

ARRÊT DU TRIBUNAL (troisième chambre)
30 septembre 2003 *

Dans l'affaire T-158/00,

Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD), établie à Cologne (Allemagne), représentée par M^{es} P. Mailänder et A. Bartosch, avocats, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

contre

Commission des Communautés européennes, représentée par M. P. Wiedner, en qualité d'agent, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

* Langue de procédure: l'allemand.

soutenue par

KirchPayTV GmbH & Co. KGaA, établie à Unterföring (Allemagne), représentée par M^c K. Metzloff, avocat, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie intervenante

ayant pour objet une demande d'annulation de la décision de la Commission SG (2000) D/102552, du 21 mars 2000 (affaire COMP/JV.37), déclarant compatible avec le marché commun et avec l'accord sur l'Espace économique européen l'opération de concentration par laquelle BskyB a acquis le contrôle commun de KirchPayTV, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, sous b), du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO L 395, p. 1),

LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (troisième chambre),

composé de MM. M. Jaeger, président, K. Lenaerts et J. Azizi, juges,

greffier: M^{me} D. Christensen, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 9 janvier 2002,

rend le présent

Arrêt

Cadre juridique

- 1 Aux termes de son article 1^{er}, le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (JO L 395, p. 1), tel que rectifié (JO 1990, L 257, p. 13), et tel que modifié par le règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil, du 30 juin 1997 (JO L 180, p. 1) (ci-après le «règlement n° 4064/89» ou le «règlement sur les concentrations»), s'applique aux opérations de concentration de dimension communautaire définies aux paragraphes 2 et 3 dudit article.
- 2 Aux termes de l'article 6, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 4064/89, si la Commission constate que l'opération de concentration notifiée, bien que relevant du règlement, ne soulève pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle décide de ne pas s'y opposer et la déclare compatible avec le marché commun (ci-après la «phase I»).
- 3 Aux termes de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 4064/89, au contraire, si la Commission constate que l'opération de concentration notifiée relève du règlement et soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle décide d'engager la procédure (ci-après la «phase II»).

- 4 Selon l'article 6, paragraphe 2, dudit règlement:

«Si la Commission constate que, après modifications apportées par les entreprises concernées, une opération de concentration notifiée ne soulève plus de doutes sérieux au sens du paragraphe 1, [sous] c), elle peut décider de déclarer ladite opération compatible avec le marché commun, conformément au paragraphe 1, [sous] b).

La Commission peut assortir la décision qu'elle prend en vertu du paragraphe 1, [sous] b), de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun.»

- 5 Conformément à l'article 18, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 447/98 de la Commission, du 1^{er} mars 1998, relatif aux notifications, aux délais et aux auditions prévus par le règlement n° 4064/89 (JO L 61, p. 1), «[l]es engagements que les entreprises concernées proposent à la Commission conformément à l'article 6, paragraphe 2, du règlement [...] n° 4064/89 et que les parties veulent faire prendre en considération dans une décision fondée sur l'article 6, paragraphe 1, [sous] b), dudit règlement doivent être communiqués à la Commission dans un délai de trois semaines à compter de la date de réception de la notification».
- 6 Dans la communication concernant les mesures correctives recevables conformément au règlement n° 4064/89 et au règlement n° 447/98 (JO 2001, C 68, p. 3, ci-après la «communication concernant les mesures correctives»), la Commission expose les lignes directrices qu'elle entend suivre en matière d'engagements.

Faits à l'origine du litige

- 7 Le 22 décembre 1999, les sociétés British Sky Broadcasting Group plc (ci-après «BSkyB») et Kirch Vermögensverwaltungs GmbH & Co. KG (ci-après «KVV») ont notifié un projet de concentration à la Commission, conformément à l'article 4 du règlement n° 4064/89, tel que modifié par le règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil, du 30 juin 1997 (JO L 180, p. 1), et tel que rectifié (JO 1998, L 40, p. 17) (ci-après le «règlement n° 1310/97»). Ce projet prévoyait l'acquisition par BSkyB, en contrôle commun avec l'entreprise KVV, du contrôle de l'entreprise KirchPayTV GmbH & Co KGaA (ci-après «KirchPayTV»).
- 8 L'entreprise BSkyB est une entreprise britannique qui exerce ses activités dans le domaine des médias, principalement dans le domaine des services de télévision analogique et numérique diffusés au Royaume-Uni et en Irlande via le satellite et le câble, et, accessoirement, dans le domaine de la télévision terrestre numérique au Royaume-Uni. BSkyB commercialise ses propres chaînes de télévision payante, soit directement, soit par l'intermédiaire d'entreprises de diffusion par câble ou par antenne. Elle détient également une participation dans British Interactive Broadcasting/Open, qui offre des services de télévision interactive numérique au Royaume-Uni. BSkyB fournit enfin toute une gamme de services liés à la télévision.
- 9 À l'époque de la notification, BSkyB n'était pas présente, en Allemagne, sur les marchés de la télévision payante, de la télévision interactive numérique et de l'acquisition des droits de télévision.
- 10 KirchPayTV, société allemande, était, à l'époque de la notification, contrôlée exclusivement par KVV, elle-même filiale à 100 % du groupe Kirch, groupe de médias qui exerçait ses activités dans les domaines de la télévision gratuite, du

commerce de droits sur les programmes sportifs et les œuvres de fiction, de la production de films et d'émissions de télévision, de la télévision pour entreprises, de la télévision payante ainsi que de la prestation de services techniques liés à la télévision payante.

- 11 La notification du projet de concentration du 22 décembre 1999 a été publiée au Journal officiel du 11 janvier 2000 (JO C 7, p. 5). Le même jour, la requérante a reçu de la Commission une demande de renseignements en vertu de laquelle elle devait présenter, avant le 14 janvier 2000, ses observations quant aux répercussions du projet de concentration sur la concurrence.

- 12 La requérante a fait savoir à la Commission, dans le délai imparti, que le projet de concentration en cause aboutirait, selon elle, à un renforcement de la position dominante de KirchPayTV sur les marchés de la télévision payante, de l'acquisition de droits sur les programmes et de la prestation de services techniques liés à la télévision payante ainsi qu'à l'émergence d'une position dominante sur le marché des services de télévision interactive numérique. La requérante a également exprimé sa crainte que le rapprochement entre Kirch et BSkyB ne provoque un renforcement de l'intégration verticale des entreprises participantes sur les marchés concernés et une restriction de la concurrence entre États membres, notamment dans les domaines de l'acquisition de programmes de télévision et des services de télévision interactive numérique.

- 13 Le 21 janvier 2000, la requérante a transmis à la Commission des observations complémentaires et approfondies sur le sujet. Elle y a conclu à l'interdiction par la Commission de la concentration notifiée au motif que celle-ci serait incompatible avec le marché commun. À titre subsidiaire, elle a indiqué qu'une éventuelle autorisation de l'opération devrait être soumise à des exigences et conditions minimales.

- 14 À la demande de la Commission, la requérante a communiqué à celle-ci, par courrier du 22 février 2000, son exposé des exigences, conditions ou engagements contractuels publics qu'elle estimait nécessaires, au regard du droit de la concurrence, dans la procédure de concentration en cause.

- 15 Elle a réitéré son opinion selon laquelle les conditions d'une autorisation du projet de concentration n'étaient pas réunies et a formulé, à titre subsidiaire, une série de propositions d'engagements que les parties à l'opération de concentration devaient, selon elle, en tout état de cause accepter.

- 16 Les parties à l'opération de concentration ont communiqué à la Commission un paquet d'engagements. Celle-ci a demandé à la requérante, le 29 février 2000, de présenter ses observations sur ces engagements jusqu'au 2 mars 2000.

- 17 Dans sa réponse du 2 mars 2000, la requérante a critiqué ces propositions d'engagements comme ne constituant rien de plus que la promesse de ne pas abuser de la position dominante de KirchPayTV.

- 18 Le 14 mars 2000, la Commission a demandé à la requérante de présenter, jusqu'au 15 mars 2000 à 13 heures, ses observations sur une première version modifiée du paquet d'engagements. Celle-ci a présenté un commentaire succinct.

- 19 La Commission n'a pas porté à la connaissance de la requérante et n'a pas invité celle-ci à présenter ses observations sur une seconde version modifiée du paquet d'engagements, dont la requérante a eu connaissance, le 18 mars 2000, par l'intermédiaire de tiers.

- 20 Par décision du 21 mars 2000 (ci-après la «décision attaquée»), la Commission a approuvé sous conditions, en application de l'article 6, paragraphe 1, sous b), et de l'article 6, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89, ainsi que de l'article 57 de l'accord sur l'Espace économique européen (EEE), la concentration en cause.

Décision attaquée

- 21 Dans la décision attaquée, la Commission a examiné l'effet de l'opération de concentration sur trois marchés concernés, à savoir celui de la télévision payante, celui de la télévision interactive numérique et celui de l'acquisition des droits de télévision.

1. *Marché de la télévision payante*

- 22 Selon les considérants 23 à 27 de la décision attaquée, la télévision à péage constitue un marché distinct de celui de la télévision gratuite, c'est-à-dire la télévision privée financée par la publicité et la télévision publique financée par la redevance et par les recettes publicitaires. Selon la Commission, le marché de la télévision à péage est de dimension nationale.
- 23 Dans la décision attaquée, la Commission constate que KirchPayTV, par l'intermédiaire de la société Premiere, détient un quasi-monopole pour la fourniture de services de télévision à péage en Allemagne. Elle constate également que BSkyB domine le marché de la télévision à péage au Royaume-Uni. Au considérant 51, la Commission conclut que l'opération soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité en ce qu'elle renforce la position dominante de

KirchPayTV sur le marché de la télévision payante en Allemagne. La Commission considère en effet que, en raison des ressources financières et du savoir-faire apporté par BSkyB, KirchPayTV est en mesure de maintenir sa position dominante sur le marché. À cet égard, elle expose:

«Apport de ressources financières et savoir-faire

50. Les parties elles-mêmes reconnaissent que KirchPayTV a besoin d'un 'apport de ressources importantes' pour développer ses activités. Elles ont estimé l'investissement total demandé par KirchPayTV à [...], avec des pertes à payer s'élevant à [...]. Selon la notification, KirchPayTV n'a cependant pas été capable d'augmenter ses fonds sur le marché. Outre les ressources financières, BSkyB apportera ses connaissances en marketing et son savoir-faire dont KirchPayTV manque crucialement, ainsi qu'il a été suggéré à la Commission par certains opérateurs du marché.

Vu les coûts significatifs des opérations sur ce marché, plus particulièrement le besoin de transformer les services analogiques en services numériques les prochaines années, la Commission a de sérieux doutes sur le point de savoir si KirchPayTV aurait été capable de maintenir sa position sur le marché de la télévision payante en Allemagne en l'absence de cette opération. Par exemple, la non-modernisation de ses services de télévision payante selon les attentes du marché ou l'incapacité de maintenir le contrôle sur le contenu nécessaire pour la télévision payante pourrait augmenter de façon significative les possibilités d'entrée pour un tiers à moyen terme. Selon l'article 2 (1) (b) du règlement relatif au contrôle des opérations de concentration, le pouvoir économique et financier des parties sont des facteurs que la Commission doit prendre en compte lors de l'évaluation des effets d'une opération de concentration sur la concurrence. Il doit aussi être noté que la Commission a, dans un certain nombre de décisions, soutenu que l'opération de concentration qui consiste en un apport de ressources financières importantes peut conduire à la création ou au renforcement d'une position dominante.»

24 Par ailleurs, aux considérants 52 à 72 de la décision attaquée, la Commission a également examiné la question de l'élimination de la concurrence potentielle. Dans ce cadre, elle a conclu, au considérant 54, que ni BSkyB ni aucune autre entreprise n'était susceptible de pénétrer le marché allemand de la télévision payante «à court ou à moyen terme». Cette conclusion est fondée sur les quatre raisons principales suivantes:

- la prédominance de la télévision gratuite en Allemagne entrave un développement significatif de la télévision payante;

- Kirch contrôle, par l'intermédiaire de BetaResearch, l'infrastructure de décodage (le décodeur d-box) et la technologie nécessaire pour le contrôle de l'accès en Allemagne;

- BSkyB ne dispose pas de programmes appropriés pour le marché allemand;

- une entrée sur le marché allemand de la télévision payante requiert l'engagement d'énormes moyens financiers.

25 Au considérant 70 de la décision attaquée, la Commission a donc conclu que, «à court ou à moyen terme», BSkyB n'était pas un entrant potentiel sur le marché en cause.

2. *Marché des services de télévision interactive numérique*

- 26 La décision attaquée constate que, actuellement, les services de télévision interactive numérique ne sont pas disponibles en Allemagne. La Commission relève toutefois que KirchPayTV sera active sur ce marché dans un avenir proche. La Commission constate également qu'au moins quatre entreprises supplémentaires préparent leur entrée sur le marché dans un futur proche, à savoir Bertelsmann, la requérante, UPC et Primacom group. BSkyB est la seule entreprise en Europe à avoir une expérience directe sur le marché des services de télévision interactive numérique.
- 27 Les opérateurs sur ce marché ne sont pas, en principe, les fournisseurs des produits et services offerts et achetés par les consommateurs. Les opérateurs fournissent une «plate-forme» par laquelle les vendeurs ou fournisseurs de contenu effectuent la promotion et la vente de leurs produits et services. Ce sont, par conséquent, ces vendeurs qui, en premier lieu, constituent la demande et donc le revenu des opérateurs. Les services généralement susceptibles d'être offerts en matière de télévision interactive numérique sont, notamment, les services de banque à domicile, de courses à domicile, les services de vacances et de voyages.
- 28 Si la Commission constate que le marché des services de télévision interactive numérique constitue un marché distinct de celui de la télévision à péage, elle remarque cependant que ce dernier est susceptible d'être le marché «levier» des services de télévision interactive numérique. Dans la mesure où la télévision à péage offre des programmes exclusifs, elle permettrait en effet aux opérateurs d'attirer un nombre important de téléspectateurs aux revenus supérieurs à la moyenne. Les deux marchés seraient séparés mais complémentaires. Le marché géographique serait, ici aussi, un marché national.
- 29 S'agissant des services de télévision interactive numérique, la Commission constate que, comme Kirch contrôle l'infrastructure de décodage prédominante

en Allemagne (le décodeur d-box), qui est également nécessaire pour l'exécution des services de télévision interactive numérique, elle possède déjà un avantage concurrentiel important pour l'offre de ces services. La Commission est d'avis que la concentration pourrait favoriser davantage la création d'une position dominante, BSkyB apportant les moyens financiers nécessaires et le savoir-faire acquis sur le marché britannique. La Commission émet donc également sur ce point des doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération avec le marché commun.

3. Marché de l'acquisition des droits de diffusion

- 30 Selon la décision attaquée, les films et événements sportifs sont les produits «phares» de la télévision à péage, et il est nécessaire de détenir les droits intellectuels sur ces produits afin d'avoir des programmes suffisamment attrayants pour convaincre les abonnés potentiels de payer pour la réception de services télévisés.
- 31 L'acquisition des droits de diffusion se ferait encore au niveau national, voire pour une région linguistique (ou «de langue commune»), à savoir ici le marché allemand ou de langue allemande. Certains droits sur les événements sportifs seraient en revanche acquis pour l'ensemble de l'Europe et revendus ensuite par pays. Il pourrait donc y avoir un marché géographique distinct pour les droits sportifs paneuropéens. Toutefois, la Commission estime qu'il n'est pas nécessaire de définir le marché avec davantage de précision en l'espèce.
- 32 La Commission a constaté dans la décision attaquée que Kirch dominait le marché de l'acquisition des droits en Allemagne (par des accords exclusifs à long terme), tandis que BSkyB dominait ce marché au Royaume-Uni.

- 33 La Commission n'a pas émis de doutes concernant le marché de l'acquisition des droits de télévision. Elle estime notamment improbable le cumul des acquisitions effectuées respectivement par KirchPayTV et BSKyB.

4. Engagements

- 34 Eu égard aux engagements proposés par les parties, qui étaient, selon la Commission, de nature à lever ses doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération de concentration avec le marché commun en ce qui concerne l'effet de celle-ci sur les marchés de télévision payante et les services de télévision interactive numérique, la Commission a autorisé l'opération de concentration conformément à l'article 6, paragraphe 1, sous b), du règlement n° 4064/89.

Procédure et conclusions des parties

- 35 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 13 juin 2000, la requérante a introduit le présent recours.
- 36 Par acte déposé au greffe du Tribunal le 29 septembre 2000, KirchPayTV a demandé à intervenir à l'appui des conclusions de la Commission. Par ordonnance du 11 décembre 2000, cette demande d'intervention a été accueillie.
- 37 Par acte déposé au greffe du Tribunal le 23 novembre 2000, BSKyB a demandé à intervenir à l'appui des conclusions de la Commission. Par ordonnance du 19 février 2001, cette demande d'intervention a été accueillie.

38 La requérante conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

- annuler la décision de la Commission du 21 mars 2000 rendue dans l'affaire COMP/JV.37;

- condamner la Commission aux dépens.

39 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

- rejeter le recours comme irrecevable ou, à titre subsidiaire, comme dénué de fondement;

- condamner la requérante aux dépens.

40 KirchPayTV conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

- rejeter le recours comme irrecevable ou, à titre subsidiaire, comme dénué de fondement;

- condamner la requérante aux dépens.

41 BskyB conclut à ce qu'il plaise au Tribunal:

- rejeter le recours comme irrecevable ou, à titre subsidiaire, comme dénué de fondement;

- condamner la requérante aux dépens, y compris ceux de BskyB.

Sur la recevabilité

1. *Sur la qualité de la requérante pour former le recours*

Arguments des parties

42 La requérante considère que la décision attaquée la concerne directement et individuellement au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE.

43 La Commission exprime des doutes quant au fait que la requérante soit individuellement concernée par la décision attaquée.

- 44 Elle estime que la participation à la procédure administrative, même à la demande de la Commission, ne saurait justifier, à elle seule, que l'entreprise soit concernée individuellement par la décision attaquée, en particulier lorsque, comme en l'espèce, de nombreuses autres entreprises se sont également exprimées au cours de la procédure ou ont été consultées par la Commission. L'examen d'une opération de concentration impliquerait, par définition, des contacts réguliers avec de nombreuses entreprises.
- 45 Elle fait valoir que la requérante n'opérerait actuellement que sur le marché de la télévision gratuite, non couvert par la décision attaquée. Aussi, les obligations invoquées par la requérante de réaliser des objectifs pour l'adoption des technologies de diffusion numérique ne concerneraient, en tout état de cause, que ce marché.
- 46 En revanche, aucun élément ne permettrait de penser que la requérante envisage d'entrer sur le marché de la télévision payante, couvert par la décision attaquée. Elle ne pourrait donc pas même être qualifiée de concurrente potentielle sur ce marché.
- 47 Elle pourrait, tout au plus, être considérée comme concurrente potentielle sur le marché futur des services de la télévision interactive numérique. Or, elle ne serait, à ce titre, que l'une des nombreuses concurrentes potentielles sur ce marché futur. Cette conclusion ne serait pas remise en cause par la circonstance qu'elle participe au développement d'une plate-forme technique concurrente.
- 48 En ce qui concerne l'argument de la requérante tiré de ce qu'elle est individuellement concernée par la décision attaquée parce que le renforcement de la position dominante sur le marché de la télévision payante a des répercussions sur la position occupée par les parties sur le marché des services

techniques pour la télévision numérique, et, donc, par ce biais, sur le marché de la télévision numérique gratuite, la Commission relève que, si, selon la jurisprudence, le fait d'être seulement un concurrent, de surcroît seulement potentiel, sur un marché examiné dans la décision attaquée est insuffisant en soi pour être individuellement concerné, il en serait ainsi, à plus forte raison, d'une entreprise qui est présente sur un marché qui ne fait pas même l'objet de la décision.

- 49 S'agissant des engagements souscrits par les parties à l'opération de concentration, la Commission estime que, si la requérante considère en être ayant-droit, cela vaudrait aussi pour tous les tiers qui entendent faire valoir ces engagements.
- 50 La Commission conclut que la requérante n'est qu'une des nombreuses entreprises qui sont des concurrentes potentielles ou des clientes des participants à la concentration. La situation de celle-ci ne serait donc pas différente de celle de toutes les entreprises qui entrent en ligne de compte comme concurrents (potentiels) de KirchPayTV ou qui opèrent sur des marchés voisins. La requérante ne serait donc pas, comme celle dans l'affaire ayant donné lieu aux arrêts Air France I (arrêt du Tribunal du 19 mai 1994, Air France/Commission, dit «Air France I», T-2/93, Rec. p. II-323, point 82) et Air France II (arrêt du Tribunal du 24 mars 1994, Air France/Commission, dit «Air France II», T-3/93, Rec. p. II-121, point 45), l'unique concurrente des entreprises participant à la concentration. En outre, sa situation ne serait pas, comme celle de la requérante dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Air France I, précité (point 82), nettement caractérisée au regard de l'opération de concentration en cause, par rapport à celle d'autres entreprises agissant dans le même secteur.
- 51 KirchPayTV conteste que la requérante soit directement concernée par la décision attaquée. À cet effet, elle fait référence à l'arrêt Air France I, précité (point 80), pour en déduire que le fait d'être directement concerné au sens de l'article 230, quatrième alinéa, CE suppose d'être actif sur des marchés auxquels la décision attaquée se réfère. Or, la décision attaquée n'affecterait la requérante qu'en ce qui concerne sa position sur le marché de la télévision numérique gratuite, sur lequel elle est une concurrente potentielle, mais qui ne ferait pas l'objet de la décision attaquée.

- 52 KirchPayTV conteste aussi que la requérante soit individuellement concernée par la décision attaquée.
- 53 À cet égard, elle fait valoir, en premier lieu, que la seule participation à la procédure administrative ne suffit pas pour individualiser la requérante.
- 54 L'objectif de l'exigence de qualité pour former un recours en annulation, qui serait de n'admettre les recours que de façon limitée, ne serait plus atteint si la seule participation à une procédure de concentration devait être considérée comme un critère suffisant. En effet, eu égard au nombre important de participants à ces procédures, le nombre de personnes ayant qualité pour former un recours serait excessivement important.
- 55 KirchPayTV conteste, en deuxième lieu, que les engagements offerts par les parties à l'opération de concentration soient de nature à individualiser la requérante. En effet, ces engagements pourraient profiter à une multitude de concurrents et non à la seule requérante.
- 56 KirchPayTV conteste, en troisième lieu, que la participation de la requérante à l'association Free Universe Network (ci-après «FUN») soit de nature à l'individualiser. En effet, FUN ne constituerait pas une plate-forme technique potentiellement concurrente mais une simple association d'intérêts dont l'objectif serait d'imposer certaines solutions techniques aux fins de l'exploitation de plates-formes techniques. FUN, en tant que simple association d'intérêts, ne pourrait donc pas être individuellement concernée par la décision attaquée. À plus forte raison, la simple participation de la requérante à cette association ne permettrait pas de déduire qu'elle est individuellement concernée par cette décision.

- 57 KirchPayTV constate, en quatrième lieu, que la requérante est une association de travail d'institutions publiques de radiodiffusion. Or, selon une jurisprudence constante, une association qui a été créée en vue de la défense d'intérêts communs d'un groupe de membres ne serait pas individuellement concernée par une décision qui porte atteinte aux intérêts communs de ce groupe (ordonnance de la Cour du 18 décembre 1997, *Sveriges Betodlares et Henrikson/Commission*, C-409/96 P, Rec. p. I-7531, point 45, et arrêt du Tribunal du 11 février 1999, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen et Hapag-Lloyd/Commission*, T-86/96, Rec. p. II-179, points 55 et suivants). Une telle association ne pourrait notamment pas former un recours lorsque ses membres ne sont pas, comme en l'espèce, en droit de le faire.

Appréciation du Tribunal

- 58 Selon l'article 230, quatrième alinéa, CE, «toute personne physique ou morale peut former [...] un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement».
- 59 La requérante n'étant pas destinataire de la décision attaquée qui est adressée uniquement aux parties à la concentration, il convient d'examiner si elle est directement et individuellement concernée par celle-ci.
- 60 Contrairement à ce que soutient KirchPayTV, le caractère direct de l'affectation ne saurait être contesté. En effet, dès lors qu'elle permet la réalisation immédiate de l'opération de concentration projetée, la décision attaquée est de nature à induire une modification immédiate de la situation des marchés concernés, qui ne dépend alors que de la seule volonté des parties (voir arrêt *Air France II*, précité, point 80, et arrêt du Tribunal du 3 avril 2003, *BaByliss/Commission*, T-114/02, Rec. p. II-1279, point 89).

- 61 Il convient dès lors d'examiner si la requérante est également individuellement concernée par la décision attaquée.
- 62 Selon une jurisprudence constante, les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les «atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle dont le destinataire d'une décision le serait» (arrêts de la Cour du 15 juillet 1963, Plaumann/Commission, 25/62, Rec. p. 197, 223, et du 10 décembre 2002, Commission/Camar et Tico, C-312/00 P, Rec. p. I-11355, point 73, et la jurisprudence citée).
- 63 En l'espèce, il convient d'examiner dans quelle mesure la participation de la requérante à la procédure et l'affectation de sa position sur le marché sont de nature à l'individualiser, conformément à l'article 230 CE.
- 64 En premier lieu, s'agissant de la participation à la procédure, le Tribunal constate que la requérante a reçu, le 11 janvier 2000, une demande de renseignements de la Commission, au titre de l'article 11 du règlement n° 4064/89, dans laquelle celle-ci lui demandait de lui faire part, dans un délai de trois jours, de ses observations quant aux répercussions du projet de concentration sur la concurrence. Par courrier du 14 janvier 2000, la requérante a fourni les renseignements demandés.
- 65 Le 21 janvier 2000, soit dans le délai de dix jours fixé dans la publication du projet de concentration au Journal officiel, conformément à l'article 4, paragraphe 3, du règlement n° 4064/89, la requérante a transmis à la Commission une note d'observations complémentaires sur les conséquences de l'opération de concentration en cause sur la situation concurrentielle des marchés concernés ainsi que sur sa propre situation.

- 66 Le 22 février 2000, à la demande des services de la task-force «Contrôle des opérations de concentration entre entreprises», la requérante a, à nouveau, adressé à la Commission une note très détaillée reprenant ses observations sur tous les aspects sensibles de la procédure de concentration et, tout en maintenant que la concentration envisagée n'était pas compatible, exposant les conditions, exigences ou engagements nécessaires devant, selon elle, être imposés dans l'hypothèse où la Commission déciderait de ne pas s'opposer à la concentration. Ces propositions portaient sur les conditions d'ouverture des marchés en cause et concernaient, en particulier, l'accès non discriminatoire de décodeurs autres que le d-box à tous les programmes télévisés et à tous les services interactifs, l'accès d'autres opérateurs aux droits sur les programmes de KirchPayTV et l'empêchement d'une influence indirecte du groupe Kirch sur l'utilisation de l'infrastructure câblée à large bande de Deutsche Telekom AG.
- 67 À la lecture de la décision attaquée, il apparaît que la Commission se réfère, à dix reprises, aux observations des tiers (considérants 49, 50, 53, 57, 71, 73, 75, 77, 79 et 84 de la décision attaquée) et que la plupart de celles-ci concernent des questions qui ont été expressément soulevées par la requérante dans les notes d'observations qu'elle a adressées à la Commission durant la procédure administrative.
- 68 Ainsi, la requérante a affirmé, dans sa note du 22 février 2000, que Kirch, seul, ne serait pas financièrement suffisamment puissant pour entreprendre, par lui-même, le développement de services numériques et, dans ses notes des 14 et 21 janvier 2000, que BSkyB possédait une expérience et un savoir-faire incomparables dans le marketing et la distribution de la télévision payante dont l'accord prévoyait le transfert. Or, au considérant 49 de la décision attaquée, la Commission relève qu'un certain nombre de tiers ont soutenu que l'opération de concentration renforcerait la position dominante de KirchPayTV sur le marché allemand de la télévision payante en lui apportant des ressources financières importantes et un savoir-faire. Aux considérants 50 et suivants de la décision attaquée, la Commission a conclu à l'existence de doutes sérieux sur la base de ces considérations.

- 69 Ensuite, au considérant 53 de la décision attaquée, la Commission indique qu'un certain nombre de tiers ont suggéré que BSkyB était l'entrant le plus plausible sur le marché allemand de la télévision payante, ce qui avait été mentionné par la requérante dans sa note du 14 janvier 2000.
- 70 De même, au considérant 75 de la décision attaquée, la Commission a constaté, ainsi que l'avait souligné la requérante dans sa note du 21 janvier 2000, que l'entrée de KirchPayTV sur le marché des services de télévision numérique interactive risquait de créer une position dominante en imposant sa technologie d-box comme le décodeur standard en Allemagne.
- 71 Enfin, au considérant 84 de la décision attaquée, la Commission répond à l'argument des tiers concernant la puissance d'achat de Kirch pour l'acquisition des droits de retransmission, problématique soulevée par la requérante dans ses notes des 14 et 21 janvier 2000.
- 72 Il s'ensuit que la Commission s'est fondée, dans la décision attaquée, sur de nombreux arguments que la requérante avait invoqués au cours de la procédure administrative.
- 73 Par ailleurs, la Commission a demandé à la requérante de lui faire connaître son point de vue sur d'éventuels engagements susceptibles d'écartier les doutes sérieux posés par la concentration, et les propositions de la requérante ont été, du moins partiellement, reprises dans la décision attaquée.
- 74 La Commission a également soumis pour observations à la requérante les deux premières versions des engagements. En réponse aux questions écrites du

Tribunal, la Commission a précisé à cet égard que, mise à part la requérante, seules deux autres entreprises, Bertelsmann AG et Universal Studios Inc., avaient également reçu copie des deux premières versions des engagements, Bertelsmann ayant, en outre, à la différence de la requérante, reçu la troisième et dernière version de ceux-ci.

- 75 En outre, il convient d'observer que les courriers adressés par la requérante à la Commission ne constituent pas uniquement une démarche unilatérale et non sollicitée de sa part, mais que la Commission l'a, à plusieurs reprises, invitée à soumettre ses observations.
- 76 Il s'ensuit que la requérante a participé activement à la procédure. Si, ainsi que le souligne à juste titre la Commission, une simple participation à la procédure ne suffit certes pas, à elle seule, à établir que la requérante est individuellement concernée par la décision, en particulier dans le domaine des concentrations, dont l'examen minutieux exige des contacts avec de nombreuses entreprises, une participation active à la procédure administrative constitue un élément pris en considération, y compris dans le domaine plus spécifique du contrôle des concentrations, pour établir, en conjonction avec d'autres circonstances spécifiques, la recevabilité d'un recours (arrêt BaByliss/Commission, précité, point 95). Il en est d'autant plus ainsi en l'espèce que, ainsi qu'il a été constaté ci-dessus, cette participation active a eu une incidence sur le déroulement de la procédure et, du moins en partie, sur le contenu de l'acte attaqué, tant en ce qui concerne la détermination des doutes sérieux posés par la concentration qu'en ce qui concerne les engagements nécessaires, selon la Commission, pour les écarter (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 28 janvier 1986, Cofaz/Commission, 169/84, Rec. p. 391, points 24 et 25).
- 77 En deuxième lieu, s'agissant de l'affectation de la position de la requérante sur le marché, il convient de rappeler, tout d'abord, que la concentration en cause porte sur le marché de la télévision à péage et qu'il est constant que la requérante n'est pas présente sur ce marché. La requérante a même fait savoir, dans une lettre du 22 février 2000 adressée à la Commission, que «ARD public broadcasting stations are neither mandated nor considering to enter the PayTV market».

- 78 Toutefois, la circonstance que la requérante ne peut être considérée comme une concurrente, ni même une concurrente potentielle de KirchPayTV sur le marché de la télévision à péage, n'implique pas nécessairement qu'elle n'est pas concernée individuellement par la décision. D'une part, même si l'activité de KirchPayTV est centrée sur la télévision à péage, ce marché n'est que l'un des trois marchés sur lequel la Commission a constaté que la concentration renforçait la position dominante du groupe Kirch. D'autre part, de même que des concurrents potentiels des parties à la concentration peuvent être recevables à agir en annulation contre la décision d'approbation dans le cas de marchés oligopolistiques (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 27 novembre 1997, *Kaysersberg/Commission*, T-290/94, Rec. p. II-2137, et arrêt *BaByliss/Commission*, précité), lorsque, comme en l'espèce, une entreprise en position de monopole voit sa position renforcée par une concentration, un recours en annulation d'un opérateur présent uniquement sur des marchés voisins ou en amont ou en aval peut, dans certaines circonstances, également être recevable.
- 79 En l'espèce, les cinq éléments suivants sont de nature à établir l'affectation de la position de la requérante: l'existence d'une certaine concurrence entre la télévision gratuite et la télévision payante; la convergence à l'avenir entre la télévision gratuite et la télévision payante du fait de la numérisation; l'incidence de la concentration sur les services de télévision interactive numérique; la participation de la requérante au projet FUN, et l'acquisition des droits de retransmission.

Existence d'une certaine concurrence entre la télévision gratuite et la télévision payante

- 80 Même si le marché de la télévision gratuite, sur lequel opère la requérante, constitue, ainsi qu'il est exposé aux considérants 23 à 25 de la décision attaquée, un marché distinct du marché de la télévision payante, la décision reconnaît néanmoins expressément, au considérant 56, qu'il existe une certaine interaction entre ces deux marchés. La décision constate en effet, dans le cadre de l'examen des barrières à l'entrée sur le marché allemand de la télévision payante, que ce dernier marché se développe difficilement en raison de la puissance du marché de la télévision gratuite.

- 81 Il s'ensuit que dans la mesure où la concentration a pour objet de renforcer la puissance financière de Kirch par l'apport de ressources et de savoir-faire de BSkyB en vue de lui permettre de développer et de moderniser ses activités dans le domaine de la télévision payante, elle est de nature à entraîner certaines répercussions sur le marché de la télévision gratuite. Or, la requérante est l'une des deux entreprises de télévision publique actives sur le marché de la télévision gratuite en Allemagne et est, en outre, l'un des principaux opérateurs sur ce marché. En particulier, on peut s'attendre à ce que, si Kirch parvient, à la suite de la concentration, à attirer de nouveaux abonnés, la requérante subisse des pertes de téléspectateurs et voie dès lors diminuer ses recettes publicitaires. Il s'ensuit que, sous cet aspect, la décision attaquée est de nature à affecter la requérante.

Convergence à l'avenir entre la télévision gratuite et la télévision payante du fait de la numérisation

- 82 La décision attaquée reconnaît également, au considérant 25, que, avec la numérisation, on peut s'attendre à ce que, dans le futur, la télévision payante et la télévision gratuite convergent dans une certaine mesure.
- 83 En outre, la télévision à péage étant le seul domaine dans lequel la technique numérique a pu se développer pour l'instant, la position dominante de Kirch-PayTV sur le marché de la télévision à péage se répercute sur le marché de la télévision numérique.
- 84 Or, la requérante, de par ses obligations de service public, est tenue de s'employer à réaliser les objectifs de l'État pour l'introduction des technologies de diffusion numérique.

- 85 Dès lors, même si la concentration a lieu sur le marché de la télévision payante, elle est susceptible d'affecter la position concurrentielle de la requérante sur le marché futur de la télévision gratuite numérique en Allemagne.

Incidence de la concentration sur les services de télévision interactive numérique

- 86 Il ressort des considérants 30 à 41 et 73 à 80 de la décision attaquée que l'opération en cause est de nature à affecter le marché futur des services de télévision interactive numérique. La Commission relève en effet, à cet égard, aux considérants 32, 40 et 94, que le marché de la télévision payante constitue un «levier» pour le développement de ce marché, dans la mesure où la télévision payante propose des programmes exclusifs permettant aux opérateurs de services de télévision interactive d'attirer un nombre important de téléspectateurs à hauts revenus. La concentration ayant pour effet de renforcer la position de Kirch sur le marché de la télévision payante (considérant 50), elle renforcera donc également celle-ci sur le futur marché des services de télévision interactive. Or, selon le considérant 73, la requérante est l'un des quatre opérateurs qui a annoncé son intention de développer des services interactifs dans un avenir proche.
- 87 Par ailleurs, l'installation d'une infrastructure technique pour la transmission des services de télévision interactive numérique requiert des investissements substantiels. La décision attaquée constate, à cet égard, au considérant 75, que la concentration est susceptible de réduire substantiellement les possibilités d'entrée sur le marché des tiers en ce qu'elle va permettre à Kirch d'entrer sur le marché avant tout autre opérateur et ainsi d'augmenter les barrières à l'entrée de manière substantielle en établissant le d-box comme le décodeur standard en Allemagne.
- 88 La concentration est dès lors de nature à affecter la position de la requérante en tant qu'acteur futur du marché des services de télévision interactive numérique en ce que, d'une part, elle renforce le concurrent potentiel Kirch et, d'autre part, elle accentue la dépendance de la requérante vis-à-vis de la technologie de Kirch, nécessaire à l'entrée sur ce marché.

Participation de la requérante au projet FUN

- 89 Il est constant que l'offre de services de télévision numérique, qu'il s'agisse de télévision payante, de télévision gratuite ou de télévision interactive, nécessite une certaine technologie. En l'état actuel, la seule technologie utilisée en Allemagne pour la transmission par câble de signaux digitaux est la technologie développée par BetaResearch, une filiale de Kirch, et opérée par BetaDigital, une autre filiale de Kirch, et Deutsche Telekom, qui est licenciée de BetaResearch pour l'exploitation de la technologie de Kirch. Or, la requérante est le seul opérateur de télévision à participer à l'association FUN, constituée d'entreprises qui contribuent toutes, de manière différente (notamment en apportant une technologie de brouillage, un décodeur, un guide de programme électronique, etc.), à l'élaboration d'une deuxième plate-forme numérique en Allemagne. Cette association s'est donnée comme objectif de réaliser une plate-forme alternative ouverte, c'est-à-dire ne fonctionnant pas avec un système de contrôle d'accès breveté, à la différence de celle de KirchPayTV. La position dominante de KirchPayTV sur le marché des services techniques pour la télévision numérique, résultant de celle détenue sur le marché des services liés à la télévision à péage, est de nature à rendre plus difficile le développement de la plate-forme FUN. À ce titre, la requérante est dès lors concernée de manière particulière par les répercussions de la concentration en cause.

Acquisition des droits de retransmission

- 90 Dans la mesure où la concentration renforce la puissance financière de Kirch et ses liens avec BSkyB, un autre acquéreur important de droits de retransmission, on ne peut exclure qu'elle affecte la requérante en tant qu'acquéreur de ces droits.
- 91 Selon les considérants 81 et 83 de la décision attaquée, Kirch et BSkyB dominent, respectivement, les marchés allemand et britannique de l'acquisition des droits de retransmission pour les films et les principaux événements sportifs, BSkyB disposant, en outre, de certains droits de retransmission en Allemagne.

- 92 Aux considérants 85 et suivants de la décision attaquée, la Commission a, certes, conclu que la concentration ne soulevait pas de doutes sérieux sur ce marché, relevant, notamment, qu'elle n'entraînait ni de renforcement significatif de la position dominante de Kirch ni de risque de collusion entre les sociétés mères de KirchPayTV.
- 93 Toutefois, d'une part, la requérante, lors de la procédure administrative, a formulé des craintes selon lesquelles la concentration pouvait aboutir à un regroupement de la demande concernant l'acquisition de droits des films et des événements sportifs sur le marché allemand, et les parties à la concentration ont déposé un engagement censé y remédier, et, d'autre part, la requérante conteste devant le Tribunal tant le caractère suffisant de cet engagement que le fait que la Commission se soit contentée, dans la décision attaquée, de prendre acte de cet engagement sans lui conférer la qualité de condition nécessaire à l'approbation de la concentration.
- 94 Dans ces conditions, la requérante, qui est concurrente des parties à la concentration sur le marché de l'acquisition des droits de retransmission pour le marché allemand, est également affectée par la décision attaquée.
- 95 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que, par sa participation qualifiée à la procédure administrative, au cours de laquelle la requérante a formulé des observations qui ont déterminé en partie le contenu de la décision attaquée ainsi que la nature des engagements, et l'affectation spécifique de sa position sur les marchés de la télévision numérique, des services de télévision interactive numérique, des services techniques pour la télévision numérique et de l'acquisition des droits de retransmission, la requérante est directement et individuellement concernée par la décision attaquée et que, partant, le recours est recevable.

2. Sur les conditions de l'article 44, paragraphe 1, du règlement de procédure

- 96 En premier lieu, la Commission fait valoir que la requête est irrecevable dans la mesure où elle fait référence, de manière indifférenciée, à l'argumentation de la procédure administrative ou n'expose pas suffisamment clairement les arguments juridiques.
- 97 Force est de constater que la référence à l'argumentation développée durant la procédure administrative ne saurait rendre le recours irrecevable. En revanche, dès lors que, ainsi que le Tribunal l'a déjà jugé, «il n'appartient pas au Tribunal de rechercher et d'identifier, dans les annexes, les moyens qu'il pourrait considérer comme constituant le fondement du recours, les annexes ayant une fonction purement probatoire et instrumentale» (arrêt du Tribunal du 7 novembre 1997, Cipeke/Commission, T-84/96, Rec. p. II-2081, point 34), il n'y a pas lieu de tenir compte des arguments développés par la requérante lors de la procédure administrative et non repris dans la requête.
- 98 En deuxième lieu, la Commission estime que la requête ne satisfait pas aux exigences de l'article 44, paragraphe 1, sous c) ou e), du règlement de procédure, dans la mesure où les moyens ne sont pas motivés ou dans la mesure où la requérante n'apporte pas le moindre élément prouvant ses affirmations. Ces griefs étant relatifs non pas à la recevabilité du recours lui-même mais à celle de différents moyens, ils seront traités dans le cadre de l'examen de ceux-ci.

Sur le fond

- 99 À l'appui de son recours, la requérante invoque cinq moyens tirés, premièrement, d'une erreur d'appréciation des faits au regard de l'article 2, paragraphes 3 et 4, du règlement n^o 4064/89, deuxièmement, de la violation de l'article 6,

paragraphe 2, du règlement n° 4064/89, troisièmement, de l'insuffisance des engagements, quatrièmement, d'un vice de procédure résultant du défaut d'engager la procédure au titre de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 4064/89 et, cinquièmement, d'une réduction inadmissible des droits de participation des tiers à la procédure.

1. Sur le premier moyen, tiré d'une erreur d'appréciation des faits au regard de l'article 2, paragraphes 3 et 4, du règlement n° 4064/89

Arguments des parties

- 100 La requérante relève que la Commission a conclu, en ce qui concerne l'effet de l'opération de concentration sur la concurrence existant sur le marché de la télévision payante en Allemagne, au considérant 54 de la décision attaquée, en se fondant sur des arguments exposés aux considérants 56 à 70 de celle-ci, que ni BSkyB ni aucune autre entreprise ne sont, à court et à moyen terme, un concurrent potentiel de KirchPayTV sur ce marché.
- 101 Elle observe que cette conclusion est en contradiction avec le constat auquel la Commission est parvenue au considérant 50 de la décision attaquée, dans lequel elle a exposé qu'elle avait de sérieux doutes quant à la capacité de KirchPayTV de maintenir sa position sur le marché de la télévision payante en Allemagne si l'opération de concentration ne devait pas se réaliser et que, si KirchPayTV ne devait pas maintenir sa position sur ce marché, les conditions d'accès à ce dernier pourraient s'améliorer de façon significative à moyen terme pour des tiers.
- 102 Elle reproche donc à la Commission d'avoir évalué l'effet de l'opération de concentration sur la concurrence potentielle sur ce marché en se référant

exclusivement au statu quo existant au moment de la décision, donc à l'existence d'une position dominante incontestée de KirchPayTV, au lieu de se référer à l'évolution que, selon son propre constat, cette position connaîtrait à moyen terme en l'absence de l'opération de concentration.

- 103 Elle critique cette façon d'évaluer la concurrence potentielle, qui se réfère, en ce qui concerne la détermination de la position sur le marché de l'entreprise objet de l'opération de concentration et, partant, de l'importance de l'obstacle à l'entrée sur le marché de concurrents potentiels que cette position constitue, au statu quo, et omet de tenir compte de l'évolution future probable de cette position.
- 104 Elle considère que cette façon d'évaluer la concurrence potentielle constitue une appréciation erronée des faits qui empêche une appréciation correcte de l'opération de concentration au regard de l'article 2, paragraphes 3 et 4, du règlement sur les concentrations.
- 105 La requérante précise qu'elle ne conteste aucun des éléments de fait invoqués par la Commission aux considérants 56 à 70 de la décision attaquée, à l'appui de sa thèse selon laquelle ni B SkyB ni aucune autre entreprise ne sauraient être considérées comme concurrentes potentielles de KirchPayTV.
- 106 En réponse à l'argument de KirchPayTV, tiré de ce que la Commission aurait, dans son analyse de l'effet de l'opération de concentration sur la concurrence potentielle entre KirchPayTV et B SkyB, ou d'autres entreprises, pris en considération un pronostic à moyen terme et ne se serait donc pas fondée sur le statu quo, la requérante concède que la Commission, en procédant à cette analyse, a effectivement pris en considération, en partie, une perspective à moyen terme. Dans le cadre de cette analyse, la Commission aurait toutefois omis de prendre en considération la circonstance, qu'elle a elle-même relevée au considérant 50 de la décision attaquée, que, en l'absence d'un important apport

de capital dans KirchPayTV, les conditions d'accès de tiers au marché allemand de la télévision payante pourraient s'améliorer de façon significative à moyen terme. Au lieu de prendre en considération cette diminution à moyen terme des obstacles à l'accès au marché, elle se serait, au contraire, fondée sur la position dominante actuelle de KirchPayTV dans les domaines technologiques et de contenu de programmes pour conclure à l'absence de concurrence potentielle. En ce sens, elle aurait évalué la concurrence potentielle sur la base du statu quo.

- 107 La requérante conteste le bien-fondé des arguments de BSkyB, tirés de ce que l'importance du marché de la télévision gratuite en Allemagne constituerait un obstacle important à l'accès de concurrents potentiels sur le marché de la télévision payante dans ce pays et de ce qu'un échec de KirchPayTV ne favoriserait pas l'accès de concurrents potentiels sur ce marché, mais constituerait, au contraire, un élément dissuadant ceux-ci et illustrant l'importance objective des obstacles d'accès à ce marché.
- 108 En effet, ces arguments seraient purement hypothétiques et, partant, manifestement non pertinents. Seules les considérations juridiques réellement exposées par la Commission dans la décision attaquée, et non celles qu'elle aurait pu exposer, seraient pertinentes en vue d'apprécier si celle-ci a violé l'article 2, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations.
- 109 De plus, l'importance du marché allemand de la télévision gratuite ne serait qu'un argument parmi les quatre exposés par la Commission en vue de contester l'existence d'une concurrence potentielle sur le marché allemand de la télévision payante. Il ne résulterait d'aucun passage de la décision attaquée que la Commission aurait considéré que le marché allemand de la télévision gratuite avait, à cet égard, une importance spécifique particulière. De même, la Commission n'aurait pas exposé qu'un échec de KirchPayTV aurait un effet dissuasif sur des concurrents potentiels.
- 110 La Commission soutient, à titre principal, que le moyen est irrecevable.

111 D'une part, le moyen serait irrecevable dans la mesure où il fait, de manière indifférenciée, référence à l'argumentation présentée par la requérante au cours de la procédure administrative. La Commission se réfère à cet égard notamment au passage suivant, contenu à la page 6 de la requête:

«Pour le recours, la requérante reprend également son argumentation face à la Commission concernant l'appréciation et le contrôle nécessaire de la concurrence contre les effets de concentration litigieuse.»

112 D'autre part, la requête n'exposerait pas de façon suffisamment claire les arguments juridiques. La requérante se bornerait à émettre plusieurs observations, à savoir que la Commission aurait modifié sa pratique décisionnelle, aidé KirchPayTV à consolider durablement sa position dominante et exclu à tort BSkyB comme concurrente potentielle. Cependant, elle n'expliquerait pas ce en quoi l'appréciation de la Commission serait entachée d'erreur dans la décision attaquée.

113 À titre subsidiaire, la Commission, soutenue par KirchPayTV et par BSkyB, estime que le moyen n'est pas fondé.

Appréciation du Tribunal

114 S'agissant de l'argument de la Commission selon lequel le moyen serait irrecevable, il y a lieu de constater que, bien que la requête ne soit pas très explicite, il en ressort néanmoins que la requérante soulève le moyen tiré d'une erreur d'appréciation des faits au regard de l'article 2, paragraphes 3 et 4, du règlement n° 4064/89, en ce que la Commission n'a pas considéré BSkyB comme

étant un concurrent potentiel. Par ailleurs, la circonstance que la requérante n'ait pas étayé son affirmation selon laquelle BSkyB devrait être considérée comme une concurrente potentielle de KirchPayTV relève de l'examen au fond. Il s'ensuit que le moyen est recevable.

- 115 La requérante soutient, en substance, que la Commission a effectué une appréciation erronée des faits sous l'angle de l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 4064/89, en retenant, au considérant 54 de la décision attaquée, que ni BSkyB ni aucune autre entreprise n'était susceptible d'entrer sur le marché allemand de la télévision à péage, alors qu'elle avait reconnu, au considérant 50 de la décision attaquée, que, en l'absence des injections financières résultant de la concentration, KirchPayTV ne serait pas en mesure de réaliser les investissements nécessaires pour conserver sa position dominante actuelle sur ce marché. La requérante fait grief à la Commission de n'avoir pas tenu compte de la faiblesse financière de KirchPayTV et d'avoir commis une erreur en ne considérant pas BSkyB comme un concurrent potentiel.
- 116 Force est de constater, en premier lieu, que, contrairement à ce que soutient la requérante, les évaluations posées aux considérants 50 et 54 ne sont pas contradictoires.
- 117 D'une part, les évaluations effectuées dans ces deux points ne se rapportent pas à la même période. En effet, tandis que l'amélioration des conditions d'entrée sur le marché pour les tiers n'est envisagée, au considérant 50, que pour le moyen terme, la constatation, effectuée au considérant 54, selon laquelle ni BSkyB ni aucune autre entreprise ne sont des concurrents potentiels, se réfère uniquement à une période allant du court au moyen terme, donc une période plus courte que celle envisagée au considérant 50.
- 118 D'autre part, le considérant 50 de la décision attaquée est formulé de manière hypothétique, la Commission se bornant à indiquer que «l'absence de moder-

nisation [par KirchPayTV] de ses services de télévision à péage pour répondre aux attentes du marché ou [son] impossibilité de maintenir le contrôle sur le contenu nécessaire pour la télévision à péage pourrait sensiblement améliorer les conditions d'accès au marché».

- 119 Par ailleurs, il ressort également des termes mêmes du considérant 54 de la décision attaquée que, contrairement à l'allégation de la requérante, la Commission ne s'est pas fondée, dans son analyse de l'effet de l'opération de concentration sur la concurrence, sur le statu quo, mais a exprimé un pronostic à court ou à moyen terme.
- 120 En deuxième lieu, il convient de rappeler que la constatation effectuée au considérant 54 de la décision attaquée, selon laquelle ni BSKyB ni une autre entreprise ne sont à court ou à moyen terme un concurrent potentiel de KirchPayTV sur le marché de la télévision payante en Allemagne, est fondée, ainsi qu'il est indiqué au considérant 55 de la décision attaquée, sur quatre motifs principaux développés aux considérants 56 à 70 de la décision attaquée, à savoir l'importance de la télévision gratuite en Allemagne (considérants 56 et 57 de la décision attaquée), le contrôle par le groupe Kirch de la structure de décodage et de la technologie de décryptage utilisées en Allemagne (considérants 58 à 64 de la décision attaquée), le contrôle par le groupe Kirch d'importants droits de retransmission de films et d'événements sportifs, rendant difficile l'accès par un concurrent potentiel aux contenus en question (considérants 65 à 67 de la décision attaquée), et le caractère peu probable d'une entrée à court ou à moyen terme de BSKyB sur le marché en cause en raison de l'importance considérable des investissements requis (considérants 68 à 70 de la décision attaquée).
- 121 Or, la requérante, ainsi qu'elle l'a expressément admis dans sa réplique, ne conteste aucun de ces quatre éléments.
- 122 La requérante soutient cependant que, du fait de la faiblesse financière de Kirch entraînant l'impossibilité pour cette dernière de réaliser les investissements

suffisants dans les programmes ainsi que dans l'infrastructure technique, les barrières à l'entrée sur le marché auraient diminué dans une mesure telle que BSkyB doit être considérée comme un concurrent potentiel.

- 123 Ce grief doit être rejeté dès lors que la requérante ne démontre pas en quoi la circonstance de la faiblesse financière du groupe Kirch permettrait, à elle seule, et nonobstant les arguments présentés par la Commission, de conclure à l'existence d'une concurrence potentielle sur le marché en cause à court ou à moyen terme.
- 124 Il convient de relever à cet égard que la faiblesse financière de KirchPayTV ne pourrait, tout au plus, avoir d'incidence que sur deux des quatre motifs retenus par la Commission pour asseoir la constatation de l'absence de concurrence potentielle, à savoir le contrôle que Kirch exerce en Allemagne sur l'infrastructure de décodage et la technique de cryptage ainsi que l'accès au contenu des programmes. Loin de porter atteinte aux deux autres motifs tirés de l'importance du marché de la télévision gratuite en Allemagne et du besoin de moyens financiers considérables, les difficultés financières rencontrées par Kirch ne font, au contraire, qu'en démontrer le bien-fondé. Un tel échec risquerait en effet plutôt de dissuader d'autres entreprises de pénétrer sur ce marché et confirmerait l'existence et l'importance d'obstacles à cet accès qui sont indépendants de la position de KirchPayTV.
- 125 Ainsi, la circonstance que, vu la force de la télévision gratuite en Allemagne, KirchPayTV ne parvient pas à atteindre le seuil de rentabilité, en dépit de ce qu'il détient une position dominante sur l'infrastructure et sur les contenus des programmes et de ce qu'il est le seul opérateur sur le marché de la télévision à péage, est de nature à décourager toute entrée sur le marché d'un autre opérateur.
- 126 De même, l'échec financier de KirchPayTV ne ferait que renforcer le bien-fondé de l'argument tiré de la nécessité de disposer de moyens considérables pour entrer sur le marché. Or, la requérante n'a pas contesté l'affirmation, contenue aux considérants 68 et 69 de la décision attaquée, selon laquelle BSkyB étant tenue

d'investir des sommes considérables pour s'établir en tant qu'opérateur de services de télévision digitale au Royaume-Uni et construire une plate-forme par satellite en s'imposant vis-à-vis de la concurrence, n'est pas susceptible de trouver les ressources nécessaires pour entrer sur un nouveau marché a priori déficitaire.

- 127 Il s'ensuit que l'argumentation de la requérante, tirée de ce qu'en l'absence de nouveaux moyens financiers mis à la disposition de KirchPayTV à la suite de l'opération de concentration des concurrents potentiels accéderaient au marché en question, repose sur la prémisse non établie que l'échec financier de KirchPayTV sur ce marché serait un élément favorisant l'accès au marché de concurrents potentiels.
- 128 Il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de ce que la Commission a commis une erreur d'appréciation, en considérant que B Sky B ne pouvait être considérée comme un concurrent potentiel à court ou à moyen terme, n'est pas fondé.
- 129 En tout état de cause, le moyen est dépourvu de pertinence dans la mesure où la Commission a conclu, aux considérants 51 et 92 de la décision attaquée, que l'opération de concentration soulevait des doutes sérieux en ce qu'elle renforçait la position dominante de KirchPayTV sur le marché de la télévision à péage en Allemagne en raison des ressources financières apportées par B Sky B. La constatation, effectuée au considérant 54 de la décision attaquée, selon laquelle il n'y a pas de concurrence potentielle à court ou à moyen terme, n'apparaît donc pas comme étant le support nécessaire de la décision attaquée et ne saurait, dès lors, entraîner son annulation.
- 130 Il convient de rappeler, à cet égard, que, aux termes de l'article 2, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89, les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées compatibles avec le marché commun. Il s'ensuit que, lorsqu'une concentration crée ou

renforce une position dominante, la Commission doit néanmoins autoriser l'opération si celle-ci n'a pas pour conséquence d'entraver une concurrence effective de manière significative (voir, en ce sens, arrêt Air France I, précité, points 78 et 79; arrêts du Tribunal du 25 mars 1999, Gencor/Commission, T-102/96, Rec. p. II-753, points 170, 180 et 193, et du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, Rec. p. II-2585, point 58).

- 131 La Commission ayant constaté que l'opération soulevait des doutes sérieux, elle a nécessairement dû estimer qu'elle avait pour effet d'entraver la concurrence de manière significative et, dès lors qu'il est constant que KirchPayTV est en position de monopole sur le marché de la télévision à péage en Allemagne, cette restriction de concurrence ne peut concerner que la concurrence potentielle. Il s'ensuit que, en dépit de la constatation de l'absence de toute concurrence potentielle énoncée au considérant 54 de la décision attaquée, dès lors que la Commission a soulevé des doutes sérieux et imposé des engagements, il convient de constater que la décision repose néanmoins sur la prémisse qu'il existait une concurrence potentielle, fût-elle uniquement à long terme, et que la concentration a eu pour effet de l'entraver.
- 132 Il résulte de ce qui précède que le premier moyen, tiré d'une erreur d'appréciation erronée des faits en ce que BSkyB devait être considérée comme un concurrent potentiel, doit être rejeté.

2. Sur le deuxième moyen, tiré de la violation de l'article 6, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89

Arguments des parties

- 133 La requérante rappelle que, en l'espèce, l'opération de concentration a été déclarée compatible avec le marché commun en application de l'article 6,

paragraphe 1, sous b), du règlement sur les concentrations, au cours de la première phase du contrôle des concentrations, après présentation d'engagements par les entreprises concernées.

- 134 Elle relève que le fait de déclarer une opération de concentration compatible avec le marché commun sur la base d'engagements des entreprises concernées au cours de la première phase du contrôle des concentrations, qui constituait une pratique courante de la Commission vivement critiquée en doctrine, n'a trouvé que récemment une base légale formelle dans le nouvel article 6, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations, introduit par le règlement n° 1310/97.
- 135 Elle observe que le règlement n° 1310/97 a entouré le recours à cette faculté de conditions restrictives, ce dernier n'étant envisageable, ainsi qu'il résulte du considérant 8 des motifs du règlement en cause, que «[...] lorsque le problème de concurrence est aisément identifiable et qu'il peut être facilement résolu [...]».
- 136 Elle estime que cette restriction du recours à la faculté en question correspond à la systématique de l'article 6, paragraphe 1, du règlement sur les concentrations, qui dispose que, si la Commission constate que l'opération de concentration soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle décide d'engager la deuxième phase du contrôle des concentrations. Selon la requérante, c'est précisément pour les cas où les problèmes de concurrence soulevés par l'opération de concentration ne remplissent pas les critères définis par le considérant 8 du règlement n° 1310/97 que la Commission doit engager la deuxième phase du contrôle.
- 137 La requérante reconnaît que la Commission dispose, sur la question de savoir si un problème de concurrence est «aisément identifiable et peut être facilement résolu», d'un large pouvoir d'appréciation, soumis à un contrôle uniquement marginal du Tribunal (voir, en ce sens, arrêt de la Cour du 17 novembre 1987, BAT et Reynolds/Commission, 142/84 et 156/84, Rec. p. 4487, point 62).

- 138 Elle constate que le bien-fondé de cette interprétation n'a été mis en cause ni par la Commission ni par BskyB, mais uniquement par KirchPayTV, dont elle conteste toutefois les arguments.
- 139 À cet égard, en réponse à l'argument de KirchPayTV, tiré de ce que la thèse de la requérante ne tiendrait pas compte du principe de proportionnalité et du principe de célérité, celle-ci réplique, d'une part, que ces principes sont respectés par le nouvel article 6, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations. Or, le considérant 8 du règlement n° 1310/97 constituerait précisément une limite au principe de célérité. D'autre part, KirchPayTV commettrait une erreur en fondant son raisonnement sur la prémisse que chaque fois que les engagements proposés au cours de la première phase du contrôle sont suffisants, l'engagement de la seconde phase de ce contrôle serait disproportionné. En effet, selon la requérante, ce n'est que si le problème de concurrence soulevé peut être aisément identifié et facilement résolu que la Commission est en mesure d'apprécier, dès la première phase du contrôle, si les engagements sont de nature à dissiper ses doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération de concentration avec le marché commun. En revanche, si la Commission avait la possibilité de conclure, dès la fin de la première phase du contrôle, que ses doutes sont dissipés, même si les conditions précisées par le considérant 8 du règlement n° 1310/97 ne sont pas respectées, la Commission serait alors amenée à accepter de façon précipitée d'importants engagements qui sont censés résoudre des problèmes de concurrence très complexes, uniquement en vue d'éviter aux entreprises concernées l'engagement de la deuxième phase du contrôle.
- 140 En réponse à l'argument de KirchPayTV tiré de ce que le délai imparti à la Commission en vue d'examiner les engagements proposés est presque aussi réduit au cours de la seconde phase du contrôle, soit quatre semaines, qu'au cours de la première phase de ce contrôle, soit trois semaines, la requérante critique, d'une part, que cette argumentation ne précise pas quelle portée juridique doit être réservée au considérant 8 du règlement n° 1310/97, ni pour quelle raison ce considérant serait dépourvu de portée juridique. D'autre part, KirchPayTV ne tiendrait pas compte du fait que le délai d'examen de quatre semaines de la deuxième phase du contrôle est précédé d'un délai de trois mois courant à partir de l'engagement de la deuxième phase du contrôle, lui-même précédé par le délai

de la première phase du contrôle. Or, au cours des trois premiers mois de la seconde phase du contrôle, la Commission aurait la possibilité d'analyser, d'une façon approfondie, les problèmes de concurrence soulevés. En revanche, si elle souhaitait déclarer l'opération de concentration compatible avec le marché commun sur la base d'engagements des entreprises concernées dès la fin de la première phase du contrôle, elle ne disposerait, en tout, que d'un délai de six semaines à partir de la notification de l'opération pour adopter une décision définitive.

- ¹⁴¹ En réponse à l'argument de KirchPayTV, tiré de ce qu'il résulte du livre vert de la Commission concernant la révision du règlement sur les concentrations [COM(96) 19 final du 31 janvier 1996], que la Commission a considéré que, pour le contrôle des engagements présentés au cours de la première phase du contrôle, un délai de deux semaines était suffisant, la requérante fait valoir que ce passage (point 126) doit être lu avec et à la lumière de l'affirmation faite par la Commission (point 123) que l'acceptation d'engagements au cours de la première phase du contrôle n'est concevable que «[...] pour les opérations où le problème de concurrence est bien défini et limité par rapport à l'ensemble du projet, où ce problème peut être réglé facilement et où le respect des engagements n'est pas difficile à contrôler».
- ¹⁴² La requérante considère que, en l'espèce, les exigences exprimées au considérant 8 du règlement n° 1310/97 n'étaient pas respectées. Elle estime que, en l'espèce, les problèmes de concurrence soulevés par l'opération de concentration n'étaient pas aisément identifiables et ne pouvaient pas être facilement résolus.
- ¹⁴³ En vue de justifier cette thèse, elle se réfère, en premier lieu, à la circonstance que, dans un passé récent, trois autres opérations de concentration concernant des entreprises du groupe Kirch et relatives aux marchés allemands de la télévision payante et des services techniques et administratifs qui y sont liés ont été déclarées incompatibles avec le marché commun: décision 94/922/CE de la Commission, du 9 novembre 1994 (affaire IV/M. 469 — MSG Media Service) (JO L 364, p. 1, ci-après la «décision MSG Media Service»); décision 1999/153/CE de la

Commission, du 27 mai 1998 (affaire IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere) (JO 1999, L 53, p. 1, ci-après la «décision Bertelsmann/Kirch/Premiere»), et décision 1999/154/CE de la Commission, du 27 mai 1998 (affaire IV/M.1027 — Deutsche Telekom/BetaResearch) (JO 1999, L 53, p. 31, ci-après la «décision Deutsche Telekom/BetaResearch»).

- 144 Elle considère que cette circonstance, à elle seule, prouve que les problèmes de concurrence qui ont surgi sur ces mêmes marchés, à l'occasion de la présente affaire et présentant, par ailleurs, selon elle, des similitudes avec les trois précédentes, ne sont ni limités ni faciles à résoudre.
- 145 Elle précise qu'elle ne soutient pas qu'il y ait une identité entre les faits qui étaient à la base des trois décisions d'interdiction précitées et ceux qui ont donné lieu à la décision d'autorisation attaquée en l'espèce. Selon elle, il y aurait toutefois une identité entre les effets sur la concurrence qui auraient été engendrés, en cas d'autorisation, par les opérations de concentration interdites par les trois décisions précitées et ceux causés par l'opération de concentration autorisée par la décision attaquée.
- 146 Elle note que les trois décisions précitées et la décision attaquée en l'espèce ont soulevé le problème identique du renforcement de la position dominante du groupe Kirch sur les marchés de la télévision payante et l'acquisition des droits de télévision, ainsi que sur celui, analysé pour la première fois dans la décision attaquée, des services de télévision interactive numérique.
- 147 Elle note que ce renforcement de la position dominante du groupe Kirch s'est même accentué après l'adoption des trois décisions précitées, par la reprise, par KirchPayTV, de la chaîne de télévision payante Premiere du groupe Bertelsmann et de Canal+ SA, et par le transfert des actifs de la chaîne de télévision numérique payante DF1 à Premiere.

- 148 La difficulté commune dans les quatre affaires aurait été d'apprécier correctement la portée des services techniques et administratifs en faveur de la télévision numérique et, dans ce contexte, le contrôle exercé par le groupe Kirch sur la technique de décodage par le biais du décodeur d-box.
- 149 La requérante observe, à cet égard, que, dans les décisions Bertelsmann/Kirch/Premiere (considérant 139) et Deutsche Telekom/BetaResearch (considé-rants 64 et 78), les opérations de concentration ont notamment été déclarées incompatibles avec le marché commun parce que les engagements proposés par les entreprises concernées n'ont pas permis de mettre en échec le contrôle, par le groupe Kirch, de la technique de décodage. En revanche, dans la décision attaquée en l'espèce, la Commission aurait adopté une position radicalement différente en acceptant des engagements qui, pourtant, ne permettraient pas de mettre en échec ce contrôle.
- 150 La requérante estime que ce changement radical de position oblige de retenir l'une des deux conclusions suivantes, soit la Commission avait, en l'espèce, des difficultés pour apprécier correctement les problèmes de concurrence soulevés par l'opération de concentration, ce qui signifierait que ceux-ci ne sont pas aisément identifiables, soit elle a correctement identifié les problèmes de concurrence soulevés. Dans ce second cas de figure, la circonstance que les engagements proposés dans les affaires ayant donné lieu aux décisions Bertelsmann/Kirch/Premiere et Deutsche Telekom/BetaResearch ont été refusés, alors que ceux, pourtant similaires, proposés dans la présente affaire, ont été acceptés, obligerait de conclure que, si les problèmes de concurrence soulevés par ces affaires sont identifiables, ils ne pouvaient pas être facilement résolus.
- 151 Dans les deux hypothèses, les conditions autorisant la Commission à accepter des engagements au cours de la première phase du contrôle des concentrations ne seraient pas respectées.

- 152 La requérante conteste l'argument présenté à la fois par KirchPayTV et par BskyB, tiré de ce que les trois décisions ayant précédé celle de l'espèce attesteraient de l'expérience acquise par la Commission dans l'analyse et la résolution des problèmes de concurrence susceptibles d'être soulevés par des opérations de concentration sur les marchés en cause et seraient, partant, contrairement à l'argumentation de la requérante, un indice de ce que les problèmes de concurrence pouvaient, en l'espèce, être facilement identifiés et résolus. À cet égard, la requérante se demande comment les parties intervenantes peuvent expliquer le fait que la Commission ait considéré, en 1998, que le problème du renforcement de la position dominante du groupe Kirch sur le marché de la télévision payante en Allemagne ne pouvait être résolu que par le biais de la renonciation par ce groupe au contrôle exercé sur le système de décodage d-box, alors que, moins de deux ans plus tard, et en présence de conditions de marché identiques, elle estime, sans autre motivation, que ce problème peut aussi être résolu en l'absence de tels engagements.
- 153 La requérante se réfère, en deuxième lieu, au fait que la Commission était appelée, en l'espèce, à résoudre la question de savoir si et, le cas échéant, comment, eu égard à l'existence d'une situation monopolistique présente et à la menace d'une situation monopolistique future, il serait possible de maintenir l'ouverture des marchés pour de potentiels concurrents futurs et d'éviter que d'autres opérateurs sur ces marchés, obligés de recourir aux services monopolisés pour le développement de leurs propres activités, ne soient liés par le comportement des détenteurs du monopole. Elle conclut que les problèmes de concurrence soulevés par l'opération de concentration étaient extrêmement complexes et donc non susceptibles d'être aisément identifiables et facilement résolus.
- 154 La requérante fait valoir, en troisième lieu, que la complexité des problèmes de concurrence soulevés résulte des conclusions de la décision attaquée elle-même. Elle note, à cet égard, que la Commission y exprime, à deux reprises, aux considérants 51 et 80, que l'opération de concentration soulève de sérieux doutes quant à sa compatibilité avec le marché commun, celle-ci risquant, d'une part, de renforcer la position dominante du groupe Kirch sur le marché de la télévision payante en Allemagne (considérant 51) et, d'autre part, de créer une position dominante, voire un monopole, sur le futur marché des services de télévision interactive numérique (considérant 80).

- 155 La requérante se réfère, en quatrième lieu, au nombre, à la complexité et au caractère très controversé des engagements proposés par les entreprises concernées, ainsi qu'aux modifications dont ils ont successivement fait l'objet au cours de la procédure.
- 156 Rejetant, à cet égard, l'argument de BSKyB selon lequel plus le nombre d'engagements des entreprises concernées est important, plus la résolution des problèmes de concurrence est facile, elle considère, au contraire, que plus les entreprises concernées doivent proposer d'engagements en vue de résoudre les problèmes de concurrence, plus la résolution de ceux-ci est difficile et complexe.
- 157 La requérante réfute enfin l'argument de BSKyB selon lequel la circonstance qu'elle ait, dans ses observations au cours de la procédure, suggéré des engagements qui seraient de nature à dissiper les doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération de concentration avec le marché commun serait un indice que les problèmes de concurrence soulevés pouvaient être facilement résolus. En effet, d'une part, elle n'aurait fait ses propositions qu'à titre subsidiaire et parce qu'elle y a été expressément invitée par la Commission, alors que, au contraire, dans ses observations, elle aurait surtout exposé d'une façon très détaillée pour quelles raisons elle estimait que l'opération de concentration devait nécessairement être déclarée incompatible avec le marché commun. D'autre part, l'argument de BSKyB reposerait sur la prémisse que toute opération de concentration dont les problèmes de concurrence peuvent être résolus par des engagements impliquerait nécessairement que ces problèmes sont facilement résolubles. Cette prémisse serait manifestement erronée. En effet, si elle était justifiée, des engagements présentés au cours de la première phase du contrôle, s'ils étaient acceptés, devraient nécessairement l'être au cours de cette même phase, le respect du principe de proportionnalité s'opposant alors à l'engagement d'une deuxième phase de contrôle.
- 158 La Commission estime que le moyen est irrecevable dans la mesure où la requérante n'expose pas de façon suffisamment claire les arguments juridiques. Le moyen ne serait absolument pas motivé, mais reposerait sur une vague référence à la pratique relative au contrôle des opérations de concentration.

- 159 La Commission et les intervenantes soutiennent que le moyen est irrecevable et, en tout état de cause, non fondé.

Appréciation du Tribunal

- 160 S'agissant de l'argument de la Commission selon lequel le moyen serait irrecevable en ce que la requérante n'expose pas de manière suffisamment claire son argumentation, eu égard au fait qu'elle se borne à faire vaguement référence à la pratique relative au contrôle des opérations de concentration, sans aucune motivation, il y a lieu de constater que, même s'il est vrai que la requête n'est pas très explicite, elle permet néanmoins de vérifier que la requérante soulève le moyen relatif à la violation de l'article 6, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89. Par ailleurs, la circonstance que la requérante n'aurait pas suffisamment étayé son argumentation relève du fond et non de la recevabilité.
- 161 La requérante soutient, en substance, que la Commission ne pouvait pas approuver la concentration dans le cadre de la première phase de la procédure d'examen, en tenant compte des engagements dans la mesure où les problèmes de concurrence n'étaient pas aisément identifiables et ne pouvaient être facilement résolus.
- 162 À cet égard, il convient de rappeler à titre liminaire que, dans la version initiale, le règlement n° 4064/89 ne contenait pas de disposition expresse relative à l'acceptation par la Commission d'engagements en première phase, l'article 8, paragraphe 2, ne prévoyant la possibilité pour la Commission de déclarer une concentration compatible lorsque les engagements offerts par les parties permettaient d'écartier les doutes sérieux que dans le cadre de la deuxième phase. L'article 6, paragraphe 2, relatif aux décisions de première phase, ne contenait pas de disposition équivalente, ce qui semblait impliquer que, lorsque la Commission estimait qu'une concentration soulevait des doutes sérieux, elle n'avait d'autre choix que d'ouvrir la deuxième phase. Néanmoins, au vu

notamment des principes de proportionnalité et de célérité caractérisant la procédure de contrôle des concentrations, la Commission, dans la pratique, a approuvé plusieurs opérations de concentration en première phase, lorsque les engagements offerts par les parties permettaient de résoudre les problèmes de concurrence.

- 163 Le règlement n° 1310/97 a modifié le règlement sur les concentrations, en vue, notamment, d'introduire une disposition prévoyant expressément la possibilité pour la Commission d'approuver une concentration en première phase au vu des engagements offerts par les parties. Le considérant 8 du règlement n° 1310/97 est rédigé comme suit: «considérant que la Commission peut déclarer une concentration compatible avec le marché commun dans la seconde phase de la procédure, à la suite d'engagements pris par les parties qui sont proportionnels au problème de concurrence et qui le résolvent entièrement; qu'il y a lieu également d'accepter des engagements dans la première phase de la procédure lorsque le problème de concurrence est aisément identifiable et qu'il peut être facilement résolu». Aux termes de l'article 6, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations, tel que modifié par le règlement n° 1310/97, relatif à l'examen conduit par la Commission en première phase, «si la Commission constate que, après modifications apportées par les entreprises concernées, une opération de concentration notifiée ne soulève plus de doutes sérieux au sens du paragraphe 1, point c), elle peut décider de déclarer ladite opération compatible avec le marché commun, conformément au paragraphe 1 point b)».
- 164 Il s'ensuit que le présent moyen soulève deux questions. La première question est celle de savoir si l'article 6, paragraphe 2, ne permet, comme le soutient la requérante, d'accepter des engagements dans la première phase que lorsque le problème de concurrence est aisément identifiable et qu'il peut être facilement résolu, conformément au considérant 8 du règlement n° 1310/97, ou, comme le soutient la Commission, si des engagements peuvent être acceptés dès la première phase, même si le problème n'est pas aisément identifiable ou ne peut être facilement résolu, dès lors qu'ils permettent de conclure que la concentration ne soulève plus de doutes sérieux, de la même manière que dans le cadre de la deuxième phase. La seconde question, qui relève en revanche de la qualification juridique des faits, est de savoir si le problème de concurrence posé par le projet de concentration en cause peut être considéré comme étant aisément identifiable et pouvant être facilement résolu.

- 165 Le Tribunal estime qu'il convient de commencer par l'examen de la seconde question.
- 166 Au stade de la requête, la requérante se borne à faire valoir, au soutien de ce moyen, que la Commission a soulevé des doutes sérieux et qu'elle a, dans le passé, interdit trois opérations de concentration sur les marchés en cause.
- 167 Cet argument tiré de ce que la Commission a constaté que la concentration soulevait de sérieux doutes quant à sa compatibilité avec le marché commun est manifestement dépourvu de tout fondement. Ce n'est, en effet, que lorsque la Commission estime que la concentration qu'elle examine soulève des doutes sérieux que les parties sont invitées à proposer des engagements pour écarter lesdits doutes. Par hypothèse, les engagements ont toujours pour objet d'écarter les doutes sérieux et rendre le projet de concentration compatible avec le marché commun. Il s'ensuit que le fait que la Commission a soulevé des doutes sérieux ne saurait en rien démontrer que les problèmes de concurrence posés en l'espèce n'étaient pas aisément identifiables ou qu'ils ne pouvaient être facilement résolus.
- 168 S'agissant de l'allégation de la requérante, selon laquelle les problèmes de concurrence posés par le projet de concentration en cause n'étaient pas aisément identifiables, il convient d'observer que, en réponse à la demande d'informations de la Commission du 11 janvier 2000, la requérante a exprimé son point de vue selon lequel, notamment, la concentration aboutirait à un renforcement de la position dominante de KirchPayTV sur les marchés de la télévision à péage, de l'acquisition de droits sur les programmes et de la prestation de services techniques liés à la télévision à péage et, vu les recoupements très importants entre les services techniques liés à la prestation de services de télévision à péage et ceux liés à la prestation de services de télévision interactive numérique (boîtier set-top, revue de programmes de télévision électronique, service d'accès conditionnel), la position dominante du groupe Kirch en Allemagne constituait un obstacle important à l'accès au marché pour tous les concurrents potentiels sur le marché des services de télévision interactive numérique. Il apparaît ainsi que, dans un délai de seulement trois jours, la requérante a été en mesure d'identifier

les principaux problèmes de concurrence potentiels que la Commission a précisément également retenus dans la décision attaquée. Dans ces conditions, la requérante ne saurait prétendre que le projet de concentration posait des problèmes de concurrence qui n'étaient pas aisément identifiables.

- 169 S'agissant de la circonstance que la Commission a déjà adopté par le passé trois décisions d'interdiction d'opérations de concentration sur les marchés en cause, il convient, tout d'abord, de souligner que toute opération de concentration doit être examinée en fonction de son impact propre sur le marché. Ainsi, la même opération de concentration, notifiée à nouveau après une interdiction, pourrait, le cas échéant, être autorisée si les conditions du marché avaient évolué de manière telle qu'elle n'apparaîtrait plus incompatible avec le marché commun. Dès lors, une comparaison entre différents cas de concentration ne pourrait, éventuellement, être pertinente que dans l'hypothèse où il est établi qu'elle pose les mêmes problèmes de concurrence et concerne des marchés où les conditions n'ont pas évolué et présentent les mêmes caractéristiques.
- 170 Il s'ensuit que la simple allégation non autrement précisée que la Commission a déjà interdit d'autres concentrations sur des marchés de la télévision en Allemagne ne saurait être de nature à établir que la Commission ne pouvait accepter des engagements en première phase dans le cadre de la concentration en cause. Pour cette seule raison, le grief de la requérante doit déjà être rejeté.
- 171 Il convient, en outre, de relever que les décisions invoquées par la requérante ne sont pas pertinentes dans la mesure où elles concernent des parties différentes et où les marchés concernés et les problèmes de concurrence posés ne sont pas comparables.
- 172 La décision Bertelsmann/Kirch/Premiere concernait, certes, comme en l'espèce, le marché de la télévision à péage en Allemagne, mais visait une concentration entre les deux seules entreprises opérant sur le marché allemand, Bertelsmann et Kirch,

tandis que la présente décision concerne la prise de participation de l'entreprise active sur le marché britannique de la télévision à péage, BSkyB, dans une entreprise opérant sur le marché allemand. Dès lors qu'il est constant que les marchés de la télévision à péage doivent être délimités d'un point de vue national, ou à tout le moins linguistique, la concentration en cause n'implique aucun chevauchement de parts de marché, mais uniquement le renforcement de la position dominante de KirchPayTV à la suite de l'injection de moyens financiers de BSkyB. Il s'ensuit que les problèmes de concurrence posés dans ces deux affaires ne sauraient être comparés.

- 173 La décision Deutsche Telekom/BetaResearch ne concernait pas les mêmes marchés que ceux examinés en l'espèce. L'opération, qui était concomitante à celle visée dans la décision Kirch/Bertelsmann/Premiere, donnait à Deutsche Telekom l'accès à la technologie de décodeur de Kirch pour alimenter ses réseaux câblés, faisant de celle-ci la seule disponible sur le marché allemand, pour le satellite comme pour le câble, de sorte que Deutsche Telekom, opérateur dominant du câble, aurait été en mesure de bloquer l'émergence sur le câble de tout concurrent au bouquet numérique diffusé par satellite par Premiere.
- 174 La décision MSG Media Service concernait la création d'une position dominante sur le marché des services techniques pour la télévision payante en Allemagne, qui aurait également entraîné l'émergence d'une position dominante sur le marché de la télévision payante. Elle n'est donc pas non plus comparable à la décision attaquée en l'espèce, relative à un accès amélioré aux ressources financières.
- 175 L'allégation de la requérante, au stade de la réplique, selon laquelle les faits dans ces trois affaires étaient certes différents de ceux en l'espèce, mais les effets de ces concentrations sur la concurrence auraient été identiques à ceux en cause si elles avaient été autorisées, ne fait que confirmer que les problèmes posés dans les affaires en question ne sont pas comparables. Ainsi, les concentrations dans ces trois affaires avaient pour effet de créer des monopoles en mettant en commun les différentes activités concurrentielles ou complémentaires des parties, tandis que, en l'espèce, le problème résulte du renforcement de la position de KirchPayTV à la suite des injections financières de BSkyB.

- 176 En tout état de cause, il n'apparaît pas, et la requérante ne le soutient d'ailleurs pas, que la Commission ait adopté ces trois décisions d'interdiction au motif que les problèmes de concurrence n'étaient pas aisément identifiables ou ne pouvaient être facilement résolus par des engagements en première phase. Ces décisions ont en effet été adoptées à l'issue de la deuxième phase, non pas parce que les problèmes n'étaient pas aisément identifiables ou ne pouvaient être résolus facilement mais parce que les engagements proposés par les parties n'étaient pas suffisants pour dissiper les doutes sérieux et rendre la concentration compatible avec le marché commun. Or, ainsi que la requérante l'a elle-même souligné, le présent moyen ne doit pas être confondu avec la question, débattue dans le cadre du troisième moyen, de savoir si les engagements proposés et retenus dans la décision attaquée sont suffisants.
- 177 Loin d'établir que les problèmes de concurrence posés en l'espèce n'étaient pas aisément identifiables et ne pouvaient être facilement résolus, les trois décisions invoquées par la requérante témoignent, au contraire, de ce que la Commission avait une connaissance approfondie du secteur. Certes, ainsi qu'il vient d'être rappelé, les répercussions de ces trois projets de concentration sur les conditions de concurrence étaient différentes de celles posées en l'espèce, mais ces trois décisions antérieures ont déjà fourni à la Commission l'occasion d'examiner les problèmes de concurrence sur les marchés allemands de la télévision à péage, des services techniques et des droits de retransmission des films et des événements sportifs.
- 178 Au vu de la riche expérience retirée par la Commission de ces affaires précédentes, ainsi que d'une série d'autres décisions de la Commission, non citées par la requérante, dont, en particulier, l'affaire *British Interactive Broadcasting/Open* (affaire IV/36.539), concernant la création d'une entreprise conjointe fournissant au Royaume-Uni des services de télévision interactive avec la participation à la fois de l'opérateur de télévision à péage BSkyB avec sa maîtrise des droits de diffusion et des services techniques liés au décodeur et de l'opérateur dominant dans le secteur des télécommunications, British Telecom, l'argument tiré de la technicité de la matière n'est pas fondé. Il convient, de plus, d'observer que la haute technicité du sujet et le fait que les engagements soient volumineux et complexes n'excluent pas, en soi, que les doutes sérieux nourris par la Commission sur la compatibilité de l'opération de concentration avec le marché commun puissent être dissipés aisément. En outre, si un domaine technique peut certes apparaître complexe à première vue pour un profane en la

matière, il n'en va pas nécessairement de même pour les professionnels du secteur, au premier rang desquels figurent évidemment les parties concernées et les tiers intéressés qui sont parfaitement à même, si besoin en était, d'informer la Commission. Le règlement n'établit d'ailleurs aucune distinction entre les opérations de concentration selon le domaine sur lequel elles portent.

- 179 De même, aucun argument ne saurait être tiré du nombre élevé d'engagements fournis par les parties, celui-ci pouvant tout aussi bien indiquer qu'ils ont permis de solutionner tous les aspects des problèmes de concurrence posés par le projet de concentration.
- 180 Enfin, l'argument de la requérante tiré de la position dominante détenue par KirchPayTV ou, plus généralement, par le groupe Kirch n'est pas étayé. En effet, le degré de domination ne constitue pas, à lui seul, la preuve de ce que le problème ne peut être facilement résolu.
- 181 Il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la question de savoir si les engagements ne peuvent être acceptés au cours de la première phase que si les problèmes de concurrence sont aisément identifiables et peuvent être facilement résolus ou s'il suffit qu'ils permettent de dissiper les doutes sérieux posés par la concentration, le deuxième moyen doit être rejeté dès lors qu'il n'est pas prouvé que la Commission a commis une erreur manifeste en considérant que le problème était aisément identifiable et facilement résoluble.

3. Sur le troisième moyen, tiré de l'insuffisance des engagements

- 182 La requérante soutient que les engagements acceptés par la Commission sont insuffisants pour lever les doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération

de concentration avec le marché commun. À l'appui de ce moyen, elle soulève des griefs communs à l'ensemble des engagements, des griefs spécifiques aux différents engagements et des griefs tirés de l'absence de certains engagements prétendument indispensables.

Observations communes à l'ensemble des engagements

Arguments des parties

- 183 La requérante expose, en premier lieu, que le contrôle des concentrations doit apporter une plus-value par rapport à la surveillance générale des abus de position dominante prévue par l'article 82 CE, à savoir non seulement éviter l'abus d'une position dominante, mais également empêcher l'émergence ou le renforcement de cette position dominante elle-même [voir, en ce sens, considérant 137 de la décision 2001/98/CE de la Commission, du 13 octobre 1999, déclarant une opération de concentration incompatible avec le marché commun et avec le fonctionnement de l'accord sur l'Espace économique européen (affaire IV/M.1439 — Telia/Telenor) (JO 2001, L 40, p. 1)].
- 184 Elle en conclut qu'un engagement qui n'a pour objet que de promettre de ne pas abuser d'une position dominante ne permet pas au contrôle des concentrations d'apporter une plus-value par rapport à la surveillance prévue par l'article 82 CE. En effet, un tel engagement n'a pour objet que d'éviter la mise en œuvre des comportements qui, de toute façon, sont interdits par l'article 82 CE, à savoir l'exploitation abusive d'une position dominante, mais n'est pas de nature à empêcher l'émergence ou le renforcement de cette position dominante, ce qui est pourtant le but du contrôle des concentrations.

- 185 Pour que ce but soit atteint, il faudrait que les engagements proposés par les parties soient le reflet exact des problèmes de concurrence soulevés par l'opération de concentration.
- 186 Elle estime que les engagements proposés ne constituent que des promesses de ne pas abuser des positions dominantes constatées par la Commission, mais ne sont pas de nature à empêcher l'émergence ou le renforcement de ces positions dominantes. Elle en déduit qu'ils n'étaient pas susceptibles d'écarter les doutes sérieux de la Commission quant à la compatibilité de l'opération de concentration avec le marché commun. La Commission n'aurait pas, partant, dû les accepter, mais plutôt engager la seconde phase du contrôle.
- 187 La requérante conteste l'argument de KirchPayTV tiré de ce que les engagements lient des entreprises du groupe Kirch, en l'occurrence BetaDigital, Gesellschaft für digitale Fernsehdienste GmbH (ci-après «BetaDigital») et BetaResearch, Gesellschaft für die Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen GmbH (ci-après «BetaResearch»), qui ne détiennent pas elles-mêmes une position dominante sur les marchés sur lesquels elles sont actives, de sorte que l'objet des engagements dépasse la promesse de ne pas abuser d'une position dominante.
- 188 À cet égard, la requérante reconnaît, en ce qui concerne BetaDigital, que la position de celle-ci, exploitant la plate-forme technique de diffusion par satellite du groupe Kirch, est amoindrie par l'importance, en Allemagne, de la diffusion par câble, comparée à celle par satellite. Elle estime toutefois qu'il y a lieu de tenir compte du fait que la plate-forme technique de diffusion par câble est exploitée certes par une entreprise qui ne relève pas du groupe Kirch, à savoir par MSG MediaServices GmbH, une filiale de Deutsche Telekom, mais qui utilise la technique de décodage de BetaResearch, relevant du groupe Kirch. Dans le souci d'une ouverture des marchés de la télévision payante en Allemagne et des services de télévision interactive numérique, donc de services dont la diffusion ne pourrait se faire raisonnablement que par le biais des deux modes de transmission, par câble et par satellite, à la fois, il aurait été indispensable de veiller à ce que cette technique de décodage ne soit pas utilisée d'une façon exclusive par MSG MediaServices GmbH.

- 189 En deuxième lieu, la requérante fait valoir que les engagements sont en contradiction avec la communication de la Commission concernant les mesures correctives. Dans celle-ci, la Commission, interprétant l'arrêt *Gencor/Commission*, précité, constate que tout engagement doit pouvoir être mis en œuvre de façon effective et dans des délais rapides et que les engagements ne devraient pas nécessiter de contrôle ultérieur une fois qu'ils ont été mis en œuvre (point 10). Or, en l'espèce, et contrairement à ce principe, les engagements nécessiteraient un contrôle à moyen et à long terme.
- 190 En troisième lieu, la requérante observe que les engagements ne lient que le groupe Kirch. Or, BSkyB aurait, moyennant le respect de certaines conditions, la faculté de prendre le contrôle unique de KirchPayTV, donc d'occuper une position dominante sans être liée en contrepartie par les engagements faisant l'objet de la décision attaquée.
- 191 La Commission et les intervenantes soutiennent que ces griefs ne sont pas fondés.

Appréciation du Tribunal

- 192 Il convient de rappeler, à titre liminaire, que, aux termes de l'article 6, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89, si la Commission constate que, après engagements proposés par les parties, une opération de concentration ne soulève plus de doutes sérieux, elle peut déclarer ladite opération compatible avec le marché commun conformément à l'article 6, paragraphe 1, sous b). Le règlement visant à empêcher la création ou le renforcement de structures de marché susceptibles d'entraver significativement la concurrence effective dans le marché commun, les engagements proposés doivent être de nature à dissiper les doutes sérieux que, selon la Commission, l'opération de concentration en cause pose à cet égard.

193 Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence, la Commission n'est habilitée à accepter que des engagements de nature à empêcher l'émergence ou le renforcement de la position dominante qu'elle a identifiée dans le cadre de son analyse de l'opération de concentration. En vue de vérifier si ce critère est respecté, il convient d'examiner les engagements cas par cas, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur le fait que l'engagement puisse être qualifié d'engagement comportemental ou d'engagement structurel. Si les engagements structurels sont en principe préférables aux engagements comportementaux, puisqu'ils empêchent définitivement ou à tout le moins durablement l'émergence ou le renforcement de la position dominante et ne nécessitent pas des mesures de surveillance à moyen ou à long terme, on ne saurait toutefois exclure a priori que des engagements à première vue de type comportemental, tels que l'accès à une infrastructure essentielle dans des conditions non discriminatoires, soient de nature eux aussi à empêcher l'émergence ou le renforcement d'une position dominante (arrêt Gencor/Commission, précité, point 319).

194 Par ailleurs, compte tenu des appréciations économiques complexes que la Commission est amenée à effectuer dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont elle jouit pour évaluer les engagements proposés par les parties à la concentration, il appartient au requérant, pour obtenir l'annulation d'une décision approuvant une concentration, au motif que les engagements sont insuffisants pour dissiper les doutes sérieux, de démontrer l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation commise par la Commission (arrêt du Tribunal du 3 avril 2003, Royal Philips Electronics/Commission, T-119/02, Rec. p. II-1433, point 78).

195 C'est à la lumière de ces principes qu'il convient d'examiner le moyen tiré de l'insuffisance des engagements.

196 En l'espèce, la constatation de la Commission selon laquelle l'opération de concentration en cause risque de renforcer la position dominante du groupe Kirch sur le marché allemand de la télévision payante et de créer une position dominante de ce groupe sur le futur marché des services de télévision interactive

numérique repose sur l'existence d'une entrave à l'accès des tiers audit marché. La requérante ne conteste pas les doutes sérieux décrits dans la décision attaquée et ne prétend pas que la concentration soulève d'autres doutes sérieux, mais soutient uniquement que les engagements étaient insuffisants pour éliminer lesdits doutes.

- 197 En vue de dissiper ces doutes sérieux, la Commission a exigé et accepté un important paquet d'engagements. Le but de ces engagements était de résoudre les problèmes de concurrence identifiés en diminuant les entraves à l'accès au marché en ce qui concerne l'offre des services de télévision sur abonnement et d'empêcher que KirchPayTV n'utilise à son avantage sa prétendue domination sur le marché des services de télévision sur abonnement dans le cadre des activités qu'elle exerce sur le marché des services de télévision interactive numérique. En substance, la première partie de ces engagements concerne le libre accès au marché pour les vendeurs de programmes (engagements n^{os} 1 à 5). La deuxième partie des engagements vise à abaisser les seuils d'accès au marché pour les opérateurs de plates-formes techniques et à procurer, de ce fait, des possibilités supplémentaires de diffusion de programmes par le biais de plates-formes concurrentes (engagements n^{os} 6 à 10). Il apparaît ainsi, à première vue, que le paquet d'engagements a pour effet d'entraîner un abaissement conséquent des seuils d'accès au marché et de dissiper ainsi les doutes sérieux posés par le renforcement de la position de KirchPayTV résultant de l'opération de concentration.
- 198 Dans le cadre de la première branche, la requérante avance trois griefs généraux relatifs à l'ensemble des engagements.
- 199 S'agissant, en premier lieu, du grief tiré de ce que les engagements ne seraient que de simples promesses de ne pas abuser des positions dominantes constatées par la Commission, il y a lieu d'observer, tout d'abord, que si les engagements présentent plutôt une nature comportementale, ils ont néanmoins un caractère structurel puisqu'ils visent à résoudre un problème structurel qui est celui de l'accès au marché par les tiers. Ainsi, la Commission pouvait raisonnablement conclure que la conclusion d'accords Simulcrypt, l'ouverture aux tiers de l'interface de programmation du décodeur d-box, la réalisation du standard

DVB-MHP et l'octroi de licences en ce qui concerne la technologie du décodeur d-box ainsi que sa fabrication permettent et renforcent la concurrence de manière conséquente, aux différents niveaux de l'infrastructure numérique. Il s'ensuit que les engagements ne sauraient être qualifiés comme de simples engagements de nature comportementale inaptes à résoudre les problèmes de concurrence identifiés par la Commission.

- 200 Dans la mesure où, ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, les engagements entraînent l'ouverture à la concurrence de la structure de diffusion numérique aux différents niveaux, ils ont une portée beaucoup plus étendue que la simple interdiction d'abuser d'une position dominante.
- 201 Il convient de préciser, ensuite, que la question n'est pas de déterminer si les obligations résultant des engagements découlent prétendument de l'article 82 CE, mais bien si lesdits engagements sont de nature à résoudre les problèmes engendrés par la concentration. Or, force est de constater que, dans sa requête, la requérante ne remet en question que de manière abstraite le caractère approprié des engagements et qu'elle n'examine pas leur proportionnalité par rapport aux problèmes de concurrence que la Commission a clairement identifiés.
- 202 Par ailleurs, la requérante ne démontre pas que les engagements n'apportent pas de plus-value par rapport à la surveillance générale des abus de position dominante au sens de l'article 82 CE. En effet, dans le cadre de la surveillance générale des abus de position dominante au titre de l'article 82 CE, la preuve d'une position dominante sur le marché en cause et d'un abus de celle-ci doit être rapportée par la Commission et par les tiers. En revanche, les engagements imposés en tant que condition d'une décision d'approbation d'une concentration ont pour effet de transférer la charge de la preuve de leur respect aux entreprises concernées par l'opération en cause. Dans cette mesure, les engagements s'inscrivent déjà au-delà de la surveillance générale prévue par l'article 82 CE.

- 203 À cet égard, il faut constater, au surplus, qu'en l'absence d'engagements, il serait nécessaire d'introduire une procédure nationale ou communautaire au titre de l'article 82 CE, dont le résultat serait incertain et, en tout état de cause, plus difficile à imposer. Les opérateurs juridiques seraient ainsi confrontés à une plus grande insécurité juridique. Les engagements imposent au contraire des obligations détaillées, à remplir dans de courts délais, dont le respect est assuré par une procédure d'arbitrage effective et contraignante qui renverse la charge de la preuve au détriment du groupe Kirch. Les engagements offrent ainsi une sécurité juridique beaucoup plus importante que l'article 82 CE.
- 204 Force est de constater également que la requérante n'a pas non plus établi que les conditions d'application de l'article 82 étaient réunies.
- 205 Ainsi, s'il ressort de la décision que KirchPayTV détient une position dominante sur le marché allemand de la télévision à péage, la requérante n'a pas démontré ni même allégué en quoi elle aurait abusé de cette position dominante. En revanche, le paquet d'engagements va permettre d'abaisser considérablement, dès maintenant, les barrières à l'entrée pour les tiers tant sur le marché de la télévision à péage que sur les marchés adjacents.
- 206 De même, ainsi que le souligne à juste titre KirchPayTV, les engagements lient un certain nombre d'entreprises du groupe Kirch qui exercent leurs activités sur d'autres marchés que ceux visés par la décision attaquée et dont il n'est pas établi qu'elles détiennent de position dominante ni sur les marchés en cause ni sur ceux sur lesquels elles sont actives.
- 207 Ainsi, les engagements n^{os} 1 à 3 s'adressent à BetaDigital qui exploite la plate-forme technique de diffusion par satellite du groupe Kirch par le biais de laquelle sont diffusés les programmes de KirchPayTV et ceux d'autres organismes de radiodiffusion. La diffusion par satellite étant beaucoup plus faible en Allemagne que celle par câble et la plate-forme technique de diffusion par câble étant exploitée par une entreprise étrangère au groupe Kirch, à savoir MSG

MediaServices GmbH, filiale de Deutsche Telekom, il n'apparaît pas à première vue que BetaDigital jouisse d'une position dominante sur le marché des services techniques.

- 208 La requérante n'a pas non plus établi que les caractéristiques du marché en cause et la position y détenue par les entreprises du groupe Kirch sont telles que les conditions restrictives requises pour l'application de la jurisprudence relative aux infrastructures essentielles sont réunies en l'espèce ni a fortiori qu'elles auraient permis de leur imposer à ce titre des obligations ou sanctions de nature à faciliter, dans la même mesure que les engagements, l'ouverture à la concurrence des marchés.
- 209 En outre, la sanction du non-respect d'obligations dans le cadre d'engagements est plus efficace que pour les obligations légales au titre de l'article 82 CE. Il ressort en effet de l'article 8, paragraphe 5, du règlement n° 4064/89 que la Commission peut révoquer la décision qu'elle a prise si les entreprises concernées contreviennent à la charge dont est assortie ladite décision. L'article 82 CE ne prévoit pas une telle sanction.
- 210 S'agissant, en deuxième lieu, de l'argument selon lequel les engagements ne seraient pas acceptables dans la mesure où ils imposent un contrôle à moyen terme, il convient de relever que la communication sur les mesures correctives n'a pas la signification et la portée que lui prête la requérante.
- 211 Au point 10 de la communication sur les mesures correctives, la Commission, relevant qu'une fois la concentration réalisée les conditions de concurrence qui doivent régner sur le marché ne pourront pas être réellement rétablies tant que les engagements n'auront pas été mis en œuvre, prévoit que les engagements doivent pouvoir être mis en œuvre de façon effective et dans des délais rapides et qu'ils ne devraient pas nécessiter de contrôle ultérieur une fois qu'ils ont été mis en œuvre. Cette précision n'a pas pour but d'interdire tout contrôle par la Commission de l'exécution des engagements mais d'assurer que les engagements sont aptes à

résoudre les problèmes de concurrence posés par l'opération de concentration de sorte que, après leur mise en œuvre, ils ne nécessitent pas, en outre, un contrôle permanent de la part de la Commission.

- 212 Or, en l'espèce, il convient de constater que les engagements prévoient une série de mesures précises visant à ouvrir l'accès aux différents marchés et une procédure d'arbitrage contraignante en cas de difficultés d'exécution.
- 213 S'agissant, en troisième lieu, de l'argument tiré de ce que l'accord notifié prévoirait également la prise de contrôle unique de KirchPayTV par BSkyB, il suffit de rappeler que la décision attaquée concerne exclusivement l'acquisition en contrôle commun de KirchPayTV par BSkyB et Kirch. La prise de contrôle de KirchPayTV par la seule BSkyB constituerait un nouveau projet de concentration qui devrait être notifié à la Commission et faire l'objet d'un nouvel examen.
- 214 Il résulte de ce qui précède que les griefs avancés dans le cadre de la première branche doivent être rejetés.

Observations spécifiques à certains engagements

Accès des tiers à la plate-forme Kirch (engagements n^{os} 1 à 3)

— Arguments des parties

- 215 La requérante considère que les engagements de permettre aux tiers intéressés d'accéder à la plate-forme technique du groupe Kirch, donc d'offrir des services

techniques à des conditions équitables, appropriées et non discriminatoires, ne constituent que la simple répétition de l'obligation légale à laquelle, conformément à la jurisprudence de la Cour, est soumise toute entreprise qui occupe une position dominante sur le marché et qui fournit des équipements dont d'autres ont besoin afin d'être en mesure d'exercer leur activité économique. Elle rappelle, à cet égard, que, lorsque le fournisseur d'une infrastructure indispensable à la prestation d'autres services sur des marchés subordonnés est en position dominante, et que cette infrastructure ne peut être reproduite par les autres opérateurs à un coût économiquement défendable, il a l'obligation d'accorder à ces derniers l'accès à l'infrastructure en cause (arrêts de la Cour du 6 avril 1995, RTE et ITP/Commission, C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. p. I-743, points 48 et suivants, et du 26 novembre 1998, Bronner, C-7/97, Rec. p. I-7791, points 23 et suivants).

- 216 Ces engagements auraient donc uniquement pour effet de rendre plus difficile l'abus, par KirchPayTV, de sa position dominante, sans toutefois remettre en cause le renforcement de cette position dominante provoquée par l'opération de concentration. Ils seraient, partant, insuffisants.
- 217 La requérante ajoute que les engagements impliquent, à moyen et à long terme, un contrôle ultérieur de la Commission, lequel serait contraire à l'arrêt Gencor/Commission, précité, et à la communication concernant les mesures correctives.
- 218 Elle conteste l'allégation de KirchPayTV tirée de ce que le marché des services techniques ne serait pas concerné par l'opération de concentration. En effet, cette allégation serait en contradiction avec le fait, reconnu par KirchPayTV, que les engagements, en permettant aux concurrents potentiels d'avoir accès aux services techniques offerts par le groupe Kirch, ont pour objet de résoudre les problèmes de concurrence soulevés par l'opération de concentration. Par ce biais, KirchPayTV reconnaîtrait implicitement que l'ouverture du marché des services techniques est d'une importance capitale pour assurer l'accès, par des concurrents potentiels, aux marchés de la télévision payante et des services de télévision interactive numérique.

219 La Commission et les intervenantes estiment que le grief n'est pas fondé.

— Appréciation du Tribunal

220 La requérante fait valoir, en substance, que les engagements visant à permettre aux tiers intéressés d'accéder à la plate-forme technique du groupe Kirch ne constituent que la mise en œuvre de l'obligation imposée, par l'article 82 CE, à toute entreprise en position dominante sur le marché, de mettre ses services techniques à la disposition des tiers, pour leur permettre d'entrer en concurrence avec elle. Elle conteste ainsi la suffisance des engagements.

221 Ces trois premiers engagements du groupe Kirch visent à donner à des fournisseurs de contenu un accès au marché de la télévision à péage et des services de télévision interactive numérique. Ils garantissent l'accès, à des conditions équitables, appropriées et non discriminatoires, à la plate-forme technique par satellite du groupe Kirch, afin que leurs services digitaux puissent être reçus par le d-box. À ce titre, les trois engagements ont donc un effet structurel. Ils ne se réduisent pas à une promesse de ne pas abuser d'une position dominante au sens de l'article 82 CE et n'apparaissent pas, en tant que tels, inappropriés pour résoudre les problèmes de concurrence posés en l'espèce par le projet de concentration.

222 Par ailleurs, il convient de constater que les différents services sont tous offerts de manière séparée, qu'il existe une obligation de tenir une comptabilité distincte pour chaque service et de donner aux tiers accès à la comptabilité dans un délai de deux semaines, que le groupe Kirch est tenu de révéler les prix et les conditions de vente et qu'il est soumis à une obligation de coopération ainsi qu'à une obligation d'égalité de traitement des tiers par rapport aux entreprises du groupe.

- 223 De même, les engagements lient un certain nombre d'entreprises du groupe Kirch qui exercent leurs activités sur d'autres marchés que ceux visés par la décision attaquée, et dont il n'est pas établi qu'elles détiennent une position dominante ni sur le marché considéré ni sur les marchés sur lesquels elles sont actives. Il n'apparaît donc pas que ces entreprises tombent dans le champ d'application de l'article 82 CE. Il ne saurait dès lors être retenu que l'objet des engagements est de ne pas violer l'article 82 CE.
- 224 Cette conclusion n'est pas remise en cause par le fait que l'article 82 CE couvre également, dans des cas exceptionnels, des problèmes concurrentiels de type structurel, comparables à ceux ayant donné lieu aux engagements (arrêts de la Cour du 21 février 1973, *Europemballage et Continental Can/Commission*, 6/72, Rec. p. 215; *RTE et ITP/Commission*, précité, points 48 et suivants, et *Bronner*, précité, points 23 et suivants).
- 225 Il ressort de la jurisprudence précitée qu'un abus n'est concevable que lorsque le refus d'accès à une infrastructure essentielle à la prestation d'autres services sur des marchés subordonnés a pour effet de supprimer toute concurrence sur le marché en aval, sans que cela puisse se justifier objectivement.
- 226 En l'espèce, la requérante n'a pas établi que Kirch dispose d'une telle infrastructure qui lui imposerait le respect desdites obligations.
- 227 Il convient de relever au contraire que, d'une part, la transmission de signaux numériques peut être effectuée soit par réseaux câblés, soit par satellite. Le projet FUN a précisément pour but de développer une plate-forme alternative mais qui ne sera opérationnelle que pour la retransmission via satellite. Or, la décision attaquée constate, au considérant 62, que, en Allemagne, la transmission par satellite n'est pas comparable à la transmission par câble, dans la mesure où l'opérateur de télévision n'utilisant que la première n'atteindrait qu'un tiers des

foyers. D'autre part, Kirch ne détient en matière de transmission par câble que la technologie utilisée dans les réseaux câblés qui appartiennent à Deutsche Telekom.

228 Il résulte de ce qui précède que le grief doit être rejeté.

Ouverture de l'accès au système d-box de Kirch pour des applications de tiers (engagement n° 4)

— Arguments des parties

229 La requérante fait valoir, en premier lieu, que l'ouverture de l'accès au système d-box de Kirch, pour des applications de tiers, ne constitue que la répétition d'une obligation légale qui, conformément à la jurisprudence relative à l'article 82 CE, existe de toute façon. Elle fait valoir, à cet égard, que, étant donné que, ainsi qu'il résulte de la décision attaquée (considérants 61 et suivants), le système d-box implique déjà une position de monopole, il est de toute façon soumis au contrôle général des abus de position dominante prévu par l'article 82 CE. Elle ajoute que l'engagement en cause ne contient pas d'obligation absolue de permettre un accès, mais est assorti de la réserve que Kirch et les tiers se mettent d'accord sur des conditions équitables, appropriées et non discriminatoires. Dès lors, cet engagement ne ferait qu'instaurer un contrôle de comportement durable tel qu'il existe déjà, conformément à l'article 82 CE, pour les entreprises occupant une position dominante, sans offrir, à cet égard, aux tiers aucune plus-value.

230 La requérante expose, en deuxième lieu, que seule une cession, par le groupe Kirch, de son contrôle du système d-box aurait été suffisante.

- 231 Elle fait valoir, à cet égard, d'une part, que l'engagement ne change rien au fait que Kirch conserve le contrôle sur le développement technologique du système d-box. Elle observe, à cet égard, que, dans les décisions Bertelsmann/Kirch/Premiere (considérants 37 à 39) et Deutsche Telekom/BetaResearch (considérants 56 à 61), la Commission a déclaré les opérations de concentration en cause incompatibles avec le marché commun en vue notamment d'empêcher que la technologie du système d-box ne devienne le seul standard numérique utilisé dans l'espace de langue allemande, ce qui aurait pour conséquence que tout autre exploitant potentiel d'un système de contrôle d'accès dépendrait de la politique en matière de licences de l'entreprise BetaResearch, relevant du groupe Kirch. L'engagement en cause n'aurait précisément pas mis fin au contrôle de Kirch sur l'infrastructure technologique et à la conséquence qui en découle, à savoir que les tiers dépendent de l'octroi d'une licence par le groupe Kirch. La requérante rappelle, à cet égard, que, dans les décisions Bertelsmann/Kirch/Premiere (considérant 139) et Deutsche Telekom/BetaResearch (considérant 64), la Commission a refusé des engagements comparables à celui en l'espèce, au motif qu'ils n'étaient pas de nature à mettre en cause le contrôle, par le groupe Kirch, sur la technologie du système d-box.
- 232 Dans cet ordre d'idées, la requérante récuse l'argument de la Commission, tiré de ce que les décisions Bertelsmann/Kirch/Premiere et Deutsche Telekom/BetaResearch ne sont pas comparables avec le cas d'espèce. Ces affaires seraient certes différentes de la présente en ce qui concerne les faits, mais non en ce qui concerne les problèmes de concurrence soulevés, qui se poseraient sous la même forme dans toutes ces affaires.
- 233 D'autre part, la requérante observe que l'engagement ne respecte pas les critères que la Commission a élaborés dans sa communication concernant les mesures correctives. Elle rappelle qu'il y est constaté que «[s]i le problème de concurrence est lié au contrôle d'une technologie essentielle, la cession de la technologie en question constitue la meilleure mesure corrective, étant donné qu'elle supprime une relation durable entre la nouvelle entité et ses concurrents. Toutefois, la Commission peut accepter des accords de licence (portant de préférence sur des licences exclusives et ne prévoyant aucune possibilité de restriction de l'exploitation qui en est faite par le preneur) au lieu d'une cession lorsque, par exemple, celle-ci aurait pour effet d'entraver la poursuite, dans de bonnes conditions, de recherches en cours [...]» (point 29).

234 Elle en conclut que, dans le cas d'espèce, le problème de la position dominante de KirchPayTV sur les marchés de la télévision payante et des services de télévision interactive numérique n'aurait pu, en principe, être résolu que si le groupe Kirch avait complètement cédé le contrôle sur la technologie de décodage, essentielle pour l'accès sur ces marchés, ce qui aurait impliqué la cession, par le groupe Kirch, du contrôle de l'entreprise BetaResearch. Elle ajoute qu'à aucun moment les parties à l'opération de concentration n'ont présenté des arguments justifiant une dérogation au principe énoncé par la communication concernant les mesures correctives, et notamment l'hypothèse y visée de l'entrave par la cession de la poursuite de recherches en cours.

235 La requérante récuse finalement l'argument de KirchPayTV tiré de ce que l'engagement aurait pour effet de permettre aux tiers de fournir leurs services par le biais du d-box sans être tenus d'obtenir, au préalable, une licence ou une autorisation du groupe Kirch. En effet, l'engagement ne couvrirait pas la technique de contrôle d'accès et ne remettrait donc pas en cause la nécessité technique pour les tiers de conclure avec le groupe Kirch un accord portant sur la mise en œuvre de cette technique, en l'occurrence des accords Simulcrypt. Cette conséquence aurait pu être évitée si, comme l'avait demandé la requérante au cours de la procédure administrative, le groupe Kirch avait accepté l'installation dans le d-box d'une interface commune, ce que ce dernier aurait toutefois refusé d'une façon véhémente.

236 La Commission et les intervenantes estiment que le grief n'est pas fondé.

— Appréciation du Tribunal

237 La requérante soutient que l'ouverture de l'accès au système d-box n'est pas suffisante. Elle fait valoir, à cet égard, que le système d-box impliquant déjà une

position de monopole, il serait de toute façon soumis au contrôle général des abus de position dominante prévu à l'article 82 CE. Par ailleurs, la requérante expose que seule une cession par le groupe Kirch de son contrôle exercé sur le système d-box aurait été suffisante.

- 238 Il convient de relever que le contrôle exercé par Kirch sur l'infrastructure technologique n'est pas modifié par le projet de concentration.
- 239 Il convient de rappeler que, par ce quatrième engagement, Kirch assure que l'interface permettant les applications (le système d-box) sera ouverte aux tiers, engendrant ainsi l'émission d'applications supplémentaires, telles que les guides de programmes.
- 240 Force est de constater que la requérante n'explique pas les raisons pour lesquelles seule une cession par le groupe Kirch de son contrôle exercé sur le système d-box aurait été suffisante pour éliminer les doutes posés par la concentration.
- 241 Il convient en outre de rappeler que le marché de la technologie de décodage numérique n'est pas concerné par l'opération de concentration. De plus, comme l'engagement a pour effet de permettre aux tiers de fournir leurs services par le biais du d-box, indépendamment de toute licence ou autorisation du groupe Kirch, le contrôle sur ce système, impliquant son développement ultérieur, n'apparaît pas de nature à faire obstacle aux tiers d'accéder aux marchés de la télévision payante et des services de télévision interactive numérique.

- 242 Quant à l'argument de la requérante selon lequel l'engagement ne constitue que la répétition d'une obligation légale découlant de l'article 82 CE, il convient de le rejeter pour les raisons exposées ci-dessus.
- 243 Le grief relatif à cet engagement doit donc être rejeté.
- 244 Cette conclusion ne saurait être remise en cause par l'argument de la requérante selon lequel la Commission a refusé des engagements comparables à ceux en l'espèce, dans les décisions Bertelsmann/Kirch/Premiere et Deutsche Telekom/BetaResearch, au motif qu'ils n'étaient pas de nature à mettre en cause le contrôle du groupe Kirch sur la technologie du système d-box. En effet, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, la concentration en cause et les problèmes de concurrence qu'elle soulève ne sauraient en effet être comparés à ceux faisant l'objet de ces trois décisions.
- 245 En outre, afin de déterminer si la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation, il convient de vérifier si elle pouvait estimer que l'ensemble des engagements proposés permet de régler les problèmes de concurrence identifiés et non de déterminer si un engagement, pris isolément, a été jugé insuffisant dans une autre opération de concentration. En l'espèce, la Commission a conclu aux termes de la phase I que les engagements dissipaient les doutes sérieux soulevés par l'opération de concentration. En effet, l'objectif de l'engagement est de permettre aux tiers intéressés de développer des applications pour la télévision interactive numérique sur la plate-forme technique de Kirch. Compte tenu, notamment, de l'interopérabilité des applications, il n'apparaît pas que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que cet engagement entraîne également l'ouverture du marché de la télévision numérique.
- 246 Il s'ensuit que le grief doit être rejeté.

Interopérabilité des applications (engagement n° 5)

— Arguments des parties

247 La requérante considère que l'engagement d'assurer l'interopérabilité des applications constitue simplement le complément nécessaire de l'engagement évoqué ci-dessus, qui ne fait qu'ajouter un élément supplémentaire au contrôle permanent de comportement et qui n'est pas susceptible de résoudre le problème de concurrence, déjà constaté dans les décisions Bertelsmann/Kirch/Premiere et Deutsche Telekom/BetaResearch, ainsi que dans la décision attaquée (notamment considérant 61), consistant dans le contrôle exercé par le groupe Kirch sur le système d-box.

248 La Commission et les intervenantes estiment que le grief n'est pas fondé.

— Appréciation du Tribunal

249 Par ce cinquième engagement, le groupe Kirch entend assurer l'interopérabilité des applications, c'est-à-dire l'existence d'un standard commun, le MHP.

250 Il convient de rappeler que des engagements de type comportemental, peuvent être acceptés s'ils ont des effets structurels, c'est-à-dire s'ils sont de nature à empêcher l'émergence ou le renforcement d'une position dominante (arrêt Gencor/Commission, précité).

- 251 La requérante n'a pas établi que l'engagement en cause ne relève pas de cette catégorie. Au contraire, l'interopérabilité des applications vise à assurer que les tiers intéressés puissent développer des applications pour la télévision interactive numérique susceptibles d'être utilisées sur plusieurs plates-formes techniques. La mise en place de plates-formes techniques concurrentes apparaît, contrairement à ce que soutient la requérante, concevable, puisque le projet de l'association FUN vise précisément à développer une telle plate-forme technique.
- 252 En outre, l'obligation de réaliser le standard DVB-MHP ne requiert pas, contrairement à ce que soutient la requérante, un contrôle permanent des comportements, vu que l'interface standardisée ouvrira, de manière structurelle, le marché aux fournisseurs d'applications concurrentes. En effet, toute entreprise de développement pourra, de ce fait, développer des programmes d'application prêts à l'emploi et offrir des services correspondants, indépendamment de toute licence ou autorisation du groupe Kirch.
- 253 Par ailleurs, la combinaison des quatrième et cinquième engagements permet une ouverture du marché aux applications.
- 254 En tout état de cause, force est de constater que la requérante n'apporte pas la preuve de ce que la Commission aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.
- 255 Il résulte de ce qui précède que le grief doit être rejeté.

Interopérabilité de plates-formes concurrentes (engagement n° 6)

— Arguments des parties

- 256 La requérante soutient que l'engagement par lequel le groupe Kirch s'engage à veiller à la conclusion d'accords Simulcrypt avec les exploitants de plates-formes techniques concurrentes n'est pas de nature à remettre en cause la position dominante que le groupe Kirch possède sur le marché des services techniques, qui comporte aussi les systèmes de contrôle d'accès, grâce au système protégé d'accès conditionnel du d-box. L'engagement constituerait une obligation de comportement à laquelle le groupe Kirch serait de toute façon tenue, en vertu de l'article 82 CE, et n'apporterait donc pas de plus-value par rapport à la surveillance générale des abus de position dominante prévue par cet article.
- 257 En effet, le contenu de l'obligation de comportement à laquelle le groupe Kirch s'est engagé resterait particulièrement vague. Tout d'abord, le groupe Kirch s'engagerait uniquement à tout mettre en œuvre afin de garantir que les accords Simulcrypt entrent le plus vite possible en vigueur. Ensuite, le respect de cet engagement dépendrait de ce que l'exploitant d'une plate-forme technique concurrente collabore autant qu'objectivement nécessaire, que cet exploitant obtienne des conditions équitables et appropriées et, enfin, que la sécurité technique du système d'accès conditionnel ne soit pas de nature à mettre en danger le système correspondant du d-box.
- 258 De plus, selon la requérante, l'engagement, qui implique la conclusion d'accords Simulcrypt entre les exploitants de plates-formes concurrentes et BetaResearch, filiale du groupe Kirch, suppose toujours la bonne volonté du groupe Kirch. Or, l'existence de cette bonne volonté dans le chef du groupe Kirch serait douteuse, puisque ce dernier serait aussi diffuseur de programmes et risquerait d'être lésé en cette qualité par la conclusion d'accords Simulcrypt par l'effet desquels la

diffusion de programmes concurrents est facilitée. Il y aurait donc risque de conflit entre les intérêts du prestataire de services techniques BetaResearch et ceux de diffuseur de programmes du groupe qui le contrôle. L'indépendance des décisions d'affaires de BetaResearch ne serait donc pas garantie.

- 259 La requérante observe, à cet égard, que ce risque d'abus a été analysé et dénoncé par la Commission dans ses décisions Bertelsmann/Kirch/Premiere (considérant 58) et Deutsche Telekom/BetaResearch (considérant 38). Elle renvoie aussi aux mauvaises expériences qu'aurait eues l'association FUN à l'occasion d'une tentative de négocier avec le groupe Kirch un accord Simulcrypt.
- 260 Elle observe finalement que l'engagement suppose l'existence de systèmes d'accès conditionnel concurrents dont on verrait toutefois mal comment ils pourraient prendre pied sur le marché.
- 261 La requérante répond à l'argument de KirchPayTV tiré de ce que les accords Simulcrypt sont uniquement conclus entre des plates-formes techniques, mais que, dans le domaine de la diffusion par câble, le groupe Kirch n'exploite pas une telle plate-forme, en précisant que la plus importante plate-forme technique dans ce domaine, MSG MediaServices GmbH, utilise exclusivement la technologie développée par le groupe Kirch.
- 262 Elle note, au sujet de l'observation de KirchPayTV tirée de l'émergence récente de nouvelles plates-formes techniques dans le domaine de la diffusion par câble, que cet élément n'existait pas au moment de la décision attaquée, qu'il est donc dépourvu de pertinence et que, même à l'heure actuelle, cette émergence n'a pas encore eu véritablement lieu, eu égard aux contraintes que Deutsche Telekom, propriétaire de la majeure partie du réseau câblé et, par l'intermédiaire de sa filiale MSG MediaServices GmbH, exploitant de la plus importante plate-forme

technique dans ce domaine de diffusion, fait peser sur des exploitants potentiels de plates-formes concurrentes. Elle renvoie, à cet égard, aux très grandes difficultés ressenties par l'opérateur de plate-forme concurrente, PrimaCom, pour conclure un accord Simulcrypt avec MSG MediaServices GmbH.

263 La Commission et les intervenantes estiment que le grief n'est pas fondé.

— Appréciation du Tribunal

264 Ce sixième engagement vise à ouvrir le d-box à d'autres chaînes de télévision à péage et aux services interactifs numériques.

265 Le groupe Kirch s'est ainsi engagé à conclure des accords Simulcrypt avec des opérateurs de plates-formes techniques qui utilisent d'autres systèmes de cryptage. Il convient de rappeler que la procédure de Simulcrypt permet l'utilisation de différents systèmes de cryptage sans que le client n'ait besoin de plusieurs décodeurs pour décrypter le signal capté par l'échange des clés de cryptage entre les opérateurs de plates-formes. Dès lors, tous les programmes correspondants peuvent être captés avec un seul décodeur.

266 Cet engagement vise à garantir la mise en place de plates-formes techniques concurrentes en permettant, lorsqu'un prestataire de services techniques souhaite utiliser un système de cryptage concurrent, le captage par le biais du d-box par la procédure de Simulcrypt. La Commission et les intervenantes ont affirmé, sans être contredites par la requérante, que les prestataires de services techniques ont, de ce fait, la possibilité de choisir librement leur système de cryptage et que la concurrence entre les opérateurs de plates-formes techniques, mais également celle sur le marché des décodeurs, est renforcée par cet engagement.

- 267 Par ailleurs, il convient de rappeler que tout engagement constitue une obligation légale dont la violation peut conduire, le cas échéant, la Commission à révoquer l'autorisation de la concentration. La circonstance, par ailleurs non établie par la requérante, que Kirch pourrait ne pas manifester de bonne volonté pour mettre en œuvre l'engagement n'est pas de nature à établir que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que l'engagement est de nature à résoudre les problèmes de concurrence.
- 268 En outre, l'engagement en cause n'est pas isolé et doit être considéré dans le contexte global de l'ensemble des engagements pris par le groupe Kirch, en particulier avec celui prévoyant une autre plate-forme technique à la programmation de télévision payante de Kirch.
- 269 Il s'ensuit que ce grief doit être rejeté.

Accès d'autres plates-formes techniques aux services de télévision payante de Kirch (engagement n° 7)

— Arguments des parties

- 270 La requérante expose, en premier lieu, que l'engagement par lequel le groupe Kirch s'oblige à commercialiser ses programmes de télévision payants, également par le biais d'autres plates-formes techniques, au moyen, notamment, d'accords Simulcrypt, n'est pas de nature à remettre en cause la position dominante que le groupe Kirch possède sur les marchés de la télévision payante et des services techniques correspondants et n'apporterait aucune plus-value par rapport au contrôle des abus de position dominante prévue par l'article 82 CE.

- 271 En effet, premièrement, cet engagement, au lieu de faciliter l'accès de plates-formes concurrentes sur le marché, se limiterait à présupposer l'existence de celles-ci et à leur offrir une bonne conduite conforme au droit des ententes.
- 272 Deuxièmement, la mise en œuvre de cette offre, de bonne volonté, se ferait dans des conditions particulièrement vagues.
- 273 Troisièmement, l'engagement ferait naître un conflit d'intérêts qui remettrait en cause son efficacité. En effet, en obligeant le groupe Kirch à commercialiser ses programmes de télévision payants par le biais de plates-formes techniques concurrentes, il le contraindrait à adopter des décisions qui seraient, le cas échéant, contraires à ses propres intérêts d'opérateur de programmes. Dans ces circonstances, il serait douteux que l'engagement soit exécuté de façon loyale. La requérante rappelle que la Commission a correctement constaté cette circonstance dans les décisions Bertelsmann/Kirch/Premiere et Deutsche Telekom/BetaResearch.
- 274 À cet égard, la requérante fait valoir, tout d'abord, la mauvaise expérience subie par l'association FUN, souhaitant établir une plate-forme technique concurrente, qui se serait vu refuser, par KirchPayTV, contrairement à l'engagement en question, et sous de fallacieux prétextes, l'accès à l'offre de télévision payante du groupe Kirch. Elle se réfère, ensuite, aux difficultés subies par la plate-forme technique de diffusion par câble PrimaCom à conclure avec le groupe Kirch un accord Simulcrypt. Elle note, enfin, qu'il n'existe, à l'heure actuelle, aucun exemple de solution techniquement praticable de Simulcrypt entre des systèmes de décryptage différents.
- 275 La requérante fait valoir, en deuxième lieu, que l'engagement nécessite un contrôle de comportement ultérieur contraire à l'arrêt Gencor/Commission, précité, et à la communication concernant les mesures correctives.

276 La Commission et les intervenantes estiment que le grief n'est pas fondé.

— Appréciation du Tribunal

277 Par ce septième engagement, le groupe Kirch s'oblige à commercialiser ses programmes de télévision payants, également par le biais d'autres plates-formes techniques, au moyen, notamment, d'accords Simulcrypt.

278 Force est de constater que cet engagement facilite l'accès au marché pour les opérateurs de plates-formes techniques concurrentes et favorise ainsi indirectement la concurrence entre fournisseurs de télévision à péage en permettant à ces derniers de diffuser, par le biais de ces plates-formes techniques, leurs programmes avec les programmes de télévision à péage du groupe Kirch.

279 Concernant, d'une part, l'argument de la requérante sur les difficultés prétendument rencontrées par elle-même dans la mise en œuvre de l'engagement n° 7, en tant que coopérateur de la plate-forme alternative FUN, il convient de relever que FUN, selon les affirmations des intervenantes, non contredites par la requérante, n'a pas introduit la procédure d'arbitrage prévue par les engagements.

280 Concernant, d'autre part, l'argument de la requérante tiré de ce que l'engagement n° 7 n'a pas pour effet d'ouvrir le marché, mais suppose déjà l'existence de plates-formes techniques concurrentes, il convient de rappeler à nouveau que les engagements ne sauraient être considérés isolément.

- 281 Or, ainsi que l'a fait valoir la Commission, l'accès au marché d'une plate-forme technique sera facilité par l'interopérabilité de plates-formes techniques concurrentes par le biais de la garantie d'accords Simulcrypt (engagement n° 6), par la mise à disposition des programmes de télévision payants du groupe Kirch (engagement n° 7) ainsi que, le cas échéant, par la mise à disposition de la technologie du système d-box au moyen d'une licence (engagement n° 8). Les engagements n°s 6 et 7 visent à permettre ainsi à un concurrent de télévision à péage d'opérer par une autre plate-forme technique que celle offerte par Kirch.
- 282 Les griefs relatifs à l'engagement n° 7 doivent, partant, être rejetés.

Utilisation de la technologie du système d-box par d'autres plates-formes concurrentes (engagement n° 8)

— Arguments des parties

- 283 La requérante estime que l'engagement du groupe Kirch d'accorder à des opérateurs de plates-formes concurrentes l'accès à la technologie du système d-box n'est pas de nature à remettre en cause la position dominante du groupe Kirch sur le développement technologique de ce système.
- 284 À cet égard, elle observe, en premier lieu, qu'un engagement du même type avait été refusé par la Commission dans les décisions Bertelsmann/Kirch/Première (considérant 139) et Deutsche Telekom/BetaResearch (considérant 64), au motif qu'il n'était pas susceptible de mettre fin à cette position dominante. Elle considère que la décision attaquée ne contient aucune motivation expliquant en quoi, dans la présente affaire, une appréciation différente sous l'angle du droit de la concurrence s'imposerait alors même que la situation de fait serait identique à celle des affaires précitées.

285 Elle fait valoir, en deuxième lieu, que l'engagement est en contradiction avec les conditions définies par le directeur de la task-force «Contrôle des opérations de concentration entre entreprises» comme préalables à l'acceptation d'engagements de ce type (Drauz, G.-H., «Remedies under the merger regulation», *International antitrust law & policy*, Fordham Corporate Law Institute, New York, 1996, p. 219 à 238, voir p. 225 et suivantes), en particulier avec celles en vertu desquelles:

- le donneur de licence ne devra pas être en mesure de se soustraire à l'effet de la licence accordée en refusant, par exemple, une assistance technique importante;

- le donneur de licence ne devra pas exiger du titulaire de cette dernière une redevance exagérée;

- la Commission ne devra pas être tenue d'exercer un contrôle permanent sur le respect du contrat de licence, comme la vérification du caractère approprié des redevances d'exploitation.

286 À cet égard, la requérante observe, tout d'abord, que ce n'est que la référence aux conditions appropriées et non discriminatoires qui est censée empêcher la fixation de redevances exagérées pour l'exploitation des licences, ensuite, que l'engagement ne contient pas de dispositions particulières concernant le domaine de l'assistance technique et, enfin et surtout, que l'engagement entraîne la Commission dans un contrôle permanent de comportement.

- 287 Elle ajoute que ce contrôle permanent des comportements est contraire à la communication concernant les mesures correctives.
- 288 En réponse à l'argument de KirchPayTV tiré de ce que l'existence d'un tel contrôle permanent des comportements serait contredite par l'existence d'une procédure d'arbitrage comportant un renversement de la charge de la preuve au détriment du groupe Kirch, la requérante relève que ces éléments ne remettent pas en question l'existence de ce contrôle et que la nécessité d'une procédure d'arbitrage prouverait, au contraire, l'existence de ce contrôle.
- 289 La requérante expose, en troisième lieu, que la décision contient une contradiction interne en ce que, d'une part, elle accepte l'engagement en cause et que, d'autre part, elle constate l'existence d'importants risques d'abus dans la politique de licence qui sera probablement suivie par BetaResearch, filiale du groupe Kirch, dans ses rapports avec des concurrents potentiels de KirchPayTV sur le marché des services de télévision interactive numérique et se réfère même à des cas d'abus concrets signalés par des tiers intéressés (considérant 37 de la décision attaquée).
- 290 La requérante conteste l'argument de KirchPayTV tiré de ce que les opérateurs de plates-formes techniques ont la possibilité de choisir soit la technologie du système d-box sur la base de l'engagement en cause, soit une technologie concurrente et d'atteindre les abonnés du d-box par le biais d'accords Simulcrypt. En effet, les mauvaises expériences subies par FUN et PrimaCom dans le cadre de leurs tentatives de négocier des accords Simulcrypt avec le groupe Kirch attesteraient du caractère manifestement inapproprié de la deuxième branche de l'alternative.
- 291 La Commission et les intervenantes estiment que le grief n'est pas fondé.

— Appréciation du Tribunal

- 292 Il convient de rappeler que cet engagement vise à accorder à des opérateurs de plates-formes concurrentes l'accès à la technologie du système d-box.
- 293 Il facilite ainsi la mise en place de plates-formes techniques concurrentes, et également, de ce fait, l'accès au marché pour des fournisseurs de contenus concurrents, ce qui est de nature à promouvoir la concurrence sur le marché de la télévision payante.
- 294 L'argument de la requérante tiré de la contradiction entre la décision attaquée et les décisions Bertelsmann/Kirch/Premiere et Deutsche Telekom/BetaResearch doit être rejeté pour les motifs exposés ci-dessus.
- 295 Quant à l'affirmation de la requérante selon laquelle l'engagement en cause entraînerait un contrôle permanent de comportement qui serait contraire à la communication concernant les mesures correctives, il suffit de remarquer que tous les litiges concernant le respect des engagements doivent faire l'objet d'un arbitrage qui garantit un contrôle suffisant. Il convient d'ailleurs de rappeler que les tiers mécontents de l'exécution de l'engagement peuvent recourir à une procédure d'arbitrage dans le cadre de laquelle le groupe Kirch assume la charge de la preuve. Ainsi, si l'exécution de l'engagement fait l'objet d'un contrôle, celui-ci ne repose toutefois pas sur la Commission.
- 296 Concernant l'argument de la requérante tiré de ce que l'engagement serait en contradiction avec les conditions définies dans une publication du directeur de la task-force «Contrôle des opérations de concentration entre entreprises» comme

préalable à l'acceptation d'engagements de ce type, il suffit de relever que les déclarations d'un fonctionnaire ne reflétant aucune prise de position officielle de la Commission ne sauraient lier celle-ci.

297 Enfin, l'argument de la requérante selon lequel, en acceptant l'engagement, la Commission aurait méconnu le risque d'abus de position dominante par BetaResearch dans le cadre de l'octroi des licences d'exploitation du système d-box doit également être rejeté. En effet, d'une part, les opérateurs de plates-formes techniques sont libres de choisir une technologie concurrente et d'atteindre les abonnés du système d-box par le biais d'accords Simulcrypt. D'autre part, comme il a été relevé ci-dessus, l'engagement en cause ne doit pas être considéré isolément, mais comme partie d'un ensemble d'engagements garantis par des charges et conditions correspondantes, et notamment une procédure d'arbitrage contraignante.

298 Le grief relatif à l'engagement n° 8 doit donc être rejeté.

Production de décodeurs «à système multiple» (engagement n° 9)

— Arguments des parties

299 La requérante relève que l'engagement d'accorder des licences pour ce qu'il convient d'appeler des décodeurs à système multiple est également en contradiction avec l'appréciation de la Commission dans les décisions antérieures Bertelsmann/Kirch/Premiere (considérant 139) et Deutsche Telekom/Beta-Research (considérant 64), selon laquelle un tel engagement ne serait pas susceptible d'écartier les doutes du point de vue du droit de la concurrence, étant

donné qu'il n'avait pas pour effet de retirer à Kirch le contrôle du développement technologique. Elle considère que le changement d'appréciation au regard du droit du contrôle des concentrations, alors même que la situation de fait est identique, n'est absolument pas motivé par la Commission.

300 Cette domination n'aurait pu être remise en cause que si la Commission avait imposé au groupe Kirch l'obligation supplémentaire de permettre aux titulaires de licences de fabrication du d-box d'y intégrer non seulement des systèmes de cryptage concurrents, mais aussi une interface commune. En effet, l'intégration de systèmes de cryptage concurrents serait une solution totalement insuffisante, puisqu'elle contraindrait les opérateurs de plates-formes techniques utilisant ces systèmes de cryptage concurrents de conclure des accords Simulcrypt avec le groupe Kirch et ne remettrait donc pas en cause la domination du groupe Kirch sur le système d-box.

301 Elle conteste, à cet égard, l'affirmation de la Commission selon laquelle l'engagement comporte la possibilité d'intégrer dans le d-box une interface commune.

302 La Commission et les intervenantes estiment que le grief n'est pas fondé.

— Appréciation du Tribunal

303 L'objet de ce neuvième engagement est d'offrir aux fabricants de décodeurs des licences pour le développement du décodeur d-box, en leur permettant d'intégrer celui-ci à d'autres systèmes de contrôle d'accès, y compris une interface commune. Par interface commune, il faut entendre un système de module prévu dans chaque d-box qui fait intervenir les différentes formes de décryptage.

- 304 Force est de constater que la requérante n'a pas établi que cet engagement n'est pas de nature à garantir que les futurs abonnés du d-box puissent également être atteints par d'autres systèmes de cryptage. L'engagement n° 9 vise ainsi à ouvrir le marché pour les opérateurs de plates-formes techniques, les fournisseurs de contenus, les fabricants potentiels du d-box mais aussi les fournisseurs de système de cryptage.
- 305 Il convient de rappeler, par ailleurs, que la présente affaire n'est pas comparable au contexte ayant donné lieu aux décisions Bertelsmann/Kirch/Premiere et Deutsche Telekom/BetaResearch. Ne s'agissant pas d'une situation de fait identique, la Commission n'avait donc pas l'obligation de motiver particulièrement sa décision.
- 306 Le présent grief doit dès lors être rejeté.

Passage du système analogique au système numérique (engagement n° 10)

— Arguments des parties

- 307 La requérante estime que l'engagement d'offrir un décodeur numérique (d-box) à tout abonné de KirchPayTV qui ne dispose que d'un décodeur analogique n'est pas en mesure de faciliter l'accès des opérateurs intéressés aux marchés de la télévision payante et des services de télévision interactive numérique et d'offrir leurs services à ces abonnés. En effet, cet accès des tiers aux marchés en cause par le biais du d-box nécessiterait, en raison du rejet de la solution de l'interface commune, au minimum la conclusion d'accords Simulcrypt avec le groupe Kirch, lequel les refuserait toutefois.

308 La Commission et les intervenantes estiment que le grief n'est pas fondé.

— Appréciation du Tribunal

309 Il convient de relever que la requérante ne conteste pas que l'engagement en cause, qui consiste à offrir un décodeur numérique (d-box) à tout abonné de KirchPayTV qui ne dispose que d'un décodeur analogique, garantit que les abonnés à Première disposent d'un décodeur numérique et que des fournisseurs de programmes ne soient pas exclus du marché, du fait qu'ils diffusent leurs programmes de manière numérique. Il évite que les activités d'opérateurs concurrents sur les marchés en cause soient entravées du fait de l'utilisation par les consommateurs de décodeurs analogiques ne convenant pas à ce type d'activités. La requérante n'a dès lors pas établi en quoi la Commission aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que cet engagement permet l'ouverture du marché aux opérateurs concurrents.

310 Le grief relatif à cet engagement doit donc être rejeté.

Limitation des capacités supplémentaires sur les réseaux câblés (engagement n° 11)

— Arguments des parties

311 La requérante considère que l'engagement en vertu duquel KirchPayTV s'engage à ne plus introduire, jusqu'au 31 décembre 2000, de demandes d'attribution de

capacité numérique supplémentaire sur les réseaux câblés n'est pas de nature à mettre en cause la domination technologique du marché par le groupe Kirch. Il ne serait pas non plus de nature à écarter la préoccupation, exprimée par la Commission dans la décision attaquée (considérant 78), née du chef de l'utilisation par Deutsche Telekom de la technologie de BetaResearch, appartenant au groupe Kirch, en vue de la diffusion numérique de programmes de télévision sur ses réseaux câblés à large bande. Elle rappelle que cette préoccupation avait pour objet la crainte de l'émergence d'une position dominante de KirchPayTV sur le marché des services de télévision interactive numérique.

- 312 Elle observe que ces préoccupations se sont entre-temps révélées d'autant plus pertinentes que Deutsche Telekom et le groupe Kirch ont actuellement l'intention de gérer BetaResearch en tant qu'entreprise commune, projet qui a été notifié au Bundeskartellamt.
- 313 Elle conteste l'affirmation de la Commission selon laquelle elle aurait eu l'intention de vouloir imposer des obligations à un opérateur tiers à l'opération de concentration, en l'occurrence Deutsche Telekom. Sa thèse serait simplement que l'engagement n'est pas de nature à écarter les doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération de concentration avec le marché commun exprimés par la Commission dans la décision attaquée (considérant 78).
- 314 La Commission et les intervenantes estiment que le grief n'est pas fondé.

— Appréciation du Tribunal

- 315 L'engagement de ne plus introduire de demandes d'attribution de capacité numérique supplémentaire sur les réseaux câblés jusqu'au 31 décembre 2000, a

pour objet de remédier aux craintes que l'offre de télévision payante de Kirch occupe trop de place sur le réseau câblé, de sorte qu'il n'en resterait plus suffisamment pour les offres de tiers.

- 316 Le reproche de la requérante à la Commission de ne pas avoir imposé à Deutsche Telekom d'utiliser, pour ses réseaux câblés, une autre technologie que celle de Kirch, doit être rejeté. Deutsche Telekom est en effet tierce à l'opération de concentration en cause, de sorte que la Commission ne peut pas lui imposer des obligations dans le cadre de la présente procédure.
- 317 L'opération de concentration en cause n'a, en outre, aucun lien avec la décision de Deutsche Telekom d'utiliser la technologie de Kirch pour son réseau câblé.
- 318 Par ailleurs, l'observation faite par la requérante au sujet du projet de création d'une entreprise commune entre Deutsche Telekom et BetaResearch est dénuée de pertinence, les problèmes de concurrence éventuels posés par ce projet étant sans aucun rapport avec la décision attaquée.
- 319 Le grief de la requérante doit ainsi être rejeté.

Observations critiquant l'absence de certains engagements qui seraient indispensables

- 320 La requérante fait grief à la Commission de ne pas avoir imposé certains engagements qu'elle avait suggérés au cours de la procédure administrative (lettres de la requérante du 22 février 2000, du 2 mars 2000 et du 15 mars 2000)

et qui auraient été, selon elle, de nature à écarter les doutes les plus importants constatés par la Commission elle-même quant à la compatibilité de l'opération de concentration avec le marché commun, sans toutefois suffire pour établir cette compatibilité.

- 321 Elle critique l'argument de KirchPayTV tiré de ce que les engagements n^{os} 1 à 5 auraient été suffisants, que les engagements n^{os} 6 à 9, relatifs à l'ouverture du marché des services techniques, n'auraient même pas été nécessaires et, qu'à plus forte raison, d'autres engagements ayant une portée encore plus importante n'étaient pas non plus nécessaires. En effet, en considérant les engagements n^{os} 6 à 9 comme non nécessaires, KirchPayTV méconnaîtrait l'importance de la domination, par le groupe Kirch, de la technologie du système d-box pour l'ouverture des marchés de la télévision payante et des services de télévision interactive numérique. De plus, dans la logique de l'argument, il serait nécessaire d'annuler la décision attaquée pour avoir imposé des engagements non nécessaires.

Défaut d'un engagement visant à équiper le décodeur d-box d'une interface commune

— Arguments des parties

- 322 La requérante soutient que c'est à tort que les parties à l'opération de concentration ne se sont pas vu imposer l'engagement, suggéré par elle, de munir le décodeur d-box d'une interface commune.
- 323 Elle expose à cet égard que, sur la base des engagements acceptés, des opérateurs concurrents de KirchPayTV ne pourront diffuser leurs programmes via le décodeur d-box qu'en ayant recours au système d'accès conditionnel développé

par BetaResearch, relevant du groupe Kirch, à savoir BetaCrypt, qu'ils ne sont en droit d'utiliser qu'après avoir conclu avec BetaResearch un accord Simulcrypt. Or, la nécessité de conclure un accord Simulcrypt rendrait ces opérateurs dépendants de BetaResearch, et le groupe Kirch risquerait d'abuser de cette position, afin de sauvegarder ses intérêts sur les marchés de la télévision payante et des services de télévision interactive numérique, en désavantageant par ce biais ses concurrents potentiels sur ces marchés.

- 324 La requérante relève que ce risque a été dénoncé par la Commission dans ses décisions Bertelsmann/Kirch/Premiere (considérant 58) et Deutsche Telekom/BetaResearch (considérant 38), ainsi que par le Département fédéral de l'Environnement, des Transports, de l'Énergie et de la Communication suisse dans une décision du 8 novembre 1999 concernant l'opérateur de télévision payante suisse Teleclub AG, dont KirchPayTV détient 40 % du capital et qui utilise également le décodeur d-box.
- 325 Elle ajoute que ce risque est devenu entre-temps encore plus important à la suite de la reprise de la chaîne de télévision payante Premiere par le seul groupe Kirch et par la fusion de cette chaîne avec DF1 pour former Premiere World. Elle rappelle aussi, dans ce contexte, les difficultés pratiques rencontrées par certains opérateurs, dont FUN, pour conclure des accords Simulcrypt avec BetaResearch.
- 326 Elle expose que, en vue d'éviter ce risque, elle a proposé que le groupe Kirch soit contraint d'équiper le décodeur d-box d'une interface commune, permettant la réception, via le même décodeur, de programmes codés avec différents systèmes d'accès conditionnels. Cette solution, le Multicrypt, éviterait les inconvénients mentionnés ci-dessus, en permettant à des opérateurs concurrents de diffuser leurs programmes protégés par des systèmes d'accès conditionnels différents de celui utilisé par le groupe Kirch, par le biais du d-box, sans devoir conclure des accords Simulcrypt avec ce groupe.

327 En réponse aux arguments de KirchPayTV, la requérante conteste que la directive 95/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à l'utilisation de normes pour la transmission de signaux de télévision (JO L 281, p. 51, ci-après la «directive 95/47»), qui constitue une directive d'harmonisation adoptée sur la base des articles 47, paragraphe 2, CE, 55 CE et 95 CE, limite le pouvoir d'appréciation de la Commission sur les engagements qu'il y a lieu de retenir dans le cadre du contrôle des concentrations. Elle conteste aussi la pertinence, dans le cadre du contrôle des concentrations, d'arguments tirés des avantages pratiques du point de vue du consommateur final de la solution Simulcrypt par opposition à la solution Multicrypt.

— Appréciation du Tribunal

328 Il convient de rappeler, à titre liminaire, que la Commission dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour apprécier la nécessité d'obtenir des engagements en vue de dissiper les doutes sérieux posés par une opération de concentration.

329 Il s'ensuit qu'il n'appartient pas au Tribunal de substituer sa propre appréciation à celle de la Commission, son contrôle devant se limiter à vérifier que la Commission n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation. En particulier, le défaut de prise en considération des engagements suggérés par la requérante n'établit pas en soi que la décision attaquée est entachée d'erreur manifeste d'appréciation, et la circonstance que d'autres engagements auraient pu également être acceptés, voire qu'ils auraient été plus favorables pour la concurrence, ne saurait conduire à l'annulation de la décision pour autant que la Commission pouvait raisonnablement conclure que les engagements repris dans la décision permettent de dissiper les doutes sérieux.

- 330 La requérante soutient que la Commission aurait dû imposer un engagement visant à équiper le décodeur d-box d'une interface commune plutôt qu'un engagement prévoyant un accord de Simulcrypt.
- 331 À cet égard, il convient de relever, tout d'abord, que le procédé de cryptage Simulcrypt et celui de l'interface commune permettent tous deux d'éviter qu'un téléspectateur abonné à des chaînes payantes protégées par des systèmes de contrôle d'accès différents doive utiliser plusieurs décodeurs. Dans la directive 95/47, les deux solutions sont d'ailleurs considérées comme équivalentes.
- 332 De même, la requérante n'a pas contesté l'affirmation de KirchPayTV selon laquelle la solution du Simulcrypt offre une série d'avantages par rapport à celle de l'interface commune. Ainsi, KirchPayTV a exposé, d'une part, que le procédé Simulcrypt assure une plus grande protection contre le piratage informatique et, d'autre part, que l'interface commune impose au téléspectateur d'acquérir, outre le décodeur, des modules correspondant aux différents systèmes d'accès conditionnels et de changer de module avant de pouvoir visionner des programmes cryptés au moyen d'un système d'accès différent. Elle a également fait observer que l'utilisation d'une interface commune ne permet pas l'accès à la population actuelle de d-box.
- 333 Par ailleurs, ainsi qu'il a été constaté ci-dessus, le grief de la requérante selon lequel l'engagement prévoyant la conclusion d'accords Simulcrypt ne serait pas suffisant pour résoudre les problèmes de concurrence posés en l'espèce n'est pas fondé.
- 334 Dans ces conditions, il ne saurait être considéré que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne prévoyant pas un engagement concernant l'interface commune.

Défaut d'un engagement au sujet des rapports éventuels entre BetaResearch et Deutsche Telekom

— Arguments des parties

- 335 La requérante fait grief à la Commission de n'avoir pas tenu compte de sa suggestion d'imposer un engagement visant à interdire que des liens, qu'ils relèvent du droit des sociétés ou du droit des contrats, ne se nouent entre BetaResearch et Deutsche Telekom, qui auraient eu pour but d'assurer que le standard technologique développé par BetaResearch devienne le seul à être utilisé dans les réseaux câblés à large bande de Deutsche Telekom qui contrôlerait la majeure partie des réseaux disponibles. Elle expose que la perspective de tels liens est source de préoccupations sérieuses, qui ont été exposées par la Commission dans sa décision Deutsche Telekom/BetaResearch (considérants 33 et suivants).
- 336 En réponse à l'argument de la Commission, tiré de ce que celle-ci n'aurait pas pu imposer des obligations juridiques à des tiers, la requérante relève que la Commission aurait très bien pu imposer au groupe Kirch d'intervenir auprès de Deutsche Telekom pour que cette dernière mette un terme à l'utilisation exclusive du standard technologique développé par BetaResearch. Elle estime que, au cas où le groupe Kirch n'avait pas été en mesure de respecter cet engagement, la Commission aurait dû constater ce non-respect et maintenir les doutes quant au respect du droit de la concurrence qu'elle avait expressément formulés dans la décision attaquée au sujet de cette utilisation exclusive (considérant 61 de la décision attaquée).
- 337 Elle ajoute que la Commission ne s'est jusqu'à présent pas opposée au projet de Deutsche Telekom et du groupe Kirch de gérer BetaResearch en tant qu'entreprise commune, alors même que ce projet implique deux entreprises en position dominante.

338 En réponse à l'argument de KirchPayTV tiré de ce que le risque de l'utilisation par Deutsche Telekom du standard technologique développé par BetaResearch est neutralisé par la vente d'une partie importante des réseaux câblés à large bande de Deutsche Telekom, la requérante fait valoir que le moment et les modalités de cette vente n'étaient pas déterminés au moment de l'adoption de la décision attaquée et qu'ils ne le seraient pas davantage à l'heure actuelle.

— Appréciation du Tribunal

339 La requérante fait grief à la Commission de n'avoir pas imposé de restriction concernant un lien éventuel entre Deutsche Telekom et BetaResearch.

340 À cet égard, force est de constater, en premier lieu, que le grief doit être rejeté dès lors que, dans sa requête, la requérante s'est bornée à reprocher à la Commission d'avoir méconnu sa proposition visant à interdire un tel lien sans nullement exposer, ni a fortiori démontrer, les raisons pour lesquelles un engagement en ce sens serait nécessaire pour dissiper les doutes sérieux émis par la Commission à l'égard du projet de concentration en cause.

341 En deuxième lieu, il convient de constater que la Commission ne pouvait pas, en tout état de cause, donner suite à la proposition de la requérante, dès lors qu'elle ne peut accepter d'engagement à la charge de tiers au projet de concentration dans le cadre d'une décision adoptée au titre du règlement n° 4064/89.

342 En troisième lieu, le grief de la requérante vise, selon son intitulé, l'absence d'interdiction concernant un lien éventuel entre Deutsche Telekom et BetaResearch. La requérante, ainsi qu'elle l'a précisé dans sa réplique, renvoie à cet

égard à une procédure introduite devant le Bundeskartellamt allemand et dans laquelle Deutsche Telekom et BetaResearch prévoient de former une entreprise commune. Force est de constater que les éventuels problèmes de concurrence posés par ce projet sont sans aucun rapport avec la décision attaquée et que les objections de la requérante à cet égard doivent être adressées à l'autorité compétente pour statuer sur ledit projet.

343 En quatrième lieu, dans la mesure où la requérante semble vouloir également remettre en cause, au stade de la réplique, l'utilisation exclusive actuelle par Deutsche Telekom de la technologie développée par BetaResearch dans ses réseaux câblés, il y a lieu de constater, d'une part, que ce grief est irrecevable car nouveau ou, à tout le moins, non conforme aux exigences de l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure du Tribunal et, d'autre part, que la décision de Deutsche Telekom d'utiliser la technologie de BetaResearch dans ses réseaux câblés avait été adoptée avant la concentration qui fait l'objet de la décision attaquée et n'a aucun rapport avec celle-ci.

344 Il résulte de ce qui précède que le grief doit être rejeté.

Défaut d'un engagement imposant le dégroupage des programmes, de la technologie et de l'équipement

— Arguments des parties

345 La requérante fait grief à la Commission de n'avoir pas retenu sa suggestion d'imposer au groupe Kirch, d'une part, d'offrir le décodeur d-box à des clients qui ne souhaitent regarder que des programmes d'opérateurs tiers et ne veulent pas

souscrire à un abonnement aux programmes payants proposés par KirchPayTV, à savoir Premiere World, et, d'autre part, de permettre aux clients de pouvoir recevoir Premiere World par le biais d'équipements concurrents au d-box. Selon elle, ces engagements auraient eu pour effet de mettre fin à l'intégration verticale existant en l'espèce, entre la technologie et les programmes.

346 La requérante fait valoir que, en l'absence de ce dégroupage entre programmes, technologie et équipements, des opérateurs qui développent ou fournissent une technologie concurrente à celle du d-box n'ont pas beaucoup de chance de réussite, étant donné qu'ils ne sont pas en mesure de pouvoir assurer la diffusion par le biais de leur technologie du seul programme de télévision payant complet actuellement offert sur le marché, à savoir Premiere World. Elle rappelle à cet égard le caractère néfaste, du point de vue du droit de la concurrence, de l'émergence ou du maintien d'une domination du marché dans le domaine de la technologie, ainsi que la Commission l'aurait reconnu dans ses décisions Bertelsmann/Kirch/Premiere (considérants 56 et suivants) et Deutsche Telekom/BetaResearch (considérants 33 et suivants) au sujet de l'impact du système d-box contrôlé par le groupe Kirch. Elle fait observer également que la Commission aurait elle-même constaté dans sa communication concernant les mesures correctives que si, comme en l'espèce, le problème de concurrence est lié au contrôle d'une technologie essentielle, la cession de la technologie en question constitue la meilleure mesure correctrice (considérants 29 et 30).

347 Elle conteste l'argument de la Commission tiré de ce que le dégroupage entre programmes, technologie et équipements est déjà assuré par les engagements ayant pour objet de permettre aux tiers l'accès à la plate-forme technique de Kirch (engagements n^{os} 1 à 3) et à des plates-formes techniques concurrentes l'accès aux services de télévision payante de KirchPayTV (engagement n^o 7). Elle expose à cet égard que ces engagements sont dépourvus d'efficacité et renvoie aux critiques exposées à leur sujet. Elle rappelle notamment, au sujet de l'engagement n^o 7, les difficultés pratiques considérables rencontrées par la plate-forme technique alternative FUN pour obtenir l'accord du groupe Kirch pour avoir accès aux programmes de Premiere World.

— Appréciation du Tribunal

- 348 La requérante soutient que la Commission aurait dû prévoir un engagement imposant à Kirch, d'une part, d'offrir le décodeur d-box à des clients qui ne veulent pas souscrire à un abonnement aux programmes payants proposés par KirchPayTV et, d'autre part, de permettre à ses abonnés de recevoir ses programmes par le biais d'un équipement autre que le décodeur d-box.
- 349 Il convient de relever à cet égard que les engagements n^{os} 1 à 3, prévoyant l'accès des tiers à la plate-forme technique de Kirch, d'une part, et l'engagement n^o 7, prévoyant l'accès d'autres plates-formes techniques aux services de télévision à péage de Kirch, d'autre part, ont précisément pour objet d'assurer l'accès des tiers concurrents. Or, les griefs de la requérante relatifs à la prétendue insuffisance de ces engagements pour dissiper les doutes sérieux émis par la Commission ont déjà été rejetés ci-dessus.
- 350 Force est de constater, par ailleurs, que la requérante n'a pas établi, ni même exposé, en quoi, au vu des différentes mesures d'ouverture des marchés résultant de l'ensemble des engagements prévus par la décision, il aurait en outre été nécessaire d'adjoindre l'engagement qu'elle avait proposé.
- 351 Il s'ensuit que la requérante n'a pas établi que la Commission a commis une erreur manifeste d'appréciation et que le grief doit être rejeté.
- 352 Cette conclusion ne saurait être remise en cause par l'argument, formulé par la requérante dans sa réplique, selon lequel la plate-forme technique FUN rencontrerait des difficultés pour obtenir de Kirch l'accès à ses programmes de télévision à péage, Premiere World. Les engagements prévoient en effet, de

manière détaillée, une procédure d'arbitrage permettant notamment l'adoption de mesures contraignantes, pour résoudre les problèmes de cette nature, et dans l'hypothèse où il apparaîtrait, à l'issue de celle-ci, que Kirch est en défaut d'exécuter les engagements, la Commission aurait la possibilité de révoquer la décision attaquée conformément à l'article 8, paragraphe 5, du règlement n° 4064/89.

353 Il résulte de tout ce qui précède que le troisième moyen doit être rejeté.

4. Sur le quatrième moyen, tiré d'un vice de procédure résultant du défaut d'engager la procédure au titre de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 4064/89

Arguments des parties

354 La requérante considère que, conformément à l'article 6, paragraphe 2, du règlement sur les concentrations, lu avec le considérant 8 du règlement n° 1310/97, la Commission ne peut accepter des engagements au cours de la première phase du contrôle que lorsque les problèmes de concurrence sont aisément identifiables et peuvent être facilement résolus et que ce n'est que dans ce cas que la Commission peut renoncer à engager la procédure au titre de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement sur les concentrations.

355 À cet égard, elle rappelle que la Commission a exprimé, dans la décision attaquée, des doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération de concentration avec le marché commun (voir, notamment, considérants 51 et 80). Elle renvoie, en outre, à ses arguments tirés de la très grande complexité tant des problèmes de concurrence soulevés par l'opération de concentration que des engagements

proposés et du caractère manifestement inapproprié des engagements acceptés. Elle en conclut que les problèmes de concurrence soulevés en l'espèce n'étaient pas aisément identifiables et ne pouvaient pas être facilement résolus et que, partant, la Commission ne pouvait renoncer à engager la procédure au titre de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement sur les concentrations.

- 356 La requérante considère que ce défaut d'engager la procédure en cause constitue un vice de procédure.
- 357 Au soutien de cette thèse, elle se réfère aussi à l'arrêt du Tribunal du 10 mai 2000, SIC/Commission (T-46/97, Rec. p. II-2125). Elle expose que dans cet arrêt, rendu dans le cadre d'une affaire d'aides d'État, le Tribunal a annulé la décision de la Commission refusant de qualifier des financements critiqués par un plaignant comme aides d'État sans engager la procédure formelle prévue à l'article 88, paragraphe 2, CE. Elle note que, à l'appui de cette conclusion, le Tribunal a relevé les difficultés sérieuses de cette qualification et le fait que le refus d'engager la procédure formelle a privé le plaignant de l'occasion de participer à la procédure en présentant des observations. Considérant que le problème posé par le cas d'espèce, bien que relevant du contrôle des concentrations et non des aides d'État, est, en substance, comparable à cette affaire et présente même une complexité bien plus importante que celle-ci, elle estime qu'il aurait été en l'espèce d'autant plus indispensable d'engager la procédure.
- 358 Elle note que l'interprétation de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement sur les concentrations, proposée par KirchPayTV, ne tient pas compte du considérant 8 du règlement n° 1310/97 et du caractère manifestement inapproprié des engagements acceptés en l'espèce.
- 359 En réponse à l'argument de KirchPayTV tiré du défaut de pertinence de l'arrêt SIC/Commission, précité, en raison notamment des différences entre la procédure régissant les aides d'État et celle régissant le contrôle des concentrations, la

requérante précise que le défaut d'engager la procédure au titre de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement sur les concentrations a notamment eu pour effet de la priver des droits procéduraux élargis résultant de l'article 18, paragraphe 4, du règlement n° 4064/89.

360 La Commission et les intervenantes concluent au rejet du moyen.

Appréciation du Tribunal

361 La requérante invoque trois arguments au soutien de son moyen selon lequel la Commission était tenue d'ouvrir la seconde phase de la procédure.

362 S'agissant, en premier lieu, de l'argument tiré de ce que la Commission a constaté que le projet de concentration soulevait des doutes sérieux, il convient de rappeler que l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement sur les concentrations, qui dispose que la Commission est tenue d'engager la procédure, si elle constate que l'opération de concentration soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun, prévoit expressément que cette obligation s'exerce sans préjudice du paragraphe 2 de cet article. Or, ce dernier prévoit précisément la faculté pour la Commission de ne pas engager la procédure précitée et de déclarer l'opération compatible avec le marché commun, si elle constate que, après modifications apportées par les parties, ladite opération ne soulève plus de doutes sérieux.

363 Il s'ensuit que la circonstance que la Commission a estimé que la concentration soulevait des doutes sérieux n'implique pas qu'elle était tenue d'ouvrir la deuxième phase de la procédure, dès lors que les parties ont soumis des

engagements permettant de dissiper les doutes. Or, la Commission a constaté, au considérant 94 de la décision attaquée, que les engagements soumis par les parties écartaient les doutes sérieux.

- 364 Il convient de rappeler, en deuxième lieu, que les arguments de la requérante selon lesquels, d'une part, la Commission ne pouvait accepter les engagements en première phase dans la mesure où les problèmes de concurrence n'étaient pas aisément identifiables et, d'autre part, les engagements ne permettaient pas d'écartier les doutes sérieux posés par le projet de concentration ont déjà été rejetés, respectivement dans le cadre du deuxième et du troisième moyen.
- 365 Enfin, force est de constater que le troisième argument tiré de la comparaison avec l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt SIC/Commission, précité, n'est pas fondé dans la mesure où les procédures d'examen par la Commission au titre de l'article 6 du règlement sur les concentrations ne sauraient être assimilées à celles conduites au titre de l'article 88 CE.
- 366 Il convient en particulier de relever, tout d'abord, que, au niveau de la phase préliminaire de la procédure en matière d'aides d'État, les tiers intéressés n'ont aucun droit de participer à la procédure. Il convient d'observer, ensuite, que si la Commission constate, au cours de l'examen préalable prévu par l'article 88 CE, que le projet constitue une aide au sens de l'article 87, paragraphe 1, CE et que, dans cette mesure, il existe des doutes quant à sa compatibilité avec le marché commun, elle est tenue d'engager la procédure formelle, tandis que, ainsi qu'il est exposé ci-dessus, si la Commission constate qu'une opération de concentration soulève des doutes sérieux, elle n'est pas tenue d'engager la seconde phase si les modifications de l'opération de concentration ou les engagements des entreprises concernées permettent d'écartier lesdits doutes.
- 367 Il résulte de ce qui précède que le quatrième moyen doit être rejeté.

5. Sur le cinquième moyen, tiré d'une réduction inadmissible des droits de participation des tiers à la procédure

Arguments des parties

- 368 La requérante soutient que la Commission a violé les droits de participation des tiers à la procédure, en ce qu'elle a accepté des engagements proposés de façon si tardive par les parties à la concentration que la requérante n'aurait plus pu prendre position en temps utile.
- 369 La requérante rappelle que l'article 18, paragraphe 1, du règlement n° 447/98 dispose que les engagements que les entreprises concernées proposent à la Commission, conformément à l'article 6, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89, et que les parties veulent faire prendre en considération dans une décision fondée sur l'article 6, paragraphe 1, sous b), dudit règlement, doivent être communiqués à la Commission dans un délai de trois semaines à compter de la date de réception de la notification.
- 370 Elle interprète cette disposition comme imposant que tous les engagements que les parties concernées souhaitent proposer doivent obligatoirement être communiqués à la Commission dans un délai de trois semaines à compter de la date de réception de la notification. Seules des modifications mineures et aisément identifiables pourraient encore être considérées par la suite comme acceptables.
- 371 Elle justifie cette interprétation par trois arguments.

- 372 En premier lieu, elle rappelle qu'il ressort de l'article 10, paragraphe 6, du règlement sur les concentrations que si la Commission n'a pas pris de décision au titre de l'article 6, paragraphe 1, sous b), dans le délai de six semaines, l'opération de concentration est réputée déclarée compatible avec le marché commun. Elle en déduit que, si on acceptait que les entreprises concernées par l'opération de concentration peuvent modifier, sans restriction, leurs engagements après l'écoulement du délai de trois semaines prévu par l'article 18, paragraphe 1, du règlement n° 447/98, relatif aux notifications, elles auraient la possibilité de proposer des modifications substantielles peu avant l'expiration du délai de six semaines et d'acculer ainsi la Commission à l'autorisation par défaut prévue par l'article 10, paragraphe 6, du règlement sur les concentrations.
- 373 En deuxième lieu, l'interprétation proposée se justifierait au regard du considérant 8 du règlement n° 1310/97, selon lequel la Commission ne peut accepter des engagements au cours de la première phase de la procédure que lorsque le problème de concurrence est aisément identifiable et qu'il peut être facilement résolu. La requérante se réfère à cet égard aussi à la communication concernant les mesures correctives, dans laquelle la Commission constate, au point 37, que, étant donné que les remèdes de la première phase du contrôle sont construits de façon à fournir une réponse directe à des problèmes de concurrence aisément identifiables, seules des modifications limitées peuvent être acceptées.
- 374 La requérante réfute à cet égard l'argument de KirchPayTV selon lequel les modifications visant à tenir compte des observations des tiers ne constituent pas un indice de ce que les problèmes de concurrence soulevés par l'opération de concentration ne sont pas aisément identifiables ou qu'ils ne peuvent pas être facilement résolus. En effet, la Commission ne serait en droit de prendre en considération les observations des tiers pour exiger des parties des modifications des engagements proposés que si ces observations font naître chez elle des doutes sur la possibilité de déclarer l'opération de concentration compatible avec le marché commun. Des modifications importantes et fréquentes des engagements proposés à la suite des observations des tiers seraient ainsi le reflet de difficultés importantes soulevées par l'opération de concentration.

- 375 En troisième lieu, l'interprétation suggérée serait confirmée par la circonstance que l'article 18, paragraphe 1, du règlement n° 447/98, relatif aux notifications, ne prévoit pas la possibilité pour la Commission de prolonger le délai de présentation des engagements, et ce contrairement au paragraphe 2 de ce même article qui concerne les engagements proposés au cours de la deuxième phase.
- 376 Par conséquent, au regard de ces considérations, la requérante conclut que la Commission ne pouvait plus, en principe, prendre en considération des modifications aux engagements proposés après l'écoulement du délai prévu par l'article 18, paragraphe 1, du règlement n° 447/98, soit, en l'espèce, après le 29 février 2000.
- 377 La requérante observe que la Commission a néanmoins pris en considération, après cette date, deux modifications du paquet d'engagements, qui seraient de nature substantielle et qui, pour des raisons tactiques évidentes, n'auraient été présentées que très peu de temps avant l'écoulement du délai de six semaines prévu par l'article 10, paragraphe 1, du règlement n° 4064/89.
- 378 Elle considère que, ce faisant, la Commission a réduit, de manière inadmissible, les droits de participation des tiers à la procédure. Elle voit confirmé ce constat par le fait qu'elle ne s'est vu impartir qu'un délai d'à peine vingt-quatre heures au sujet de la première modification du paquet d'engagements, et qu'elle n'a pas eu la possibilité de présenter des observations au sujet de la deuxième modification de ce paquet.
- 379 La requérante précise qu'elle n'invoque pas la violation d'un droit des tiers à être entendu. Partant, elle conteste la pertinence des arguments de la Commission et de KirchPayTV visant à mettre en doute l'existence d'un tel droit dans son chef. Elle conteste, pour ce même motif, la pertinence de la référence faite par KirchPayTV à l'article 16, paragraphe 1, du règlement n° 447/98 et de l'argument tiré de ce qu'aucun délai n'est prévu pour l'audition de tiers sur la base de l'article 18, paragraphe 4, du règlement n° 4064/89.

- 380 Dans ce même contexte, elle fait valoir que l'arrêt Kaysersberg/Commission, précité, invoqué par la Commission pour soutenir son argument tiré du caractère très réduit des droits des tiers au cours de la procédure de contrôle des concentrations, n'est pas pertinent, car il concerne des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du règlement n° 447/98, et, partant, de l'article 18, paragraphe 1, de ce dernier, qui fixe un délai au cours duquel des engagements peuvent être proposés. La requérante observe à cet égard que le Tribunal relève expressément dans ledit arrêt, au point 141, cette absence de disposition imposant un délai en constatant que celle-ci impliquait que la Commission n'était pas, en l'espèce, en mesure de refuser de procéder à l'examen d'engagements proposés même tardivement. Elle en déduit que la conclusion inverse s'impose ici.
- 381 La Commission, soutenue par KirchPayTV, conclut au rejet de l'argumentation de la requérante sur ce moyen.

Appréciation du Tribunal

- 382 Il convient de rappeler que les parties à la concentration ont notifié l'opération de concentration de façon complète le 7 février 2000 et ont proposé des engagements à la Commission le 29 février 2000 et deux versions modifiées de ceux-ci les 14 et 16 mars 2000.
- 383 Il y a lieu de relever que, aux termes de l'article 18, paragraphe 1, du règlement n° 447/98:

«Les engagements que les entreprises concernées proposent à la Commission conformément à l'article 6, paragraphe 2, du règlement [...] n° 4064/89 et que les parties veulent faire prendre en considération dans une décision fondée sur

l'article 6, paragraphe 1, point b), dudit règlement doivent être communiqués à la Commission dans un délai de trois semaines à compter de la date de réception de la notification.»

384 En l'espèce, la notification ayant été déclarée complète par la Commission le 7 février 2000, le délai pour proposer des engagements à la Commission au cours de la phase I expirait le 29 février 2000, en application de la méthode de computation des délais définie aux articles 6 à 9 et 18, paragraphe 3, du règlement n° 447/98. Il en résulte que la version initiale des engagements a été déposée à la Commission dans les délais requis par l'article 18, paragraphe 1, du règlement n° 447/98.

385 Il est toutefois constant que la version initiale des engagements n'est pas celle qui a finalement été acceptée par la Commission dans la décision attaquée et que tant la version modifiée des engagements que la version finale de ceux-ci ont été déposées par les parties après le 29 février 2000. Il convient dès lors d'examiner si la Commission était en droit d'accepter lesdits engagements.

386 À cet égard, le Tribunal a déjà jugé que l'article 18, paragraphe 1, du règlement n° 447/98 doit être compris en ce sens que, si les parties à une concentration ne peuvent obliger la Commission à tenir compte des engagements et de leurs modifications intervenus après le délai de trois semaines, en revanche, la Commission, si elle estime avoir le temps nécessaire pour les examiner, doit être en mesure d'autoriser la concentration au vu desdits engagements, même si des modifications interviennent après le délai de trois semaines (arrêt *Royal Philips Electronics/Commission*, précité, point 239).

387 Il en résulte que la Commission était en droit d'accepter la version modifiée des engagements et la version finale de ceux-ci en dehors du délai de trois semaines prévu par l'article 18, paragraphe 1, du règlement n° 447/98, ledit délai n'étant pas contraignant pour elle.

388 Il est vrai que, aux termes du point 37 de la communication sur les mesures correctives, la Commission a indiqué:

«Lorsque l'appréciation des engagements proposés révèle qu'ils ne sont pas suffisants pour résoudre les problèmes de concurrence posés par l'opération, les parties en seront informées. Étant donné que les remèdes de phase I sont construits de façon à fournir une réponse directe à des problèmes de concurrence aisément identifiables, seules des modifications limitées peuvent être acceptées. De telles modifications, présentées comme une réponse immédiate aux résultats de consultations, comportent des clarifications, des perfectionnements et/ou des améliorations qui permettent que les engagements soient praticables et effectifs.»

389 Toutefois, ladite communication doit être interprétée à la lumière de l'article 18, paragraphe 1, du règlement n° 447/98.

390 Il s'ensuit que la Commission, si elle estime avoir le temps nécessaire pour examiner les modifications apportées aux engagements au-delà de ce délai, doit être en mesure d'autoriser la concentration au vu des engagements modifiés.

391 En tout état de cause, il y a lieu de constater que les modifications acceptées en l'espèce par la Commission, après le délai de trois semaines étaient limitées au sens du point 37 de la communication, c'est-à-dire qu'elles ont été «présentées comme une réponse immédiate aux résultats de consultations, comportent des clarifications, des perfectionnements et/ou des améliorations qui permettent que les engagements soient praticables et effectifs».

392 À cet égard, il convient tout d'abord de relever que la requérante n'a ni démontré ni même indiqué dans ses mémoires ou au cours de la procédure orale quelles modifications substantielles auraient été apportées après le délai de trois

semaines, mais se borne simplement à affirmer que de telles modifications ont été apportées.

393 De manière générale, il ressort d'une comparaison de la version initiale des engagements, déposée dans le délai de trois semaines, avec la première modification de ces engagements et la version finale des engagements acceptés par la Commission, que ni l'approche globale de la Commission visant à ouvrir l'accès au marché ni l'essence même de chacun des engagements n'ont été changés. En outre, il apparaît que la version modifiée et la version finale des engagements apparaissent comme une «amélioration» par rapport à la version initiale de ceux-ci, en vue précisément de tenir compte des observations formulées par les tiers et notamment la requérante.

394 S'agissant des changements apportés par la version modifiée à la version initiale, relativement aux trois premiers engagements qui concernent l'accès des tiers à la plate-forme Kirch, ceux-ci consistent notamment à élargir la catégorie des destinataires de tels engagements à tous tiers intéressés et non plus de la limiter aux opérateurs de télévision et à préciser davantage l'obligation de coopération à laquelle est soumise la société concernée de Kirch avec le destinataire de l'offre, laquelle inclut l'obligation de divulguer les informations relatives au système d'accès conditionnel et aux services techniques dans un délai d'un mois à partir de la demande écrite du tiers intéressé.

395 En ce qui concerne le quatrième engagement relatif à l'accès au système d-box de Kirch pour des applications de tiers, les changements apportés par la version finale ont consisté, principalement, à subordonner l'accès au système d'exploitation du d-box via l'Application Programming Interface, connue sous le nom de DVB Multimedia Home Platform (MHP) (ci-après l'«API»), sous réserve que Kirch et les tiers se mettent d'accord sur des conditions équitables, appropriées et non discriminatoires. Par ailleurs, les nouvelles dispositions relatives aux tests auxquels les tiers peuvent soumettre leur application ne modifient pas la portée de l'engagement.

- 396 Par conséquent, il convient de constater que l'essence même de l'engagement qui consiste à ouvrir davantage l'accès aux tiers au système d-box de Kirch reste inchangé et que les modifications constituent des améliorations au sens du point 37 de la communication sur les mesures correctives.
- 397 S'agissant du cinquième engagement qui concerne l'interopérabilité des applications par l'intermédiaire de l'API, les changements effectués dans la version finale se sont bornés à modifier le délai dans lequel cette interopérabilité doit être opérationnelle et à garantir qu'aucune licence supplémentaire pour le développement des applications compatibles avec MHP n'est demandée.
- 398 S'agissant du sixième engagement relatif à l'interopérabilité de plates-formes concurrentes, la version finale de l'engagement se borne simplement à préciser davantage les conditions auxquelles Kirch subordonne l'offre de conclure des accords Simulcrypt avec tous les fournisseurs de systèmes d'accès conditionnel numérique. Ainsi, Kirch s'engage à tout mettre en œuvre afin de garantir que les accords Simulcrypt entrent le plus vite possible en vigueur et non plus dans un délai de douze mois. Le respect de cet engagement dépend, en outre, de ce que le fournisseur d'un système d'accès conditionnel et Kirch collaborent «autant qu'objectivement nécessaire». Il s'agit bien là de modifications qui ne modifient ni la nature ni la substance de l'engagement.
- 399 S'agissant du septième engagement qui concerne l'accès d'autres plates-formes techniques aux services de télévision payante de Kirch, il convient de constater que le fait d'ajouter la condition de non-discrimination entre les abonnés qui captent la télévision via la plate-forme technique de Kirch et les abonnés qui captent la télévision via d'autres plates-formes à l'obligation de Kirch de vendre ses services de télévision payante directement aux souscripteurs (ou abonnés) constitue une amélioration de la version initiale de cet engagement mais n'en modifie pas la portée ou la nature.

400 S'agissant des modifications du huitième engagement relatif à l'utilisation de la technologie du système d-box par d'autres plates-formes concurrentes, il y a lieu de constater que les modifications apportées à la version initiale constituent une amélioration de cet engagement dans la mesure où les conditions relatives aux garanties que devaient offrir les tiers ont été remplacées par l'octroi d'une licence sur une base raisonnable et non discriminatoire à tout tiers intéressé qui en fait la demande.

401 En ce qui concerne le neuvième engagement relatif à la production de décodeurs «à système multiple», les modifications apportées ont consisté à préciser davantage la portée de l'engagement de Kirch et ont contribué à faciliter l'accès des tiers. En effet, dans la version modifiée de cet engagement, Kirch s'est engagé à ne pas empêcher les fabricants d'introduire dans de tels décodeurs un système d'accès conditionnel pour un tiers et à ne pas refuser de fournir les souscripteurs (ou les abonnés) de ses services de télévision payante pour le seul motif qu'ils souhaitent utiliser un système d-box avec une telle capacité. La version finale ajoute que Kirch s'engage à ne pas imposer aux fabricants d'autres restrictions qui les empêcheraient de fabriquer des décodeurs qui contiendraient des systèmes d'accès conditionnel supplémentaires.

402 Seuls les engagements n^{os} 10 et 11, qui concernent, respectivement, le passage du système analogique au système numérique et la limitation des capacités supplémentaires sur les réseaux câblés, ont été ajoutés. Toutefois, comparés aux neuf autres engagements, il ne saurait être considéré que cet ajout constitue une modification substantielle, dans la mesure où ces engagements n'ont pour objet que de renforcer l'accès des tiers aux différents marchés concernés, ce que les neufs premiers engagements ont précisément pour fin d'assurer.

403 En effet, l'engagement relatif au passage du système analogique au système numérique, ayant pour but d'éviter que les activités des tiers intéressés sur le marché de la télévision payante ou des services interactifs numériques soient entravées du fait de l'utilisation par les consommateurs de décodeurs analogiques

ne convenant pas à ce type d'activités, ne saurait être considéré comme une modification substantielle mais, au contraire, comme une amélioration qui permet d'ouvrir davantage l'accès des tiers au système de Kirch.

- 404 De même, le dernier engagement de Kirch de ne pas solliciter de nouvelles places numériques sur le câble jusqu'au 31 décembre 2000, ayant pour but d'éviter que l'offre de télévision payante de Kirch ne soit en position de force par rapport aux offres émanant des tiers, ne saurait être considéré comme une modification substantielle mais, au contraire, comme une amélioration de la version initiale des engagements destinée à les rendre praticables et effectifs.
- 405 Pour l'ensemble de ces considérations, la version modifiée des engagements et la version finale de ceux-ci peuvent être considérées comme des modifications limitées qui, aux termes du point 37 de la communication sur les mesures correctives, peuvent être acceptées par la Commission en dehors du délai prévu par l'article 18, paragraphe 1, du règlement n° 447/98.
- 406 De surcroît, la requérante a répété, à plusieurs reprises dans ses mémoires, que les modifications en cause constituaient des «modifications tactiques incessantes d'engagements déjà totalement inadéquats et insuffisants dans leur forme initiale». Ces affirmations conduisent à conclure que la requérante s'oppose en réalité aux engagements initiaux et non aux modifications y apportées à la suite des observations des tiers, en vue de les rendre effectifs et praticables, et que ni la nature ni la portée desdits engagements n'ont été modifiées.
- 407 Il résulte de ce qui précède que les modifications apportées aux engagements initiaux étaient limitées au sens du point 37 de la communication sur les mesures correctives.

408 Il convient encore toutefois d'examiner si, comme la requérante l'allègue, l'acceptation par la Commission des modifications aux engagements initiaux, après le délai de trois semaines, a porté atteinte à ses droits procéduraux.

409 À cet égard, il convient de constater, tout d'abord, que la requérante, avant d'être informée par la Commission le 29 février 2000 des propositions d'engagements de B Sky B et de Kirch, a, en sa qualité de tiers, été associée à la procédure et s'est vu adresser une demande de renseignements de la Commission en date du 11 janvier 2000, en vertu de laquelle elle devait présenter ses observations quant à la répercussion du projet de concentration sur la concurrence. Ces observations ont été déposées les 14 et 21 janvier 2000 et ont été suivies d'un entretien avec la direction générale de la concurrence le 9 février 2000.

410 Le Tribunal relève, en outre, que, à la demande de la Commission, la requérante lui a adressé, par courrier du 22 février 2000, son exposé des exigences, conditions ou engagements contractuels publics qu'elle estimait nécessaire au regard du droit de la concurrence.

411 Le Tribunal relève également que la requérante a été invitée à s'exprimer, comme elle l'indique dans sa requête, sur les engagements initiaux dans un délai d'un peu moins de quarante-huit heures, ainsi que sur le premier volet des modifications y apportées dans un délai de vingt-quatre heures.

412 Ainsi, dans son courrier du 2 mars 2000, la requérante a critiqué le fait que les engagements proposés initialement par les parties au projet de concentration ne constituaient rien de plus que la promesse de ne pas abuser de la position

dominante de KirchPayTV. La requérante a une fois encore réitéré son point de vue selon lequel, même en tenant compte d'engagements plus larges, le projet de concentration n'était pas conforme au droit communautaire.

- 413 La requérante a également eu la possibilité de présenter ses observations sur le premier volet de modifications par son courrier en date du 15 mars 2000. Elle a une fois de plus réitéré sa crainte quant au renforcement de la position dominante de Kirch sur le marché de la télévision à péage en Allemagne et quant à la création d'un quasi-monopole en ce qui concerne la fourniture des plates-formes techniques et des services. Elle a aussi sollicité des modifications relatives aux modalités des engagements en vue d'ouvrir davantage l'accès au marché des set-top box autres que les d-box et d'ouvrir le système de Kirch au MHP standard, sans conditions de délai ni conditions et charges commerciales discriminatoires.
- 414 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la Commission a entendu les tiers au cours de la première phase, y compris la requérante.
- 415 Partant, il convient de constater que la requérante a bel et bien été en mesure de faire connaître sa position quant à la portée et à la nature des engagements qui, selon elle, devaient être pris par les parties à la concentration et imposés à titre de conditions ou charges par la Commission.
- 416 Or, dans l'arrêt *Kaysersberg/Commission*, précité, le Tribunal a considéré, au point 119, que l'intérêt légitime des tiers, telle la requérante, de faire valoir leur point de vue sur les effets préjudiciables de la concentration sur la concurrence est pleinement sauvegardé lorsque ceux-ci sont mis en mesure, sur la base de l'ensemble des informations qui leur ont été communiquées par la Commission pendant la procédure engagée au titre de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 4064/89, et, notamment, des propositions d'engagements présentées par les entreprises concernées, de faire valoir leur point de vue sur les

modifications qu'il est envisagé d'apporter au projet de concentration en vue de lever les doutes sérieux existant quant à sa compatibilité avec le marché commun. En effet, dans un tel cas, il est suffisamment garanti que les considérations exposées par les entreprises tierces concurrentes seront susceptibles, le cas échéant, d'être prises en compte par la Commission pour apprécier la compatibilité de la concentration avec le droit communautaire et déterminer, en particulier, si les engagements proposés par les entreprises concernées lui apparaissent suffisants à cette fin.

- 417 Quant à la circonstance que la requérante n'aurait disposé que d'un délai d'un peu moins de vingt-quatre heures pour commenter les premières modifications aux engagements initiaux, il convient de souligner que l'article 18, paragraphe 4, du règlement n° 4064/89 et le règlement n° 447/98 ne prévoient aucune obligation spécifique quant à la durée du délai fixé par la Commission. Dans ce contexte, le Tribunal a déjà jugé, dans l'arrêt *Kaysersberg/Commission*, précité, ce qui suit:

«[...] la seule circonstance que la requérante n'ait disposé que d'un délai de deux jours ouvrables pour faire valoir ses observations sur les modifications proposées par [les parties] au projet de concentration n'est pas en l'espèce de nature à démontrer que son droit d'être entendue, conféré par l'article 18, paragraphe 4, du règlement n° 4064/89, a été méconnu par la Commission. Cette interprétation s'impose d'autant plus que, si l'intérêt légitime des tiers qualifiés à être entendus peut exiger qu'ils disposent d'un délai suffisant à cet effet, une telle exigence doit, néanmoins, être adaptée à l'impératif de célérité qui caractérise l'économie générale du règlement n° 4064/89 et qui impose à la Commission de respecter des délais stricts pour l'adoption de la décision finale, faute de quoi l'opération est réputée compatible avec le marché commun.»

- 418 Pour ces mêmes raisons, et a fortiori s'agissant d'une décision de la Commission prise au cours de la phase I, la circonstance que la requérante n'ait disposé que d'un délai d'un peu moins de vingt-quatre heures pour commenter des modifications aux engagements initiaux qui lui étaient connus ne saurait affecter la légalité de la décision.

- 419 En outre, la requérante n'avance aucun élément de nature à démontrer en quoi un délai plus long lui aurait donné la possibilité de formuler plus d'observations au sujet du premier volet de modifications des engagements proposés par BSKyB et Kirch de manière à faire connaître sa position quant au caractère suffisant ou non des engagements; elle se contente de reprocher à la Commission l'insuffisance du délai accordé. Il est à cet égard pertinent de relever que les critiques de la requérante devant le Tribunal sont substantiellement les mêmes que celles formulées au cours de la procédure administrative.
- 420 Il s'ensuit que le grief tiré de l'insuffisance du délai accordé à la requérante pour émettre des observations sur les engagements proposés par les parties à la concentration et les modifications y apportées n'est pas fondé.
- 421 En ce qui concerne le grief tiré de ce que le deuxième volet de modifications n'a pas été porté à la connaissance de la requérante et que, partant, elle n'aurait pas été en mesure de faire valoir ses observations sur lesdites modifications aux engagements initiaux, il convient tout d'abord de rappeler, comme exposé ci-dessus, que la requérante a été en mesure de faire connaître sa position quant à la portée et à la nature des engagements qui, selon elle, devaient être pris par les parties à la concentration, et imposés à titre de conditions ou charges par la Commission afin que l'opération soit considérée comme compatible avec le marché commun.
- 422 En outre, il ressort de l'arrêt *Kaysersberg/Commission*, précité (point 120), que, en phase II, la Commission n'est pas tenue, en vertu de l'article 18, paragraphe 4, du règlement n° 4064/89, de transmettre aux tiers qualifiés, pour avis préalable, la version définitive des engagements qui sont pris par les entreprises concernées sur la base des objections émises par la Commission, à la suite, notamment, des observations recueillies auprès de tiers sur les propositions d'engagements formulées par les entreprises en cause.

423 Tel est a fortiori le cas en ce qui concerne une décision de la Commission prise au terme de la phase I.

424 De même, en ce qui concerne le grief de la requérante tiré de l'insuffisance du délai pour émettre ses observations, la requérante n'avance aucun élément de nature à faire ressortir les observations qu'elle aurait pu émettre sur le deuxième volet de modifications.

425 Il s'ensuit que le cinquième moyen n'est pas fondé.

426 Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que le recours doit être rejeté dans son intégralité.

Sur les dépens

427 Aux termes de l'article 87, paragraphe 2, du règlement de procédure du Tribunal, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens s'il est conclu en ce sens. La requérante ayant succombé, il y a lieu de décider qu'elle supportera, outre ses propres dépens, ceux de la Commission et des parties intervenantes, KirchPayTV et BSKyB, conformément à leurs conclusions en ce sens.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (troisième chambre)

déclare et arrête:

- 1) **Le recours est rejeté.**

- 2) **La requérante supportera ses propres dépens ainsi que ceux exposés par la Commission et les parties intervenantes, KirchPayTV et BSkyB.**

Jaeger

Lenaerts

Azizi

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 30 septembre 2003.

Le greffier

Le président

H. Jung

K. Lenaerts

Table des matières

Cadre juridique	II-3834
Faits à l'origine du litige	II-3836
Décision attaquée	II-3839
1. Marché de la télévision payante	II-3839
2. Marché des services de télévision interactive numérique	II-3842
3. Marché de l'acquisition des droits de diffusion	II-3843
4. Engagements	II-3844
Procédure et conclusions des parties	II-3844
Sur la recevabilité	II-3846
1. Sur la qualité de la requérante pour former le recours	II-3846
Arguments des parties	II-3846
Appréciation du Tribunal	II-3850
Existence d'une certaine concurrence entre la télévision gratuite et la télévision payante	II-3855
Convergence à l'avenir entre la télévision gratuite et la télévision payante du fait de la numérisation	II-3856
Incidence de la concentration sur les services de télévision interactive numérique	II-3857
Participation de la requérante au projet FUN	II-3858
Acquisition des droits de retransmission	II-3858
2. Sur les conditions de l'article 44, paragraphe 1, du règlement de procédure	II-3860
Sur le fond	II-3860
1. Sur le premier moyen, tiré d'une erreur d'appréciation des faits au regard de l'article 2, paragraphes 3 et 4, du règlement n ^o 4064/89	II-3861
Arguments des parties	II-3861
Appréciation du Tribunal	II-3864
II - 3948	

2. Sur le deuxième moyen, tiré de la violation de l'article 6, paragraphe 2, du règlement n° 4064/89	II - 3869
Arguments des parties	II - 3869
Appréciation du Tribunal	II - 3877
3. Sur le troisième moyen, tiré de l'insuffisance des engagements	II - 3883
Observations communes à l'ensemble des engagements	II - 3884
Arguments des parties	II - 3884
Appréciation du Tribunal	II - 3886
Observations spécifiques à certains engagements	II - 3892
Accès des tiers à la plate-forme Kirch (engagements n ^{os} 1 à 3)	II - 3892
— Arguments des parties	II - 3892
— Appréciation du Tribunal	II - 3894
Ouverture de l'accès au système d-box de Kirch pour des applications de tiers (engagement n° 4)	II - 3896
— Arguments des parties	II - 3896
— Appréciation du Tribunal	II - 3898
Interopérabilité des applications (engagement n° 5)	II - 3901
— Arguments des parties	II - 3901
— Appréciation du Tribunal	II - 3901
Interopérabilité de plates-formes concurrentes (engagement n° 6)	II - 3903
— Arguments des parties	II - 3903
— Appréciation du Tribunal	II - 3905
Accès d'autres plates-formes techniques aux services de télévision payante de Kirch (engagement n° 7)	II - 3906
— Arguments des parties	II - 3906
— Appréciation du Tribunal	II - 3908
Utilisation de la technologie du système d-box par d'autres plates-formes concurrentes (engagement n° 8)	II - 3909
— Arguments des parties	II - 3909
— Appréciation du Tribunal	II - 3912

Production de décodeurs «à système multiple» (engagement n° 9)	II - 3913
— Arguments des parties	II - 3913
— Appréciation du Tribunal	II - 3914
Passage du système analogique au système numérique (engagement n° 10)	II - 3915
— Arguments des parties	II - 3915
— Appréciation du Tribunal	II - 3916
Limitation des capacités supplémentaires sur les réseaux câblés (engagement n° 11)	II - 3916
— Arguments des parties	II - 3916
— Appréciation du Tribunal	II - 3917
Observations critiquant l'absence de certains engagements qui seraient indispensables	II - 3918
Défaut d'un engagement visant à équiper le décodeur d-box d'une interface commune	II - 3919
— Arguments des parties	II - 3919
— Appréciation du Tribunal	II - 3921
Défaut d'un engagement au sujet des rapports éventuels entre BetaResearch et Deutsche Telekom	II - 3923
— Arguments des parties	II - 3923
— Appréciation du Tribunal	II - 3924
Défaut d'un engagement imposant le dégroupage des programmes, de la technologie et de l'équipement	II - 3925
— Arguments des parties	II - 3925
— Appréciation du Tribunal	II - 3927
4. Sur le quatrième moyen, tiré d'un vice de procédure résultant du défaut d'engager la procédure au titre de l'article 6, paragraphe 1, sous c), du règlement n° 4064/89	II - 3928
Arguments des parties	II - 3928
Appréciation du Tribunal	II - 3930
5. Sur le cinquième moyen, tiré d'une réduction inadmissible des droits de participation des tiers à la procédure	II - 3932
Arguments des parties	II - 3932
Appréciation du Tribunal	II - 3935
Sur les dépens	II - 3946