

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen)
den 30 september 2003 *

I de förenade målen T-346/02 och T-347/02,

Cableuropa, SA, Madrid (Spanien),

Región de Murcia de Cable, SA, Murcia (Spanien),

Valencia de Cable, SA, Madrid,

Mediterránea Sur Sistemas de Cable, SA, Alicante (Spanien),

Mediterránea Norte Sistemas de Cable, SA, Castellón (Spanien),

företrädna av advokaterna L. Castresana Sánchez och G. Samaniego Bordiu, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande i mål T-346/02,

* Rättegångsspråk: spanska.

Aunacable, SA, Madrid (Spanien),

företrätt av advokaterna A. Creus Carreras och N. Lacalle Mangas,

**Retecal Sociedad Operadora de Telecomunicaciones de Castilla y León (Retecal),
SA, Boecilli (Spanien),**

Euskaltel, SA, Zamudio-Bizkaia (Spanien),

Telecable de Avilés, SA, Avilés (Spanien),

Telecable de Oviedo, SA, Oviedo (Spanien),

Telecable de Gijón, SA, Gijón (Spanien),

R Cable y Telecomunicaciones Galicia, SA, i La Coruña (Spanien),

Tenaria, SA, i Cordovilla (Spanien),

företrädde av advokaten J. Jiménez Laiglesia,

sökande i mål T-347/02,

mot

**Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av F. Castillo de la Torre, i
egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,**

svarande,

med stöd av

Konungariket Spanien, företrätt av L. Fraguas Gadea, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

genom

Sogecable, SA, Madrid, företrätt av advokaterna S. Martínez Lage och H. Brokelmann,

genom

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

och

Telefónica de Contenidos SAU, Madrid,

företrädna av advokaterna M. Merola och S. Moreno Sánchez,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 14 augusti 2002 om hänskjutande av granskningen av den koncentration som avser fusionen mellan DTS Distribuidora de Televisión Digital, SA (Vía Digital), och Sogecable, SA, till de spanska konkurrensmyndigheterna, i enlighet med artikel 9 i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (ärende COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden K. Lenaerts, avdelningsordförande samt domarna J. Azizi och M. Jaeger,

justitiesekreterare: avdelningsdirektören J. Palacio González,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 11 juni 2003,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

- 1 I rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1; svensk specialutgåva, tillägg, s. 16), i dess lydelse efter rättelse enligt EGT L 257, 1990, s. 13, och i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 (EGT L 180, s. 1) (nedan kallad förordning nr 4064/89) föreskrivs ett system för kommissionens kontroll av företagskoncentrationer vilka har en gemenskapsdimension i den mening som avses i artikel 1.2 och 1.3 i förordning nr 4064/89.

- 2 Artikel 9 i förordning nr 4064/89 ger kommissionen möjlighet att hänskjuta granskningen av en företagskoncentration till medlemsstaterna. I denna bestämmelse föreskrivs bland annat följande:

”1. Kommissionen kan genom ett beslut som snarast meddelas de berörda företagen och de övriga medlemsstaternas behöriga myndigheter hänskjuta en anmäld koncentration till den berörda medlemsstatens behöriga myndigheter under följande omständigheter.

2. Inom tre veckor från det att en medlemsstat mottar en kopia av anmälan skall den underrätta kommissionen som i sin tur skall underrätta de berörda företagen om att

- a) en koncentration hotar att skapa eller förstärka en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt kommer att hämmas på en marknad inom medlemsstaten som uppvisar alla kännetecken på en avgränsad marknad, eller om att

- b) en koncentration påverkar konkurrensen på en marknad inom medlemsstaten som uppvisar alla kännetecken på en avgränsad marknad och som inte utgör någon väsentlig del av den gemensamma marknaden.

3. Om kommissionen med hänsyn till marknaden för ifrågavarande varor och tjänster och den geografiska referensmarknaden enligt definitionen i punkt 7 anser att det föreligger en sådan avgränsad marknad och ett sådant hot, skall den antingen

- a) själv handlägga ärendet för att upprätthålla eller återupprätta en effektiv konkurrens på marknaden i fråga, eller
- b) hänskjuta hela ärendet eller delar av detta till den berörda medlemsstatens behöriga myndigheter för att denna stats nationella konkurrenslagstiftning skall tillämpas.

Om kommissionen däremot anser att en sådan avgränsad marknad eller ett sådant hot inte föreligger, skall den fatta ett beslut med den innebörden som den skall rikta till den berörda medlemsstaten.

I sådana fall där en medlemsstat underrättar kommissionen om att en koncentration påverkar konkurrensen på en avgränsad marknad på dess territorium som inte utgör någon väsentlig del av den gemensamma marknaden, skall kommissionen hänskjuta hela ärendet eller de delar av detta som har anknytning till den berörda marknaden, om kommissionen anser att en sådan avgränsad marknad påverkas.

...

7. Med geografisk referensmarknad skall förstås det område inom vilket de berörda företagen medverkar i utbudet och efterfrågan av varor eller tjänster, där konkurrensförhållandena är tillräckligt likartade och som kan skiljas från

angränsande områden framför allt därför att konkurrensvillkoren är väsentligt annorlunda inom de områdena. Vid denna bedömning skall hänsyn tas särskilt till de berörda varornas eller tjänsternas beskaffenhet och egenskaper, eventuella hinder för inträde på marknaden, konsumentpreferenser, väsentliga skillnader i företagens marknadsandelar mellan det berörda området och angränsande områden eller betydande prisskillnader.

8. Vid tillämpningen av denna artikel får den berörda medlemsstaten endast vidta sådana åtgärder som är absolut nödvändiga för att säkerställa eller återupprätta en effektiv konkurrens på marknaden i fråga.

...”

Berörda företag

- 3 Cableuropa, SA (nedan kallat Cableuropa), den första sökanden i mål T-346/02, är en kabeltelekommunikationsoperatör (nedan kallad kabeloperatör) som bland annat bedriver verksamhet på betal-TV-marknaderna i Spanien och som innehar aktiemajoriteten i de andra bolag som är sökande i detta mål, nämligen Región de Murcia de Cable, SA, Valencia de Cable, SA, Mediterránea Sur Sistemas de Cable, SA och Mediterránea Norte Sistemas de Cable, SA, som också är i Spanien verksamma kabeloperatörer.
- 4 Aunacable, SAU (nedan kallat Aunacable), den första sökanden i mål T-347/02, är ett bolag som omfattar fem i Spanien verksamma kabeloperatörer, nämligen Able i Aragonien, Canarias Telecom på Kanarieöarna, Madritel i Madrid, Menta

i Katalonien och Supercable i större delen av Andalusien. De andra sökandena i detta mål är regionala kabeloperatörer (nedan kallade regionala kabeloperatörer), som också är verksamma i Spanien.

- 5 Sogecable, SA (nedan kallat Sogecable), är ett kommersiellt aktiebolag vars verksamhet i huvudsak består i att förvalta och driva en analog betal-TV-kanal (Canal+) på den spanska marknaden. Sogecable driver också en digital satellit-TV-plattform, Canalsatélite Digital, som bolaget kontrollerar till 83,25 procent. Verksamheten innefattar även teknisk service och abonnemangsservice, produktion och försäljning av tema-TV-kanaler, produktion, distribution och visning av filmer och förvärv och försäljning av sporträttigheter. Genom Canal+ och Canalsatélite Digital är Sogecable den största betal-TV-operatören i Spanien.

- 6 Enligt ett avtal som ingicks den 28 juni 1999 mellan aktieägarna i Promotora de Informaciones, SA (nedan kallat Prisa), och koncernen Canal+, SA (nedan kallad Canal+), och som förlängdes år 2002, kontrolleras Sogecable gemensamt av dessa två bolag, som vardera innehar 21,27 procent av aktierna, medan övriga aktier innehas av flera minoritetsaktieägare och är börsnoterade. Prisa är en spansk koncern som är verksam i mediabranschen och som har intressen inom press-, förlags-, radio- och betal-TV-sektorn. Canal+ har kontrollen över den europeiska avdelningen för film och television i koncernen Vivendi Universal (nedan kallad Vivendi). Vivendi bedriver sin verksamhet inom musik-, TV-, film-, telekommunikation-, Internet-, förlags- och miljösektorn.

- 7 DTS Distribuidora de Televisión Digital, SA (nedan kallat VíaDigital), förvaltar och driver en digital TV-plattform på den spanska marknaden. Bolaget bedriver också verksamhet på området för produktion, förvärv, försäljning, reproduktion, distribution och visning av alla typer av audiovisuella produkter. Vía Digital är den näst största operatören för flerkanal-betal-TV i Spanien.

- 8 Vía Digital kontrolleras av Telefónica de Contenidos, SAU (nedan kallat Telefónica de Contenidos). Namnet på detta bolag var fram till den 23 oktober 2002 Grupo Admira Media, SA (nedan kallat Admira). I sin egenskap av ett helägt dotterbolag till Telefónica, SA (nedan kallat Telefónica), den största teleoperatören i den spansktalande världen, innehar och förvaltar Telefónica de Contenidos aktierna i det förstnämnda bolaget på de spanska och latinamerikanska marknaderna.

Bakgrund till tvisten

- 9 Den 3 juli 2002 mottog kommissionen enligt förordning nr 4064/89 en anmälan om ett avtal som den 8 maj 2002 ingåtts mellan Sogecable och Admira om att fusionera Vía Digital med Sogecable, genom utbyte av aktier. I avtalet föreskrivs också att Sogecable skulle förvärva Admiras indirekta andel i Audiovisual Sport, SL (nedan kallat AVS), som är ett företag genom vilket Sogecable och Telefónica kontrollerar rättigheterna att vidareända fotbollsmatcher i den första och andra divisionen i den spanska fotbollsligan, andra tävlingar såsom UEFA Champions League och FIFA:s världsmästerskap, och andra sportevenemang.
- 10 Enligt det avtal som anmäldes till kommissionen skall Sogecable även i fortsättningen kontrolleras gemensamt av Prisa och Canal+.
- 11 Den 12 juli 2002 offentliggjorde kommissionen i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, i enlighet med artikel 4.3 i förordning nr 4064/89, förhandsanmälan i ärende COMP/M.2845 (Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital) och uppmanade berörda tredje parter att lämna eventuella synpunkter på den föreslagna koncentrationen.

- 12 Samma dag begärde den spanska regeringen att kommissionen, i enlighet med artikel 9.2 a i förordning nr 4064/89, skulle hänskjuta ärendet till de spanska konkurrensmyndigheterna med motiveringen att transaktionen hotade att skapa en dominerande ställning och påverka konkurrensen på flera spanska marknader.

- 13 Den 18 juli 2002 riktade kommissionen, i enlighet med artikel 11 i förordning nr 4064/89, en begäran om upplysningar till ONO (se punkt 72 nedan), till Aunacable och till de regionala kabeloperatörerna. De berörda företagen besvarade denna begäran genom skrivelser av den 23 juli 2002 (vad avser ONO), av den 26 juli 2002 (vad avser de regionala kabeloperatörerna) och av den 31 juli 2002 (vad avser Aunacable).

- 14 Den 23 juli 2002 kompletterade den spanska regeringen sin begäran om hänskjutande och överlämnade en reviderad handling till kommissionen.

Det ifrågasatta beslutet

- 15 Genom kommissionens beslut av den 14 augusti 2002 hänsköt kommissionen, med tillämpning av artikel 9 i förordning nr 4064/89, ärende COMP/M.2845 (Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital) till de behöriga myndigheterna i Konungariket Spanien (nedan kallat det ifrågasatta beslutet).

- 16 I det ifrågasatta beslutet görs åtskillnad mellan olika produktmarknader och tjänster som berörs av koncentrationen. Det är fråga om betal-TV-marknaden och marknader i föregående led, nämligen marknaderna för rättigheter att vidare-sända filmer, för sporträttigheter och för andra program, samt telemarknaderna.

17 Enligt det ifrågasatta beslutet har varje relevant produktmarknad en nationell dimension.

18 I det ifrågasatta beslutet anges vad avser betal-TV-marknaden följande (skäl 17):

”[K]ommissionen har alltid hävdats att betal-TV-marknaden är begränsad av språkliga eller nationella gränser. Även om vissa marknadssegment, såsom sportkanalen Eurosport, sänder program på europeisk nivå, sker den TV-sända driften huvudsakligen på de nationella marknaderna, huvudsakligen på grund av att det föreligger skilda nationella bestämmelser, språkbarriärer, kulturella faktorer och konkurrensvillkor som är olika beroende på stat (till exempel strukturen för kabel-TV-marknaden). I det särskilda fallet Spanien visar det sig sålunda att den geografiska dimensionen, av språkliga skäl och regleringsskäl, är nationell. Den spanska marknaden är följaktligen den geografiska referensmarknaden. Den uppvisar alla kännetecken på en avgränsad marknad, i den mening som avses i artikel 9.2 a och 9.7 i förordningen om företagskoncentrationer.”

19 Vad avser de marknader som ligger i ledet före betal-TV-marknaden förklaras i det ifrågasatta beslutet för det första att ”de program som i huvudsak gör att åskådarna väljer betal-TV-tjänster i Spanien är de filmer som visas för första gången och som har flest besökare på biograferna (vilket vanligtvis sammanfaller med de filmer som produceras av filmateljéerna i Hollywood, eller de stora amerikanska filmbolagen) och fotbollsmatcher i vilka de spanska lagen deltar, särskilt ligan” (skäl 21).

- 20 Den nationella dimensionen av marknaderna för rättigheter att vidareända filmer förklaras enligt följande:

”Rättigheterna till kodad sändning av filmer överläts i allmänhet med ensamrätt för varierande perioder, för ett visst språkområde och för ett visst sändningsområde. I Spaniens fall begränsar sig sändningsrättigheterna till det spanska territoriet. De geografiska marknader som motsvarar rättigheterna till biofilmerna är nationella. Den spanska marknaden är således den geografiska referensmarknaden, vilken uppvisar alla kännetecken på en avgränsad marknad, i den mening som avses i artikel 9.2 a och 9.7 i förordningen om företagskoncentrationer.” (Det ifrågasatta beslutet, skäl 26.)

- 21 I det ifrågasatta beslutet (skälen 40–42) görs för det första, vad avser rättigheterna att vidareända sportevenemang, åtskillnad mellan marknaden för rättigheter att vidareända fotbollsevenemang i vilka spanska lag deltar, och anges följande:

”40. När det gäller försäljningen av rättigheter att sända såväl ligans matcher och cupens matcher som rättigheterna till matcherna i Champions League och i UEFA-cupen, har dessa beviljats spanska TV-operatörer. När det gäller spanska ligan och spanska cupen har de spanska fotbollsklubbarna var för sig sålt sina rättigheter till Telefónica, Sogecable, TV 3 och AVS fram till år ..., med undantag för finalen i Kungens cup. För Champions League och UEFA-cupen beviljas operatörer i varje land licenser, eftersom efterfrågan på matcher av kulturella skäl varierar beroende på land. UEFA har sålt rättigheterna för Champions League till Televisión Española (TVE) fram till år ...

41. Vad avser förvärv är marknaderna i grossistledet och slutkundsmarknaderna också nationella, eftersom rättigheterna i huvudsak brukas i Spanien. Vad avser den spanska ligan och den spanska cupen har operatörerna överlåtit sina rättig-

heter till matcher till AVS, vilket senare har beviljat olika betal-TV-operatörer och operatörer av okodad TV licens för att vidareända matcherna. TVE har som sagt förvärvat rättigheterna att vidareända UEFA:s Champions Leagues matcher fram till ... och har beviljat Vía Digital licenser för att rättigheterna skall brukas genom betal-TV fram till ... Vía Digital har senare beviljat Sogecable licens utan ensamrätt att bruka dessa rättigheter.

42. Den spanska marknaden är således den geografiska referensmarknaden, en marknad som uppvisar alla kännetecken på en avgränsad marknad i den mening som avses i artikel 9.2 a och 9.7 i förordningen om företagskoncentrationer.”

- 22 Vad avser rättigheterna att sända andra sportevenemang och andra föreställningar som ger upphov till exklusiva rättigheter har kommissionen av språkliga och kulturella skäl betonat att marknaden är av nationell karaktär (det ifrågasatta beslutet, skäl 57).
- 23 I det ifrågasatta beslutet har vad avser den sista marknaden i ledet före betal-TV-marknaden, nämligen marknaden för rättigheter att vidareända andra program, följande förklarats (skäl 63):

”Kommissionen har i tidigare beslut angivit att temakanalerna är en avgränsad produktmarknad, med en nationell dimension. Temakanalerna är i allmänhet föremål för marknadsföring. Den nationella geografiska dimensionen av temakanalerna bekräftas i Spaniens fall, eftersom distributionen utförs på det spanska territoriet. Den spanska marknaden är således den geografiska referensmarknaden, en marknad som uppvisar alla kännetecken på en avgränsad marknad, i den mening som avses i artikel 9.2 a och 9.7 i förordningen om företagskoncentrationer.”

24 Vad avser den geografiska dimensionen av telekommunikationsmarknaderna har i det ifrågasatta beslutet följande förklarats (skälen 80 och 82):

”a) Marknader för tillgång till Internet

80. ... kommissionen har i tidigare beslut ansett ... att återförsäljning till slutkonsumenten av tjänster som avser tillgång till Internet antingen på bredband eller på smalband motsvarar en marknad av huvudsakligen nationell dimension, av på samma gång teknologiska skäl (till exempel behovet av tillträde till det lokala nätet och av lokala/kostnadsfria telefonnummer till Points of Presence eller närmaste POP) och regleringsskäl (förekomsten av olika nationella regelverk). Den spanska marknaden är således den geografiska referensmarknaden, en marknad som uppvisar alla kännetecken på en avgränsad marknad, i den mening som avses i artikel 9.2 a och 9.7 i förordningen om företagskoncentrationer.

b) Marknader för fast telefoni och andra telekommunikationsmarknader

...

82. Kommissionens löpande praxis i tidigare beslut bekräftar att de i föregående avsnitt angivna telekommunikationsmarknaderna i huvudsak är nationella (infrastrukturers nationella karaktär, uteslutande nationella tjänsteerbjudanden, villkor för operatörers tillstånd, frekvenstillgänglighet för mobiltelefoni, roamingtaxor etc.). Den spanska marknaden är således den geografiska referensmarknaden, en marknad som uppvisar alla kännetecken på en avgränsad marknad, i den mening som avses i artikel 9.2 a och 9.7 i förordningen om företagskoncentrationer.”

- 25 Kommissionen har konstaterat att transaktionen på var och en av marknaderna hotar att skapa eller förstärka en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt kommer att hämmas på den spanska marknaden (det ifrågasatta beslutet, skälen 20, 29, 51, 55, 61, 68 och 109).
- 26 Kommissionen har i det ifrågasatta beslutet därefter angivit följande allmänna slutsatser (skälen 118–121):

”Slutsatser

118. Eftersom Konungariket Spanien utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden har kommissionen, i enlighet med artikel 9.3 i förordningen om företagskoncentrationer, ett stort utrymme för skönsmässig bedömning för att avgöra om den skall hänskjuta ärendet om koncentration till de spanska nationella myndigheterna för att den nationella lagstiftningen skall tillämpas.

119. Transaktionen hotar att skapa eller förstärka en dominerande ställning enbart på marknader av nationell dimension inom Konungariket Spanien.

120. De spanska nationella myndigheterna har tillräckliga medel och är i stånd att företa en ingående undersökning av transaktionen, med hänsyn särskilt till den nationella karaktären av de marknader på vilka transaktionen hotar att skapa eller förstärka en dominerande ställning.

121. Kommissionen har kontrollerat att villkoren enligt artikel 9 i förordningen om företagskoncentrationer för hänskjutande till nationella myndigheter är uppfyllda i förevarande fall och anser följaktligen, med utnyttjande av sin befo-

genhet enligt förordningen att företa skönsmässig bedömning, att de spanska myndigheternas begäran bör bifallas och att ärendet skall hänskjutas till dem för att den spanska lagstiftningen om konkurrens skall tillämpas.”

- 27 Den 18 september 2002 delgav kommissionen sökandena i mål T-347/02 det ifrågasatta beslutet. Följande dag delgavs ONO det ifrågasatta beslutet.
- 28 Genom två beslut av Consejo de Ministros (ministerrådet) av den 29 november 2002 tillstyrkte den spanska regeringen koncentrationen i fråga och uppställde samtidigt olika villkor för den.

Förfarandet

- 29 Genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 22 november 2002 har sökandena väckt i förevarande mål aktuell talan, som registrerats under målnummer T-346/02 och T-347/02.
- 30 I de två målen har sökandena, genom inlagor som ingavs samma dag, ingivit begäran om skyndsam handläggning i enlighet med artikel 76a i förstainstansrättens rättegångsregler. Den 16 december 2002 beslöt tredje avdelningen vid förstainstansrätten, som tilldelats de två målen, att bifalla denna begäran.

- 31 Kommissionen ingav sitt svaromål i de två målen den 22 januari 2003.
- 32 Genom handlingar som inkom till förstainstansrättens kansli den 19 februari respektive den 4 mars 2003 har dels Konungariket Spanien, dels Sogecable, Vía Digital och Telefónica de Contenidos begärt att få intervensera i de två målen till stöd för kommissionens yrkanden. Genom beslut av den 19 mars 2003 och den 10 april 2003 av ordföranden på förstainstansrättens tredje avdelning bifölls dessa framställningar. De intervenerande parterna anmodades att göra sina argument gällande vid den offentliga förhandlingen.
- 33 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (tredje avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och anmodade parterna inom ramen för de åtgärder för processledning som föreskrivs i artikel 64 i rättegångsreglerna att svara på skriftliga frågor och inge vissa handlingar. Parterna efterkom denna begäran inom den föreskrivna fristen.
- 34 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens muntliga frågor vid förhandlingen den 11 juni 2003. Vid förhandlingen lades på begäran av sökandena ett dokument till handlingarna i mål T-346/02.
- 35 Efter det att parterna hörts på denna punkt vid förhandlingen beslutade förstainstansrätten (tredje avdelningen) att förena de två målen vad gäller domen.

Parternas yrkanden

36 I mål T-346/02 har sökandena yrkat att förstainstansrätten skall

- ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet,
- förplikta vardera parten att ersätta sina rättegångskostnader.

37 I mål T-347/02 har sökandena yrkat att förstainstansrätten skall

- fastställa att talan kan upptas till sakprövning och bifalla denna,
- ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet,
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

38 I de två målen har kommissionen, med stöd av de intervenerande parterna, yrkat att förstainstansrätten skall

- fastställa att talan inte kan upptas till sakprövning,

- i andra hand ogilla talan,

- förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Huruvida talan kan upptas till sakprövning

Parternas argument

- 39 Kommissionen har med stöd av de intervenerande parterna påpekat att det ifrågasatta beslutet endast är riktat till Konungariket Spanien, varför sökandena, som det inte är riktat till, måste visa att de i enlighet med artikel 230 fjärde stycket EG är direkt och personligen berörda. Sökandena berörs dock varken direkt eller personligen av det ifrågasatta beslutet.
- 40 För det första innebär ett beslut med det ifrågasatta beslutets innebörd på intet sätt att det slutliga beslut som de nationella myndigheterna kommer att anta om koncentrationen avgörs på förhand. Den omständigheten att det föreligger ett eget senare beslut av staten utesluter således att sökandena skall kunna anses vara direkt berörda av det ifrågasatta beslutet. Kommissionen har i detta avseende hänvisat till förstainstansrättens dom av den 24 mars 1994 i mål T-3/93, *Air France mot kommissionen* (REG 1994, s. II-121; svensk specialutgåva, volym 15, s. II-1), och av den 27 april 1995 i mål T-96/92, *CCE de la Société générale des grandes sources m.fl. mot kommissionen* (REG 1995, s. II-1213, punkt 40), samt till rättspraxis avseende enskildas möjlighet att väcka talan avseende beslut om statligt stöd (förstainstansrättens dom av den 5 december 2002 i mål T-114/00, *Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum mot kommissionen*, REG 2002, s. II-5121, punkt 73) och avseende direktiv (förstainstansrättens dom av den 27 juni 2000 i de förenade målen T-172/98 och T-175/98–T-177/98, *Salamander m.fl. mot Europaparlamentet och rådet*, REG 2000, s. II-2487, punkt 70).

41 Kommissionen har i samband härmed påpekat att i målet Air France mot kommissionen, som nämnts i punkt 40 ovan, garanterade det beslut som bestridits inte att det skulle komma att föreligga något beslut beträffande koncentrationen i sak fattat med stöd av den nationella konkurrensrätten. Tvärtom tilläts i det ifrågasatta beslutet i det målet att den föreslagna transaktionen verkställdes omedelbart och beslutet innebar att tredje man fräntogs sina processuella rättigheter. I förevarande fall tillåter det ifrågasatta beslutet på intet sätt koncentrationen. Beslutet innebär endast en överföring av behörighet utan att berörda tredje mäns processuella garantier påverkas. Kommissionen har med hänvisning till domstolens dom av den 19 maj 1993 i mål C-198/91, Cook mot kommissionen (REG 1993, s. I-2487; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-201), av den 15 juni 1993 i mål C-225/91, Matra mot kommissionen (REG 1993, s. I-3203), och av den 17 november 1998 i mål C-70/97 P, Kruidvat mot kommissionen (REG 1998, s. I-7183), tillagt att det är iakttagandet av rätten att höras, och inte iakttagandet av de specifika processuella formerna som är av betydelse för att talan skall kunna upptas till sakprövning. Såvida det inte antas att medlemsstaterna, och särskilt Konungariket Spanien, inte tar hänsyn till denna grundläggande garanti måste det konstateras att sökandena inte är direkt berörda av det ifrågasatta beslutet. Det föreligger i vart fall inte någon behörighet att ”laga efter läglighet” beroende på de processuella garantierna i den stat till vilken behörigheten att granska en koncentration har överförts (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 25 juli 2002 i mål C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mot rådet, REG 2002, s. I-6677, punkt 43). Om sökandena skulle anse att deras rätt att höras inför de spanska konkurrensmyndigheterna inte är tillräckligt säkerställd, kan de åberopa sina argument i en talan mot det slutgiltiga beslut som dessa myndigheter fattar. Vad avser sökandenas argument att de berörda tredje männen inte har rätt till en muntlig kontradiktorisk diskussion inför de spanska myndigheterna, har kommissionen konstaterat att tredje man i enlighet med artikel 16 i kommissionens förordning (EG) nr 447/98 av den 1 mars 1998 om anmälningar, tidsfrister och förhör enligt rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (EGT L 61, s. 1) inte heller har någon sådan rätt i det administrativa förfarandet inför kommissionen. Tredje man kan nämligen göra sin synpunkt känd muntligen först om kommissionen bedömer att det är lämpligt.

42 De förevarande målen skiljer sig även mycket från mål T-87/96, Assicurazioni Generali och Unicredito mot kommissionen (förstainstansrättens dom av den 4 mars 1999, REG 1999, s. II-203). I det sistnämnda målet ansåg kommissionen i det ifrågasatta beslutet att skapandet av ett gemensamt företag inte utgjorde en koncentration i den mening som avses i förordning nr 4064/89. Sökandena i det ovannämnda målet Assicurazioni Generali och Unicredito mot kommissionen var

parter i transaktionen och följaktligen var det ifrågasatta beslutet riktat till dem. Kommissionen har tillagt att parterna visserligen har en subjektiv rätt till att en transaktion för upprättandet av ett gemensamt företag skall bedömas utifrån förordning nr 4064/89 när villkoren för att tillämpa förordningen är uppfyllda, men att det däremot inte föreligger någon subjektiv rätt till att transaktionen skall behandlas av en viss myndighet när villkoren för hänskjutande till en medlemsstat är uppfyllda.

- 43 I mål T-347/02 har kommissionen än en gång erinrat om att den medlemsstat som ärendet hänskjutits till enligt artikel 9.8 i förordning nr 4064/89 endast får vidta sådana åtgärder som är absolut nödvändiga för att bevara eller återupprätta en effektiv konkurrens på marknaden i fråga. Kommissionen har tillagt att om denna bestämmelse inte följs i de nationella myndigheternas slutgiltiga beslut kan sökandena åberopa detta åsidosättande i en talan mot beslutet.
- 44 För det andra har kommissionen hävdats att sökandena inte heller är personligen berörda av det ifrågasatta beslutet. Enbart den omständigheten att en person på ett eller annat sätt deltar i det förfarande som föregår ett beslut räcker inte för att han skall anses vara personligen berörd i den mening som avses i artikel 230 fjärde stycket EG, såvida inte personens deltagande sker i samband med att han nyttjar de processrättsliga garantier som föreskrivs i gemenskapsrätten (förstainstansrättens beslut av den 3 juni 1997 i mål T-60/96, Merck m.fl. mot kommissionen, REG 1997, s. II-849), punkt 73, och av den 15 september 1998 i mål T-109/97, Molkerei Großbraunshain och Bene Nahrungsmittel mot kommissionen, REG 1998, s. II-3533, punkt 68). De enskilda har dock formellt inte någon roll i förfarandet enligt artikel 9 i förordning nr 4064/89, eftersom detta är ett fullständigt bilateralt förfarande mellan kommissionen och den medlemsstat som yrkar detta. Den omständigheten att sökandena har ingivit yttranden beträffande begäran om hänskjutande under det administrativa förfarandet innebär således inte att de kan anses vara personligen berörda i den mening som avses i artikel 230 fjärde stycket EG.
- 45 I mål T-346/02 har kommissionen dessutom tillagt att de handlingar som ONO ingivit inte ger möjlighet att få kännedom om arten av sökandenas anknytning till ONO. Det är inte heller möjligt att få veta i vilken omfattning ONO:s yttranden avseende transaktionens inverkan på denna koncern återspeglar transaktionens inverkan på sökandena.

- 46 Sökandena i de två målen har hävdats att de är direkt och personligen berörda av det ifrågasatta beslutet.

Förstainstansrättens bedömning

- 47 Det skall erinras om att enligt artikel 230 fjärde stycket EG får "[v]arje fysisk eller juridisk person ... väcka talan mot ett beslut som är riktat till honom eller mot ett beslut som, även om det utfärdats i form av en förordning eller ett beslut riktat till en annan person, direkt och personligen berör honom".
- 48 Det ifrågasatta beslutet är inte riktat till sökandena, eftersom kommissionen har riktat det till den medlemsstat som med tillämpning av artikel 9.2 i förordning nr 4064/89 har begärt hänskjutande, det vill säga Konungariket Spanien. Det skall under dessa förhållanden undersökas huruvida sökandena är direkt och personligen berörda av det ifrågasatta beslutet.

Frågan huruvida sökandena är direkt berörda av det ifrågasatta beslutet

- 49 Enligt fast rättspraxis gäller följande. För att en gemenskapsåtgärd direkt skall beröra en enskild sökande skall den vidtagna gemenskapsåtgärden direkt inverka på den berörda partens rättsliga ställning, ha en rent automatisk karaktär när den genomförs och endast följa av gemenskapslagstiftningen utan att några mellanliggande regler tillämpas (se bland annat domstolens dom av den 5 maj 1998 i mål C-386/96 P, Dreyfus mot kommissionen, REG 1998, s. I-2309, punkt 43, och förstainstansrättens dom av den 22 november 2001 i mål T-9/98, Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie mot kommissionen, REG 2001, s. I-3367, punkt 73).

- 50 Så är särskilt fallet när mottagarnas möjlighet att inte följa gemenskapsrätten är rent teoretisk, eftersom det inte råder något tvivel om att de är villiga att dra de slutsatser som är förenliga med rättsakten (domstolens dom av den 17 januari 1985 i mål 11/82, Piraiki-Patraiki m.fl. mot kommissionen, REG 1985, s. 207, punkterna 8–10, och domen i det i punkt 40 ovan nämnda målet Dreyfus mot kommissionen, punkt 44, domen i det i punkt 40 nämnda målet Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum mot kommissionen, punkt 73).
- 51 Det skall i förevarande fall följaktligen kontrolleras om det ifrågasatta beslutet kan ge upphov till direkta och automatiska rättsverkningar för sökandena eller om tvärtom nämnda verkningar är en följd av det beslut som antas av de spanska konkurrensmyndigheterna efter hänskjutande.
- 52 Kommissionen har i det ifrågasatta beslutet inte uttalat sig om koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden. Kommissionen har i stället hänskjutit undersökningen av koncentrationen till de spanska konkurrensmyndigheterna som begärt detta den 12 juli 2002. Enligt artikel 9.3 första stycket b i förordning nr 4064/89 ankommer det på dessa myndigheter att undersöka koncentrationens verkningar i enlighet med den spanska konkurrenslagstiftningen. De enda skyldigheter som de spanska konkurrensmyndigheterna åläggs genom förordning nr 4064/89 i detta avseende är dels att de enligt artikel 9.6 skall fatta beslut senast fyra månader efter kommissionens hänskjutande, dels att de enligt artikel 9.8 endast får ”vidta sådana åtgärder som är absolut nödvändiga för att säkerställa eller återupprätta en effektiv konkurrens på marknaden i fråga”. Eftersom dessa skyldigheter emellertid inte på ett precist och säkert sätt är avgörande för den undersökning som görs av de spanska konkurrensmyndigheterna i sak finner förstainstansrätten att det ifrågasatta beslutet inte kan direkt påverka sökandenas konkurrenssituation, eftersom det endast är det slutliga beslut som antas av de spanska konkurrensmyndigheterna som kan ha en sådan verkan.
- 53 Detta visar emellertid inte att det ifrågasatta beslutet inte direkt berör sökandena. Frågan huruvida tredje man är direkt berörd av en gemenskapsåtgärd som inte är riktad till honom skall nämligen bedömas med utgångspunkt i föremålet för nämnda rättsakt. Det ifrågasatta beslutet har inte till föremål ett uttalande om

verkningarna av koncentrationen på de berörda marknader som är föremål för hänskjutandet, utan ett överlåtande av ansvaret för undersökningen till de nationella myndigheter som har begärt detta för att dessa skall fatta beslut med tillämpning av sin nationella konkurrensrätt. Med hänsyn till detta syfte är det i förevarande fall inte relevant att det ifrågasatta beslutet inte direkt påverkar sökandenas konkurrensställning på de berörda marknaderna i Spanien (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 3 april 2003 i mål T-119/02, *Royal Philips Electronics mot kommissionen*, REG 2003, s. II-1442, punkt 276).

- 54 För att kunna bedöma huruvida sökandena är direkt berörda av det ifrågasatta beslutet skall det endast kontrolleras huruvida det ifrågasatta beslutet har direkta och automatiska rättsverkningar för dem.
- 55 Det skall i detta avseende erinras om att enligt artiklarna 1.1 och 22.1 i förordning nr 4064/89 är nämnda förordning i princip endast tillämplig på koncentrationer med gemenskapsdimension såsom de definieras i artikel 1.2 och 1.3 i nämnda förordning. Enligt artikel 21.2 första stycket i förordning nr 4064/89 skall medlemsstaterna i princip inte tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning på koncentrationer med gemenskapsdimension.
- 56 I förevarande mål avslutade dock kommissionen, samtidigt som den hänsköt undersökningen av den ifrågavarande koncentrationen till de spanska konkurrensmyndigheterna, det förfarande för tillämpning av förordning nr 4064/89 som inleddes genom anmälan av avtalet om fusionen mellan *Vía Digital* och *Sogecable*. Enligt artikel 9.3 första stycket b i förordning nr 4064/89 skall den berörda medlemsstatens behöriga myndigheter efter hänskjutande tillämpa sin nationella konkurrenslagstiftning.

- 57 Härav följer att det ifrågasatta beslut som är föremål för denna talan får till följd att koncentrationen kontrolleras uteslutande av de spanska konkurrensmyndigheterna vilka fattar sitt beslut i enlighet med nationell konkurrensrätt.
- 58 Förstainstansrätten finner att det ifrågasatta beslutet härigenom har påverkat sökandenas rättsliga ställning (se, för ett liknande resonemang, domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkterna 281–287).
- 59 Samtidigt som kriterierna för bedömningen av ifrågavarande koncentrations rättsenlighet samt det förfarande och de eventuella sanktionsåtgärder som är tillämpliga på koncentrationen fastställs i det ifrågasatta beslutet genom hänskjutandet för tillämpning av nationell konkurrensrätt, förändrar det sökandenas rättsliga ställning genom att det fråntar dem möjligheten att den ifrågavarande transaktionens rättsenlighet undersöks av kommissionen med avseende på förordning nr 4064/89 (se analogt domen i det i punkt 42 nämnda målet Assicurazioni Generali och Unicredito mot kommissionen, punkterna 37–44).
- 60 Den kontroll av en koncentration som utövas på grundval av en nationell lagstiftning kan dock inte likställas, i fråga om räckvidd och verkningar, med den kontroll som utövas av kommissionen enligt förordning nr 4064/89 (domen i det i punkt 40 nämnda målet Air France mot kommissionen, punkt 69).
- 61 I motsats till vad kommissionen har hävdad kan varje beslut som medför att ett annat rättsligt system blir tillämpligt på undersökningen av en koncentration inte endast påverka den rättsliga ställningen för parterna i den berörda transaktionen, såsom var fallet i det i punkt 42 nämnda målet Assicurazioni Generali och Unicredito mot kommissionen, men även den rättsliga ställningen för dem som inte är parter i en sådan transaktion.

- 62 Förstainstansrätten finner att oberoende av frågan huruvida den spanska konkurrensrätten ger tredje man processuella rättigheter som motsvarar dem som garanteras genom förordning nr 4064/89, får det ifrågasatta beslutet, genom att det innebär att förfarandet enligt förordning nr 4064/89 därmed avslutas, den verkan att tredje man fråntas de processuella rättigheter som han har enligt artikel 18.4 i den nämnda förordningen.
- 63 Kommissionen hindrar slutligen genom det ifrågasatta beslutet tredje parter från att göra gällande det rättsliga skydd som de tillerkänns genom fördraget. Genom att hänskjuta undersökningen av koncentrationen till de spanska konkurrensmyndigheterna som fattar sitt beslut i enlighet med nationell konkurrensrätt fråntar kommissionen tredje parter deras möjlighet att vid ett senare tillfälle inför förstainstansrätten bestrida de bedömningar som de nationella myndigheterna med stöd av artikel 230 EG kommer att göra på denna punkt. Om det inte hade skett något hänskjutande skulle kommissionens bedömningar däremot ha kunnat göras till föremål för ett sådant bestridande.
- 64 Eftersom det ifrågasatta beslutet följaktligen får till verkan att sökandena fråntas möjligheten till kommissionens kontroll av koncentrationen på grundval av förordning nr 4064/89 och de processuella rättigheter som anges där till förmån för tredje man samt det rättsliga skydd som föreskrivs genom fördraget, finner förstainstansrätten att detta beslut kan påverka sökandenas rättsliga ställning.
- 65 Förstainstansrätten finner att denna påverkan är direkt, eftersom det ifrågasatta beslutet inte kräver någon ytterligare genomförandeåtgärd för att hänskjutandet skall vara verkningsfullt. Eftersom det ifrågasatta beslutet antas av kommissionen har hänskjutandet omedelbar verkan för den berörda medlemsstaten som härigenom blir behörig att bedöma den företagskoncentration som är föremål för hänskjutande i enlighet med den nationella konkurrensrätten.

- 66 Det skall härutöver erinras om att det i enlighet med artikel 9.2 i förordning nr 4064/89 var de spanska myndigheterna som begärde av kommissionen att den skulle hänskjuta undersökningen av koncentrationens verkningar på de berörda marknaderna i Spanien. Under dessa förhållanden förefaller det uteslutet att de spanska myndigheterna inte skulle agera i enlighet med det ifrågasatta beslutet, vilket nu har bekräftats i förevarande mål genom att de spanska konkurrensmyndigheterna den 29 november 2002 antog ett beslut om den ifrågasatt koncentrationen.
- 67 Förstainstansrätten finner följaktligen att det ifrågasatta beslutet direkt berör sökandena.
- 68 Någon annan bedömning görs inte på grund av den omständigheten, vilken har betonats av kommissionen, att sökandena skulle kunnat väcka talan mot den nationella myndighetens beslut genom att använda sig av interna rättsmedel och i förekommande fall därvid begära ett hänskjutande för förhandsavgörande enligt artikel 234 EG. Den omständigheten att det eventuellt finns interna rättsmedel som gör det möjligt att väcka talan vid nationell domstol kan inte utesluta möjligheten att, på grundval av artikel 230 EG, direkt i gemenskapsdomstolarna bestrida lagligheten av ett beslut som en gemenskapsinstitution har antagit (domen i det i punkt 40 nämnda målet Air France mot kommissionen, punkt 69, och domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkt 290).

Frågan huruvida sökandena är personligen berörda av det ifrågasatta beslutet

- 69 Förstainstansrätten erinrar om att andra rättssubjekt än dem som ett beslut riktas till endast kan göra gällande att de är personligen berörda om beslutet angår dem på grund av vissa egenskaper som är utmärkande för dem eller på grund av en faktisk situation som särskiljer dem från alla andra personer och därigenom försätter dem i en ställning som motsvarar den en person har som ett beslut är

riktat till (domstolens dom av den 15 juli 1963 i mål 25/62, Plaumann mot kommissionen, REG 1963, s. 197, på s. 223; svensk specialutgåva, volym 1, s. 181, och domen i det i punkt 41 nämnda målet Union de Pequeños Agricultores mot rådet, punkt 36).

- 70 I förevarande fall har kommissionen inte bestridit att sökandenas konkurrensställning påverkas av den koncentration beträffande vilken undersökningen har hänskjutits till de spanska myndigheterna. Det är nämligen ostridigt att sökandena är de huvudsakliga aktuella konkurrenterna till parterna i koncentrationen på flertalet av de ifrågasatta marknaderna. I skäl 84 i det ifrågasatta beslutet anges sålunda att "[d]e konkurrensbegränsningar som kan bli en följd av den anmälda transaktionen ... alldeles särskilt [hotar] att påverka kabeloperatörerna i Spanien, som representerar den viktigaste (och nästan den enda, med hänsyn till situationen för det digitala marknätet i Spanien) konkurrenskillan inför den TV-satellitplattform som följer av fusionen" och att "[d]essa kabeloperatörer ... även utgör det viktigaste konkurrensalternativet (i vissa fall faktiskt, i andra potentiellt) till Telefónica på de olika telemarknader på vilka den spanska historiska operatören redan dominerar".
- 71 Det kan dessutom konstateras att sökandena har deltagit i det administrativa förfarandet som har lett till att det ifrågasatta beslutet har antagits.
- 72 Vad avser sökandena i mål T-346/02 kan det nämligen konstateras att ONO den 27 juni 2002 kontaktade kommissionen, som den 18 juli 2002 med stöd av artikel 11 i förordning nr 4064/89 riktade en begäran till ONO om upplysningar, vilken ONO besvarade genom skrivelse av den 23 juli 2002. ONO:s deltagande i det administrativa förfarandet kan anses motsvara sökandenas deltagande i mål T-346/02. Dessa sökande förklarade, på en fråga av förstainstansrätten, att ONO, såsom angivits i den ovannämnda skrivelsen av den 23 juli 2002, är det namn under vilket de alla är verksamma på den spanska marknaden. I denna skrivelse och i svaret till förstainstansrätten förklarade sökandena, utan att motsägas av kommissionen, att ONO är det namn under vilket den grupp

kabeloperatörer som utgörs av bolaget "Grupo ONO" verkar, vilken innehar 100 procent av aktierna i Cableuropa, som innehar aktiemajoriteten i de andra kabeloperatörerna som för talan som sökande i mål T-346/02.

- 73 På samma sätt har Aunacable och de andra sökandena i mål T-347/02 ställt skrivelser till kommissionen daterade den 9 respektive den 22 juli 2002, i vilka de framfört att villkoren i artikel 9 i förordning nr 4064/89 inte var uppfyllda. Den 18 juli 2002 riktade kommissionen till sökandena en begäran om upplysningar enligt artikel 11 i förordning nr 4064/89, vilken de sistnämnda besvarade den 26 juli 2002 (andra sökande än Aunacable) och den 31 juli 2002 (Aunacable).
- 74 Det kan i samband härmed för det första konstateras att sökandena skulle ha haft rätt att höras av kommissionen om denna hade beslutat att inte hänskjuta målet till de spanska myndigheterna och tvärtom hade inlett den så kallade fas II i förfarandet enligt artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89.
- 75 Tredje parter har enligt artikel 18.4 i förordning nr 4064/89 nämligen rätt att höras av kommissionen, särskilt före antagandet av ett beslut i slutet av fas II, under förutsättning att de ansökt om detta, och efter att ha påvisat ett berättigat intresse i saken (förstainstansrättens dom av den 27 november 1997 i mål T-290/94, Kaysersberg mot kommissionen, REG 1997, s. II-2137, punkt 105). Mot bakgrund av att sökandenas konkurrensställning har påverkats av koncentrationen beträffande vilken undersökningen har hänskjutits till de spanska myndigheterna, har sökandena således haft ett berättigat intresse av att höras (se domen i det ovannämnda målet Kaysersberg mot kommissionen, punkt 109).

- 76 Sökandena, som enligt artikel 18.4 i förordning nr 4064/89 har processrättsliga garantier, kan dock endast åtnjuta dem om de har möjlighet att vid en gemenskapsdomstol föra talan mot det ifrågasatta beslutet (se, för ett liknande resonemang, domen i det i punkt 41 nämnda målet Cook mot kommissionen, punkt 23).
- 77 Förstainstansrätten påpekar för det andra att sökandena i sin egenskap av konkurrerande företag även skulle ha varit personligen berörda av ett beslut om slutligt godkännande som kommissionen fattade på grundval av artikel 6.1 b i förordning nr 4064/89 om inget hänskjutande hade skett.
- 78 Om ärendet inte hade hänskjutits skulle sökandena ägt rätt att inom ramen för en talan om ogiltigförklaring baserad på artikel 230 fjärde stycket EG bestrida de bedömningar som kommissionen gjort av koncentrationens verkningar på de berörda marknaderna i Spanien (se, för ett liknande resonemang, domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkt 295).
- 79 Eftersom det ifrågasatta beslutet har till följd att sökandena fråntas möjligheten att inför förstainstansrätten bestrida de bedömningar som de skulle ägt rätt att bestrida om det inte hade skett något hänskjutande, finner förstainstansrätten att det ifrågasatta beslutet berör sökandena personligen på samma sätt som sökanden skulle ha berörts av godkännandebeslut om ärendet inte hade hänskjutits (se, för ett liknande resonemang, domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkt 297).
- 80 Sökandena skall följaktligen anses vara personligen berörda av det ifrågasatta beslutet.

- 81 Av ovanstående överväganden följer att sökandena är direkt och personligen berörda av det ifrågasatta beslutet.
- 82 Talan kan följaktligen upptas till sakprövning.

Prövning i sak

- 83 Sökandena har åberopat tre gemensamma grunder till stöd för sin talan. Den första grunden avser ett åsidosättande av artikel 9 i förordning nr 4064/89 genom att koncentrationen får effekter som inte begränsas till det spanska territoriet. Den andra grunden avser likaså ett åsidosättande av artikel 9 i förordning nr 4064/89 och ett åsidosättande av principen om god förvaltningssed genom att kommissionen endast undantagsvis har rätt att hänskjuta en koncentration till de nationella myndigheterna när de marknader som berörs av koncentrationen utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Den tredje grunden avser ett åsidosättande av artikel 253 EG. Sökandena i mål T-346/02 har även åberopat en fjärde grund avseende åsidosättande av artikel 9 i förordning nr 4064/89 genom att det ifrågasatta beslutet innehåller ett hänskjutande "in blanco" till de spanska myndigheterna. Den första, den andra och den fjärde grunden skall behandlas innan den tredje grunden tas upp.

Den första grunden: åsidosättande av artikel 9 i förordning nr 4064/89 genom att koncentrationen får effekter som inte begränsas till det spanska territoriet

Parternas argument

- 84 Sökandena i de två målen har gjort gällande att artikel 9 i förordning nr 4064/89 i förevarande fall inte ger kommissionen möjlighet att hänskjuta undersökningen av koncentrationen i fråga till de nationella myndigheterna.

- 85 I mål T-346/02 har sökandena hävdat att det av artikel 9.2 i den ovannämnda förordningen framgår att kommissionen inte har rätt att hänskjuta undersökningen av en koncentration till de nationella myndigheterna när marknaderna i fråga inte ligger enbart inom en medlemsstats gränser. Mot bakgrund av att koncentrationen har en uppenbart internationell dimension, eller att kommissionen under alla förhållanden inte *ex officio* har kunnat utesluta en sådan internationell dimension, har kommissionen åsidosatt artikel 9.2 i förordningen.
- 86 För att påvisa den ifrågavarande koncentrationens internationella dimension har sökandena i mål T-346/02 för det första förklarat att koncernerna Telefónica, Canal+, Vivendi och Prisa har en stark förankring i Europa både vad gäller telekommunikationer och betal-TV. För det andra ligger inte telemarknaderna enbart inom de nationella gränserna, Internet är inte nationellt och ett stort antal tjänster går över gränserna, till exempel de signaler som överförs per satellit. För det tredje har marknaden för audiovisuella rättigheter också en gränsöverskridande dimension. Kommissionen har själv i beslut av den 21 mars 2002, B Sky B/Kirch Pay TV (COMP/JV.37) vidgått att på marknaden för audiovisuella rättigheter var förvärvet av rättigheter och deras utnyttjande europeiskt, till och med världsomfattande.
- 87 De ovannämnda sökandena har under förhandlingen påpekat att parterna i koncentrationen, i sin anmälan om transaktionen, själva har vidgått att vissa berörda marknader inte låg enbart inom Spaniens gränser, särskilt marknaden för satellittjänster, marknaden för tekniska tjänster, de audiovisuella marknaderna (såsom produktionen av filmer, som är en världsomfattande marknad) samt marknaden för rättigheter att vidareända sportevenemang, vilket är en marknad på vilken TV-operatörerna konkurrerar med kanaler som bedriver verksamhet på europeisk nivå. Sökandena har påpekat att språkbarriärerna försvinner gradvis och att överföringen av filmer och sportprogram via Internet gör att innehållet i dessa blir tillgängligt i andra länder än Spanien och ger användaren möjlighet att välja det språk han föredrar. I det ifrågasatta beslutet har kommissionen endast fastställt att vissa av de marknader som de nationella myndigheterna har angivit i

sin begäran om hänskjutande inte skulle undersökas, eftersom de inte utgjorde något problem i konkurrenshänseende, dock utan att ha bedömt huruvida dessa marknader utgjorde nationella marknader.

88 Till stöd för sina argument har de berörda sökandena vid förhandlingen ingivit kopia av den icke sekretessbelagda versionen av anmälan om koncentrationen i fråga.

89 Under förhandlingen har sökandena dessutom påpekat att kommissionen endast kunde hänskjuta ärendet till de nationella myndigheterna om dessa i sin begäran om hänskjutande hade betecknat marknaderna i fråga som nationella marknader. Den reviderade versionen av denna begäran om hänskjutande hade dock inte överlämnats till sökandena under det administrativa förfarandet vid kommissionen och för övrigt inte heller under förfarandet inför de spanska myndigheterna. Eftersom dokumentet i fråga, till följd av en begäran från förstainstansrätten, hade tillfogats handlingarna, ankom det på förstainstansrätten att kontrollera huruvida begäran om hänskjutande uppfyllde villkoren enligt artikel 9 i förordning nr 4064/89.

90 I mål T-347/02 har sökandena gjort gällande att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den i skäl 199 i det ifrågasatta beslutet, utan att bedöma eventuella gränsöverskridande effekter av den anmälda transaktionen, ansåg att "[t]ransaktionen hota[de] att skapa eller att förstärka en dominerande ställning enbart på marknader med nationell dimension inom Konungariket Spanien". Om sådana effekter var förhanden skulle hänskjutandet av ärendet till de nationella myndigheterna omöjliggöras på grund av att villkoren i artikel 9 i förordning nr 4064/89 inte var uppfyllda.

91 Sökandena i detta mål har hävdats att transaktionen kunde få gränsöverskridande effekter. De har först framhållit att de företag som potentiellt berörs av koncentrationen inte endast är konkurrenterna på marknaden för flerkanal-

betal-TV i Spanien, utan även andra operatörer på närbesläktade marknader (i huvudsak programmarknaden) som inte med nödvändighet är etablerade på den spanska marknaden. Med hänsyn till att Canal+ är ett av de bolag som deltar i den samtidiga kontrollen av den plattform som uppstår genom koncentrationen, och att detta bolag är en operatör med intressen på TV-marknaden på europeisk nivå, är det möjligt att transaktionen får den verkan att denne operatörs ställning stärks på de internationella programmarknader som ligger i ledet före marknaden för betal-TV. Sökandena i mål T-347/02 har på samma sätt som de andra sökandena framhållit att kommissionen själv i sitt ovannämnda beslut B Sky B/ Kirch Pay TV har vidgått att förvärv av rättigheter och utnyttjandet av dem på marknaden för audiovisuella rättigheter är verksamheter som påverkar mer än en enda medlemsstat. Sökandena har slutligen hävdat att kommissionen i samband med ärendet angående den anmälda koncentrationen även borde ha analyserat de så kallade *output deals*-avtalen som de bolag som är verksamma på betal-TV-marknaden har ingått med stora amerikanska filmstudior.

92 Sökandena i mål T-347/02 har vid förhandlingen påpekat att det förhållandet att de relevanta geografiska marknaderna är nationella inte räcker för att en eller flera "avgränsade marknader", i den mening som avses i artikel 9.2 a i förordning nr 4064/89, skall kunna anses föreligga. En medlemsstat kan nämligen endast anses utgöra en "avgränsad marknad" om konkurrensstrukturen i den staten skiljer sig från konkurrensstrukturen i andra medlemsstater.

93 Sökandena har i samband härmed för det första påpekat att det språkliga kriteriet inte räcker för att kvalificera en marknad som "avgränsad", så mycket mindre som samma program kan erbjudas på flera språk, vilket till exempel är fallet med filmer på DVD. Den nationella audiovisuella lagstiftningen skapar för det andra inte något särskilt hinder för inträde för Spanien, med tanke på nivån på gemenskapsharmoniseringen av de relevanta reglerna, vilket särskilt domstolens dom av den 22 januari 2002 i mål C-390/99, Canal Satélite Digital (REG 2002, s. I-607), vittnar om. Den omständigheten att rättigheterna avseende programmen

distribueras på lokal och regional nivå gör inte den spanska marknaden till en "avgränsad marknad", eftersom samma program distribueras på annat håll med samma format för utnyttjande och på grundval av samma avgiftssystem.

- 94 Enligt sökandena talar flera omständigheter motkvalificeringen av den spanska marknaden som en "avgränsad marknad". För det första återspeglar det förhållandet att Sogecable tillhör koncernen Canal+ den konsolideringsprocess som, med hänsyn till de ekonomiska svårigheterna inom den audiovisuella sektorn, pågår på alla de europeiska marknaderna. Det skall därefter medges att karaktären på de produkter och tjänster som erbjuds är identisk på alla de europeiska marknaderna. Slutligen är hindren för inträde identiska och berör i synnerhet tillgången till program och tillgången till plattformen för den dominerande distributionen.
- 95 Sökandena har bestridit att de har anfört nya grunder vid förhandlingen. De har förklarat att de har anpassat sin argumentering till följd av avkunnandet av domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, som skedde efter det att de hade ingivit sin ansökan. De hade endast utvecklat de argument som de redan åberopat i sin ansökan. Sökandena i mål T-347/02 har tillagt att argumentet att det förhållandet att en marknad har en nationell dimension inte räcker för att göra den "avgränsad", i den mening som avses i artikel 9 i förordning nr 4064/89, redan hade framförts i den skrivelse av den 22 juli 2002 som de riktat till kommissionen.
- 96 Kommissionen har med stöd av intervenienterna svarat att det avgörande kriteriet för att fastställa de fall i vilka den har möjlighet att hänskjuta ett ärende till de nationella myndigheterna är att det föreligger risk för konkurrensbegränsningar på de marknader inom en medlemsstat som uppvisar kännetecknen på avgränsade marknader. I det ifrågasatta beslutet har man dock, i enlighet med artikel 9.2 a i sagda förordning, fastställt geografiska referensmarknader och gjort en analys av transaktionens effekter på konkurrensen på dessa marknader för att komma till slutsatsen att transaktionen hotade att skapa eller förstärka en dominerande ställning enbart på marknader med nationell dimension inom Konungariket Spanien.

- 97 Den europeiska förankringen av koncernerna Telefónica, Canal+ och Vivendi samt den internationella verksamheten i koncernerna i fråga kan inte, som sådana, avgöra den geografiska dimensionen av de olika produktmarknader på vilka dessa operatörer är verksamma. På samma sätt är de gränsöverskridande effekterna av en koncentration inte avgörande för att besluta om det finns anledning att hänskjuta ett förslag till koncentration till de nationella myndigheterna.
- 98 Kommissionen har än en gång påpekat att sökandena för första gången vid förhandlingen har framfört grunder som inte förelåg i ansökan. Sålunda är det argumentet nytt att det skulle finnas vissa ”andra marknader” vilka har nämnts antingen av parterna till koncentrationen i deras anmälan, eller av de spanska myndigheterna i deras begäran om hänskjutande, och som kommissionen inte har undersökt i det ifrågasatta beslutet. Inte heller innehåller ansökan argumentet att det skall göras åtskillnad mellan begreppet ”avgränsad marknad”, i den mening som avses i artikel 9.2 a i förordning nr 4064/89, och begreppet relevant geografisk marknad. Förstainstansrätten borde således utesluta att dessa grunder kan tas upp till sakprövning, i enlighet med artikel 48.2 i rättegångsreglerna. Sökandena kan inte åberopa den omständigheten att domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen avkunnats under tiden mellan ansökans ingivande och förhandlingen, eftersom det är fast rättspraxis att en dom som avkunnats efter ansökans ingivande inte utgör ny bevisning i den mening som avses i artikel 48.1 i rättegångsreglerna. I den mån som sökandena har påpekat att vissa argument redan fanns i de handlingar som ingavs som bilaga till deras ansökan, erinrar kommissionen om att det inte ankommer på förstainstansrätten att i bilagorna fastställa de grunder som inte har framförts som sådana i ansökan.
- 99 Sökandenas argumentation är under alla förhållanden ogrundad.

Förstainstansrättens bedömning

- 100 Förstainstansrätten erinrar om att de spanska myndigheterna har begärt hänskjutande av koncentrationen med stöd av artikel 9.2 a i förordning nr 4064/89. I det ifrågasatta beslutet har kommissionen konstaterat att ”[t]

ransaktionen hota[de] att skapa eller förstärka en dominerande ställning enbart på marknader med nationell dimension inom Konungariket Spanien” (skäl 119). Kommissionen har med tillämpning av artikel 9.3 första stycket i förordning nr 4064/89 beslutat att hänskjuta ärendet till de spanska konkurrensmyndigheterna som är skyldiga att avgöra frågan på grundval av den nationella konkurrensrätten.

101 Det framgår av artikel 9.2 a i förordning nr 4064/89 att för att en koncentration skall kunna bli föremål för ett hänskjutande med stöd av artikel 9 i sagda förordning måste två villkor vara uppfyllda samtidigt. För det första skall koncentrationen hota att skapa eller förstärka en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt kommer att hämmas på en marknad inom medlemsstaten i fråga. För det andra skall denna marknad uppvisa alla kännetecken på en avgränsad marknad.

102 Vad beträffar iakttagandet av de villkor som uppställs i artikel 9.2 a i förordning nr 4064/89 skall det framhållas att villkoren för hänskjutande i denna bestämmelse har rättslig karaktär och måste tolkas utifrån objektiva kriterier. Av denna anledning skall gemenskapsdomstolarna, med hänsyn till såväl de konkreta omständigheter i målet som de ställs inför som de tekniska och komplicerade bedömningar som utförs av kommissionen, utöva en fullständig kontroll vad gäller frågan om huruvida en koncentration omfattas av tillämpningsområdet för artikel 9.2 a i den nämnda förordningen (domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkt 326).

103 Vad gäller det första villkoret konstaterar förstainstansrätten att sökandena inte har bestridit att koncentrationen hotar att skapa eller att förstärka en dominerande ställning i Spanien på de olika produktmarknader som har fastställts i det ifrågasatta beslutet.

- 104 Sökandena har emellertid påstått att det andra villkoret inte är uppfyllt i förevarande fall. Enligt sökandena utgör de produktmarknader som har fastställts i det ifrågasatta beslutet inte sådana marknader inom en medlemsstat som uppvisar kännetecken på en avgränsad marknad.
- 105 Det skall i detta avseende inledningsvis framhållas att det enligt artikel 9.3 första stycket i förordning nr 4064/89 är kommissionen som avgör om det finns en avgränsad marknad ”med hänsyn till marknaden för ifrågavarande varor och tjänster och den geografiska referensmarknaden enligt definitionen i punkt 7”.
- 106 Det följer således av artikel 9.3 första stycket, jämförd med artikel 9.7 i förordning nr 4064/89, att kommissionen när den skall avgöra om en medlemsstat utgör en avgränsad marknad i den mening som avses i artikel 9.2 i sagda förordning måste ta hänsyn till de kriterier som uttalas i artikel 9.7 i förordningen vilka särskilt utgörs av de berörda varornas eller tjänsternas beskaffenhet och egenskaper, eventuella hinder för inträde på marknaden, konsumentpreferenser, väsentliga skillnader i företagens marknadsandelar eller betydande prisskillnader mellan områdena (domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkt 333).
- 107 Vid förhandlingen har sökandena i mål T-347/02 hävdat att för att en nationell marknad skall kunna anses vara en ”avgränsad marknad”, i den mening som avses i artikel 9.2 i förordning nr 4064/89, är det nödvändigt att marknaden i fråga skiljer sig från andra marknader inte enbart därför att den utgör en separat geografisk marknad, utan även därför att den kännetecknas av en annan konkurrensstruktur än konkurrensstrukturen i andra medlemsstater.
- 108 Det skall först undersökas huruvida detta argument, som framfördes för första gången vid förhandlingen, kan upptas till prövning.

- 109 Förstainstansrätten har i detta avseende erinrat om att om det i artikel 76a.3 i rättegångsreglerna föreskrivs att parterna, i samband med en skyndsam handläggning, visserligen under det muntliga förfarandet kan komplettera sin argumentering och åberopa ytterligare bevisning, samtidigt som de skall ange skälen för att detta inte gjorts tidigare, men att det framgår av själva ordalydelsen av denna bestämmelse att den är tillämplig utan hinder av artikel 48.2 i rättegångsreglerna, i vilken det föreskrivs att nya grunder inte får åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet.
- 110 Domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, som avkunnats efter det att denna talan väckts, och som sökandena har åberopat för att motivera argumentet i punkt 107 ovan, kan inte avses vara en omständighet som medger att en ny grund får läggas fram. Genom denna dom bekräftas endast en rättslig situation som sökandena kände till vid den tidpunkt då de väckte sin talan (domstolens dom av den 1 april 1982 i mål 11/81, Dürbeck mot kommissionen, REG 1982, s. 1251, punkt 17, förstainstansrättens dom av den 11 december 1996 i mål T-521/93, Atlanta m.fl. mot rådet och kommissionen, REG 1996, s. II-1707, punkt 39).
- 111 En grund som utgör en utvidgning av en grund som tidigare — direkt eller implicit — har åberopats i ansökan och som har ett nära samband med denna kan emellertid prövas i sak (förstainstansrättens dom av den 19 september 2000 i mål T-252/97, Dürbeck mot kommissionen, REG 2000, s. II-3031, punkt 39).
- 112 I förevarande fall skall det dock konstateras att det argument som återges i punkt 107 ovan ligger inom ramen för tvisten så som den definierats i ansökan.
- 113 Det skall i detta avseende erinras om att sökandena i mål T-347/02 i sin ansökan har påstått att kommissionen har gjort sig skyldig till en oriktig bedömning när den hänskjutit en koncentration till de spanska myndigheterna, trots att villkoren i

artikel 9 i förordning nr 4064/89 inte är uppfyllda. Utan att det föreligger behov av att fastställa huruvida sökandena vid väckandet av talan åberopade att det förelåg en skillnad mellan begreppet avgränsad marknad och begreppet geografisk referensmarknad, visar ansökan att sökandena påtalade det ifrågasatta beslutets rättsstridighet på grundval av kommissionens felaktiga tillämpning av villkoren i artikel 9 i sagda förordning, särskilt det villkor som avser förekomsten av avgränsade marknader. Det skall i detta sammanhang konstateras att argumenten att det skall göras åtskillnad mellan begreppen avgränsad marknad och geografisk referensmarknad endast är en följd av sökandenas argumentering i sin ansökan att kommissionen har åsidosatt bestämmelserna i artikel 9 i förordning nr 4064/89 när den ansåg att de relevanta produktmarknaderna utgjorde marknader inom en medlemsstat som uppvisar alla kännetecken på en avgränsad marknad. Argumentet som återgivits i punkt 107 ovan uppvisar ett nära samband med den första grunden som anförts i ansökan och skall följaktligen anses kunna upptas till prövning.

- 114 När det gäller frågan huruvida detta argument är välgrundat konstaterar förstainstansrätten att artikel 9 i förordning nr 4064/89 inte kan tolkas så som sökandena har förespråkat. Det framgår av själva ordalydelsen i artikel 9.3 i förordningen att kommissionen är skyldig att fastställa den avgränsade karaktären av en marknad på grundval av för det första en definition av marknaden för ifrågavarande varor och tjänster och för det andra en definition av den geografiska referensmarknaden, i den mening som avses i artikel 9.7.
- 115 Såsom framgår av såväl artikel 9.7 i förordning nr 4064/89 som punkt 8 i kommissionens tillkännagivande om relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, 1997, s. 5), omfattar den geografiska marknad som skall beaktas det område inom vilket de berörda företagen medverkar i utbudet och efterfrågan av varor och tjänster, där konkurrensförhållandena är tillräckligt likartade och vilket kan skiljas från angränsande områden, framför allt därför att konkurrensvillkoren är väsentligt annorlunda inom de områdena. Såsom har angivits i punkt 106 ovan skall vid denna bedömning hänsyn särskilt

tas till de berörda varornas eller tjänsternas beskaffenhet och egenskaper, till eventuella hinder för inträde på marknaden, till konsumentpreferenser samt till att det föreligger väsentliga skillnader i företagens marknadsandelar eller betydande prisskillnader mellan det berörda området och angränsande områden.

- 116 Eftersom bedömningen av alla dessa omständigheter leder till slutsatsen att konkurrensvillkoren på marknaderna för ifrågavarande varor och tjänster i en medlemsstat är "väsentligt annorlunda" och således utgör olika geografiska marknader, skall dessa marknader anses vara avgränsade marknader i den mening som avses i artikel 9.2 i förordning nr 4064/89 (se, för ett liknande resonemang, domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkterna 335-337).
- 117 I motsats till vad sökandena har hävdad är det i detta avseende inte relevant huruvida vissa strukturella omständigheter på marknaderna i fråga också föreligger på andra geografiska marknader. I den mån det visas att konkurrensvillkoren inte är tillräckligt likartade och särskilt att konsumentpreferenserna samt vissa hinder för inträde på marknaden begränsar en viss marknad på en medlemsstats nationella område, räcker det inte för att bestrida den avgränsade karaktären av denna marknad att det på vissa andra områden finns jämförbara varor eller tjänster eller analoga försäljningsmetoder. De ifrågavarande geografiska marknadernas avgränsade karaktär kan på intet sätt bortfalla på grund av den omständigheten att det föreligger liknande hinder för inträde på marknaden. Den bekräftas tvärtom därav.
- 118 Det finns anledning att i detta skede behandla sökandenas argument att kommissionen inte hade rätt att dra slutsatsen att det föreligger avgränsade geografiska marknader i den mening som avses i artikel 9.2 i förordning nr 4064/89.

- 119 Det skall i detta avseende erinras om att den rättsliga kontrollen av kommissionens bedömningar i fråga om definitionen av referensmarknader avser prövningen av huruvida det föreligger en uppenbart oriktig bedömning (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 6 juni 2002 i mål T-342/99, *Airtours mot kommissionen*, REG 2002, s. II-2585, punkterna 26 och 32).
- 120 Det framgår av det ifrågasatta beslutet att följande omständigheter har legat till grund för kommissionens slutsats att det är den spanska marknaden som för varje varumarknad är den geografiska referensmarknaden.
- 121 I det ifrågasatta beslutet har det vad avser betal-TV-marknaden förklarats att "[ä]ven om vissa marknadssegment, såsom sportkanalen Eurosport, sänder på europeisk nivå sker den TV-sända driften i huvudsak på de nationella marknaderna, i huvudsak på grund av att det föreligger skilda nationella bestämmelser, språkbarriärer, kulturella faktorer och konkurrensvillkor som är olika beroende på stat (till exempel strukturen för kabel-TV-marknaden)" och att "i det särskilda fallet Spanien visar det sig ... att den geografiska dimensionen, av språkliga skäl och regleringsskäl, är nationell" (skäl 17).
- 122 Vad avser marknaderna i ledet före betal-TV-marknaden har kommissionen, vad avser rättigheterna att vidareända film, för det första förklarat att dessa "rättigheter ... [i allmänhet] överläts med ensamrätt för varierande perioder, för ett visst språkområde och för ett visst sändningsområde" och att "sändningsrättigheterna [i Spaniens fall begränsar sig till] det spanska territoriet. De geografiska marknader som motsvarar rättigheterna till biofilmerna är nationella" (det ifrågasatta beslutet, skäl 26). Marknaden för rättigheter att vidareända fotbollsevenemang som spanska lag deltar i är också spansk. Enligt kommissionen har rättigheterna att vidareända fotbollsmatcher tilldelats spanska TV-operatörer (det ifrågasatta beslutet, skäl 40), och "rättigheterna [brukas] i huvudsak i Spanien" (det ifrågasatta beslutet, skäl 41). Beträffande rättigheter att vidareända andra sportevenemang och andra föreställningar som ger upphov till exklusiva rättigheter har kommissionen påpekat att åskådarnas preferenser växlar från land till land och att konkurrensvillkoren för att förvärva dessa rättigheter

följaktligen också växlar (skäl 57). Marknaden för rättigheterna att vidareända dessa evenemang har i fråga om Spanien av språkliga och kulturella skäl en nationell dimension (skäl 57). Vad slutligen avser temakanaler bekräftas marknadens nationella geografiska dimension ”i Spaniens fall, eftersom distributionen utförs på det spanska territoriet” (det ifrågasatta beslutet, skäl 63).

123 I det ifrågasatta beslutet anges vad avser den geografiska dimensionen av telekommunikationsmarknader att återförsäljning av tjänster som avser tillgång till Internet till slutkonsumenten, antingen på bredband eller smalband, motsvarar en marknad av i huvudsak nationell dimension, av på samma gång tekniska skäl (exempelvis behovet av tillträde till det lokala nätet och lokala/kostnadsfria telefonnummer till närmaste ”points of presence”, eller POP) och regleringsskäl (förekomsten av olika nationella regelverk) (skäl 80). Marknaderna för fast telefoni och de andra telemarknaderna är enligt beslutet nationella på följande grunder: ”infrastrukturernas nationella karaktär, uteslutande nationella tjänstererbjudanden, villkor för operatörers tillstånd, frekvenstillgänglighet för mobiltelefoni, roaming-taxor etc.” (skäl 82).

124 Till stöd för sin uppfattning att de berörda marknaderna har en spansk dimension har kommissionen i det ifrågasatta beslutet även hänvisat till sin tidigare beslutspraxis (skäl 17, 63, 80 och 82).

125 Förstainstansrätten konstaterar att de uppgifter som sökandena har lämnat i de två målen inte gör det möjligt att visa att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning i sin definition av de geografiska marknaderna i fråga.

- 126 I den del sökandena har hänvisat till den europeiska förankring som parterna i koncentrationen och deras moderbolag har, räcker det för det första att påpeka att den omständigheten att ett företag har verksamheter i olika medlemsstater inte automatiskt innebär att marknaderna på vilka företaget är verksamt har en dimension som inte begränsas till de berörda medlemsstaternas territorium. Ett företag kan nämligen vara verksamt på flera olika avgränsade marknader med nationell dimension.
- 127 Det skall dessutom noteras att företagen som är parter i koncentrationer som avses i förordning nr 4064/89 i allmänhet har en internationell dimension, eftersom systemet med tröskelvärden i artikel 1 i förordning nr 4064/89 kräver att dessa företag uppnår en viss minsta omsättning i olika medlemsstater, varigenom det säkerställs att alla transaktioner som omfattas av den nämnda förordningen, det vill säga även transaktioner som kan bli föremål för ett hänskjutande till de nationella myndigheterna med stöd av artikel 9 i förordningen, har en "gemenskapsdimension".
- 128 För det andra konstaterar förstainstansrätten, vad avser den geografiska dimensionen hos marknader för audiovisuella rättigheter, så som den fastställts i kommissionens i punkt 86 nämnda beslut B Sky B/Kirch Pay TV av den 21 mars 2002, att det inte föreligger någon motsägelse mellan den definition av den geografiska marknaden som gjorts i det sistnämnda beslutet och den som gjorts i det ifrågasatta beslutet.
- 129 I beslutet B Sky B/Kirch Pay TV har kommissionen angivit följande (skäl 45): "Vad avser den geografiska marknaden för förvärv av sändningsrättigheter måste man konstatera att även om rättigheter kan anskaffas på världsnivå, och vissa operatörer förvärvar dessa rättigheter för mer än ett område åt gången, förvärvas rättigheter fortfarande i huvudsak på nationell basis eller på sin höjd på språklig basis. Kommissionen har därför konstaterat att sändningsrättigheterna för filmer i allmänhet tilldelas för en given språkversion och för ett givet sändningsområde."

Kommissionen har således i det sistnämnda beslutet, precis som i det ifrågasatta beslutet, åberopat den omständigheten att förvärvet av TV-rättigheter i allmänhet sker på en språklig basis och för ett visst område, som bland annat är nationellt.

- 130 Kommissionen vidgick visserligen, i skäl 46 i beslutet B Sky B/Kirch Pay TV, att det för vissa sportevenemang, såsom Olympiska spelen, finns ett europeiskt intresse hos konsumenten, men den avgjorde inte i detta beslut frågan huruvida det var fråga om en avgränsad geografisk marknad. Kommissionen påpekade däremot att TV-rättigheterna avseende sådana sportevenemang visserligen hade förvärvats med ensamrätt för hela det europeiska området men trots detta senare sålts vidare land för land.
- 131 Kommissionens överväganden i beslutet B Sky B/Kirch Pay TV kan följaktligen inte visa att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den i det ifrågasatta beslutet ansett att den spanska marknaden, vad avser vidaresändningsrättigheterna för olika program, utgör en avgränsad marknad.
- 132 När det för det tredje är fråga om sökandens påstående i mål T-347/02 att Canal+, ett bolag som medverkar i den gemensamma kontrollen av den plattform som har uppstått genom koncentrationen, har intressen på den europeiska TV-marknaden och att koncentrationen därmed kan stärka dess ställning på de internationella programmarknaderna, skall det påpekas att varken den internationella karaktären av verksamheten i detta bolag eller bolagets inflytande på programmarknaderna är sådana att de kan motsäga kommissionens konstaterande, som Sogecable bekräftat vid förhandlingen, att vidaresändningsrättigheterna förvärvas på nationell eller språklig basis.
- 133 Kommissionens slutsats vad avser de berörda marknadernas nationella dimension motsägs inte heller av sökandenas påstående att TV-operatörerna vad avser vissa sportevenemang konkurrerar med kanaler som är verksamma på europeisk nivå. Den omständigheten att det på en viss marknad finns operatörer vars verksamhet

är internationell innebär inte att den geografiska dimensionen av denna marknad inte håller sig inom den nationella ramen. Kommissionen har för övrigt, i skäl 17 i det ifrågasatta beslutet, påpekat att den omständigheten att vissa operatörer, såsom sportkanalen Eurosport, sänder på europeisk nivå inte hindrar att den TV-sända driften i huvudsak sker på nationella marknader på grund av olikheten i de nationella bestämmelserna, språkliga hinder, kulturella faktorer och konkurrensvillkor som skiljer sig staterna emellan. Sökandena kan således inte hävda att kommissionen inte vederbörligen har tagit hänsyn till att det på de spanska marknaderna för sportevenemang finns en kanal som är verksam på europeisk nivå.

134 Vad för det fjärde avser argumenten att språkbarriärerna har begränsad betydelse och att vissa program erbjuds på flera språk, noterar förstainstansrätten att sökandena har åberopat konsumenternas ökande möjlighet att välja den språkliga version de föredrar av en DVD-skiva, av musik, av filmer eller sportprogram som distribueras genom Internet. Det måste dock konstateras att sökandena inte har lämnat minsta bevis som kan vederlägga kommissionens konstateranden att språket är ett relevant kriterium i bedömningen av den geografiska omfattningen av marknaderna för betal-TV, för överlåtelse av audiovisuella rättigheter och för telekommunikationer. Dessutom berör den ifrågasatta koncentrationen varken marknaderna för filmer på DVD-skivor eller marknaderna för sändning av musikverk. Vad avser distributionen genom Internet av filmer och sportprogram har sökandena i mål T-346/02 vid förhandlingen själva hävdad att det var fråga om framväxande marknader.

135 Det kan på samma sätt, vad avser den möjlighet som sökandena har åberopat att vissa program är tillgängliga via Internet eller via tredje generationens mobiltelefonisystem (UMTS) från andra länder än Spanien, påpekas att sökandena inte har visat varför denna möjlighet skulle motsäga definitionen av marknaderna för förvärv av program och för betal-TV i det ifrågasatta beslutet. Möjligheten att i

utlandet få tillgång till de varor och tjänster som erbjuds på den spanska marknaden innebär dock inte att denna marknad fråntas sin avgränsade karaktär, såsom kommissionen identifierat den i det ifrågasatta beslutet.

- 136 För det femte har sökandena i mål T-347/02 hävdat att kommissionen i samband med ärendet avseende den anmälda koncentrationen även borde ha analyserat de *output deals* som de bolag som är verksamma på marknaden för betal-TV har ingått med stora amerikanska filmstudior.
- 137 Det kan i detta avseende noteras att det av skälen 27–29 i det ifrågasatta beslutet framgår att kommissionen faktiskt har beaktat dessa avtal vid bedömningen av konkurrensen på den spanska marknaden för förvärv av rättigheter till filmer som har flest antal besökare på biograferna när de visas för första och andra gången.
- 138 Sökandena har dock inte förklarat varför en mer ingående undersökning av de ovannämnda *output deals* skulle ha kunnat föranleda ett ifrågasättande av den geografiska definitionen av de relevanta marknaderna. Den omständigheten att det finns analoga avtal i andra medlemsstater leder inte automatiskt till konstaterandet att det finns en europeisk marknad, eftersom ett sådant konstaterande beror på en analys av samtliga konkurrensvillkor i de berörda områdena. Sökandenas argumentering visar således inte heller på denna punkt att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning i det ifrågasatta beslutet när den har konstaterat att de marknader för audiovisuella rättigheter som har påverkats av koncentrationen utgör avgränsade marknader med spansk dimension.
- 139 För det sjätte har sökandena i mål T-346/02 gjort gällande att telekommunikationsmarknaderna inte håller sig inom de nationella gränserna, att Internet inte är nationellt och att ett stort antal tjänster, såsom signalöverföring via satellit, går över gränserna.

- 140 Det måste dock konstateras att sökandena vad gäller telekommunikationsmarknaderna, däri inbegripet marknaden för tillgång till Internet, inte har framfört något argument som föranleder ett ifrågasättande av konstaterandena i skälen 80 och 82 i det ifrågasatta beslutet (se punkt 123 ovan) avseende den geografiska avgränsningen av telemarknaderna.
- 141 Det skall beträffande signalöverföringen via satellit påpekas att denna marknad, på samma sätt som de marknader för tekniska tjänster och för filmproduktion som sökandena i mål T-346/02 nämnde vid förhandlingen, inte återfinns bland de marknader som kommissionen har fastställt vara marknader på vilka koncentrationen hotar att skapa eller att stärka en dominerande ställning.
- 142 Sökandena har i detta avseende vid förhandlingen angivit att kommissionen inte hade rätt att hänskjuta koncentrationen i fråga till de nationella myndigheterna utan att ha undersökt alla de marknader som nämnts i sin egenskap av marknader som, antingen genom parterna i koncentrationen i deras anmälan eller genom de spanska myndigheterna i deras begäran om hänskjutande, påverkas av koncentrationen.
- 143 Förstainstansrätten noterar att sökandena, beträffande frågan huruvida denna argumentation kan upptas till prövning, huvudsakligen har hävdat att det inte är uteslutet att vissa andra marknader som identifierats antingen av parterna i koncentrationen eller av de spanska myndigheterna, har en dimension som inte begränsas till Spaniens nationella ram. Denna argumentation skall dock anses såsom en utveckling av den första grund som sökandena har åberopat i sin ansökan, enligt vilken kommissionen inte hade befogenhet att till de nationella myndigheterna hänskjuta en koncentration då de ifrågavarande marknaderna påverkar handeln mellan medlemsstaterna och mer än en medlemsstat. Eftersom denna argumentation uppvisar ett nära samband med den första grunden som åberopats i ansökan, skall den anses kunna upptas till prövning.

- 144 Det måste dock konstateras att sökandena som argument inte kan anföra den omständigheten att kommissionen inte har undersökt vissa marknader som nämnts i anmälan eller i begäran om hänskjutande.
- 145 Det skall för det första påpekas att kommissionen, under sin granskning av en koncentration som anmälts till den, skall identifiera de av koncentrationen påverkade marknaderna på grundval av sin egen bedömning och inte kan vara bunden av den bedömning som gjorts av dessa marknader av parterna i koncentrationen eller av den medlemsstat som begärt hänskjutandet. Kommissionen kan följaktligen på intet sätt kritiseras för att inte ha anslutit sig till den uppfattning som parterna i koncentrationen har framfört beträffande identifieringen av de marknader som påverkats och deras geografiska dimension.
- 146 Förstainstansrätten noterar dessutom beträffande den geografiska avgränsning som parterna i koncentrationen har givit de i anmälan identifierade marknaderna att det enligt artikel 9.3 första stycket i förordning nr 4064/89 jämförd med artikel 9.2 a i samma förordning visserligen krävs att kommissionen undersöker marknaderna på vilka koncentrationen hotar att skapa eller förstärka en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt kommer att hämmas på en marknad inom medlemsstaten som uppvisar alla kännetecken på en avgränsad marknad, men att det däremot av de bestämmelser som kommissionen har antagit angående anmälan av en koncentration som omfattas av sagda förordning, och särskilt av avsnitt 6 i formulär CO för anmälan av en företagskoncentration enligt förordning nr 4064/89 och bifogad som bilaga till förordning nr 447/98, framgår att parterna i en koncentration i sin anmälan skall ange inte endast de "marknader som påverkats" av en sådan transaktion, däri inbegripet alla produktmarknader på vilka det föreligger en viss överlappning av parternas verksamhet, antingen på samma produktmarknad, eller på alla marknadsled före eller efter en produktmarknad på vilken en annan part utövar en verksamhet, men även "marknader med anknytning till marknader som påverkas" på vilka en eller flera av parterna utövar verksamhet och som inte själva utgör marknader som påverkats, samt i avsaknad av marknader som påverkats, "marknader som inte påverkats" på vilka den anmälda transaktionen har en effekt.

- 147 Som intervenienterna har påpekat innebär således inte enbart den omständigheten att parterna i koncentrationen i sin anmälan har nämnt vissa marknader att det är fråga om marknader som påverkats av koncentrationen. Sålunda har Sogecable vid förhandlingen, utan att motsägas av sökandena, påpekat att parterna i koncentrationen inte är närvarande vare sig på marknaden för satellittjänster eller på marknaden för signaltjänster, medan Telefónica, som är närvarande på den sistnämnda marknaden och som innehar en minoritetsandel i ett bolag som är närvarande på den första marknaden, inte är part i koncentrationen.
- 148 Förstainstansrätten konstaterar att det beträffande den geografiska avgränsning som de nationella myndigheterna har gjort av de marknader som nämnts i deras begäran om hänskjutande ålåg kommissionen att före hänskjutandet av ärendet till de nationella myndigheterna kontrollera om villkoren i artikel 9.2 a i förordning nr 4064/89, särskilt villkoret kopplat till förekomsten av avgränsade marknader, var uppfyllda. Förstainstansrätten skall dock endast undersöka huruvida beslutet om hänskjutande är lagenligt. Följaktligen är det i samband med undersökningen av det ifrågasatta beslutets lagenlighet inte relevant huruvida de spanska myndigheterna i sin begäran om hänskjutande har kvalificerat vissa marknader som marknader som inte är begränsade till Spaniens nationella ram.
- 149 Förstainstansrätten konstaterar i vart fall att sökandena som under förfarandet vid förstainstansrätten hade tillgång till en icke sekretessbelagd version av den begäran om hänskjutande som reviderats den 23 juli 2002, inte vad avser denna handling har anfört något konkret argument som innebär att kommissionens bedömningar avseende de av koncentrationen berörda marknaderna kan ifrågasättas.
- 150 Det skall även noteras att kommissionen i skäl 14 i det ifrågasatta beslutet har angivit att den efter sin analys av marknaden kunnat konstatera följande: ”Ett sådant hot kunde uteslutas i förhållande till vissa av de marknader som de nationella myndigheterna angivit som marknader beträffande vilka man var tvungen att undersöka i vilken omfattning koncentrationen, genom att skapa eller förstärka en dominerande ställning, kunde hindra den effektiva konkurrensen.

Därefter har marknader angivits på vilka koncentrationen hotar att skapa eller förstärka en dominerande ställning." Av detta avsnitt i det ifrågasatta beslutet framgår att förklaringen till att kommissionen inte har undersökt vissa marknader som nämnts i de nationella myndigheternas begäran om hänskjutande är att kommissionen ansåg att den ifrågavarande koncentrationen inte hotade att skapa eller förstärka en dominerande ställning på dessa marknader.

- 151 Det skall dock påpekas att sökandena inte har framfört något argument som kan vederlägga kommissionens slutsats att det inte förelåg något hot om att en dominerande ställning skulle skapas eller förstärkas på andra marknader än dem som undersökts i det ifrågasatta beslutet. Sökandena har endast framhållit den internationella karaktären av vissa andra marknader som inte undersökts i det ifrågasatta beslutet.
- 152 Härav följer att sökandena inte har visat att kommissionen borde ha undersökt vissa andra marknader som parterna i koncentrationen nämnt i sin anmälan eller som de spanska myndigheterna identifierat i sin begäran om hänskjutande.
- 153 Sökandena har sålunda inte visat att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den konstaterat att de marknader som påverkas av koncentrationen utgör avgränsade marknader med spansk dimension.
- 154 Förstainstansrätten konstaterar slutligen att sökandena under hela sin argumentering i samband med den första grunden endast har kritiserat den geografiska definitionen av de relevanta marknaderna, utan att precisera den geografiska dimension som kommissionen, enligt deras uppfattning, borde ha fastställt i det ifrågasatta beslutet.

- 155 Kommissionen kunde därför med rätta anse att de relevanta produktmarknaderna utgjorde avgränsade marknader med spansk dimension.
- 156 Av det ovan anförda följer att kommissionen har haft fog för att fastslå att det andra villkoret i artikel 9.2 a i förordning nr 4064/89 för att kunna hänskjuta koncentrationen till de spanska myndigheterna var uppfyllt.
- 157 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på den första grunden.

Den andra grunden: åsidosättande av artikel 9 i förordning nr 4064/89 och av principen om god förvaltningssed, då kommissionen endast undantagsvis har rätt att hänskjuta granskningen av en koncentration till de nationella myndigheterna när de marknader som berörs av koncentrationen utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden

Parternas argument

- 158 Sökandena i de två målen har gjort gällande att kommissionen, även om det skulle vara så att den anmälda transaktionen endast påverkar de nationella marknaderna, endast i undantagsfall har rätt att hänskjuta ärendet till de nationella myndigheterna, när de avgränsade marknader som berörs av koncentrationen utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Om de avgränsade marknader som berörs av koncentrationen utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden, kan artikel 9 i förordning nr 4064/89 endast tillämpas i fall i vilka den berörda medlemsstatens intressen i konkurrenshänsende inte kan skyddas effektivt på något annat sätt.

- 159 Sökandena i mål T-346/02 har i detta hänseende hänvisat till anvisningarna avseende förordning nr 4064/89 (*Europeiska gemenskapernas bulletin* — Tillägg nr 2/90) samt till kommissionens beslutspraxis. Sökandena har påpekat att kommissionen tidigare har handlagt 180 ärenden om koncentrationer inom området för telekommunikationer och radio- och TV-verksamhet. Sökandena har särskilt nämnt ärendena MSG Media Service (ärende IV/M.469), det i punkt 86 nämnda ärendet B Sky B/Kirch Pay TV, Bertelsmann/Kirch/Premiere (ärende IV/M.993) och Newscorp/Telepiù (ärende COMP/M.2876), vilka inte har hänskjutits till de nationella myndigheterna.
- 160 Sökandena i mål T-347/02 har hänvisat till skäl 27 i förordning nr 4064/89, till anvisningarna avseende denna förordning, till skälen 10 och 11 i förordning nr 1310/97 samt till kommissionens praxis enligt vilken ett sådant hänskjutande vad avser koncentrationer som påverkar en medlemsstats hela nationella territorium, endast sker i undantagsfall (kommissionens beslut av den 12 december 1992 (ärende IV/M.180 — Steetley/Tarmac IP/92/104), av den 29 oktober 1993 (ärende IV/M.330 — McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann), av den 22 mars 1996 (ärende IV/M.716 — GEHE/Lloyds Chemist, IP/96/254), av den 24 april 1997 (ärende IV/M.894 — Rheinmetall/British Aerospace/STN Atlas), av den 10 november 1997 (ärende IV/M.1001 — Preussag/Hapag-Lloyd, och ärende IV/M.1019 — Preussag/TUI), av den 19 juni 1998 (ärende IV/M.1153 — Krauss-Maffei/Wegmann) och av den 22 augusti 2000 (ärende IV/M.2044 — Interbrew/Bass)). Sökandena har påpekat att kommissionen vad avser marknaden för betal-TV tidigare har vägrat att bifalla de nationella konkurrensmyndigheternas begäran om hänskjutande. Sökandena har i detta hänseende särskilt hänvisat till kommissionens beslut av den 27 maj 1998, Bertelsmann/Kirch/Premiere (ärende IV/M.993).
- 161 Sökandena har hävdatt att då koncentrationen i förevarande fall berör hela den nationella marknaden och då en medlemsstats territorium, betraktat i sin helhet, utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden, har kommissionen, när den antagit det ifrågasatta beslutet, åsidosatt syftet med artikel 9 i förordning nr 4064/89 samt sin egen beslutspraxis. Kommissionens fasta praxis har nämligen varit att undersöka transaktioner angående koncentration av dels programleverantörer i dominerande ställning, dels dominerande företag inom sektorn för infrastrukturer och/eller sändning. Kommissionen har dock systematiskt förbjudt

sådana koncentrationer med gemenskapsdimension när dessa skulle ha fått till följd att konkurrenterna utestängdes från marknaden, vilket är en situation som skulle kunna inträffa i förevarande fall. Sökandena har i detta hänseende hänvisat till ärendena MSG Media Service (ärende IV/M.469, EGT L 364, 1994, s. 1), Nordic Satellite Distribution (ärende IV/M.490, EGT L 53, 1996, s. 20), RTL/Verónica/Endemol (ärende IV/M.553, EGT L 134, 1996, s. 32), och Telefónica/Sogecable/Cablevisión (ärende IV/M.709). I det sistnämnda ärendet antogs inget beslut om förbud. De berörda parterna beslöt att avstå från transaktionen och att, efter att ha fått kännedom om kommissionens avsikt att anta ett beslut om förbud, återkalla sin anmälan.

- 162 I likhet med de ärenden som nämnts i föregående punkt var det en nödvändig förutsättning för att det skulle kunna säkerställas att betal-TV-marknaden i Spanien fortfarande var tillgänglig för konkurrenterna att kommissionen undersökte den aktuella koncentrationen. Kommissionen hade på så sätt kunnat säkerställa att liknande koncentrationer handläggs på samma sätt i alla medlemsstaterna. Sökandena har dessutom erinrat om att kommissionen avser att liberalisera telekommunikationssektorn. Kommissionen är den som bäst kan säkerställa att koncentrationerna inte äventyrar förverkligandet av de mål som fastställts av gemenskapens telekommunikationspolitik i en så väsentlig del av den gemensamma marknaden som Spanien.
- 163 Sökandena har dessutom hänvisat till fusionen av digitalplattformar för betal-TV i Italien, som anmälts till kommissionen den 16 oktober 2002 (ärende COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù), men som redan anhängiggjorts vid kommissionen vid den tidpunkt när det ifrågasatta beslutet antogs, och befann sig på ”föranmälanstadiet”, såsom framgår av den kronologiska numreringen av de koncentrationsärenden som anmälts till kommissionen. Det är fråga om ett nytt försök att fusionera plattformarna Telepiù och Stream, som följer av ett första förslag till fusion som de italienska konkurrensmyndigheterna har handlagt (provvedimento dell’Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato av den 13 maj 2002, C5109 — Groupe Canal+/Stream). Trots de italienska myndigheternas villkorade tillstånd avstod parterna slutligen från transaktionen. Trots deras erfarenhet på området har de ovannämnda myndigheterna efter anmälan till

kommissionen om transaktionen Newscorp/Telepiù inte framfört någon begäran om hänskjutande. Kommissionen borde under dessa förhållanden även ha undersökt den förevarande koncentrationen och sålunda ha dragit fördel av den omständigheten att det förelåg två liknande ärenden för att fastställa sin politik på området.

- 164 Sedan sökandena fått kännedom om den offentliga versionen av kommissionens beslut av den 2 april 2003 om godkännande av koncentrationen Newscorp/Telepiù har de vid förhandlingen framhållit de skillnader som föreligger mellan de villkor för kabeloperatörernas tillgång till ensamrättigheter som följer av de spanska myndigheternas beslut om godkännande av koncentrationen, som genom det ifrågasatta beslutet hänskjutits till dem, och de fördelaktigare villkoren för tillgång till sådana rättigheter som kommissionen i beslutet Newscorp/Telepiù föreskrivit för den italienska marknaden.
- 165 Sökandena har tillagt att det enda problem som den förevarande koncentrationen orsakade, och som de spanska myndigheterna har åberopat till stöd för sin begäran om hänskjutande, låg i att ett medgivande från kommissionen till koncentrationen skulle innebära en skyldighet att ändra lagstiftningen i Spanien. Ett sådant skäl är dock inte tillräckligt tungt för att motivera hänskjutandet av ärendet.
- 166 Sökandena i de två målen har därefter erinrat om att Sogecable och Telefónica via företaget AVS kontrollerar vidareändningsrättigheterna av fotbollsmatcherna i första och andra divisionen i den spanska fotbollsligan, samt vidareändningsrättigheterna för andra tävlingar, som UEFA Champions League eller FIFA:s världsmästerskap, och andra sportevenemang. För att få tillgång till vidareändningsrättigheterna av dessa fotbollsmatcher har kabeloperatörerna varit tvungna att teckna avtal med Canalsatélite Digital och med AVS, vilka är rättigheternas ägare respektive nyttjanderättshavare, om att få sådana rättigheter. En ny version av dessa avtal (avtalen AVS II) anmäldes till kommissionen den 30 september 1999, i syfte att erhålla ett undantag med stöd av artikel 81.3 EG. Eftersom kommissionen utredde ett ärende som hade nära samband med koncentrationen

och som berörde samma parter ansåg sökandena att kommissionen hade en bättre utgångspunkt än de spanska myndigheterna för att bedöma huruvida den ifrågavarande koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden.

- 167 Vid förhandlingen har sökandena i mål T-346/02 även hänvisat till kommissionens pågående undersökning av *output deals*.
- 168 Sökandena i mål T-347/02 har hävdade att kommissionen under dessa förhållanden, när den antog det ifrågasatta beslutet, även åsidosatte principen om god förvaltningssed. Sökandena har åberopat en rad andra omständigheter i syfte att visa att kommissionen hade den bästa utgångspunkten för att undersöka koncentrationen. Genom transaktionen uppkommer viktiga frågor av gemenskapsintresse, såsom förbindelserna mellan media och telekommunikationsindustrin och deras pågående konsolidering. Kommissionen hade tidigare haft kontakter med de parter och tredje män som påverkas av transaktionen, vilket gjort att den kommit längre i undersökningen av transaktionen. Kommissionen hade mottagit klagomål från andra operatörer på den spanska marknaden i fråga och har full kännedom om problemen på området. Den kände redan till koncentrationen avseende de italienska TV-plattformarna Telepiù och Stream.
- 169 De spanska myndigheterna hade däremot en begränsad erfarenhet av analys av transaktioner på betal-TV- och telekommunikationsmarknaderna. Enligt den spanska lagstiftningen (artiklarna 14 till 18 i Ley 16/89 de defensa de la competencia (lag 16/89 om konkurrensskydd)) ges de spanska myndigheterna dessutom möjlighet att godkänna koncentrationer på grundval av kriterier som inte anges i artikel 2 i förordningen, särskilt kriterier med anknytning till industripolitik och socialpolitik. Tillämpningen av nationell rätt innebär således en risk för enhetligheten i den politik som kommissionen hittills har genomfört på de berörda marknaderna.

- 170 I de två målen har sökandena vid förhandlingen påpekat att den omständigheten att kommissionen ansåg det vara nödvändigt att i det ifrågasatta beslutet ange att villkoren för att tillämpa den så kallade *rescue merger*-teorin inte var uppfyllda bekräftar att kommissionen själv var rädd för att kommissionens konkurrensolitik kunde äventyras genom att spanska myndigheter tillämpade sin nationella lagstiftning.
- 171 Kommissionen har med stöd av intervenienterna yrkat att talan inte skall vinna bifall på denna grund.

Förstainstansrättens bedömning

- 172 Genom den andra grunden har sökandena hävdatt att kommissionen har åsidosatt artikel 9 i förordning nr 4064/89 samt principen om god förvaltningssed vid utövandet av den befogenhet att företa skönsmässig bedömning som den har om de två villkoren i artikel 9.2 a i förordning nr 4064/89 är uppfyllda.
- 173 Förstainstansrätten erinrar i detta avseende om att det följer av artikel 9.3 första stycket i förordning nr 4064/89 att om de avgränsade marknaderna som berörs av koncentrationen utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden, är kommissionen inte skyldig att hänskjuta undersökningen av koncentrationen till den berörda medlemsstatens behöriga myndigheter. Kommissionen kan nämligen välja att antingen handlägga ärendet själv eller att hänskjuta undersökningen av koncentrationen till de nationella myndigheterna.
- 174 Det framgår förvisso av artikel 9.3 första stycket i förordning nr 4064/89 att kommissionen förfogar över stort utrymme för skönsmässig bedömning när den skall göra detta val. Emellertid är detta utrymme för skönsmässig bedömning inte

obegränsat. I artikel 9.3 första stycket a föreskrivs nämligen att kommissionen kan besluta att själv handlägga ärendet ”för att upprätthålla eller återupprätta en effektiv konkurrens på marknaden i fråga”. Vidare föreskrivs i artikel 9.8 att den berörda medlemsstaten ”endast [får] vidta sådana åtgärder som är absolut nödvändiga för att säkerställa eller återupprätta en effektiv konkurrens på marknaden i fråga”.

175 Det framgår av dessa bestämmelser att även om kommissionen genom artikel 9.3 första stycket i förordning nr 4064/89 tillerkänns ett omfattande skön när den beslutar huruvida en koncentration skall hänskjutas, kan den inte besluta att verkställa hänskjutandet om, vid tidpunkten för prövningen av den begäran om hänskjutande som ingetts av den berörda medlemsstaten, ett antal klara och samstämmiga indicier visar att nämnda hänskjutande inte kan åstadkomma att en effektiv konkurrens upprätthålls eller återupprättas på de berörda marknaderna (domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkterna 342 och 343).

176 Förstainstansrätten finner följaktligen att den kontroll som utförs av gemenskapsdomstolarna av om kommissionen använt sig av sitt utrymme för skönsmässig bedömning på ett korrekt sätt när den beslutat om en koncentration skall hänskjutas är begränsad och, med hänsyn till ordalydelsen i artikel 9.3 och 9.8 i förordning nr 4064/89, måste inskränkas till en granskning av huruvida kommissionen, utan att göra sig skyldig till en uppenbart felaktig bedömning, kunde anse att ett hänskjutande till de nationella konkurrensmyndigheterna skulle göra det möjligt att upprätthålla eller återupprätta en effektiv konkurrens på de berörda marknaderna, så att det inte var nödvändigt att kommissionen själv handlade ärendet (domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkt 344).

177 I förevarande fall skall det dock konstateras att den berörda medlemsstaten förfogar över specifik lagstiftning om kontroll av företagskoncentrationer samt särskilda myndigheter som har till uppgift att säkerställa dess genomförande under de nationella domstolarnas kontroll.

- 178 Som kommissionen har påpekat skall det medges att de nationella konkurrensmyndigheterna, genom sin direkta kännedom om såväl de berörda marknaderna, operatörerna som är parter i koncentrationen och tredje män, som den tillämpliga nationella lagstiftningen, normalt är åtminstone lika väl rustade som kommissionen för att undersöka koncentrationer som uppvisar en uteslutande nationell dimension.
- 179 Eftersom de spanska myndigheterna i sin begäran om hänskjutande klart och tydligt hade angivit de konkurrensproblem som koncentrationen orsakat på marknaderna i fråga och eftersom kommissionen hade försäkrat sig om att villkoren i artikel 9.2 a i förordning nr 4064/89 var uppfyllda, kunde den i beslutet om hänskjutande således med rätta anse att "[d]e spanska nationella myndigheterna ha[de] tillräckliga medel och [var] i stånd att företa en ingående undersökning av transaktionen, med hänsyn särskilt till den nationella karaktären av de marknader på vilka transaktionen hota[de] att skapa eller förstärka en dominerande ställning" (skäl 120).
- 180 Under dessa förhållanden finner förstainstansrätten att kommissionen rimligen kunde anse att de spanska konkurrensmyndigheterna i sitt efter hänskjutande fattade beslut skulle vidta åtgärder som skulle kunna göra det möjligt att upprätthålla eller återupprätta en effektiv konkurrens på de berörda marknaderna.
- 181 Beträffande sökandenas påstående att de spanska myndigheterna för att motivera hänskjutandet har angivit att det var nödvändigt att ändra den nationella lagstiftningen, vilket Konungariket Spanien har bestridit vid förhandlingen, räcker det att konstatera att denna motivering inte har åberopats i det ifrågasatta beslutet.
- 182 När det sedan gäller det förhållandet att hänskjutanden till de nationella myndigheterna av koncentrationer med gemenskapsdimension har karaktär av undantag, är det som sökandena har hävdats riktigt att gemenskapslagstiftaren vid antagandet av förordning nr 4064/89 avsåg att sådana hänskjutanden i princip

skulle ha karaktär av undantag om referensmarknaderna omfattar en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Lagstiftarens avsikt framgår bland annat av en gemensam förklaring av rådet och kommissionen angående artikel 9 i förordning nr 4064/89 (*Europeiska gemenskapernas bulletin* — Tillägg nr 2/90):

”... när en viss marknad utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden bör förfarandet för hänskjutande i artikel 9 endast tillämpas i undantagsfall. Det finns skäl för att den grundläggande principen skall vara att en koncentration som skapar eller förstärker en dominerande ställning på en väsentlig del av den gemensamma marknaden måste förklaras vara oförenlig med den gemensamma marknaden. Rådet och kommissionen anser att en sådan tillämpning av artikel 9 bör begränsas till att avse fall där medlemsstatens konkurrensintressen annars inte kan skyddas i tillräcklig utsträckning.”

- 183 Som förstainstansrätten har påpekat i punkterna 351 till 353 i domen i det i punkt 53 nämnda målet *Royal Philips Electronics* mot kommissionen förblir, i motsats till vad kommissionen har hävdat i samband med denna talan, denna förklaring relevant sedan förordning nr 4064/89 ändrats enligt förordning nr 1310/97. De ändringar som gjordes genom förordning nr 1310/97 rör i stort sett inte villkoren för hänskjutande i artikel 9.2 a, vilka i huvudsak är oförändrade sedan förordning nr 4064/89 antogs, utan de rör villkoren för hänskjutande enligt artikel 9.2 b, som inte är föremål för prövning i förevarande mål. I den grönbok som föregick antagandet av förordning nr 1310/97 (kommissionens grönbok om översyn av koncentrationsförordningen, KOM(96) 19 slutlig av den 31 januari 1996) erinrar kommissionen om det syfte som eftersträvas med hänskjutandeförfarandet i följande ordalag (punkt 94):

”94 Kommissionen anser att eventuella ändringar i artikel 9, särskilt att tröskelvärdena inte sänks, bör vara begränsade så att inte den ömtåliga balansen mellan de befintliga bestämmelserna om hänskjutande störs eller fördelarna med

principen om enda kontroll upphävs. En för frekvent användning av artikel 9 skulle kunna minska företagens rättssäkerhet och borde förmodligen kopplas till en harmonisering av huvuddragen hos de nationella systemen för kontroll av företagskoncentrationer.”

184 Rådet anger likaledes i skäl 10 i förordning nr 1310/97 att ”[genom reglerna om hänskjutande] skyddas medlemsstaternas konkurrensintressen på lämpligt sätt och rättssäkerheten och principen om en enda kontroll (”one-stop shop”) beaktas”.

185 Det framgår emellertid av ovannämnda förklaringar att hänskjutandets karaktär av undantag till stor del har samband med principen om en enda kontroll (”one-stop shop”), som ligger till grund för förordning nr 4064/89 (se, för ett liknande resonemang, domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkt 350) och som säkerställer att de ekonomiska aktörerna skall kunna räkna med att en koncentration med gemenskapsdimension i princip undersöks av en enda konkurrensmyndighet.

186 Det måste dock konstateras att denna princip inte påverkas i en sådan situation som den som föreligger i förevarande fall, i vilken alla de marknader som påverkas är av nationell dimension och där, till följd av hänskjutandet av ärendet till en medlemsstats myndigheter, enbart de sistnämnda skall undersöka koncentrationen ur den nationella konkurrensrättens synvinkel.

187 Sökandena har dessutom hävdatt att kommissionen genom att hänskjuta koncentrationen till de spanska myndigheterna har åsidosatt sin beslutspraxis. Kommissionen tillbakavisar nämligen i regel begäran om hänskjutande från nationella myndigheter, särskilt inom betal-TV-sektorn. Sökandena har i detta syfte hänvisat till kommissionens beslut av den 27 maj 1998 (ärende IV/M.993 – Bertelsmann/Kirch/Premiere) och till de andra i punkt 161 nämnda besluten.

- 188 Förstainstansrätten konstaterar dock att den omständigheten att kommissionen i det ifrågasatta beslutet eventuellt inte har följt sin tidigare praxis på området är utan betydelse, eftersom det synsätt som använts i det ifrågasatta beslutet följer den rättsliga ram som fastställts i artikel 9 i förordning nr 4064/89, särskilt artikel 9.2 a, 9.2 b och 9.3 första stycket i denna (domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkt 357).
- 189 Sökandena har inte heller lyckats visa i vilken omfattning kommissionen, när den antagit det ifrågasatta beslutet, har handlat i strid med de av sökandena åberopade besluten, vilka avser såväl fall där kommissionen har vägrat att hänskjuta ärendet till de nationella myndigheterna som fall där kommissionen helt eller delvis har verkställt ett hänskjutande till de nationella myndigheterna. Enbart den omständigheten att kommissionen tidigare har vägrat att hänskjuta ett eller annat ärende till de nationella myndigheterna kan nämligen inte hindra den att genomföra ett sådant hänskjutande när det är fråga om ett ärende som har anmälts till den senare, i andra marknads- eller konkurrenssituationer.
- 190 Sökandena har därefter åberopat en hel rad omständigheter som enligt deras uppfattning visar att kommissionen var skyldig att själv undersöka den koncentration som de spanska myndigheterna hade begärt hänskjutande av. Sökandena har i detta hänseende hänvisat till kommissionens beslutspraxis inom den audiovisuella sektorn och till risken för att enhetligheten i kommissionens politik i fråga om koncentrationer skadas av ett avvikande nationellt beslut, samt till vissa omständigheter som är karaktäristiska för det aktuella fallet, såsom det förhållandet att kommissionen samtidigt undersökte ärendet Newscorp/Telepiù, AVS II-avtalen och *output deals*, och kommissionens kontakter med flera operatörer på marknaden i fråga.
- 191 Förstainstansrätten noterar i detta avseende först att den omständigheten att kommissionen i en given sektor har beslutat att själv undersöka transaktionen och tidigare har förbjudit vissa koncentrationer på intet sätt på förhand kan vara avgörande för huruvida en senare koncentration skall hänskjutas eller för resultatet av undersökningen, eftersom kommissionen är skyldig att genomföra en särskild analys av varje anmäld transaktion i förhållande till de omständigheter

som är karaktäristiska för varje ärende, utan att vara bunden av tidigare beslut som avser andra ekonomiska aktörer, andra marknader för varor och tjänster eller andra geografiska marknader vid andra tidpunkter. Av samma skäl kan kommissionens tidigare beslut avseende koncentrationer inom en bestämd sektor inte vara avgörande för beslutet, som kommissionen skall fatta angående en begäran om hänskjutande till de nationella myndigheterna av en koncentration som inträffar inom samma sektor.

- 192 Beträffande den omständigheten att kommissionen genom det ifrågasatta beslutet har hänskjutit undersökningen av en koncentration till de spanska myndigheterna medan den har beslutat att själv handlägga den koncentration som har skett inom samma sektor på den italienska marknaden, vilket har lett till antagandet av beslutet av den 2 april 2003 Newscorp/Telepiù, räcker det att konstatera att de spanska myndigheterna i förevarande fall, med stöd av artikel 9.2 i förordningen, har begärt hänskjutande av undersökningen av koncentrationen medan de italienska myndigheterna inte hade framställt någon sådan begäran i ärendet Newscorp/Telepiù.
- 193 I fråga om den motsägelse som påstås finnas mellan å ena sidan de åtaganden som kommissionen har godtagit i beslutet Newscorp/Telepiù och å andra sidan de villkor som de spanska myndigheterna efter hänskjutandet till dem har ställt i sitt beslut om godkännande av den koncentration som är i fråga i förevarande fall, skall det noteras att frågan huruvida godkännandebeslutet på nationell nivå är förenligt med gemenskapsrätten, inbegripet med kommissionens tidigare beslut, går utöver ramen för denna talan, som syftar till att bestrida lagenligheten av kommissionens beslut om hänskjutande. I den mån sökandena från denna påstådda motsägelse härleder argument som skall visa det ifrågasatta beslutets rättsstridighet, räcker det att konstatera att såväl beslutet Newscorp/Telepiù som de spanska myndigheternas beslut har fattats vid en senare tidpunkt än det ifrågasatta beslutet och således inte har kunnat påverka dess giltighet (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 3369, punkterna 15 och 16, och domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkt 346).

- 194 I den mån sökandena har hävdad att kommissionen, från den tidpunkt den kände till att en koncentration inom samma sektor avseende Italien skulle komma att anmälas till den, inte längre hade rätt att hänskjuta ärendet till de spanska myndigheterna, måste det konstateras att det vid kommissionen, vid den tidpunkt när det ifrågasatta beslutet antogs, nämligen den 14 augusti 2002, ännu inte hade anhängiggjorts någon anmälan i den mening som avses i förordning nr 4064/89 om det italienska ärendet i fråga, eftersom denna anmälan gjordes först den 16 oktober 2002.
- 195 Kommissionen hade visserligen, såsom den har medgivit vid förhandlingen, vid den tidpunkt när det ifrågasatta beslutet antogs kännedom om förslaget till koncentration avseende de italienska betal-TV-plattformarna, men det måste dock noteras att kommissionen vid det tillfället inte kunde förutse huruvida en begäran från de italienska myndigheterna om hänskjutande i ärendet Newscorp/ Telepiù skulle anhängiggöras hos kommissionen. Enbart möjligheten att ett annat avtal om koncentration inom en nära framtid kan ingås inom en visserligen liknande sektor, men på en annan geografisk marknad, och att detta avtal kan anmälas till kommissionen, påverkar i vart fall inte kommissionens befogenhet att företa skönsmässig bedömning, när den i samband med en anmäld transaktion skall fatta beslut om en begäran om hänskjutande från de nationella myndigheterna, i enlighet med artikel 9 i förordning nr 4064/89.
- 196 Sökandena kan inte heller hävda att det ifrågasatta beslutet är rättsstridigt, då kommissionen genom att hänskjuta ärendet till de spanska myndigheterna har skadat enhetligheten i sin konkurrenspolitik på marknaderna i fråga, särskilt på grund av att den spanska lagstiftningen gör det möjligt att godkänna en koncentration på grundval av kriterier som är främmande för kriterierna i förordning nr 4064/89.
- 197 Risken att de spanska myndigheterna efter hänskjutandet till dem fattar ett beslut om en koncentration inom en viss sektor som inte fullständigt stämmer överens med de lösningar som kommissionen själv har fastställt i sin beslutspraxis är en väsentlig del av det system för hänskjutande som införts genom artikel 9 i förordning nr 4064/89. Såsom framgår av artiklarna 9.3, 21.2 och 22.1 i

förordning nr 4064/89 bedöms de koncentrationer med gemenskapsdimension som hänskjutits till de nationella myndigheterna enligt bestämmelser som är olika det rättsliga system som tillämpas på andra transaktioner som omfattas av denna förordning, eftersom kommissionen är skyldig att undersöka koncentrationerna enbart på grundval av förordning nr 4064/89, medan de koncentrationer som hänskjutits till de nationella myndigheterna undersöks ur den nationella konkurrensrättens synvinkel.

198 Om de nationella myndigheterna underlät att fullgöra de skyldigheter som åligger dem enligt artikel 10 EG och artikel 9.6 och 9.8 i förordning nr 4064/89 (se ovan punkt 52) skulle kommissionen i förekommande fall kunna besluta att väcka talan i enlighet med artikel 226 EG mot den berörda medlemsstaten. Enskilda har möjlighet att bestrida ett av nationella myndigheter efter hänskjutande fattat beslut genom de rättsmedel som finns föreskrivna i nationell rätt (domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkt 383).

199 Kommissionens undersökning av AVS-ärendet visar inte heller att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den beslöt att till de spanska myndigheterna hänskjuta undersökningen av koncentrationen som avser fusionen mellan Vía Digital och Sogecable. Det är nämligen ostridigt mellan parterna att undersökningen av AVS-ärendet avser frågan huruvida artikel 81 EG är tillämplig på AVS II-avtalen, särskilt på utnyttjandet av de vidareändningsrättigheter som bolaget AVS förfogar över. Även om det är riktigt att AVS till följd av koncentrationen kommer att kontrolleras av Sogecable, medan företaget tidigare kontrollerades gemensamt av Telefónica/Admira och Sogecable, utesluter detta inte att denna strukturella ändring undersöks av en annan myndighet än den som utifrån artikel 81 EG undersöker lagenligheten av bolaget AVS utnyttjande av vidareändningsrättigheterna. Den omständigheten att det i artikel 9.3 första stycket b i förordning nr 4064/89, vad avser handläggningen av en koncentration, föreskrivs en möjlighet till delvis hänskjutande innebär dessutom *a fortiori* att olika myndigheter skall kunna handlägga ett ärende om tillämpningen av artikel 81 EG och ett ärende om tillämpningen av förordning nr 4064/89, även om dessa ärenden delvis avser samma företag.

- 200 Av samma skäl hindrade inte den omständigheten att vissa *output deals* är föremål för en undersökning kommissionen från att till de spanska myndigheterna hänskjuta ett ärende om koncentration som bland annat påverkar marknaderna för rättigheter att sända filmer.
- 201 Slutligen kan inte enbart den omständigheten att kommissionen har kontakter med vissa operatörer som är verksamma på de marknader som berörs av koncentrationen och att vissa tredje män har framfört klagomål till kommissionen påverka dess befogenhet att hänskjuta ett ärende till de nationella myndigheterna.
- 202 Även om kommissionen besitter sakkunskap inom de berörda sektorerna efter att själv ha handlagt många ärenden om koncentration samt andra ärenden i fråga om konkurrens avseende de marknader som påverkas av koncentrationen och genom att i detta syfte ha upprätthållit kontakter med de berörda operatörerna, skall det noteras att kommissionens beslut i dessa ärenden alltid kan användas som riktlinjer för de nationella myndigheterna i deras utövande av de egna befogenheterna. Den omständigheten att det finns en sådan sakkunskap hos kommissionen visar således på intet sätt att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning eller har åsidosatt principen om god förvaltningsded genom att hänskjuta ärendet till de spanska myndigheterna.
- 203 Det framgår av det ovan anförda att kommissionen rimligen kunde anse att hänskjutandet av ärendet till de spanska konkurrensmyndigheterna gjorde det möjligt att upprätthålla eller återupprätta en effektiv konkurrens på marknaderna i fråga, varför det inte var nödvändigt att kommissionen själv handlade ärendet.
- 204 Talan kan således inte vinna bifall på den andra grunden.

Den fjärde grunden: åsidosättande av artikel 9 i förordning nr 4064/89 genom att det ifrågasatta beslutet innehåller ett hänskjutande "in blanco" till de spanska myndigheterna

Parternas argument

- 205 Sökandena i mål T-346/02 har erinrat om att motiveringen av det ifrågasatta beslutet har avfattats så att beslutet innebär ett hänskjutande "in blanco" av ärendet till de spanska myndigheterna, vilket innebär ett åsidosättande av artikel 9 i förordning nr 4064/89.
- 206 Enligt sökandena borde kommissionen i artikel 1 i det ifrågasatta beslutet ha angivit de av koncentrationen berörda marknaderna på vilka det föreligger ett hot att koncentrationen skapar eller förstärker en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt kommer att hämmas på en marknad inom Spanien. Dessutom borde det i artikel 1 i det ifrågasatta beslutet enligt sökandena även ha förordnats att de spanska myndigheterna skulle vidta de åtgärder som krävs för att upprätthålla konkurrensen på dessa marknader.
- 207 Sökandena har tillagt att de spanska myndigheterna i förevarande fall faktiskt har handlat som om de hade en befogenhet som delegerats "in blanco". De har nämligen handlagt ärendet som om det var fråga om en koncentration som skall undersökas från början och avsiktligt förbigått det ifrågasatta beslutet samt gemenskapens regelverk på konkurrensområdet.

- 208 Kommissionen har med stöd av intervenienterna yrkat att denna grund skall ogillas.

Förstainstansrättens bedömning

- 209 Det skall noteras att det i artikel 1 i det ifrågasatta beslutet föreskrivs att "[i] enlighet med artikel 9 i rådets förordning nr 4064/89 om företagskoncentrationer hänskjuts den anmälda transaktionen som syftar till att fusionera DTS Distribuidora de Televisión Digital, SA (Vía Digital) och Sogecable SA härmed till de behöriga spanska myndigheterna".
- 210 Härav följer att kommissionen till de behöriga spanska myndigheterna endast har hänskjutit koncentrationen så som den anmälts till kommissionen, utan att i själva beslutsdelen i det ifrågasatta beslutet ange de marknader på vilka den anser att koncentrationen hotar att skapa eller förstärka en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt kommer att hämmas på en marknad inom Spanien som uppvisar alla kännetecken på en avgränsad marknad.
- 211 Det skall dock erinras om att beslutsdelen i en rättsakt inte kan skiljas från sin motivering, och om beslutsdelen behöver tolkas skall det således ske med beaktande av de skäl som föranledde att det antogs (domstolens dom av den 15 maj 1997 i mål C-355/95 P, TWD mot kommissionen, REG 1997, s. I-2549, punkt 21, förstainstansrättens dom av den 13 juni 2000 i de förenade målen T-204/97 och T-270/97, EPAC mot kommissionen, REG 2000, s. II-2267, punkt 39).
- 212 I det ifrågasatta beslutet har i motiveringen som föregår beslutsdelen var och en av produktmarknaderna i fråga definierats (det ifrågasatta beslutet, skälen 15, 16,

21–25, 30–38, 56, 62–64 och 71–79), de geografiska referensmarknaderna fastställts (det ifrågasatta beslutet, skälen 17, 26, 39–42, 57, 62–64 och 80–82) och effekterna av transaktionen på konkurrensen på dessa marknader analyserats (det ifrågasatta beslutet, skälen 18–20, 27–29, 43–55, 58–61, 65–68 och 83–109). I det ifrågasatta beslutet har det fastslagits att på var och en av de fastställda produktmarknaderna, det vill säga marknaden för betal-TV och marknaderna i föregående led (marknaderna för rättigheter att sända filmer, för sporträttigheter och för andra program) samt marknaderna för telekommunikationer, hotar transaktionen att skapa eller förstärka en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas på den spanska marknaden (det ifrågasatta beslutet, skälen 20, 29, 51, 55, 61, 68 och 109).

- 213 I betraktande av den rättspraxis som nämnts i punkt 211 var kommissionen ingalunda skyldig att i beslutet upprepa vilka de av koncentrationen berörda marknaderna var på vilka det förelåg ett hot att koncentrationen skapar eller förstärker en dominerande ställning.
- 214 Det skall dessutom påpekas att hänskjutandet i förevarande mål är ett fullständigt hänskjutande. Det är således inte fråga om ett delvis hänskjutande för vilket det hade kunnat krävas att de bestämda marknader som det har hänskjutits till de nationella myndigheterna att undersöka skulle specificeras i beslutet.
- 215 Vad beträffar påståendet att det saknats anvisning till de spanska myndigheterna om att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att upprätthålla konkurrensen på marknaderna i fråga, skall det konstateras att det i artikel 1 i beslutet hänvisas till artikel 9 i förordning nr 4064/89. I artikel 9.8 i denna förordning föreskrivs att den medlemsstat som berörs endast får vidta sådana åtgärder som är absolut

nödvändiga för att säkerställa eller återupprätta en effektiv konkurrens på marknaden i fråga. Det var onödigt att i själva beslutdelen ordagrant upprepa en skyldighet som direkt framgår av de gällande bestämmelser som det hänvisas till i samma beslutdel.

- 216 Vad beträffar den undersökning som de spanska myndigheterna genomfört efter det ifrågasatta beslutets antagande, skall det erinras om att lagenligheten av en rättsakt skall bedömas utifrån situationen vid den tidpunkt då den antogs (se, analogt, domstolens dom av den 3 oktober 2002 i mål C-394/01, Frankrike mot kommissionen, REG 2002, s. I-8245, punkt 34, och i denna angiven rättspraxis). De spanska myndigheternas handlingsätt kan således inte påverka lagenligheten av det ifrågasatta beslutet.
- 217 Förstainstansrätten erinrar slutligen om att kommissionen inom ramen för en prövning av villkoren för hänskjutande i artikel 9.2 a i förordning nr 4064/89 kan kommissionen inte, utan risk för att artikel 9.3 första stycket b i sagda förordning förlorar sin innebörd, kan ägna sig åt en undersökning av huruvida koncentrationen är förenlig med den gemensamma marknaden som kan binda de berörda nationella myndigheterna i sakfrågan. Kommissionen skall i stället inskränka sig till att kontrollera om, vid första påseendet och på grundval av uppgifter som den förfogar över vid tidpunkten för bedömningen av huruvida begäran om hänskjutandet är välgrundad, den koncentration som är föremål för begäran om hänskjutande hotar att skapa eller förstärka en dominerande ställning på de berörda marknaderna (domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkt 377). Så länge de nationella konkurrensmyndigheterna iakttar sina skyldigheter enligt såväl artikel 9.6 och 9.8 i förordning nr 4064/89 som artikel 10 EG, är de dock fria att besluta i sak angående den koncentration som har hänskjutits till dem på grundval av en egen undersökning som utförs med tillämpning av nationell konkurrensrätt (se, för ett liknande resonemang, domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkterna 369–371). De behöriga spanska myndigheterna kan följaktligen inte anses vara bundna av sådana preliminära bedömningar av konkurrenssituationen på marknaderna i fråga som kommissionen, efter en *prima facie*-undersökning, har gjort i sitt beslut om hänskjutande och endast för detta.
- 218 Härav följer att talan inte heller kan bifallas på den fjärde grunden.

Den tredje grunden: åsidosättande av artikel 253 EG

Parternas argument

- 219 Sökandena har hävdad att kommissionen har åsidosatt artikel 253 EG eftersom den inte har angivit skälen till att den har bifallit de spanska myndigheternas begäran om hänskjutande.
- 220 Sökandena i mål T-346/02 har hävdad att kommissionen i det ifrågasatta beslutet borde ha motiverat inte enbart skälen till att den, undantagsvis, i förevarande fall har godtagit hänskjutandet, utan även skälen till att den har frångått sin fasta beslutspraxis.
- 221 Enligt sökandena borde kommissionen likaså ha svarat på de argument som ONO framfört under det administrativa förfarandet, om koncentrationens europeiska dimension och om att undersökningen av en sådan transaktion omöjlig kunde hänskjutas till de nationella myndigheterna.
- 222 Sökandena i mål T-347/02 har gjort gällande att det ifrågasatta beslutet är paradoxalt. I beslutet beskrivs nämligen ingående de konkurrensproblem som koncentrationen skulle medföra på marknaderna i fråga, samtidigt som endast två stycken i beslutet ägnas åt en redogörelse för skälen till att kommissionen har bifallit de spanska myndigheternas begäran om hänskjutande.
- 223 I det ifrågasatta beslutet hade följande skäl framförts för att motivera hänskjutandet: koncentrationen hotar att skapa eller förstärka en dominerande ställning på vissa marknader med nationell dimension, kommissionen har ett

utrymme för skönsmässig bedömning för att besluta om ett hänskjutande och de spanska nationella myndigheterna kan genomföra en ingående undersökning av koncentrationen. Dessa skäl är enligt sökandena inte tillräckliga i ett undantagsfall som det förevarande, där koncentrationen påverkar en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Kommissionen har i det ifrågasatta beslutet inte ens analyserat de gränsöverskridande följder som koncentrationen kan få. Den omständigheten slutligen att kommissionen har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning innebär inte att den är befriad från sin motiveringskyldighet.

- 224 Kommissionen har med stöd av intervenienterna gjort gällande att det ifrågasatta beslutet är tillräckligt motiverat, eftersom det i detta ingående undersöks huruvida villkoren i artikel 9 i förordning nr 4064/89 för hänskjutande till de nationella myndigheterna är uppfyllda.

Förstainstansrättens bedömning

- 225 Förstainstansrätten noterar att den skyldighet som gemenskapsinstitutionerna har enligt artikel 253 EG att motivera sina beslut syftar till att ge gemenskapsdomstolarna en möjlighet att utföra sin laglighetskontroll och till att ge de berörda kännedom om motiven till den viktiga åtgärden för att de skall kunna försvara sina rättigheter och kontrollera om beslutet är välgrundat eller ej (förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-126/96 och T-127/96, BFM och EFIM mot kommissionen, REG 1998, s. II-3437, punkt 57).
- 226 Förstainstansrätten erinrar härvidlag om att det ifrågasatta beslutet antogs med stöd av artikel 9.3 första stycket i förordning nr 4064/89. Det har redan konstaterats ovan i samband med prövningen av den första grunden att för att en koncentration skall kunna bli föremål för ett hänskjutande på grundval av denna bestämmelse måste de två villkoren i artikel 9.2 a vara uppfyllda. För det första

måste koncentrationen hota att skapa eller förstärka en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt kommer att hämmas på en marknad inom den berörda medlemsstaten. För det andra måste denna marknad uppvisa alla kännetecken på en avgränsad marknad.

227 Det skall därför anses att för att motiveringskyldigheten i artikel 253 EG skall iaktas måste ett hänskjutandebeslut som antagits med stöd av artikel 9.3 första stycket i förordning nr 4064/89 innehålla en tillräcklig och relevant redogörelse för vilka omständigheter som beaktas vid avgörandet dels av om det föreligger ett hot om att en dominerande ställning kan skapas eller förstärkas som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas på en marknad inom den berörda medlemsstaten, dels en avgränsad marknad (domen i det i punkt 53 nämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkt 395).

228 Vad beträffar det första villkoret konstaterar förstainstansrätten att det i det ifrågasatta beslutet tydligt redogörs för skälen till att kommissionen anser att transaktionen i fråga hotar att skapa en dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen påtagligt skulle hämmas på de relevanta produkt-marknaderna i Spanien. Dessa skäl grundar sig särskilt på de marknadsandelar som parterna på de berörda marknaderna i Spanien har, på de följder som koncentrationen av den dominerande operatören och av den näst största operatören på marknaden för betal-TV får, vilken marknad kännetecknas av svåra inträdeshinder, och på de ensamrättigheter som parterna i koncentrationen har (det ifrågasatta beslutet, skälen 18–20, 27–29, 43–55, 58–61, 65–68 och 83–109).

229 Vad beträffar det andra villkoret skall det likaså konstateras att det i det ifrågasatta beslutet tydligt redogörs för skälen till att kommissionen anser att de berörda marknaderna i Spanien är avgränsade nationella marknader (det ifrågasatta beslutet, skälen 17, 26, 39–42, 57, 62–64 och 80–82).

- 230 Vad beträffar utövandet av befogenheten att företa skönsmässig bedömning när de avgränsade marknaderna utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden har kommissionen i det ifrågasatta beslutet förklarat att "[t]ransaktionen hotar att skapa eller förstärka en dominerande ställning enbart på marknader med nationell dimension inom Konungariket Spanien" och att "[d]e spanska nationella myndigheterna har tillräckliga medel och är i stånd att företa en ingående undersökning av transaktionen, med hänsyn särskilt till den nationella karaktären av de marknader på vilka transaktionen hotar att skapa eller förstärka en dominerande ställning". Kommissionen har angivit att den, efter att ha kontrollerat att villkoren i artikel 9 i förordning nr 4064/89 är uppfyllda och med utnyttjande av sin befogenhet att företa skönsmässiga bedömningar enligt förordning nr 4064/89, anser "att de spanska myndigheternas begäran bör bifallas och att ärendet skall hänskjutas till dem för att den spanska lagstiftningen om konkurrens skall tillämpas" (skälen 119–121 i det ifrågasatta beslutet).
- 231 Denna förklaring är tillräcklig, eftersom det av denna framgår att kommissionen ansåg att de spanska myndigheterna kunde upprätthålla eller återupprätta en effektiv konkurrens på marknaderna i fråga (se punkterna 176 och 177 ovan).
- 232 Vad beträffar de argument som ONO åberopat under det administrativa förfarandet skall det erinras om att kommissionen är skyldig att motivera sina beslut genom att ange de faktiska omständigheter och rättsliga faktorer som är avgörande för åtgärdens rättsenlighet och de överväganden som ligger till grund för beslutet. Det fordras emellertid inte att den nämner alla de faktiska och rättsliga omständigheter som berörts under det administrativa förfarandet av varje berörd person (domen i det i punkt 75 nämnda målet Kaysersberg mot kommissionen, punkt 150). Genom att kvalificera produktmarknaderna i fråga som avgränsade marknader av nationell dimension och genom att redogöra för de skäl som ligger till grund för denna kvalificering har kommissionen dock tagit ställning till ONO:s argument avseende koncentrationens påstådda europeiska dimension.

- 233 Under dessa omständigheter finner rätten att det ifrågasatta beslutet är tillräckligt motiverat.
- 234 Av samtliga ovan anförda överväganden följer att talan skall ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

- 235 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen samt Sogecable, Vía Digital och Telefónica de Contenidos har yrkat att sökandena skall förpliktas att ersätta de egna rättegångskostnaderna, samt solidariskt ersätta de rättegångskostnader som är hänförliga till deras talan. Eftersom sökandena har tappat målet skall kommissionens samt Sogecables, Vía Digital och Telefónica de Contenidos yrkande bifallas.
- 236 Enligt artikel 87.4 första stycket i rättegångsreglerna skall de medlemsstater som har intervenerat i ett mål bära sina rättegångskostnader. Konungariket Spanien skall därför bära sina rättegångskostnader.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

följande dom:

- 1) Målen T-346/02 och T-347/02 skall förenas vad gäller domen.
- 2) Talan ogillas.
- 3) Sökandena skall bära sina rättegångskostnader samt solidariskt ersätta kommissionens, Sogecables, Vía Digital's och Telefónica de Contenidos rättegångskostnader som är hänförliga till deras talan.

Konungariket Spanien skall bära sina rättegångskostnader.

Lenaerts

Azizi

Jaeger

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 30 september 2003.

H. Jung

K. Lenaerts

Justitiesekreterare

Ordförande