

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM  
(fjärde avdelningen i utökad sammansättning)  
den 28 april 1999 \*

I mål T-221/95,

**Endemol Entertainment Holding BV**, bolag bildat enligt nederländsk rätt, Zevenend (Nederländerna), företrätt av advokaterna Onno W. Brouwer, Peter Wytinck, Bryssel, och Martijn van Empel, Amsterdam, delgivningsadress: advokatbyrån Jacques Loesch, 11, rue Goethe, Luxemburg,

sökande,

mot

**Europeiska gemenskapernas kommission**, företrädd av Wouter Wils, rättstjänsten, i egenskap av ombud, delgivningsadress: rättstjänsten, Carlos Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

svarande,

\* Rättegångsspråk: engelska.

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 96/346/EG av den 20 september 1995 om ett förfarande enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol) (EGT L 134, 1996, s. 32), varigenom avtalet om bildande av samriskföretaget Holland Media Groep förklarades vara oförenligt med den gemensamma marknaden,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN  
(fjärde avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden P. Lindh samt domarna R. García-Valdecasas, K. Lenaerts, J.D. Cooke och M. Jaeger,

justitiesekreterare: H. Jung,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 15 juli 1998,

följande

## Dom

### Tillämpliga bestämmelser

- 1 I artikel 2 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (i den rättade versionen enligt EGT L 257, 1990, s. 13, svensk specialutgåva, annex, s. 16, som är tillämplig i förevarande mål, nedan kallad förordning nr 4064/89) föreskrivs följande:

”1. Koncentrationer som omfattas av denna förordning skall bedömas på grundval av följande bestämmelser för att fastställa om de är förenliga med den gemensamma marknaden.

När kommissionen gör sin bedömning skall den ta hänsyn till

- a) behovet av att bevara och utveckla en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden mot bakgrund av bl.a. strukturen på alla de berörda marknaderna och den faktiska eller potentiella konkurrensen från företag som är belägna antingen inom eller utanför gemenskapen,
- b) de berörda företagens marknadsställning och deras ekonomiska och finansiella styrka, leverantörernas och konsumenternas valmöjligheter, deras till-

gång till leveranser eller marknader, rättsliga eller andra hinder för inträde på marknaden, utvecklingen av tillgång och efterfrågan på de aktuella varorna och tjänsterna, avnämarentressen i mellanliggande och slutliga distributionsled samt utvecklingen av tekniskt och ekonomiskt framåtskridande, förutsatt att detta är till gagn för konsumenterna och inte utgör ett hinder för konkurrensen.

2. En koncentration som inte skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.

3. En koncentration som skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.”

2 I artikel 3.1 i förordningen föreskrivs följande:

”En koncentration skall anses föreligga om

a) två eller flera tidigare självständiga företag slås samman, eller

b) — en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag, eller

— ett eller flera företag

antingen genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt får kontroll över ett eller flera företag eller delar därav.”

3 I artikel 3.3 föreskrivs följande:

”Enligt denna förordning uppnås kontroll genom rättigheter eller avtal eller på andra sätt som, antingen var för sig eller tillsammans och med hänsyn till alla faktiska eller rättsliga förhållanden, ger möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande på ett företag, särskilt genom

a) äganderätt till eller rätt att använda ett företags samtliga tillgångar eller en del av dessa,

b) rättigheter eller avtal som ger ett bestämmande inflytande på sammansättningen av företagets organ och dessas röstning eller beslut.”

4 I artikel 8.2 föreskrivs följande:

”Om kommissionen finner att en koncentration som har anmälts uppfyller det kriterium som anges i artikel 2.2, eventuellt sedan de berörda företagen har vidtagit ändringar, skall den meddela ett beslut enligt vilket koncentrationen förklaras förenlig med den gemensamma marknaden.

Kommissionen kan förena beslutet med villkor och ålägganden i syfte att säkerställa att de berörda företagen fullgör sina åtaganden gentemot kommissionen när det gäller att ändra den ursprungliga koncentrationsplanen. Beslutet om att koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden skall även omfatta sådana begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för genomförandet av koncentrationen.”

5 I artikel 8.3 föreskrivs följande:

”Om kommissionen finner att en koncentration uppfyller det kriterium som anges i artikel 2.3, skall den meddela ett beslut enligt vilket koncentrationen förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.”

6 I artikel 11 föreskrivs följande:

”1. Vid fullgörandet av de uppgifter som kommissionen har tilldelats genom denna förordning får kommissionen inhämta alla nödvändiga upplysningar från medlemsstaternas regeringar och behöriga myndigheter, från de personer som avses i artikel 3.1 b samt från företag och företagssammanslutningar.

2. När kommissionen riktar en begäran om upplysningar till en person, ett företag eller en företagssammanslutning, skall den samtidigt sända en kopia av denna begäran till den behöriga myndigheten i den medlemsstat inom vars territorium personen är bosatt eller företaget eller företagssammanslutningen har sitt säte.

3. I sin begäran skall kommissionen ange den rättsliga grunden för och syftet med begäran samt de påföljder som föreskrivs i artikel 14.1 c för det fall att oriktiga uppgifter lämnas.

4. Skyldiga att lämna de begärda upplysningarna är, i fråga om företag, företagets ägare eller deras företrädare och, i fråga om juridiska personer, bolag, företag eller sammanslutningar som inte är juridiska personer, de som är utsedda att företräda dem enligt lag eller stadgar.

5. Om en person, ett företag eller en företagssammanslutning inte lämnar de begärda upplysningarna inom den tidsfrist som har fastställts av kommissionen eller lämnar ofullständiga upplysningar, skall kommissionen begära upplysningarna genom beslut. I beslutet skall anges vilka upplysningar som begärs, fastställas en lämplig tidsfrist inom vilken upplysningarna skall lämnas och anges de påföljder som avses i artiklarna 14.1 c och 15.1 a samt upplysas om rätten att få beslutet prövat av domstolen.

6. Kommissionen skall samtidigt sända en kopia av sitt beslut till den behöriga myndigheten i den medlemsstat inom vars territorium personen är bosatt eller företaget eller företagsammanslutningen har sitt säte.”

7 I artikel 19.2 i förordningen föreskrivs följande:

”Kommissionen skall vidta åtgärder enligt denna förordning i nära och ständig samverkan med medlemsstaternas behöriga myndigheter, som har rätt att framföra sina synpunkter på dessa åtgärder...”

8 I artikel 22.3 föreskrivs följande:

”Om på begäran av en medlemsstat kommissionen konstaterar att en koncentration enligt definitionen i artikel 3 som inte har någon gemenskapsdimension enligt artikel 1 skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den berörda medlemsstatens territorium påtagligt skulle hämmas, kan den, i den mån koncentrationen påverkar handeln mellan medlemsstater, fatta beslut enligt artikel 8.2 andra stycket, 8.3 och 8.4.”

### Bakgrund till tvisten

9 Genom beslut 96/346/EG av den 20 september 1995 om ett förfarande enligt rådets förordning nr 4064/89 (IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol) (EGT L 134, 1996, s. 32, nedan kallat det omtvistade beslutet), som antogs med stöd av artikel 8.3 i förordning nr 4064/89, förklarade kommissionen att koncen-



trationen i form av bildandet av samriskföretaget Holland Media Groep (nedan kallad koncentrationen) var oförenlig med den gemensamma marknaden.

- 10 Parterna i denna koncentration var Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion SA (nedan kallat CLT), NV Verenigd Bezit VNU (nedan kallat VNU), RTL 4 SA (nedan kallat RTL), Endemol Entertainment Holding BV (nedan kallat Endemol) och Veronica Omroep Organisatie (nedan kallat Veronica).
- 11 CLT är ett programföretag bildat enligt luxemburgsk rätt med verksamhet inom TV-, radio- och förlagsbranschen och närliggande områden på ett flertal nationella marknader.
- 12 VNU är ett bolag bildat enligt nederländsk rätt med verksamhet inom mediaförlagsbranschen, som är riktad till konsumenter, fackmän samt databaser. Bolaget äger andelar i programföretag, varav en indirekt minoritetsandel om 44,4 procent i det belgiska kommersiella programföretaget VTM och en indirekt andel om 38 procent i RTL:s aktiekapital.
- 13 RTL är ett bolag bildat enligt luxemburgsk rätt, som tillhandahåller TV- och radioprogram som delvis är på nederländska. Programmen sänds av CLT, som direkt och indirekt äger 47,27 procent av RTL:s aktiekapital. CLT har slutligen kontroll över RTL, som ägde 51 procent av aktiekapitalet i Holland Media Groep (nedan kallat HMG).
- 14 Veronica är en sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, som var verksam på den nederländska TV- och radiomarknaden såsom offentlig programorganisation fram till den 1 september 1995. Veronica var en av fyra offentliga programorganisationer som sände sina program i den offentliga kanalen "Nederland 2". Den 1 september 1995 lämnade Veronica det offentliga systemet för TV- och radioutsändningar för att bli en kommersiell TV-kanal.

- 15 Endemol är ett bolag bildat enligt nederländsk rätt. Endemol är resultatet av ett samgående år 1994 mellan J.E. Entertainment BV och John de Mol Communications BV. Endemols verksamhet är baserad i Nederländerna, men bolaget har andra företag i Europa. Endemols huvudsakliga verksamhet är att producera TV-program, sköta TV-studior, skapa programidéer (det vill säga originalkoncept av program som kan bli föremål för reproduktion), producera och använda teaterprogram och anordna arrangemang.
- 16 Veronica och Endemol bildade på grund av koncentrationen Veronica Media Groep (nedan kallat VMG), ett bolag bildat enligt nederländsk rätt vars aktiekapital de ägde till 53 procent respektive 47 procent. VMG äger 49 procent av aktierna i HMG.
- 17 Syftet med koncentrationen var att bilda HMG, vars verksamhet bestod i att tillhandahålla TV- och radioprogram eller "programpaket" av sådana program, vilka sänds av HMG, CLT, Veronica eller andra i Nederländerna och i Luxemburg. Alla respektive parter radio- och TV-verksamhet som var avsedd för Nederländerna överfördes till HMG. De tillgångar som RTL överförde omfattade TV-kanalerna RTL 4 och RTL 5 och därmed sammanhängande tillgångar och RTL:s rockradiokanal. RTL överförde till HMG även rättigheten för HMG att utnyttja CLT:s sändningslicens ("koncession"), den affärsverksamhet som består av tillhandahållandet och sammanställandet av programpaket av huvudsakligen nederländskspråkiga radio- och TV-program för sändning i Nederländerna och i Luxemburg samt dess aktieinnehav på 50 procent i IPN SA (nedan kallat IPN), det reklamföretag som säljer TV-reklamtid för kanalerna RTL 4 och RTL 5. De tillgångar som överförts av Veronica och Endemol omfattade Veronicas TV-kanal och därmed sammanhängande tillgångar och Endemols radioverksamhet (det vill säga radiokanalen FM Holland).
- 18 Endemol och HMG hade även slutit ett tioårigt produktionsavtal, som motsvarade HMG:s produktionsbehov för dess tre kanaler. Enligt detta avtal åtog sig Endemol att täcka 60 procent av HMG:s behov av nederländska produktioner. I gengäld åtog sig HMG att av Endemol köpa 60 procent, beräknat på värdet, av de specialprogram som HMG behövde. HMG hade dessutom

förhandsrätt till TV-stjärnor och programidéer som nylanserats, inköpts eller upptäckts av Endemol.

- 19 Den 19 april 1995 sände den nederländska regeringen en skrivelse till kommissionen i enlighet med artikel 22.3 i förordning nr 4064/89, och begärde att kommissionen skulle undersöka koncentrationen, då denna inte hade någon gemenskapsdimension.
- 20 Den 22 maj 1995 antog kommissionen ett beslut med stöd av artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89 om att inleda den andra fasen av det förfarande som föreskrivs i förordningen.
- 21 Eftersom inledandet av ett förfarande enligt artikel 22 i förordning nr 4064/89 inte hindrar verkställighet på det sätt som vanligtvis föreskrivs i artikel 7.1 i nämnda förordning kunde parterna genomföra koncentrationen under de villkor som angetts ovan i punkt 17. Från och med den 1 september 1995 sände följaktligen RTL 4 och RTL 5 sina program enligt den sändningslicens som CLT beviljats av de luxemburgska myndigheterna. Veronicas program sändes enligt den sändningslicens för kommersiella program som de nederländska myndigheterna beviljat.
- 22 Den 20 september 1995 antog kommissionen det omtvistade beslutet genom att förklara avtalet om bildande av samriskföretaget HMG oförenligt med den gemensamma marknaden, med motiveringen att koncentrationen skulle leda till skapandet av en dominerande ställning på TV-reklammarknaden i Nederländerna och till att Endemols dominerande ställning i Nederländerna på marknaden för nederländkspråkiga TV-program som produceras fristående skulle förstärkas, vilket i avsevärd utsträckning skulle hindra den effektiva konkurrensen i Nederländerna.

- 23 Samtidigt uppmanade kommissionen parterna att inom tre månader från delgivningen av det omtvistade beslutet föreslå lämpliga åtgärder för att återupprätta den effektiva konkurrensen på marknaden för TV-reklam och för nederländska TV-program som produceras fristående i Nederländerna.

### Förfarandet, händelser efter det att talan väcktes och parternas yrkanden

- 24 Samtliga parter i koncentrationen har genom ansökan, som inkom till förstainstansrättens kansli den 4 december 1995, väckt förevarande talan.
- 25 Sökandena har genom handling, som inkom till förstainstansrättens kansli den 7 maj 1996, förklarat att förhandlingar pågick med kommissionens tjänstegrenar för att komma fram till ett avtal om en ändrad koncentration som kommissionen skulle kunna godkänna som förenlig med den gemensamma marknaden.
- 26 Genom kommissionens beslut 96/649/EG av den 17 juli 1996 om ett förfarande enligt förordning nr 4064/89 (IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol) (EGT L 294, s. 14) förklarades koncentrationen vara förenlig med den gemensamma marknaden efter ändring av partssammansättningen, dock med förbehåll för att samtliga villkor och skyldigheter i parternas åtaganden helt och hållet uppfylldes. Dessa villkor, som anges i elfte och tolfte övervägandena i detta beslut, var följande:
- a) Endemol avslutade sitt innehav i HMG:s aktiekapital, och därmed är Endemol inte längre aktieägare i HMG. Till följd av det nya koncentrationsavtalet äger RTL 65 procent och Veronica 35 procent av aktierna i HMG.

b) Den 1 januari 1997 skulle HMG ha upphört med att driva RTL 5 som en kanal med allmän inriktning och omvandla den till en nyhetskanal (det vill säga en TV-kanal som begränsar sig till att sända nyheter och andra nyhetsrelaterade program) enligt det utkast till verksamhetsplan som HMG lämnade in till kommissionen den 1 maj 1996. Enligt verksamhetsplanen skall kanalen i framtiden drivas som en betalteve-kanal som får större delen av sina inkomster i form av avgifter från tittarna och kabelföretagen. På parternas begäran kan kommissionen förlänga tidsfristen för omvandlingen av RTL 5 till en nyhetskanal med tre månader om det är absolut nödvändigt för att parterna skall kunna genomföra omvandlingen. Inom en period på fem år från det att föreliggande beslut antagits fick HMG inte ändra nyhetskanalens grundläggande karaktär eller avvika i väsentlig grad från ovannämnda verksamhetsplan utan att detta först godkänts av kommissionen.

- 27 Parterna delgavs detta beslut genom skrivelse av den 25 juli 1996.
- 28 Efter detta beslut begärde Veronica, RTL, CLT och VNU genom skrivelse, som inkom till förstainstansrättens kansli den 11 september 1996, att de skulle strykas från förteckningen över sökandena i förevarande mål.
- 29 Genom beslut meddelat av ordföranden för fjärde avdelningen i utökad sammansättning den 7 oktober 1996 ströks Veronica, RTL, CLT och VNU från förteckningen över sökandena i förevarande mål och förpliktades att bära de egna rättegångskostnaderna samt ersätta fyra femtedelar av svarandens rättegångskostnader fram till återkallelsen av talan.
- 30 Endemol förblir således den enda sökanden i förevarande mål.
- 31 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten att inleda det muntliga förfarandet utan att vidta föregående åtgärder för bevisupptagning.

Sökanden och kommissionen uppmanades dock den 17 juni 1998 att besvara vissa skriftliga frågor och inge vissa handlingar. Sökanden och kommissionen besvarade de frågor som ställts och ingav de begärda handlingarna den 6 juli 1998.

32 Som svar på de frågor som förstainstansrätten ställt angav sökanden den 6 juli 1998 att den avstod från de två argument som den anfört inom ramen för den fjärde grunden avseende HMG:s ställning på marknaden för TV-program-sändningar och HMG:s dominerande ställning på TV-reklammarknaden.

33 Parterna har utvecklat sin talan och sina svar på förstainstansrättens frågor vid sammanträdet den 15 juli 1998.

34 Sökanden yrkar att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

35 Kommissionen yrkar att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

### Prövning i sak

- 36 Sökanden har åberopat fyra grunder till stöd för sin talan. Den första grunden avser att kommissionen saknade behörighet att anta det omtvistade beslutet, eftersom kommissionen endast var behörig att undersöka TV-reklammarknaden, och inte TV-produktionsmarknaden. Den andra grunden avser att rätten till försvar har åsidosatts, eftersom sökanden inte i tillräcklig utsträckning fick tillgång till handlingarna i ärendet. Den tredje och den fjärde grunden avser åsidosättande av väsentliga formkrav respektive åsidosättande av artiklarna 2 och 3 i förordning nr 4064/89.

#### 1. *Den första grunden: Huruvida kommissionen saknade behörighet*

#### *Parternas argument*

- 37 Sökanden har gjort gällande att kommissionen endast hade behörighet att undersöka TV-reklammarknaden, och inte TV-produktionsmarknaden. Kommissionens behörighet avseende koncentrationer som inte har någon gemenskapsdimension är beroende av en begäran från en medlemsstat enligt artikel 22.3 i förordning nr 4064/89. I förevarande mål skall den nederländska regeringen ha begärt att kommissionen skulle undersöka koncentrationen endast vad avser TV-reklammarknaden. Av detta följer att kommissionen endast kunde undersöka denna marknad och inte på eget initiativ kunde utvidga undersökningen.

- 38 Den nederländska regeringen erinrade uttryckligen om att begäran var begränsad till TV-reklammarknaden, inte bara i dess skrivelse av den 19 april 1995, utan även i det förklarande meddelandet som medföljde denna skrivelse. Där angavs att de möjliga följderna för TV-reklammarknaden hade motiverat den nederländska regeringen att begära att koncentrationen skulle undersökas i enlighet med förordning nr 4064/89.
- 39 Kommissionen har gjort gällande att artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 antogs för att säkerställa en effektiv kontroll av koncentrationer för det fall en medlemsstat inte har några regler för det ändamålet. Nämnada bestämmelse gör det följaktligen möjligt för en medlemsstat att begära att kommissionen skall undersöka ett ärende när de nationella lösningarna inte är tillräckliga för att avhjälpa den konkurrensbegränsande inverkan av en koncentration.
- 40 Enligt kommissionen möjliggör denna bestämmelse inte på något sätt att en medlemsstat endast underkastar en särskild aspekt av en koncentration kommissionens bedömning. Tvärtom medför bestämmelsen att koncentrationen skall undersökas i sin helhet. Till följd av en sådan begäran skall kommissionen undersöka koncentrationen som om den hade gemenskapsdimension. Den behörighet som kommissionen åtnjuter i detta avseende skulle inte vara ändamålsenlig om man väntade sig att den berörda medlemsstaten i sin begäran redan skulle ha identifierat det konkurrensproblem som kräver en lösning.
- 41 Kommissionen har tillagt att i förevarande mål har den nederländska regeringen inte begränsat sin begäran till att omfatta TV-reklammarknaden. Det framgår tydligt av den skrivelse som den nederländska regeringen skickade till kommissionen att den begärde att kommissionen skulle undersöka huruvida koncentrationen i sin helhet var förenlig med förordning nr 4064/89. Den nederländska regeringen skall helt enkelt ha angett att den ansåg att koncentrationen endast förstärkte parternas ställning på ett väsentligt sätt på TV-reklammarknaden och att den begäran som den riktade till kommissionen var motiverad av regeringens oro i det avseendet. Inte heller finns det något i det förklarande meddelandet som medföljde skrivelsen till kommissionen som antyder att den nederländska regeringen bad kommissionen att endast undersöka TV-reklammarknaden.



*Förstainstansrättens bedömning*

- 42 I artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 föreskrivs i huvudsak att kommissionen, på begäran av en medlemsstat, kan undersöka om en koncentration som inte har någon gemenskapsdimension är förenlig med denna förordning. Kommissionens undersökning begränsas enbart av ordalydelsen i artikel 22. Således föreskrivs det exempelvis i artikel 22.5 att kommissionen endast skall vidta de åtgärder som absolut är nödvändiga för att upprätthålla eller återupprätta en effektiv konkurrens i den medlemsstat på vars begäran den ingriper. Däremot ger inte artikel 22 medlemsstaten någon behörighet vare sig att bestämma hur kommissionen skall bedriva sin undersökning när medlemsstaten väl har hänskjutit koncentrationen i fråga till kommissionen, eller att begränsa omfattningen av kommissionens undersökning i det avseendet.
- 43 Dessutom framgår det tydligt av handlingarna i målet att den nederländska regeringen, i motsats till vad sökanden har hävdad, inte har försökt inskränka kommissionens undersökning av koncentrationen i fråga.
- 44 Således anges det i den skrivelse av den 19 april 1995 som den nederländska regeringen skickade till kommissionen att den väntade sig att kommissionen skulle undersöka koncentrationen i sin helhet och inte bara en aspekt av den. Den första punkten i denna skrivelse har följande lydelse:

”Med hänvisning till artikel 22.3 i förordning nr 4064/89 ber jag, på den nederländska regeringens vägnar, att ni undersöker huruvida samriskföretaget mellan RTL, CLT, VNU, Veronica och Endemol är förenligt med förordningen om kontroll av företagskoncentrationer.”

- 45 Det framgår också av den tredje punkten i denna skrivelse att även om den nederländska regeringen ville fästa kommissionens uppmärksamhet på TV-reklammarknaden i synnerhet, avsåg den dock inte att begränsa omfattningen av kommissionens undersökning. I denna punkt anges följande:

”Såvitt den nederländska regeringen kan avgöra har partnerskapet tagit formen av en koncentration... Den nederländska regeringen anser att det är önskvärt att närmare undersöka frågan huruvida koncentrationen kan leda till att en dominerande ställning skapas eller förstärks vilket kan få till följd att en effektiv konkurrens på TV-reklammarknaden i Nederländerna påtagligt hämmas.”

- 46 Denna slutsats bekräftas av det faktum att den rådgivande kommittén i sitt yttrande av den 5 september 1995 avseende utkastet till det omtvistade beslutet, som krävs enligt artikel 19 i förordning nr 4064/89, stödde kommissionens åsikt, enligt vilken dess undersökning skulle avse koncentrationen i sin helhet och inte bara särskilda aspekter av den. Kommitténs yttrande var enhälligt i denna fråga och den nederländska representanten gav sitt samtycke i det avseendet.

- 47 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på den första grunden.

## 2. Den andra grunden: Huruvida rätten till försvar har åsidosatts

### *Parternas argument*

- 48 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt sökandens rätt till försvar, med hänsyn till det sätt på vilket den har behandlat sökandens rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet.
- 49 Rätten till försvar omfattar de berörda företagens rätt att få tillgång till de handlingar som kommissionen åberopar, för att de skall kunna yttra sig om huruvida dessa handlingar är korrekta och huruvida de är relevanta. Kommissionen är förpliktad att ge de företag som är inblandade i ett förfarande enligt artikel 85.1 i EEG-fördraget tillgång till alla handlingar, vare sig de är till fördel eller nackdel för företaget, som kommissionen inhämtat under undersökningen, med undantag för andra företags affärshemligheter, kommissionens interna handlingar och annan information av förtrolig karaktär (förstainstansrättens dom av den 18 december 1992 i de förenade målen T-10/92, T-11/92, T-12/92 och T-15/92, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 1992, s. II-2667, punkt 41; svensk specialutgåva, volym 14).
- 50 Fastän denna rättspraxis har utvecklats i mål rörande förfaranden enligt artiklarna 85 och 86 i fördraget, har dock sökanden hävdat att tillämpningen av principen om skydd för rätten till försvar vid förfaranden enligt förordning nr 4064/89 inte kan ta sig uttryck i en mindre omfattande rätt till tillgång till kommissionens handlingar i ärendet. Artikel 18 i förordning nr 4064/89, precis som artikel 13 i kommissionens förordning (EG) nr 3384/94 av den 21 december 1994 om anmälningar, tidsfrister och förhör enligt förordning nr 4064/89 (EGT L 377, s. 1, svensk specialutgåva, område 8, volym 3, s. 16, nedan kallad förordning nr 3384/94, som var den tillämpningsförordning som var i kraft vid denna tidpunkt), innehåller bestämmelser avseende rätten att höras, vilka är identiska med artikel 19.1 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8) och artikel 4 i kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17 (EGT 127, 1963, s. 2268, svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 32, nedan kallad förordning

nr 99/63). Det står således klart att omnämnda rättspraxis är fullt tillämplig på de förfaranden som föreskrivs i förordning nr 4064/89.

- 51 Sökanden har gjort gällande att de handlingar som parterna i koncentrationen fick tillgång till var uppenbart ofullständiga, i huvudsak därför att kommissionen hade ersatt ett flertal handlingar som härrörde från de berörda parterna på marknaden med icke-konfidentiella sammanfattningar där namnen på nämnda parter inte angavs. Kommissionen vägrade även att uppge namnen på de företag som inte hade begärt konfidentiell behandling, av den anledningen att det skulle möjliggöra för parterna att därav dra slutsatsen vilka de övriga företagen var. Sökanden har medgett att denna ståndpunkt skulle kunna vara försvarbar vad gäller kommissionens första frågeformulär för fristående producenter, som skickades till fem fristående TV-programproducenter, men att den är obegriplig vad gäller det andra allmänna frågeformuläret, som skickades till alla övriga fristående producenter som anges i Nederlands Omroep Handboek 1994/1995 (handbok för den nederländska myndigheten för radio- och TV-sändning, nedan kallad Handboek).
- 52 Dessa icke-konfidentiella sammanfattningar gav, i avsaknad av uppgifter om namnen på de bolag som svarat, en felaktig bild av marknadsvillkoren, och sökanden kunde således inte besvara påståendena utan att känna till namnen på dessa bolag.
- 53 Sökanden har även klagat över att varken beskaffenheten av eller ordalydelsen i dessa handlingar angavs i den innehållsförteckning som tillhandahölls tillsammans med de handlingar som parterna i koncentrationen fick tillgång till. Sökanden anser att de uppgifter som angavs i denna innehållsförteckning borde ha gett dem upplysningar som var tillräckligt precisa för att de skulle kunna avgöra huruvida de handlingar som beskrevs kunde vara relevanta för deras försvar.
- 54 Sökanden har gjort gällande att den inte fick tillgång till svaren från en fristående producent, IDTV, som kommissionen hade skickat ett särskilt frågeformulär till.

Dessutom skickades det inte något frågeformulär till D & D Productions International BV, det nederländska dotterbolaget till det belgiska produktionsbolaget D & D, eller till Sleswijk Entertainment BV, som förvärvades av D & D.

- 55 Sökanden har hävdade att kommissionen samlade in nya handlingar efter det att parterna i koncentrationen fick tillgång till handlingarna, och att de aldrig upplystes om detta eller fick tillfälle att se dessa handlingar. Kommissionens slutsats, enligt vilken de offentliga programföretagens egenproducerade program i huvudsak syftade till att användas av dem själva, kan endast förklaras av att kommissionen inhämtade uppgifter efter det att förhöret ägt rum. Om denna slutsats skulle vara baserad på uppgifter som parterna i koncentrationen har tillhandahållit, vilket är mindre troligt, är denna slutsats uppenbart felaktig i materiellt hänseende.
- 56 Sökanden har dessutom klagat på att kommissionen inhämtade svar per telefon utan att parterna i koncentrationen någonsin fick ta del av dessa svar. Följaktligen kunde sökanden inte yttra sig beträffande dessa uppgifter. Eftersom dessa uppgifter i vilket fall som helst inte kan bekräftas, borde de för övrigt inte ha använts av kommissionen. Att inhämta uppgifter per telefon strider mot de grundläggande principerna om rätten till försvar i konkurrensärenden. Dessa uppgifter kan inte bara missförstås, det finns inte heller någon rättslig bestämmelse som kräver att den person som utfrågas lämnar korrekta siffror, till skillnad från en begäran om upplysningar där det ges en tydlig varning beträffande de påföljder som riskeras om oriktiga uppgifter lämnas. Dessutom strider detta uppenbarligen mot ordalydelsen och mot gemenskapslagstiftarens vilja, och utgör faktiskt en vägran av kommissionen att tillämpa gemenskapsrätten. De praktiska svårigheter som kommissionen stött på kan inte befria den från skyldigheten att tillämpa förordning nr 4064/89.
- 57 Kommissionen har medgett att de principer som reglerar tillgången till handlingar i förfaranden enligt artiklarna 85 och 86 i fördraget även skall tillämpas i förfaranden enligt förordning nr 4064/89. Kommissionen har emellertid erinrat om att besluten avseende koncentrationer är underkastade en mycket snäv tidsplan som är avsedd att skydda intressena hos de parter som är inblandade i sådana transaktioner. Den konkreta tillämpningen av dessa beslut skall förena

skyddet för parternas rätt till försvar och det vidare allmänintresset av att koncentrationerna underkastas en effektiv undersökning.

- 58 Kommissionen anser att tillgången till sammanfattningarna av svaren på de frågeformulär som skickades till fristående producenter borde ha varit tillräcklig för att sökanden skulle kunna bestrida den bevisning som insamlats, eftersom tredje mans synpunkter rörande de troliga följderna av koncentrationen tydligt framgår av dem. Tillförlitligheten av dessa synpunkter påverkas inte av vilka det är som framfört dem. Huvudsaken är att de åskådliggör oron hos de aktörer som är verksamma på produktionsmarknaden och tyngden i det resonemang som har utvecklats till stöd för deras åsikter. Sökanden kunde således själv besvara varje påstående som framförts av tredje man och som sökanden inte höll med om.
- 59 Kommissionen har angett att den för att fullgöra sitt uppdrag av allmänintresse, som består i att kontrollera koncentrationer, måste kunna erhålla uppriktiga och uttömmande synpunkter från tredje man, som potentiellt sett kan påverkas. Kommissionen måste även kunna garantera att deras kommentarer kommer att behandlas konfidentiellt (förstainstansrättens dom av den 1 april 1993 i mål T-65/89, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, REG 1993, s. II-389, punkt 33, svensk specialutgåva, volym 14, vilken fastställts genom domstolens dom av den 6 april 1995 i mål C-310/93 P, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, REG 1995, s. I-865, punkterna 26 och 27).
- 60 Den omständigheten att alla svaren till de frågeformulär som skickats inte hade mottagits vid den tidpunkt då sökanden fick tillgång till handlingarna minskar inte värdet av den bevisning som kommissionen stödjer sig på. Majoriteten av de viktigaste fristående producenter som finns med i Handboek hade besvarat det frågeformulär som skickats till dem, så de svar som kommissionen förfogade över när den upprättade meddelandet om anmärkningar återgav åsikterna hos de största aktörerna på marknaden för televisionsproduktion på nederländska.
- 61 Kommissionen har understrukit att innehållsförteckningen gav parterna allmänna uppgifter om beskaffenheten av de uppgifter som inhämtats.

- 62 Kommissionen har dessutom förklarat att parterna faktiskt fick tillgång till svaren från IDTV och D & D genom de icke-konfidentiella sammanfattningarna.
- 63 Kommissionen har bekräftat att den inte erhöll någon skriftlig bevisning efter den 26 juli 1995, som var det datum som parterna fick tillgång till handlingarna i ärendet. Det stämmer emellertid att fristående producenter som inte hade besvarat frågeformulären kontaktades per telefon efter detta datum. Parterna fick kännedom om detta vid förhören, men de begärde inte att få tillgång till de ytterligare uppgifter som samlats in. Dessa uppgifter avsåg endast antalet timmar televisionsprogram som producerats av det företag som utfrågats samt värdet av dessa program i floriner. Med tanke på att uppgifterna var sådana att endast de utfrågade företagen kunde känna till dem med säkerhet, skulle parterna inte ha kunnat bestrida uppgifterna om de hade uppgetts. Även om det därigenom hade begåtts ett processuellt fel, vilket kommissionen har bestritt, skulle det följaktligen inte ha skadat sökanden.
- 64 Kommissionen har slutligen anfört att det skulle ha varit oproportionerligt att tillämpa förfarandet i artikel 11.5 i förordning nr 4064/89 i ett ärende som detta, där flertalet av de berörda företagen är mycket små. Det var således lämpligt att kommissionen kompletterade de skriftliga svar som den erhållit genom undersökning per telefon.

### *Förstainstansrättens bedömning*

#### Tillgång till icke-konfidentiella sammanfattningar

- 65 Det följer av rättspraxis att förfarandet för att få tillgång till handlingarna i konkurrensärenden har till syfte att låta mottagarna av ett meddelande om anmärkningar få kännedom om det bevismaterial som finns i kommissionens

handlingar, så att de på ett tillfredsställande sätt kan svara på de slutsatser som kommissionen kommit fram till i sitt meddelande om anmärkningar på grundval av detta material. Rätten att få tillgång till den dokumentation som kommissionen upprättar är berättigad genom kravet på att de ifrågavarande företagen skall garanteras möjligheter att försvara sig på ett tillfredsställande sätt mot de anmärkningar som riktas mot dem i meddelandet om anmärkningar (domen i de ovannämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 38).

- 66 Det framgår emellertid även av rättspraxis att tillgången till vissa handlingar kan vägras, i synnerhet vad gäller handlingar där delar av dessa innehåller andra företags affärshemligheter, kommissionens interna handlingar, uppgifter som gör det möjligt att identifiera namnen på de klaganden som inte vill avslöja sina namn samt upplysningar som lämnats till kommissionen med förbehåll för att den konfidentiella karaktären hos dessa upplysningar iakttas (dom av den 1 april 1993 i det ovannämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 29, vilken fastställts genom dom av den 6 april 1995 i det ovannämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkterna 26 och 27).
- 67 Förstainstansrätten har redan fastslagit att om företagen har rätt till skydd för sina affärshemligheter skall emellertid denna rätt ställas i relation till skyddet för rätten till försvar (förstainstansrättens dom av den 29 juni 1995 i mål T-36/91, ICI mot kommissionen, REG 1995, s. II-1847, punkt 98). Kommissionen kan således vara skyldig att förena motstridande intressen genom att upprätta icke-konfidentiella versioner av de handlingar som innehåller affärshemligheter eller andra känsliga uppgifter (domen i det ovannämnda målet ICI mot kommissionen, punkt 103).
- 68 Förstainstansrätten anser att samma principer är tillämpliga vad gäller tillgång till handlingarna i koncentrationsärenden som undersöks enligt förordning nr 4064/89, även om tillämpningen av dessa principer rimligen kan göras beroende av kravet på skyndsamhet, vilket präglar den allmänna systematiken i förordningen (förstainstansrättens dom av den 27 november 1997 i mål T-290/94, Kaysersberg mot kommissionen, REG 1997, s. II-2137, punkt 113).



- 69 I förevarande mål är det ostridigt att vissa fristående producenter besvarade kommissionens frågeformulär på villkor att kommissionen inte avslöjade deras namn för parterna i koncentrationen. Av detta följer att kommissionen inte kan kritiseras för att den hemlighållit namnen på dessa företag och att den endast gett parterna en icke-konfidentiell sammanfattning av deras svar.
- 70 För att respektera detta villkor var det dessutom nödvändigt att kommissionen inte avslöjade namnen på de fristående producenter som inte hade begärt konfidentiell behandling innan de besvarade kommissionens frågeformulär. Såsom kommissionen har uppgett innehåller svaren på frågeformulären uppgifter om den del av marknaden där den som gett ett visst svar är verksam. Under dessa omständigheter kunde kommissionen inte utesluta möjligheten att parterna skulle kunna sluta sig till namnen på de producenter som begärt konfidentiell behandling av sina svar om den uppgav namnen på de producenter som inte hade begärt konfidentiell behandling.
- 71 Såsom kommissionen har uppgett innehöll i förevarande fall för övrigt svaren på frågeformulären endast tredje mans synpunkter rörande de troliga följderna av koncentrationen. I de icke-konfidentiella sammanfattningarna angavs tydligt betydelsen av dessa synpunkter. Det var således inte nödvändigt att känna till namnet på berörd tredje man för att kunna bestrida de synpunkter som framförts.
- 72 Av detta följer att det inte utgör ett åsidosättande av rätten till försvar att sökanden endast fick tillgång till icke-konfidentiella sammanfattningar av svaren på de frågeformulär som skickades till fristående producenter.

## Utformningen av innehållsförteckningen

- 73 Förstainstansrätten anser att kommissionens utformning av innehållsförteckningen motsvarar den som förstainstansrätten redan har godkänt i domen av den 1 april 1993 i det ovannämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkterna 29—33, vilken fastställdes av domstolen efter överklagande (dom av den 6 april 1995 i det ovannämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen).
- 74 I förevarande mål är det således ostridigt att handlingarna i ärendet som parterna fick tillgång till den 26 juli 1995 angavs i kronologisk ordning och att kommissionen hade upprättat en sammanfattande förteckning över samtliga 279 handlingar i ärendet. Denna förteckning, som ingavs som bilaga 16 till ansökan, innehöll två typer av uppgifter. För det första fördelades handlingarna efter deras karaktär. För det syftet underrättades de berörda bolagen om en systematisering med tretton rubriker (årsrapporter, interna skrivelser, begäran om information och så vidare). Förteckningen innehöll för varje handling eller grupp av handlingar i förekommande fall uppgifter om det eller de nyckeltal som motsvarade den rubrik som handlingen hörde till. För det andra klargjordes i förteckningen för varje handling eller grupp av handlingar om den var tillgänglig för de berörda bolagen, delvis tillgänglig för dessa bolag, konfidentiell eller utan relevans.
- 75 Det framgår att parterna vägrades tillgång till fem grupper av handlingar. Det rör sig för det första om kommissionens rent interna handlingar, för det andra om viss skriftväxling med medlemsstaterna, för det tredje om vissa svar på begäran om upplysningar som skett med stöd av artikel 11 i förordning nr 4064/89, för det fjärde om viss skriftväxling med tredje man och slutligen, för det femte, om en eller flera undersökningar.
- 76 Sökanden kan inte med framgång klaga över att kommissionen vägrade denne tillgång till handlingar som var rent interna, vilka förstainstansrätten redan har fastslagit att den inte var skyldig att underrätta sökanden om (se ovan punkt 66).

Samma sak gäller skriftväxlingen med medlemsstaterna och vissa tredje män, som kommissionen var berättigad att vägra sökanden tillgång till med stöd av handlingarnas konfidentiella karaktär. Vad beträffar svaren på begäran om upplysningar som kommissionen skickade till tredje man, har förstainstansrätten redan fastslagit att kommissionen i förevarande inte mål har åsidosatt rätten till försvar genom att endast ge icke-konfidentiella sammanfattningar av vissa av dessa svar (se ovan punkterna 69—72).

- 77 Vad gäller den eller de undersökningar som omnämns i den sammanfattande förteckningen, som sökanden hänvisade till i repliken och som sökanden inte fick tillgång till, skall det konstateras att kommissionen endast hänvisade till två undersökningar, såväl i det omtvistade beslutet som i meddelandet om anmärkningar som skickades med stöd av artikel 18 i förordning nr 4064/89. Dessa undersökningar var en ekonometrisk undersökning som gjorts av KPMG Management Consulting med avseende på ärendet i fråga och en undersökning med titeln *Media in Europe, Europe Media Cost Comparison 1993*, som gjorts av Young & Rubicam. En kopia av den första undersökningen skickades till parterna och en kopia av den andra undersökningen fanns med bland de handlingar som parterna fick tillgång till den 26 juli 1995. Kommissionen har inte hänvisat till någon annan undersökning i det omtvistade beslutet eller i meddelandet om anmärkningar och sökanden har inte gett någon konkret uppgift om att handlingarna skulle kunna vara baserade på uppgifter som inhämtats genom en sådan undersökning.
- 78 Av detta följer att kommissionens utformning av innehållsförteckningen över handlingarna i förevarande mål inte utgör ett åsidosättande av rätten till försvar.

Svaren från IDTV och Sleeswijk-D & D

- 79 Det skall konstateras att sökanden inte har bestritt kommissionens påstående, enligt vilket sökanden hade tillgång till icke-konfidentiella sammanfattningar av svaren från IDTV och Sleeswijk-D & D. Följaktligen kan talan inte vinna bifall på den invändningen.

Huruvida handlingar samlats in efter det att sökanden fick tillgång till handlingarna

- 80 Förstainstansrätten anser att sökanden inte har styrkt påståendet, enligt vilket kommissionen skall ha samlat in nya handlingar avseende marknaden för nederländsk televisionproduktion efter det att sökanden fick tillgång till handlingarna i ärendet och att kommissionen inte underrättade sökanden om dessa. I ansökan har sökanden särskilt hänvisat till de tre första meningarna i punkt 89 i det omtvistade beslutet, som har följande lydelse:

”De offentliga programorganisationernas egenproduktion är framför allt till för deras eget bruk. Även om dessa produktioner ibland bjuds ut på den internationella marknaden erbjuds de normalt inte till andra programföretag på den nederländska TV-marknaden. Det råder därför inte direkt konkurrens mellan egenproduktion och program som produceras av fristående producenter och som bjuds ut på marknaden”.

- 81 Vid sammanträdet har dock kommissionen visat att de två första meningarna återgavs i meddelandet om anmärkningar och i parternas svar på detta meddelande. Meddelandet om anmärkningar är daterat den 18 juli 1995 och föregick således det datum då parterna fick tillgång till handlingarna, nämligen den 26 juli 1995. I den tredje meningen dras endast den logiska slutsatsen av de två första meningarna och lämnas inte några nya uppgifter.

- 82 Vad beträffar skrivelsen av den 25 augusti 1995 från Nederlandse Vereniging van Erkende Reclame Adviesbureaus (nederländsk sammanslutning av reklambyråer, nedan kallad VEA) till kommissionen, varifrån sökanden hämtat argument rörande kommissionens bedömning av HMG:s ställning på TV-reklammarknaden (se punkt 32 ovan), är det inte nödvändigt att undersöka om kommissionen har åsidosatt rätten till försvar vid behandlingen av denna skrivelse.

## Inhämtnande av uppgifter per telefon

- 83 Det är ostridigt att kommissionen skickade en skrivelse med stöd av artikel 11 i förordning nr 4064/89 med ett frågeformulär som bilaga till alla fristående producenter som fanns med i Handboek och att den därefter per telefon kontaktade dem som inte svarat för att få reda på antalet timmar televisionsprogram som de hade producerat under år 1994 samt värdet av dessa program i floriner. Dessa uppgifter var nödvändiga för att kommissionen skulle kunna beräkna marknadsandelen för fristående televisionproduktion och Endemols marknadsandel.
- 84 Det skall understrykas att syftet med artikel 11 i förordning nr 4064/89 är att göra det möjligt för kommissionen att inhämta alla nödvändiga upplysningar för att fullgöra de uppgifter som den har tilldelats genom förordningen. När kommissionen skickar en begäran om upplysningar till en person skall kommissionen ange den rättsliga grunden för och syftet med begäran samt de påföljder som föreskrivs för det fall att oriktiga uppgifter lämnas. I artikel 11 krävs emellertid inte att det företag som kontaktats på detta sätt svarar skriftligen. I förevarande fall har majoriteten av de största företagen faktiskt gett skriftliga svar. Med hänsyn till kravet på skyndsamhet, vilket präglar den allmänna systematiken i förordning nr 4064/89 (domen i det ovannämnda målet Kaysersberg mot kommissionen, punkt 113), valde kommissionen att inhämta svar per telefon från de företag som den skickat en skrivelse till i enlighet med artikel 11, men som ännu inte hade svarat. Med tanke på att majoriteten av de företag som kontaktats på detta sätt även har gett de svar som var nödvändiga för kommissionens bedömning och därmed uppfyllt sina skyldigheter enligt artikel 11 i förordning nr 4064/89, skulle det vara överdrivet att använda det formella förfarandet som föreskrivs i artikel 11.5 i samma förordning.
- 85 Av detta följer att kommissionen inte har åsidosatt bestämmelserna i artikel 11 i förordning nr 4064/89 genom att per telefon kontakta de företag som den redan skickat en skrivelse till i enlighet med denna bestämmelse, vilka inte hade svarat, för att komplettera sin utredning.

- 86 Trots att det inte skett något åsidosättande av bestämmelserna i förordning nr 4064/89 skall det, eftersom det är ostridigt mellan parterna att sökanden inte fick tillgång till de uppgifter som inhämtades per telefon, även prövas huruvida kommissionen åsidosatte rätten till försvar i den mening som avses i ovannämnda rättspraxis genom att handla på detta sätt (punkt 65).
- 87 Enligt denna rättspraxis är det, för att fastställa att ett åsidosättande av rätten till försvar har skett, tillräckligt att visa att den omständigheten att insyn i handlingarna i fråga inte getts har kunnat påverka förfarandets gång samt beslutets innehåll på ett för sökanden negativt sätt (domen i det ovannämnda målet ICI mot kommissionen, punkt 78).
- 88 I det avseendet skall det erinras om att ett åsidosättande av rätten till försvar måste prövas mot bakgrund av de specifika omständigheterna i varje enskilt fall (domen i det ovannämnda målet ICI mot kommissionen, punkt 70).
- 89 För det första noterar förstainstansrätten således att de uppgifter som inhämtades per telefon användes av kommissionen för att beräkna Endemols marknadsandel på marknaden för fristående televisionproduktion på nederländska, som den beräknade till "klart mer än 50 procent". Sökanden underrättades om denna totalsiffra vid förhöret den 8 augusti 1995. Kommissionen beräknade med utgångspunkt från dessa uppgifter även marknadsandelen för tio av de andra största producenterna på marknaden. Kommissionen hade redan uppgett till Endemol att den ansåg att företaget hade en marknadsandel på ungefär 60 procent, i det meddelande som sändes till Endemol den 18 juli 1995 med stöd av artikel 18 i förordning nr 4064/89 och då parterna fick tillgång till handlingarna i ärendet den 26 juli 1995. Samtidigt gav kommissionen en första beräkning av marknadsandelarna för fem av de andra största producenterna. Endemol hade således möjlighet att kommentera dessa beräkningar skriftligen i parternas svarsinlägga, som ingavs den 4 augusti 1995, och att vid förhöret själv diskutera kommissionens ändrade sifferuppgifter.

- 90 För det andra är det ostridigt att uppgifterna i fråga, som gavs av de enskilda företagen, endast avsåg antalet timmar televisionsprogram som producerats av dem såsom fristående producenter år 1994 samt värdet av dessa program. Således kunde endast de företag som utfrågats känna till dessa uppgifter med säkerhet. Av detta följer att Endemol inte skulle ha kunnat bestrida dessa uppgifter, som för övrigt var av konfidentiell karaktär, även om kommissionen hade avslöjat dem.
- 91 Av detta följer att kommissionen inte har åsidosatt sökandens rätt till försvar genom att inte underrätta sökanden om uppgifterna i den form som kommissionen erhöll dessa från de enskilda producenterna.

### *3. Den tredje grunden: Åsidosättande av väsentliga formkrav*

#### *Parternas argument*

- 92 Sökanden har gjort gällande att under förhöret den 8 augusti 1995 angavs ett flertal nya och betydelsefulla rättsliga och faktiska omständigheter. Av detta följer att den rådgivande kommittén och kommissionsledamöternas kollegium inte hade full kännedom om de väsentliga omständigheterna i ärendet, eftersom de inte hade fått någon rapport som innehöll protokollet från förhöret. Att förhöret spelades in på kassetband gottgör inte på något sätt detta åsidosättande av väsentliga formkrav, som bör leda till att det omtvistade beslutet ogiltigförklaras.
- 93 Kommissionen har i huvudsak genmält att den inte är skyldig att upprätta officiella protokoll från förhör i ärenden som omfattas av förordning nr 4064/89. Den har dessutom tillagt att den omständigheten att ett sådant protokoll inte har tillhandahållits den rådgivande kommittén eller kommissionsledamöterna i förevarande mål inte har kunnat påverka utgången av förfarandet.

*Förstainstansrättens bedömning*

- 94 Det framgår tydligt av ordalydelsen i artikel 15.5 i förordning nr 3384/94 att kommissionen endast är skyldig att spela in yttranden av de personer som hörs under ett formellt förhör. Däremot är kommissionen inte skyldig att upprätta ett protokoll från ett sådant förhör, till skillnad från det förfarande som föreskrivs i artikel 9.4 i förordning nr 99/63, där det föreskrivs att det väsentliga innehållet i de yttranden som avges av varje person som hörs "skall antecknas i ett protokoll som skall läsas och godkännas av honom".
- 95 Av detta följer även att sökanden inte kan göra gällande att ett sådant protokoll skulle ha överlämnats till kommissionsledamöterna eller till ledamöterna i den rådgivande kommittén före antagandet av det omtvistade beslutet.
- 96 Följaktligen kan talan inte vinna bifall på den denna grund.

4. *Den fjärde grunden: Åsidosättande av artiklarna 2, 3.1 och 3.3 i förordning nr 4064/89*

- 97 Som fjärde grund har sökanden bestritt att kommissionens slutsats, enligt vilken sökandens andel i HMG:s aktiekapital förstärker dess dominerande ställning på den nederländska marknaden för fristående televisionproduktion på nederländska, är välgrundad. Sökanden har i det avseendet anfört två huvudsakliga invändningar. För det första att sökanden inte har en dominerande ställning på den relevanta marknaden, för det andra att dess deltagande i koncentrationen inte skulle förstärka dess ställning på nämnda marknad.



*Sökandens dominerande ställning*

- 98 Sökanden har gjort gällande dels att kommissionen felaktigt har definierat den relevanta marknaden som marknaden för nederländskspråkiga TV-program som produceras fristående, dels att det inte kan anses att sökanden har en dominerande ställning på nämnda marknad, även om det skulle antas att kommissionens snäva definition av den relevanta marknaden kan godtas.

Huruvida den relevanta marknaden har getts en felaktig definition

## — Parternas argument

- 99 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har definierat den relevanta marknaden på ett felaktigt sätt genom att den ansåg att marknaden för de TV-program på nederländska som producerats fristående är skild från marknaden för de program som egenproduceras av de offentliga programföretagen. De tre skäl som kommissionen anfört för att motivera denna slutsats, nämligen att de offentliga programföretagen producerar andra typer av program än Endemol, att de offentliga programföretagens produktion huvudsakligen används enbart av det berörda programföretaget självt, och att de offentliga programföretagen inte har möjlighet att fritt välja att producera ett program själva eller att beställa det hos en fristående producent, är felaktiga.
- 100 För det första skall kommissionen felaktigt ha ansett att de offentliga programföretagen producerar program som skiljer sig från sökandens program. De producerar underhållningsprogram som, enligt sökanden, är jämförbara med sökandens och sökanden producerar själv tävlingsprogram till låga kostnader, "talk shows" (caféprogram) och "infotainment" (underhållning med informativa inslag). År 1994 utgjorde de stora underhållningsprogrammen i värde endast 35 procent av sökandens produktion och 16,7 procent av produktionstimmarna.

- 101 För det andra är de offentliga programföretagens produktion inte huvudsakligen avsedd att användas av det berörda programföretaget självt. Sökanden har i det avseendet understrukit att de sistnämnda har utbjudit 345 program på den internationella marknaden genom Nederländse Omroepprogramma Stichtings försäljningsförmedlingar (NOS är en överordnad organisation som tillhandahåller administrativa tjänster till offentliga organisationer för radio- och TV-sändningar), medan sökandens katalog för denna marknad endast erbjuder 80 program.
- 102 För det tredje anser sökanden att det är felaktigt att hävda att ett offentligt programföretag inte har möjlighet att fritt välja att självt producera ett program eller beställa det hos en fristående producent. Vissa programföretag har egna produktionsavdelningar som är mycket ansevärda, medan andra tycks förfoga över mycket mer blygsamma resurser. Kommissionens argument, enligt vilket de offentliga programföretagen är tvungna att producera sina egna program på grund av de avsevärda investeringar som de gjort, är således inte förenligt med kommissionens faktiska beskrivning av marknaden. Om ett programföretag har tillräckligt med personal och material för ett betydande antal produktioner underlättar det dessutom dess val mellan egenproduktion och extern produktion.
- 103 Kommissionen har för det första gjort gällande att de offentliga kanalerna klart har en tendens att köpa dyra underhållningsprogram utifrån och samtidigt själva producera program som hör samman med rollen som offentligt programföretag och billiga kompletterande program. Sökanden har en mycket starkare ställning vad gäller stora underhållningsprogram. Fastän sökanden endast producerar 13,3 procent av den totala tiden för de program som sänds i Nederländerna utgör dess produktion 17,8 procent av värdet av produktionen. Följaktligen är sökandens produktion 42 procent dyrare per timme än produktionen på resten av marknaden, vilket tydligt visar att dess "production mix" är mycket annorlunda.
- 104 För det andra har kommissionen noterat att de egenproducerade programmen inte saluförs, åtminstone inte i Nederländerna. Även om NOS på den internationella marknaden erbjuder 345 program som producerats av offentliga programföretag, har denna internationella försäljning inte någon inverkan på den nederländska marknaden.

105 För det tredje har kommissionen gjort gällande att möjligheten att fatta ett beslut om att producera själv eller köpa färdigproducerat ("make or buy") i stor utsträckning är skenbar. Om ett offentligt programföretag har gjort betydande investeringar i egen produktionsutrustning utgör denna utrustning en betydande kostnad som till stor del är låst. Det finns således inte något annat val på kort sikt än att använda denna utrustning i så stor utsträckning som möjligt. Med hänsyn till att de programföretag som inte förfogar över egen produktionsutrustning inte ställs inför ett sådant beslut, kan det inte anses att de utövar något inflytande över den fristående produktionsmarknaden.

— Förstainstansrättens bedömning

106 Innan kommissionens definition av den relevanta marknaden undersöks skall det påpekas att de materiella reglerna i förordning nr 4064/89 och i synnerhet artikel 2 tillerkänner kommissionen ett handlingsutrymme, bland annat vad gäller ekonomiska bedömningar. Följaktligen skall gemenskapsdomstolens prövning av utövandet av denna befogenhet, som är en förutsättning för fastställandet av regler i fråga om koncentrationer, göras med beaktande av det bedömningsutrymme som bildar underlag för de normer av ekonomisk art som ingår i koncentrationsbestämmelserna (domstolens dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. I-1375, punkterna 223 och 224).

107 I förevarande mål anser förstainstansrätten att kommissionens definition av den relevanta marknaden är korrekt, eftersom den har dragit slutsatsen att den fristående produktionen av TV-program på nederländska utgör en marknad som är skild från marknaden för de offentliga programföretagens egenproducerade program.

108 För det första är de program som produceras av fristående producenter endast delvis utbytbara mot program som produceras av offentliga programföretag. De offentliga programföretagen producerar mestadels själva de program som hör samman med rollen som offentligt programföretag och de billiga kompletterande

programmen. Det har däremot inte bestritts att sökanden, som avgjort är den största fristående producenten i Nederländerna, har en mycket starkare ställning vad gäller stora underhållningsprogram än offentliga programföretag, eftersom denna programgenre utgör 35 procent av dess produktion. Enligt de siffror som kommissionen har tillhandahållit, vilka sökanden inte har bestritt, är kostnaden per timme för sökandens produktion 42 procent högre än kostnaden för produktionen på resten av marknaden, vilket tydligt visar att sökandens program har en annorlunda inriktning.

- 109 För det andra, även om vissa program som produceras av offentliga programföretag säljs på den internationella marknaden, påverkar denna försäljning inte den nederländska marknaden. Sökanden har medgett att vad beträffar sistnämnda marknad är de offentliga programföretagens egenproducerade program huvudsakligen avsedda att användas av programföretagen själva. Det förekommer således inte någon direkt konkurrens mellan de offentliga programföretagens egenproducerade program, som i princip inte erbjuds till andra programföretag på den nederländska marknaden, och de program som produceras av fristående producenter som erbjuds på denna marknad.
- 110 För det tredje anser förstainstansrätten att kommissionen rimligen kunde dra slutsatsen att ett offentligt programföretag i allmänhet inte har någon möjlighet att välja mellan att producera ett program själv eller att beställa programmet från en fristående producent.
- 111 För det första har sökanden inte vederlagt kommissionens argument, enligt vilket de offentliga programföretag som har en betydande egenproduktion för det ändamålet har gjort betydande investeringar och i synnerhet har anställt den produktionspersonal som krävs, vilken utgör en viktig del av kostnaden för ett program. Under dessa omständigheter var det rimligt av kommissionen att dra slutsatsen att om de offentliga programföretagen beslutade att påtagligt öka antalet beställningar från fristående producenter, till nackdel för egenproduktionen, måste de likväl bära kostnaden för sin egenproduktionskapacitet utan att få avkastning på de genomförda investeringarna i form av producerade program. En sådan policy skulle inte vara möjlig ur affärsmässig synvinkel, i varje fall inte på lång sikt.

- 112 För det andra är kommissionens argument, enligt vilket de offentliga programföretagen är tvungna att själva producera sina program på grund av sina betydande investeringar, inte vederlagt av den omständigheten att vissa programföretag endast har mycket blygsamma produktionsavdelningar. Det är nämligen uppenbart att sådana programföretag följaktligen är tvungna att beställa program från fristående producenter, eftersom de inte har egna produktionsmöjligheter.

Huruvida Endemol har en dominerande ställning på den relevanta marknaden

— Parternas argument

- 113 Sökanden har gjort gällande att även om kommissionens snäva definition av marknaden skulle godtas, kan det inte anses att sökanden har en dominerande ställning på denna marknad. 97 producenter är nämligen verksamma på den nederländska marknaden. Endast 29 producenter besvarade skriftligen kommissionens frågeformulär och de uppgifter som de övriga lämnade per telefon är inte tillförlitliga. Kommissionen skall således ha beräknat sökandens marknadsandel på grundval av en ofullständig bevisning.
- 114 Av den omständigheten att sökanden inte kände till de producenter som angavs i Handboek, där namnen på 85 fristående producenter anges, däribland sökanden själv, har kommissionen dragit slutsatsen att de var så små att de inte hade någon betydelse för sökandens marknadsbedömning.
- 115 Kommissionen har erinrat om att mycket stora marknadsandelar anses vara oerhört viktiga vid fastställandet av ett företags dominerande ställning. Ett företag som under en lång tid har en betydande marknadsandel kan nämligen bli en obligatorisk part, så att man under sådana omständigheter kan dra slutsatsen att det föreligger en dominerande ställning endast med utgångspunkt från

marknadsandelen. I förevarande mål hade sökanden en marknadsandel på över 50 procent och var avgjort det största företaget på marknaden.

- 116 Sökanden har även hävdats att de övriga faktorer som kommissionen har åberopat, till stöd för sin uppfattning att sökanden har en dominerande ställning på den relevanta marknaden, är felaktiga.
- 117 För det första är det enligt sökanden oriktigt att den har företrädde till utländska programidéer, som därefter anpassas till den nederländska publiken. Sökanden har endast producerat 38 program på grundval av utländska programidéer under de senaste tre åren, och inte 60 eller fler, vilket kommissionen har hävdats. Det tycks som om kommissionen har stött sig på vissa subjektiva svar från sökandens konkurrenter som inte är tillförlitliga, eftersom de sistnämnda inte vet exakt vilka programidéer som tillhör sökanden.
- 118 45 av de 143 program som sökanden producerade under år 1994 var för övrigt inte baserade på en programidé. Flera av de populära programidéer som sökanden använder tillhör dessutom programföretag. Enligt sökanden stämmer det inte att sökanden äger de populäraste nederländska programidéerna.
- 119 Kommissionen anser att det i tillräcklig utsträckning har styrkts att sökanden äger ett stort antal av de populäraste nederländska programidéerna och att den har företrädde till utländska programidéer. För att konstatera att sökanden har företrädde till dessa programidéer behövde kommissionen endast notera ståndpunkten hos ett stort antal av sökandens konkurrenter, som anser att sökanden har en maktställning, i synnerhet därför att den har ekonomiska medel som möjliggör för den att köpa program genom att sluta så kallade "output deals" (avtal med programföretagen för ett bestämt antal program). Sökanden skall under säsongen 1993/1994 ha producerat hälften av de populäraste underhållningsprogrammen, undantaget sportprogram.

- 120 För det andra har sökanden gjort gällande att det inte stämmer att den har slutit avtal med ett stort antal av nederländsk televisions mest populära TV-personligheter.
- 121 Sökandens verksamhet på teaterområdet är inte heller av betydelse för TV-personligheterna, eftersom praktiskt taget ingen av dem använder sig av denna möjlighet. Det är även utan betydelse att sökanden har en egen agentur för TV-stjärnor. Sökanden äger endast en förmedlingsbyrå som handhar evenemangsprogram och har inte någon möjlighet att sluta anställningsavtal åt sina TV-stjärnor.
- 122 Kommissionen har invänt att den, på grundval av den oro som uttryckts av andra företag som är verksamma på produktionsmarknaden, har dragit slutsatsen att sökanden har slutit avtal, ofta med ensamrätt, med ett stort antal av nederländsk televisions mest populära TV-personligheter. Den omständigheten att de sistnämnda endast i liten utsträckning har använt sig av möjligheten att framträda annorstädes än i TV har knappast någon betydelse, eftersom det faktum att en sådan möjlighet finns kan få dem att välja att arbeta med sökanden snarare än med ett annat bolag, och därigenom förstärks sökandens ställning. I vilket fall som helst har kommissionen aldrig ansett att denna omständighet utgjorde en särskilt viktig faktor vid fastställandet av sökandens dominerande ställning.
- 123 För det tredje har sökanden gjort gällande att kommissionen felaktigt har utgått från att intäkter i andra länder i princip kan förstärka sökandens ställning i Nederländerna. Dessa tillgångar används i första hand till att utveckla dotterbolagen i de olika berörda länderna.
- 124 Kommissionen har hävdat att sökandens mycket omfattande verksamhet utanför Nederländerna förstärker dess dominerande ställning på den nederländska marknaden. Dess dotterbolag ger den företräde till den internationella marknaden och ökar hela koncernens tillgångar, genom att finansiera stora produktioner eller genom att bestämma vilka framtida investeringar som skulle kunna visa sig

vara mest lönsamma. Detta framgår särskilt av det faktum att sökanden är den största leverantören till RTL Tyskland, som själv är den största reklamfinansierade TV-kanalen i Tyskland.

- 125 För det fjärde har sökanden gjort gällande att vissa faktiska omständigheter som den framfört, men som kommissionen har bortsett från, styrker att sökanden inte har en dominerande ställning. För det första skulle sökanden inte kunna utestänga nuvarande konkurrenter eller hindra att nya företag gör inträde på marknaden. Flera bolag har under de senaste åren gjort inträde på den nederländska produktionsmarknaden. För det andra är sökandens kunder inte i en beroendeställning gentemot sökanden, vilket påvisas genom den bojkott som sökanden sedan HMG bildades utsatts för av de offentliga programföretagen, vilka har tackat nej till tre mycket populära program. För det tredje skall kommissionen inte i tillräcklig utsträckning ha beaktat den framtida tillväxten på marknaden för TV-produktion och den omständigheten att denna tillväxt inte gynnar sökanden. Den nya kommersiella kanalen SBS har således inte slutit något produktionsavtal med sökanden. Kindernet, en annan ny kanal, kommer att konkurrera direkt med RTL 4, och Euro 7, en tredje kanal, kunde inte beställa några produktioner från sökanden för år 1995.
- 126 Kommissionen har understrukit att de företag som har lyckats etablera sig på den nederländska marknaden under de senaste åren har haft behov av en etablerad partner på plats. D & D slog sig samman med Sleeswijk, som redan var en stor nederländsk producent. Grundy etablerade sig på den nederländska marknaden genom ett samriskföretag tillsammans med sökanden. Det står således klart att inte ens stora internationella koncerner kan tränga in på den nederländska marknaden utan stöd av företag som redan är etablerade på denna marknad.
- 127 Kommissionen har tillagt att även om utvecklingen på den nederländska televisionsmarknaden kommer att ta sig uttryck i en ökad efterfrågan för alla kanaler, kommer den största ökningen av efterfrågan i pengar räknat med all sannolikhet att härröra från det ytterligare programutbudet för Veronica. Eftersom sökanden är Veronicas huvudsakliga leverantör och i framtiden kommer att dra fördel av ett produktionsavtal och en strukturell koppling genom den gemensamma kontrollen över HMG som den har tillsammans med RTL, är det mycket troligt att majoriteten av Veronicas ytterligare programutbud kommer att tillhandahållas av sökanden. Dessutom kommer Veronicas efterfrågan, i egenskap av det ekonomiskt sett starkaste programföretaget, med all



sannolikhet att omfatta fler dyra drama- och underhållningsprogram som den har gjort till sin specialitet. Däremot har de tre andra nya kommersiella kanalerna en mer blygsam budget och deras produktionsbehov är således förhållandevis obetydligt.

- 128 Slutligen har kommissionen understrukit att den har styrkt att intäkterna från offentliga programföretag kommer att minska i framtiden, vilket gör att det är osannolikt att det kommer att ske en ökning av dyra programinköp. Det skulle vara felaktigt att hävda att de offentliga produktionsföretagens kapacitet för egenproduktion skulle ha en betydande konkurrenseffekt på marknaden för fristående produktion.

— Förstainstansrättens bedömning

- 129 Inledningsvis skall den metod som kommissionen har använt för att beräkna sökandens marknadsandel på den nederländska marknaden för fristående televisionproduktion undersökas.
- 130 För det första anser förstainstansrätten att det var på goda grunder som kommissionen beräknade de olika producenternas marknadsandelar genom att hänvisa till värdet av programmen och inte till antalet producerade timmar. Sökanden har nämligen inte bestritt resultaten av kommissionens undersökning, som visade att värdet per producerad TV-timme varierade mellan 30 000 HFL och 300 000 HFL. Under dessa omständigheter är metoden för beräkning av marknadsandelar endast giltig om den är baserad på värdet och inte på volymen.
- 131 För det andra anser förstainstansrätten att kommissionens beräkning av Endemols marknadsandel är rimlig. Det framgår av kommissionens skriftliga svar till förstainstansrätten att kommissionen skickade frågeformulär till 84 fristående producenter, och inte bara till 75, vilket angavs i inlagan. Dessa 84

producenter företräder alla producenter som omnämns i Handboek, med undantag för sökanden själv. Enligt de skrivelser som utarbetades under utredningen av ärendet mottog kommissionen skriftliga uppgifter från 29 producenter, om bland annat antalet timmar televisionsprogram som producerats under år 1994 samt värdet i floriner av dessa program. Kommissionen har även erhållit uppgifter per telefon från 37 andra producenter avseende dessa två frågor. Kommissionen erhöll således svar från 78 procent av de 84 producenterna. Därefter beräknade kommissionen det ungefärliga värdet per timme av det som producerats av de 18 andra producenterna, vilka kommissionen inte hade några uppgifter om, på grundval av uppgifter som getts av andra producenter som hade lika många anställda. Slutligen beaktade kommissionen de uppgifter som sökanden själv gett för att beräkna marknadens totala storlek och sökandens marknadsandel.

- 132 Det skall således anses att kommissionen handlade riktigt när den i det omtvistade beslutet angav att Endemols marknadsandel var "klart mer än 50 procent".
- 133 Kommissionen har för övrigt, i svaret på en av förstainstansrättens frågor, visat att även om den i sin beräkning skulle ha tagit med det uppskattade värdet av de program som producerats av en av de 29 producenter som svarat skriftligen, vilken inte bifogat de nödvändiga sifferuppgifterna, skulle det inte ha förändrat kommissionens beräkning av Endemols marknadsandel, som fortfarande skulle vara klart högre än 50 procent.
- 134 Därefter skall det undersökas om kommissionen i förevarande mål gjorde en riktig bedömning då den drog slutsatsen att Endemol hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden. I det avseendet konstaterar förstainstansrätten att enligt fast rättspraxis kan en särskilt stor marknadsandel i sig utgöra bevis för att det föreligger en dominerande ställning, särskilt när, som i förevarande mål, de andra företagen på marknaden har mycket mindre marknadsandelar (se domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffman-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, svensk specialutgåva, volym 4, s. 315, punkt 41, och av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, Akzo mot kommissionen, REG 1991, s. I-3359, svensk specialutgåva, volym 11, punkt 60, och förstainstansrättens dom av den 12 december 1991 i mål T-30/89, Hilti mot kommissionen, REG 1991, s. II-1439, punkterna 91 och 92).

- 135 Det skall erinras om att kommissionen, på grundval av sin utredning, konstaterade att den näst största producenten hade en marknadsandel på mellan 5 och 10 procent, att fyra andra producenter var och en hade en marknadsandel på mellan 2 och 5 procent, och att de fem andra största producenterna var och en hade en marknadsandel på mellan 1 och 2 procent. Samtliga övriga producenter hade var och en en marknadsandel på mindre än 1 procent. Under dessa omständigheter anser förstainstansrätten att kommissionens slutsats, enligt vilken sökanden hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden, inte är baserad på en uppenbart oriktig bedömning.
- 136 Kommissionen hänvisade dessutom till andra av Endemols trumfkort, som gav företaget en helt överlägsen ställning jämfört med konkurrenterna. Förstainstansrätten kommer att undersöka dessa övriga faktorer i tur och ordning.
- 137 För det första anser förstainstansrätten, vad beträffar sökandens företrädare till utländska programidéer, att sökanden inte har bestritt kommissionens påstående, enligt vilket sökanden hade en maktställning på grund av sina ekonomiska medel, vilket gjorde det möjligt för den att köpa program genom att sluta "output deals". Som kommissionen förklarade vid förhandlingen är det lättare för en producent att skaffa de nödvändiga programidéerna om han redan har slutit avtal med ett programföretag för ett bestämt antal program. Denna förklaring är inte ogiltig på grund av att innehållet i programmen i princip inte anges i avtalet, i motsats till vad sökanden har hävdad. Huvudsaken är att sökanden redan har ett avtal med ett programföretag som garanterar den möjligheten att producera ett bestämt antal programtimmar.
- 138 Vad beträffar programidéer i allmänhet har sökanden inte bestritt att den under säsongen 1993/1994 producerade hälften av de populäraste underhållningsprogrammen undantaget sportprogrammen och att 24 av dessa 28 program var baserade på en programidé. Under dessa omständigheter vederläggs inte kommissionens slutsatser av den omständigheten att en tredjedel av de program som producerats av sökanden år 1994 inte var baserade på en programidé, eller av den omständigheten att andra populära programidéer enligt sökanden tillhörde programföretagen och inte sökanden.

- 139 Det var även på goda grunder som kommissionen hävdade att sökanden hade producerat mer än 60 program baserade på utländska programidéer under de tre år som föregick koncentrationen, vilket styrks av den förteckning som sökanden själv ingav till kommissionen som bilaga till sitt svar av den 14 juli 1995 på kommissionens begäran om upplysningar av den 7 juni 1995 och som finns i bilaga 11 till ansökan. Det framgår av denna förteckning att de 38 program som nämndes av sökanden faktiskt syftar på antalet utländska programidéer som användes under denna period och inte på antalet program som producerats på grundval av dessa programidéer.
- 140 Förstainstansrätten anser för övrigt att kommissionen inte kunde underlåta att beakta andra producenters, programföretags och andra kommersiella kanalers åsikter, vilka ansåg att sökanden ägde ett stort antal av de mest populära utländska programidéerna och hade företräde till utländska programidéer.
- 141 För det andra är sökandens påstående, enligt vilket ett stort antal TV-personligheter antingen var bundna av avtal med programföretag eller var tillgängliga för alla intresserade, inte tillräckligt för att motbevisa kommissionens bedömning att sökanden hade slutit avtal med ett stort antal av de mest populära TV-personligheterna i nederländsk television. Vad beträffar möjligheten för dessa personligheter att framträda annorstädes än i TV och den omständigheten att sökanden har en egen agentur för TV-stjärnor, kan det inte uteslutas att dessa faktorer i viss utsträckning kan förstärka sökandens ställning på marknaden, även om det, såsom kommissionen har medgett, inte utgjorde viktiga faktorer vid fastställandet av sökandens dominerande ställning.
- 142 Vad för det tredje beträffar verksamheten utanför Nederländerna anser förstainstansrätten att sökanden inte har vederlagt kommissionens påstående, enligt vilket sökandens mycket omfattande verksamhet utanför Nederländerna kan förstärka dess ställning på den nederländska marknaden, eftersom dess dotterbolag ger den företräde till den internationella marknaden och bidrar till hela koncernens tillgångar.

- 143 För det fjärde anser förstainstansrätten att de övriga faktiska omständigheter som sökanden har framfört inte stöder dennes påstående. Även om andra bolag har trätt in på den nederländska produktionsmarknaden under åren före koncentrationen, har sökanden nämligen inte bestritt att dessa nya aktörer behövde en partner som var etablerad på plats, åtminstone under den första tiden. Vad beträffar den påstådda bojkotten mot sökanden av vissa offentliga programföretag, efter det att bildandet av HMG tillkännagavs, skall det påpekas, såsom sökanden själv har konstaterat, att sökanden tillhandahöll 88,2 procent av sin produktion år 1994 till kanalerna Veronica, RTL 4 och RTL 5. Det var således inte orimligt att kommissionen drog slutsatsen att en sådan bojkott endast var av mindre betydelse.
- 144 Sökanden har dessutom inte visat på vad sätt det var felaktigt av kommissionen att anse att Kindernet och Euro 7 var kanaler med mycket blygsam budget, eftersom Kindernet huvudsakligen vände sig till barn på dagtid och Euro 7 var en nyhets- och dokumentärkanal, och värdet av deras produktionsbehov således var förhållandevis obetydligt. De program som sökanden producerade var dessutom inte av något intresse för Euro 7. Sökanden har för övrigt inte bestritt att den budget som anslagits enbart för Veronicas program var nästan tre gånger så stor som SBS:s budget.
- 145 Sökanden har inte heller visat att det var felaktigt av kommissionen att anse att den största delen av den ökade efterfrågan på nederländska produktioner skulle härröra från Veronica, som följaktligen skulle komma att behöva program för ytterligare fyra och en halv dagars sändning. De offentliga programföretagen skulle däremot endast behöva fylla ut en lucka på två och en halv dagars ytterligare sändning efter det att Veronica upphört att vara ett offentligt programföretag. Eftersom sökanden redan var Veronicas huvudleverantör var det även rimligt att kommissionen drog slutsatsen att majoriteten av Veronicas ytterligare programutbud skulle tillhandahållas av sökanden.
- 146 Förstainstansrätten anser att det av detta följer att kommissionen har definierat den relevanta marknaden och sökandens marknadsandel på denna marknad på ett korrekt sätt, och att det var på goda grunder som kommissionen drog slutsatsen att sökanden hade en dominerande ställning på denna marknad.

147 Följaktligen kan talan inte vinna bifall på detta argument.

*Huruvida sökandens dominerande ställning förstärktes*

148 Sökanden har gjort gällande att det var felaktigt av kommissionen att dra slutsatsen att VMG och RTL hade gemensam kontroll över HMG och att dess deltagande i koncentrationen förstärkte dess ställning på den nederländska marknaden för fristående televisionsproduktion på nederländska.

Huruvida VMG och RTL hade gemensam kontroll över HMG

— Parternas argument

149 Sökanden har gjort gällande att HMG består av fyra organ, nämligen bolagsstämman, bolagskommittén, styrelsen och programledningen. Styrelsen måste på förhand inhämta bolagsstämmans samtycke vad gäller de flesta viktiga affärsrättsliga beslut rörande HMG:s strategi, den treåriga verksamhetsplanen och den årliga budgeten, betydande kapitalinvesteringar samt förpliktelser och lån. Denna lista omfattade även helhetskonceptet för programutbudet, samt tillsättande och avskedande av programledningen och verkställande direktör.

150 Vid bolagsstämman har VMG och RTL samma antal representanter. Endemol, som är knutet till Veronica genom VMG, har emellertid en minoritetsandel, eftersom VMG endast äger 49 procent av HMG:s aktiekapital och enligt

luxemburgsk rätt, som HMG omfattas av, röstar VMG och RTL inte i förhållande till antalet representanter utan i förhållande till respektive andel.

- 151 Enligt artikel 3.4 i koncentrationsavtalet skall bolagsstämman försöka att lösa problem genom att inta en gemensam ståndpunkt. Om man inte lyckas nå enighet sätts frågan upp på dagordningen för följande bolagsstämma, under vilken "förslaget i fråga kan antas med enkel majoritet av rösterna vid denna bolagsstämma". Detta innebär att RTL på den andra bolagsstämman i praktiken har majoritet med 51 procent av rösterna.
- 152 Genom att hänvisa till förstainstansrättens dom av den 19 maj 1994 i mål T-2/93, Air France mot kommissionen (REG 1994, s. II-323; svensk specialutgåva, volym 15), där det var möjligt att dra slutsatsen att det faktiskt förelåg gemensam kontroll på grund av att viktiga beslut av styrelsen måste godtas av åtminstone en av representanterna för TAT SA och British Airways, anser sökanden att det är RTL som har ensamkontroll på grund av att det är omöjligt för andra aktieägare än RTL att blockera viktiga beslut.
- 153 HMG:s bolagskommitté, som även den består av ett lika stort antal representanter från RTL och VMG, fattar beslut genom enhällighet, men har endast behörighet i de frågor som anges i artikel 3.3 i koncentrationsavtalet, nämligen frågor rörande rättigheter avseende normalt minoritetsaktieägar skydd, vilka inte har något att göra med HMG:s programutbud.
- 154 Sökanden har av detta dragit slutsatsen att kommissionen inte har framfört något övertygande argument eller någon bevisning till stöd för slutsatsen att sökanden, genom sin strukturella koppling till HMG, kan påverka HMG:s allmänna program- och programinköps politik på ett sätt som förstärker sökandens

ställning på den relevanta marknaden för fristående produktioner (hundra övervägandet i det omtvistade beslutet).

- 155 Sökanden har tillagt att eftersom den endast har en minoritetsandel i HMG:s aktiekapital uppfyller den inte villkoren för att deltagande i ett konkurrerande företags aktiekapital skall kunna omfattas av förbudet i artikel 85 i fördraget som uppställdes av domstolen i dom av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen (REG 1987, s. 4487, nedan kallat målet Philip Morris). Koncentrationen medför således inte något konkurrensrättsligt problem.
- 156 Kommissionen har erinrat om att den har dragit slutsatsen att RTL och VMG hade gemensam kontroll över HMG, därför att de viktigaste strategiska besluten som fattas av styrelsen på förhand skall godkännas av bolagsstämman. Även om RTL teoretiskt sett slutligen kan tvinga sin vilja igenom är det inte tänkbart att det gör det, med hänsyn till den tidsfrist som föreskrivs för förfarandet i artikel 3.4 i koncentrationsavtalet och den omständigheten att HMG och RTL måste upprätthålla goda relationer med sökanden, eftersom den är HMG:s huvudsakliga programleverantör enligt produktionsavtalet. Av detta följer att VMG utövar ett bestämmande inflytande över HMG på grund av att RTL och VMG i praktiken gemensamt måste fatta de viktiga beslut som rör HMG. I det avseendet har kommissionen gjort gällande att sökanden har misstagit sig på innebörden av domen i det ovannämnda målet Air France mot kommissionen.
- 157 Kommissionen har tillagt att bolagskommitténs uppgift är att lösa problem som kräver samtycke av alla aktieägare. För att fatta ett beslut om att väsentligt ändra programutbudets inriktning, tidsmässiga placering eller programidéer för en av de tre kanalerna krävs enhällighet. Ett liknande förfarande krävs för att ändra de allmänna villkoren i avtalen med kanalernas personal. Villkoret att sådana ändringar endast kan beslutas med enhällighet går utöver vad som är nödvändigt för att skydda minoritetsaktieägares intressen och bidrar således till att styrka kommissionens slutsats att det föreligger gemensam kontroll över HMG.



- 158 Kommissionen anser för övrigt att domen i det ovannämnda målet Philip Morris inte är relevant i förevarande mål.

— Förstainstansrättens bedömning

- 159 Enligt artikel 3.3 i förordning nr 4064/89 uppnås kontroll genom rättigheter eller avtal eller på andra sätt som, antingen var för sig eller tillsammans och med hänsyn till alla faktiska eller rättsliga förhållanden, ger möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande på ett företag.
- 160 Med hänsyn till de faktiska och rättsliga förhållandena i förevarande mål anser förstainstansrätten att kommissionen gjorde en riktig bedömning då den drog slutsatsen att VMG (Veronica och Endemol) och RTL hade gemensam kontroll över HMG.
- 161 Det framgår nämligen av koncentrationsavtalet att de viktigaste strategiska besluten skall godkännas av bolagsstämman innan de underställs styrelsen. Dessa beslut omfattar bland annat HMG:s strategi, den treåriga verksamhetsplanen och den årliga budgeten, samt betydande investeringar, helhetskonceptet för programutbudet och tillsättande och avskedande av programledningen och verkställande direktör.
- 162 Enligt lydelsen i artikel 3.4 i koncentrationsavtalet skall de frågor som underställs bolagsstämman avgöras genom enhällighet. Samtycke från RTL och VMG måste således inhämtas för alla dessa beslut och om enhällighet inte kan uppnås föreskrivs en tidsfrist om femton dagar under vilken företrädare för RTL och VMG måste göra stora ansträngningar för att nå fram till sådan enhällighet. Det är först efter dessa två faser som ett slutligt beslut kan fattas med enkel majoritet. RTL har således majoritet med 51 procent av rösterna.

- 163 Bolagskommittén, som skall uppnå enhällighet vid omröstning, skall dessutom på förhand godkänna vissa av styrelsens beslut som går utöver vad som är nödvändigt för att skydda minoritetsaktieägares intressen. Således kan ett beslut om att väsentligt ändra programutbudets inriktning, tidsmässiga placering eller programidéer för en av de tre kanalerna endast fattas genom enhällighet. Samma sak gäller ett beslut att bilda en ny kanal som skall konkurrera direkt med en av de tre nuvarande kanalerna. Av detta följer att dessa aspekter av HMG:s strategi och helhetskonceptet för programutbudet oundvikligen måste beslutas med enhällighet av RTL och VMG.
- 164 Av detta följer att kommissionen rimligen kunde dra slutsatsen att RTL och VMG hade gemensam kontroll över HMG, med hänsyn till bestämmelserna i koncentrationsavtalet. Det är följaktligen inte nödvändigt att undersöka de argument som sökanden baserat på RTL:s påstådda ensamkontroll eller domen i det ovannämnda målet Philip Morris.

Huruvida sökandens ställning på den relevanta marknaden förstärktes

— Parternas argument

- 165 Sökanden har gjort gällande att dennes andel i HMG:s aktiekapital inte gör det möjligt för den att utöva något inflytande över HMG:s allmänna program- eller programinköpspolitik. Dess påstådda förmåga att förbjuda andra producenter tillgång till HMG är baserad på den påstådda gemensamma kontrollen. Vad beträffar RTL 4, RTL 5 och Veronica var sökanden sedan fem år tillbaka redan den huvudsakliga leverantören till RTL och Veronica och sökandens program

hade redan bidragit till att i stor utsträckning utveckla RTL:s och Veronicas profil under denna period. Således medförde inte bildandet av HMG att sökandens ställning förstärktes eller att konkurrensen hämmades.

- 166 Kommissionen anser att moderbolagen endast kunde säkerställa driften av HMG om de var överens om de viktigaste strategiska besluten. Det är otänkbart att sökandens aktieinnehav endast skulle vara en finansiell investering som inte gav denne fördelen av att ha ett bestämmande inflytande över HMG:s verksamhet. Kommissionens huvudsakliga intresse skulle således ha varit att undvika att den strukturella kopplingen mellan sökanden och HMG utestänger andra producenter från den relevanta marknaden och förstärker sökandens ställning på denna marknad.

— Förstainstansrättens bedömning

- 167 Förstainstansrätten anser att kommissionen gjorde en korrekt bedömning genom att dra slutsatsen att sökanden hädanefter har en stor säljbas för sin produktion, tack vare den strukturella koppling som skapats mellan parterna i koncentrationen och den gemensamma kontroll som sökanden och RTL följaktligen har över HMG, i samförstånd med Veronica. Utan denna strukturella koppling skulle det ha varit realistiskt att anse att det fanns en möjlighet att andra producenter skulle tillhandahålla en mycket större andel av HMG:s behov av ytterligare program. Det fanns inte någon annan producent i Nederländerna som hade samma möjlighet att ha en garanterad säljbas för sin produktion och utöva inflytande över ett programföretag vad gäller inköp av dess program. Denna slutsats kan inte annat än bekräftas av ordalydelsen i produktionsavtalet (se punkt 18 ovan).
- 168 För övrigt har parterna själva förklarat att leverantörsförhållandet, som förenade Endemol med RTL och Veronica, utgjorde en väsentlig faktor vid utarbetandet av

imagen hos RTL 4, RTL 5 och Veronica och även var avgörande för HMG:s framgång. Parterna har även medgett att koncentrationen delvis hade till syfte att möjliggöra för sökanden att minska den risk som den löpte genom att producera nya programidéer, genom att se till att optimera dess intäkter från framgångsrika programidéer. Det var således rimligt att kommissionen drog slutsatsen att sökanden skulle tillhandahålla HMG sina mest lovande program eller de program som visat prov på dragningskraft, till nackdel för övriga programföretag.

- 169 Under dessa omständigheter anser förstainstansrätten att sökanden inte har styrkt att kommissionen överskridit gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning eller att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att dra slutsatsen att koncentrationen skulle medföra att sökandens dominerande ställning på den nederländska marknaden för fristående televisionproduktion på nederländska skulle förstärkas och att den effektiva konkurrensen på marknaden således skulle hämmas påtagligt.
- 170 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på detta argument och att talan följaktligen skall ogillas i sin helhet.

### Rättegångskostnader

- 171 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom sökanden har tappat målet skall sökanden, med hänsyn till svarandens yrkande och till beslut meddelat av ordföranden för fjärde avdelningen i utökad sammansättning den 7 oktober 1996, förpliktas att, förutom sin egen rättegångskostnad, ersätta en femtedel av svarandens rättegångskostnad före det att Veronica, RTL, CLT och VNU återkallade sin talan, och ersätta svarandens hela rättegångskostnad för tiden efter nämnda återkallelse av talan.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN  
(fjärde avdelningen i utökad sammansättning)

följande dom:

- 1) Talan ogillas.
  
- 2) Sökanden skall, förutom sina egna rättegångskostnader, ersätta en femtedel av svarandens rättegångskostnad fram till det att de övriga parterna återkallade sin talan den 7 oktober 1996, och ersätta svarandens hela rättegångskostnad för tiden därefter.

Lindh

García-Valdecasas

Lenaerts

Cooke

Jaeger

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 28 april 1999.

H. Jung

P. Lindh

Justitiesekreterare

Ordförande