung

J. Azizi

II - 2517

## Inhaltsverzeichnis

Allgemeiner Rahmen der Rechtssache .....	II-2466
A — Beschreibung der Maßnahme .....	II-2466
B — Die betroffenen Märkte und die Struktur dieser Märkte .....	II-2467
1. Der Markt des Bezahlfernsehens in Frankreich .....	II-2467
2. Der Markt des Erwerbs von Übertragungsrechten, vor allem für Filme und Sportveranstaltungen .....	II-2469
3. Die Vermarktung und kommerzielle Nutzung von Spartenkanälen .....	II-2469
C — Die Anmeldung und die angemeldeten Maßnahmen .....	II-2470
1. Die Wettbewerbsklausel .....	II-2471
2. Die Klausel betreffend die Spartenkanäle .....	II-2472
3. Die Ausschließlichkeitsklausel .....	II-2472
D — Die angefochtene Entscheidung .....	II-2473
Verfahren und Anträge der Beteiligten .....	II-2474
Entscheidungsgründe .....	II-2476
A — Zur Zulässigkeit der Klage .....	II-2476
Vorbringen der Parteien .....	II-2476
Würdigung durch das Gericht .....	II-2477
B — Zur Begründetheit .....	II-2479
1. Zu den Rügen, mit denen die Nichtigerklärung von Artikel 3 der angefochtenen Entscheidung begründet werden soll .....	II-2480
a) Zur ersten Rüge, Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag .....	II-2480
i) Zum Vorbringen, die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle stellten keine Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag dar .....	II-2480
— Zur Rüge, es lägen falsche Beurteilungen vor .....	II-2481
Vorbringen der Beteiligten .....	II-2481
Würdigung durch das Gericht .....	II-2483
— Zur Rüge einer falschen Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag (Nichtanwendung einer Rule of reason) .....	II-2486
Vorbringen der Beteiligten .....	II-2486
Würdigung durch das Gericht .....	II-2487

ii) Zu dem Hilfsvorbringen, die Ausschließlichkeitsklausel und die Klausel betreffend die Spartenkanäle stellten Nebenabreden dar .....	II - 2490
— Vorbringen der Beteiligten .....	II - 2490
Zum Begriff der Nebenabrede .....	II - 2490
Zu den Folgen der Einstufung als Nebenabrede .....	II - 2493
Zur Einstufung der Ausschließlichkeitsklausel ab Nebenabrede ....	II - 2495
Zur Einstufung der Klausel betreffend die Spartenkanäle als Nebenabrede .....	II - 2496
— Würdigung durch das Gericht .....	II - 2497
Zum Begriff der Nebenabrede .....	II - 2497
Zu den Folgen der Einstufung als Nebenabrede .....	II - 2501
Zur Einstufung der Ausschließlichkeitsklausel als Nebenabrede ...	II - 2501
Zur Einstufung der Klausel betreffend die Spartenkanäle als Nebenabrede .....	II - 2504
iii) Ergebnis .....	II - 2506
b) Zur zweiten Rüge: Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag .....	II - 2506
i) Zum Argument, die Freistellungskriterien in Artikel 85 Absatz 3 EG-Vertrag seien falsch angewandt worden .....	II - 2506
Vorbringen der Beteiligten .....	II - 2506
Würdigung durch das Gericht .....	II - 2507
ii) Zur Rüge eines Beurteilungsfehlers in Bezug auf die Dauer der individuellen Freistellung .....	II - 2510
Vorbringen der Beteiligten .....	II - 2510
Würdigung durch das Gericht .....	II - 2511
iii) Ergebnis .....	II - 2513
2. Zu der Artikel 2 der angefochtenen Entscheidung betreffenden Rüge einer Verletzung des Grundsatzes der Rechtssicherheit .....	II - 2514
Vorbringen der Verfahrensbeteiligten .....	II - 2514
Würdigung durch das Gericht .....	II - 2515
Kosten .....	II - 2516