

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen)
den 30 september 2003 *

I mål T-158/00,

Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD), Köln (Tyskland), företrädd av advokaterna P. Mailänder och A. Bartosch, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av P. Wiedner, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

med stöd av

KirchPayTV GmbH & Co. KGaA, Unterföring (Tyskland), företrätt av advokaten K. Metzloff, med delgivningsadress i Luxemburg,

och av

British Sky Broadcasting Group plc (BSkyB), Isleworth (Förenade kungariket), företrätt av S. Wisking och D. Livingston, solicitors, med delgivningsadress i Luxemburg,

intervenienter,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut SG (2000) D/102552 av den 21 mars 2000 (ärende COMP/JV.37), i vilket den koncentration varigenom BSkyB förvärvade gemensam kontroll över KirchPayTV förklarades förenlig med den gemensamma marknaden och med avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet enligt artikel 6.1 b i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1; svensk specialutgåva, annex, s. 16),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Jaeger samt domarna K. Lenaerts och J. Azizi, justitiesekreterare: byrådirektören D. Christensen,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 9 januari 2002,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

- 1 Rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1; svensk specialutgåva, annex, s. 16), med rättelse (EGT L 257, 1990, s. 13), 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 eller koncentrationsförordningen) skall enligt artikel 1 i förordningen gälla koncentrationer med en gemenskapsdimension enligt definitionerna i artikel 1.2 och 1.3.
- 2 I artikel 6.1 b i förordning nr 4064/89 föreskrivs att kommissionen skall besluta att inte göra invändning mot den anmälda koncentrationen och förklara att den är förenlig med den gemensamma marknaden (nedan kallad etapp I) om den finner att koncentrationen, fastän den omfattas av förordningen, inte ger anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden.
- 3 I artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89 föreskrivs däremot att kommissionen skall besluta att inleda ett förfarande (nedan kallad etapp II) om den finner att den anmälda koncentrationen omfattas av förordningen och ger anledning till allvarliga tvivel när det gäller dess förenlighet med den gemensamma marknaden.

- 4 I artikel 6.2 i nämnda förordning föreskrivs följande:

”Om kommissionen sedan de berörda företagen har vidtagit ändringar finner att en anmäld koncentration inte längre ger anledning till allvarliga tvivel enligt punkt 1 c, får den besluta att förklara koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden enligt punkt 1 b.

Kommissionen kan förena det beslut som den fattar enligt punkt 1 b med villkor och ålägganden i syfte att säkerställa att de berörda företagen fullgör de åtaganden som de har gjort gentemot kommissionen för att göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden.”

- 5 Enligt artikel 18.1 i kommissionens förordning (EG) nr 447/98 av den 1 mars 1998 om anmälningar, tidsfrister och förhör enligt förordning nr 4064/89 (EGT L 61, s. 1) skall ”[å]taganden som har föreslagits till kommissionen av de berörda företagen enligt artikel 6.2 i förordning ... nr 4064/89, vilka av parterna är avsedda att utgöra grunden för ett beslut enligt artikel 6.1 b i den förordningen ... lämnas till kommissionen senast tre veckor från det datum då anmälan mottagits”.
- 6 I kommissionens tillkännagivande om korrigerande åtgärder som kan godtas enligt förordning nr 4064/89 och förordning nr 447/98 (EGT C 68, 2001, s. 3) (nedan kallat tillkännagivandet om korrigerande åtgärder) redogör kommissionen för de riktlinjer som den avser att följa i fråga om åtaganden.

Bakgrund till tvisten

- 7 Den 22 december 1999 anmälde bolagen British Sky Broadcasting Group plc (nedan kallat BSKyB) och Kirch Vermögensverwaltungs GmbH & Co. KG (nedan kallat KVV) en planerad koncentration till kommissionen enligt artikel 4 i förordning nr 4064/89, i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997 (EGT L 180, s. 1), med rättelse (EGT L 40, 1998, s. 17) (nedan kallad förordning nr 1310/97). Enligt planen skulle BSKyB, tillsammans med KVV, förvärva gemensam kontroll över företaget KirchPayTV GmbH & Co KGaA (nedan kallat KirchPayTV).
- 8 BSKyB är ett brittiskt företag som bedriver verksamhet på mediaområdet, främst inom området för analoga och digitala TV-tjänster i Förenade kungariket och Irland via satellit och kabel, och, i andra hand, inom området för markbunden digital television i Förenade kungariket. BSKyB saluför sina egna betal-TV-kanaler, antingen direkt eller genom företag som sänder via kabel eller parabolantenn. Det har även aktier i British Interactive Broadcasting/Open, som erbjuder interaktiva digital-TV-tjänster till Förenade kungariket. BSKyB tillhandahåller slutligen ett spektrum av tjänster med anknytning till television.
- 9 BSKyB fanns inte på marknaderna för betal-TV, interaktiv digital-TV och förvärv av TV-rättigheter i Tyskland när anmälan gjordes.
- 10 KirchPayTV, ett tyskt bolag, kontrollerades när anmälan gjordes uteslutande av KVV, som självt är ett helägt dotterbolag till Kirchkoncernen, en mediagrupp som bedrev verksamhet inom områdena för gratis-TV, handel med rättigheter till

sportprogram och fiktionsprogram, produktion av film och TV-sändningar, företagstelevision, betal-TV och tillhandahållande av tekniska tjänster i samband med betal-TV.

- 11 Anmälan av den planerade koncentrationen den 22 december 1999 offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* den 11 januari 2000 (EGT C 7, s. 5). Samma dag mottog sökanden från kommissionen en begäran om upplysningar enligt vilken sökanden före den 14 januari 2000 skulle inkomma med synpunkter angående den planerade koncentrationens återverkningar på konkurrensen.

- 12 Sökanden meddelade kommissionen inom den angivna tidsfristen att den ansåg att den planerade koncentrationen i fråga skulle leda till en förstärkning av KirchPayTV:s dominerande ställning på marknaderna för betal-TV, förvärv av programrättigheter och tillhandahållande av tekniska tjänster i samband med betal-TV och till uppkomst av en dominerande ställning på marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster. Sökanden befarade även att närmandet mellan Kirch och BSKyB skulle medföra en förstärkning av den vertikala integrationen av de företag som fanns på de berörda marknaderna och en begränsning av konkurrensen mellan medlemsstaterna, särskilt inom områdena för förvärv av TV-program och interaktiva digital-TV-tjänster.

- 13 Den 21 januari 2000 tillsände sökanden kommissionen kompletterande och fördjupade synpunkter i frågan. Den yrkade där att kommissionen skulle förbjuda den anmälda koncentrationen på grund av att den var oförenlig med den gemensamma marknaden. I andra hand begärde den att ett eventuellt beviljande av koncentrationen skulle underställas minimikrav och villkor.

- 14 På begäran av kommissionen översände sökanden den 22 februari 2000 per post en redogörelse för de krav, villkor eller officiella kontraktsevenliga åtaganden som den, med hänsyn till konkurrenslagstiftningen, ansåg nödvändiga i det aktuella koncentrationsärendet.
- 15 Sökanden upprepade sin åsikt att villkoren för ett beviljande av den planerade koncentrationen inte var uppfyllda och lämnade i andra hand en rad förslag till åtaganden som den ansåg att de samgående parterna under alla omständigheter borde godta.
- 16 Parterna i koncentrationen översände ett paket av åtaganden till kommissionen. Denna bad den 29 februari 2000 sökanden inkomma med synpunkter på dessa åtaganden senast den 2 mars 2000.
- 17 I sitt svar av den 2 mars 2000 kritiserade sökanden dessa förslag till åtaganden och ansåg att de inte var något annat än ett löfte att inte missbruka KirchPayTV:s dominerande ställning.
- 18 Den 14 mars 2000 bad kommissionen sökanden att senast den 15 mars 2000 klockan 13.00 inkomma med synpunkter på en första ändrad version av åtagandepaketet. Sökanden lämnade en kortfattad kommentar.
- 19 Kommissionen varken underrättade sökanden om eller uppmanade den att inkomma med synpunkter på en andra ändrad version av åtagandepaketet, som sökanden fick kännedom om den 18 mars 2000, genom tredje part.

- 20 Genom beslut av den 21 mars 2000 (nedan kallat det omtvistade beslutet) godkände kommissionen koncentrationen i fråga på vissa villkor i enlighet med artikel 6.1 b och artikel 6.2 i förordning nr 4064/89 samt artikel 57 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

Det omtvistade beslutet

- 21 I det omtvistade beslutet undersökte kommissionen koncentrationens inverkan på tre berörda marknader, nämligen marknaderna för betal-TV, interaktiv digital-TV och förvärv av TV-rättigheter.

1. *Marknaden för betal-TV*

- 22 Enligt skälen 23–27 i det omtvistade beslutet utgör betal-TV och gratis-TV två åtskilda marknader, nämligen privat reklamfinansierad respektive offentlig avgifts- och reklamfinansierad television. Enligt kommissionen har marknaden för betal-TV en nationell dimension.
- 23 Kommissionen konstaterar i det omtvistade beslutet att KirchPayTV, genom bolaget Premiere, har en monopolliknande ställning vad gäller leverans av betal-TV-tjänster i Tyskland. Den fastslår även att BSkyB dominerar marknaden för betal-TV i Förenade kungariket. I skäl 51 fastslår kommissionen att koncentrationen ger anledning till allvarliga tvivel när det gäller dess förenlighet med den gemensamma marknaden i och med att den förstärker KirchPayTV:s

dominerande ställning på marknaden för betal-TV i Tyskland. Kommissionen anser nämligen att KirchPayTV, på grund av de finansiella resurser och den kunskap som BSKyB tillför, kan behålla sin dominerande ställning på marknaden. I det avseendet har den framfört följande:

”finansiella resurser och kunskaper

50. Parterna har själva erkänt att KirchPayTV har behov av ‘tillförsel av betydande resurser’ för att utveckla sin verksamhet. De har uppskattat den totala investering som KirchPayTV behöver till ..., med förluster uppgående till ... Enligt anmälan har KirchPayTV dock inte kunnat öka sitt kapital på marknaden. Förutom finansiella resurser kommer BSKyB att tillföra sina kunskaper i marknadsföring och sin sakkunskap som KirchPayTV, som vissa aktörer på marknaden har antytt för kommissionen, lider stor brist på.

Med tanke på de stora kostnaderna för att bedriva verksamhet på denna marknad, i synnerhet behovet av att digitalisera tjänsterna under de närmaste åren, hyser kommissionen allvarliga tvivel på att KirchPayTV, utan denna koncentration, hade kunnat behålla sin ställning på marknaden för betal-TV i Tyskland. Till exempel misslyckandet med att modernisera betal-TV-tjänsterna enligt marknads förväntningar eller oförmågan att behålla kontrollen över det innehåll som är nödvändigt för betal-TV, skulle avsevärt kunna öka möjligheterna till inträde på marknaden på medellång sikt för en tredje part. Enligt artikel 2.1 b i förordningen om kontroll av företagskoncentrationer är parternas ekonomiska och finansiella styrka faktorer som kommissionen skall ta hänsyn till när den gör sin bedömning av en koncentrations inverkan på konkurrensen. Det skall även noteras att kommissionen i ett antal beslut har ansett att en koncentration som består i en tillförsel av betydande finansiella resurser kan leda till att en dominerande marknad skapas eller förstärks.”

24 I skälen 52–72 i det omtvistade beslutet har kommissionen även undersökt frågan om undanröjandet av den potentiella konkurrensen. Den fastslog i det sammanhanget i skäl 54 att varken BskyB eller något annat företag skulle kunna ta sig in på den tyska marknaden för betal-TV ”på kort eller medellång sikt”. Denna slutsats grundas på följande fyra huvudskäl:

- Gratis-TV:s dominerande ställning i Tyskland utgör hinder för en nämnvärd utveckling av betal-TV.

- Kirch kontrollerar, genom BetaResearch, dekamerinfrastrukturen (d-box-dekodern) och den teknologi som krävs för kontroll av tillgången i Tyskland.

- BskyB förfogar inte över program som är lämpliga för den tyska marknaden.

- Ett inträde på den tyska marknaden för betal-TV kräver investering av enorma finansiella medel.

25 I skäl 70 i det omtvistade beslutet har kommissionen således fastslagit att BskyB inte var någon potentiell ny aktör ”på kort eller medellång sikt” på marknaden i fråga.

2. Marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster

- 26 Det fastslås i det omtvistade beslutet att interaktiva digital-TV-tjänster för närvarande inte förekommer i Tyskland. Kommissionen påpekar dock att KirchPayTV kommer att vara verksam på denna marknad inom en nära framtid. Kommissionen konstaterar även att minst fyra ytterligare företag förbereder sitt inträde på marknaden inom en snar framtid, nämligen Bertelsmann, sökanden, UPC och Primacomkoncernen. BSkyB är det enda företag i Europa som har direkt erfarenhet av marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster.
- 27 Operatörerna på denna marknad är i princip inte leverantörer av produkter och tjänster som erbjuds till och köps av konsumenterna. Operatörerna tillhandahåller en "plattform" genom vilken säljare och leverantörer av innehåll marknadsför och säljer sina produkter och tjänster. Det är följaktligen dessa säljare som, i första hand, utgör operatörernas avnämare och därmed deras inkomst. De tjänster som i allmänhet kan erbjudas när det gäller interaktiv digital-TV är bland annat banktjänster i hemmet, shopping i hemmet och semester- och resetjänster.
- 28 Även om kommissionen fastslår att marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster och marknaden för betal-TV är åtskilda marknader, påpekar den dock att betal-TV-marknaden kan bli en "hävstång" för interaktiva digital-TV-tjänster. I den mån betal-TV erbjuder exklusiva program gör den det nämligen möjligt för operatörerna att dra till sig ett stort antal TV-tittare med inkomster över genomsnittet. De två marknaderna är åtskilda men kompletterar varandra. Den geografiska marknaden är också här en nationell marknad.
- 29 När det gäller interaktiva digital-TV-tjänster konstaterar kommissionen att Kirch, eftersom företaget kontrollerar den i Tyskland dominerande dekoderinfrastrukturen (d-box-dekodern), som även är nödvändig för att utföra interaktiva digital-TV-tjänster, redan har en viktig konkurrensfördel vad gäller erbjudandet av dessa

tjänster. Kommissionen anser att koncentrationen ytterligare skulle kunna gynna uppkomsten av en dominerande ställning, med BSkyB som tillför de finansiella medel som krävs och den kunskap som detta företag förvärvat på den brittiska marknaden. Kommissionen hyser därför även på den punkten allvarliga tvivel när det gäller koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden.

3. *Marknaden för förvärv av sändningsrättigheter*

- 30 Enligt det omtvistade beslutet är filmer och sportevenemang flaggskepp bland betal-TV-produkterna, och det är nödvändigt att inneha immateriella egendomsrättigheter till dessa produkter för att programmen skall bli tillräckligt attraktiva för att övertala potentiella abonnenter att betala för TV-tjänster.
- 31 Förvärv av sändningsrättigheter görs enligt beslutet fortfarande på nationell nivå, eller rentav för ett språkområde (eller område "med ett gemensamt språk"), det vill säga här den tyska eller tyskspråkiga marknaden. Vissa rättigheter till sportevenemang förvärvas däremot för hela Europa och säljs sedan till de olika länderna. Det skulle således kunna finnas en avgränsad geografisk marknad för alleuropeiska sporträttigheter. Kommissionen anser dock att det inte är nödvändigt att definiera marknaden närmare i förevarande fall.
- 32 Kommissionen konstaterade i det omtvistade beslutet att Kirch dominerade marknaden för förvärv av sändningsrättigheter i Tyskland (genom långsiktiga exklusiva avtal), medan BSkyB dominerade motsvarande marknad i Förenade kungariket.

- 33 Kommissionen ger inte uttryck för några tvivel vad gäller marknaden för förvärv av TV-rättigheter. Den anser i synnerhet en kumulation av de förvärv som gjorts av KirchPayTV respektive B Sky B osannolik.

4. Åtagandena

- 34 Med hänsyn till de åtaganden som parterna föreslagit, vilka enligt kommissionen kunde undanröja dess allvarliga tvivel beträffande koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden när det gäller dess inverkan på marknaderna för betal-TV och för interaktiva digital-TV-tjänster, godkände kommissionen koncentrationen i enlighet med artikel 6.1 b i förordning nr 4064/89.

Förfarandet och parternas yrkanden

- 35 Sökanden har, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 13 juni 2000, väckt föreliggande talan.
- 36 Genom handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 29 september 2000 ansökte KirchPayTV om att få intervensera till stöd för kommissionens yrkanden. Denna ansökan bifölls genom beslut av den 11 december 2000.
- 37 Genom handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 23 november 2000 ansökte B Sky B om att få intervensera till stöd för kommissionens yrkanden. Denna ansökan bifölls genom beslut av den 19 februari 2001.

38 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogiltigförklara kommissionens beslut av den 21 mars 2000 i ärende COMP/JV.37, och

- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

39 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

- avvisa talan eller i andra hand ogilla talan, och

- förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

40 KirchPayTV har yrkat att förstainstansrätten skall

- avvisa talan eller i andra hand ogilla talan, och

- förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

41 BskyB har yrkat att förstainstansrätten skall

- avvisa talan eller i andra hand ogilla talan, och

- förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive BskyB:s rättegångskostnader.

Upptagande till sakprövning

1. Sökandens talerätt

Parternas argument

42 Sökanden anser att den direkt och personligen berörs av det omtvistade beslutet i den mening som avses i artikel 230 fjärde stycket EG.

43 Kommissionen har uttryckt tvivel om att sökanden berörs personligen av det omtvistade beslutet.

- 44 Den anser att deltagandet i det administrativa förfarandet, även om det skedde på kommissionens begäran, inte ensamt kan utgöra skäl för att företaget berörs personligen av det omtvistade beslutet, särskilt när, som i förevarande fall, många andra företag också har uttalat sig under förfarandet eller har tillfrågats av kommissionen. Undersökningen av en koncentration innebär per definition regelbundna kontakter med många företag.
- 45 Kommissionen har gjort gällande att sökanden för närvarande endast är verksam på marknaden för gratis-TV, som inte omfattas av det omtvistade beslutet. De av sökanden åberopade skyldigheterna att uppnå mål för införande av tekniker för digital sändning berör i vilket fall som helst bara denna marknad.
- 46 Däremot finns det ingenting som ger anledning att tro att sökanden planerar att inträda på marknaden för betal-TV, som omfattas av det omtvistade beslutet. Den kan således inte ens betecknas som potentiell konkurrent på denna marknad.
- 47 Sökanden kan enligt kommissionen på sin höjd betraktas som potentiell konkurrent på den framtida marknaden för interaktiv digital-TV. Som sådan skulle den dock bara vara en av många potentiella konkurrenter på denna framtida marknad. Denna slutsats påverkas inte av den omständigheten att sökanden deltar i utvecklingen av en konkurrerande teknisk plattform.
- 48 När det gäller sökandens argument att den berörs personligen av det omtvistade beslutet därför att förstärkningen av den dominerande ställningen på marknaden för betal-TV har återverkningar på parternas ställning på marknaden för tekniska tjänster för digital-TV, och därigenom på marknaden för digital gratis-TV, har kommissionen påpekat att det faktum att det bara är fråga om en konkurrent,

som dessutom bara är potentiell, på en marknad som undersöks i det omtvistade beslutet enligt rättspraxis i sig är otillräckligt för att den potentiella konkurrenten skall anses vara personligen berörd. Detta gäller enligt kommissionen i ännu högre grad ett företag som är närvarande på en marknad som inte ens är föremål för beslutet.

- 49 När det gäller de åtaganden som de samgående parterna gått med på anser kommissionen att om sökanden anser sig ha talerätt på grund av dessa åtaganden, skall detta även gälla alla tredje parter som avser att återopa dessa åtaganden.
- 50 Kommissionen har dragit slutsatsen att sökanden endast är ett av många företag som är potentiella konkurrenter eller kunder till dem som deltar i koncentrationen. Dess situation är därför inte annorlunda än situationen för alla företag som kommer in i bilden som (potentiella) konkurrenter till KirchPayTV eller som är verksamma på angränsande marknader. Sökanden är således inte den enda konkurrenten till de företag som deltar i koncentrationen, som sökanden i målen Air France I (förstainstansrättens dom av den 19 maj 1994 i mål T-2/93, Air France mot kommissionen, kallat Air France I, REG 1994, s. II-323, punkt 82; svensk specialutgåva, volym 15, s. II-49) och Air France II (förstainstansrättens dom av den 24 mars 1994 i mål T-3/93, Air France mot kommissionen, kallat Air France II, REG 1994, s. II-121, punkt 45; svensk specialutgåva, volym 15, s. 1). Vidare skiljer sig sökandens situation med avseende på den ifrågavarande koncentrationen inte klart från de andra företagens som är verksamma inom samma sektor, vilket var fallet för sökanden i det ovannämnda målet Air France I (punkt 82).
- 51 KirchPayTV har bestridit att sökanden berörs direkt av det omtvistade beslutet och har i det syftet hänvisat till domen i det ovannämnda målet Air France I (punkt 80) för att därav dra slutsatsen att man för att beröras direkt i den mening som avses i artikel 230 fjärde stycket EG måste vara verksam på marknader som det omtvistade beslutet avser. Det omtvistade beslutet påverkar dock endast sökanden när det gäller dess ställning på marknaden för digital gratis-TV, på vilken sökanden är en potentiell konkurrent, men som inte omfattas av det omtvistade beslutet.

- 52 KirchPayTV har också bestridit att sökanden berörs personligen av det omtvistade beslutet.
- 53 I det avseendet har företaget för det första gjort gällande att enbart deltagande i det administrativa förfarandet inte räcker för att särskilja sökanden.
- 54 Syftet med kravet på behörighet för att väcka talan om ogiltigförklaring, vilket är att begränsa möjligheten att väcka talan, skulle inte längre uppnås om enbart deltagandet i ett koncentrationsärende betraktades som ett tillräckligt kriterium. Med tanke på det stora antalet deltagande i dessa ärenden skulle nämligen antalet personer med behörighet att väcka talan bli omåttligt stort.
- 55 KirchPayTV har för det andra bestridit att de åtaganden som de samgående parterna har erbjudit innebär att sökanden särskiljs. Dessa åtaganden skulle nämligen kunna gynna en mängd konkurrenter, inte bara sökanden.
- 56 KirchPayTV har för det tredje bestridit att sökandens medlemskap i sammanlutningen Free Universe Network (nedan kallad FUN) kan innebära att den särskiljs. FUN utgör nämligen inte en potentiellt konkurrerande teknisk plattform utan bara en intresseorganisation med målet att införa vissa tekniska lösningar i syfte att utnyttja tekniska plattformar. FUN kan således, i egenskap av en ren intresseorganisation, inte beröras personligen av det omtvistade beslutet. Enbart sökandens medlemskap i denna organisation gör det därför inte möjligt att dra slutsatsen att den berörs personligen av beslutet.

- 57 KirchPayTV har för det fjärde konstaterat att sökanden är en arbetssammanslutning av offentliga radio/TV-företag. Enligt fast rättspraxis kan en sammanslutning som har bildats i syfte att försvara en medlemsgrupps gemensamma intressen inte anses personligen berörd av ett beslut som är till skada för denna grups gemensamma intressen (domstolens beslut av den 18 december 1997 i mål C-409/96 P, Sveriges Betodlares Centralförening och Henrikson mot kommissionen, REG 1997, s. I-7531, punkt 45, och förstainstansrättens dom av den 11 februari 1999 i mål T-86/96, Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen och Hapag-Lloyd mot kommissionen, REG 1999, s. II-179, punkt 55 och följande punkter). En sådan sammanslutning kan i synnerhet inte väcka talan när dess medlemmar, som i förevarande fall, inte har rätt att göra detta.

Förstainstansrättens bedömning

- 58 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".
- 59 Eftersom det omtvistade beslutet inte riktade sig till sökanden, utan enbart till de samgående parterna, skall rätten undersöka om sökanden berörs direkt och personligen av detta beslut.
- 60 Den direkta påverkan är, tvärtemot vad KirchPayTV har hävdad, obestridlig. Eftersom det omtvistade beslutet möjliggör ett omedelbart genomförande av den planerade koncentrationen, kan beslutet nämligen medföra en omedelbar ändring av situationen på de berörda marknaderna, som således uteslutande beror på parternas vilja (se domen i det ovannämnda målet Air France II, punkt 80, och förstainstansrättens dom av den 3 april 2003 i mål T-114/02, BaByliss mot kommissionen, REG 2003, s. I-3783, punkt 89).

- 61 Rätten skall följaktligen undersöka om sökanden även berörs personligen av det omtvistade beslutet.
- 62 Enligt en fast rättspraxis kan andra personer än de som ett beslut är riktat till göra anspråk på att vara personligen berörda endast 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 som gäller för en person som ett beslut är riktat till (domstolens dom av den 15 juli 1963 i mål 25/62, Plaumann mot kommissionen, REG 1963, s. 197, s. 223, svensk specialutgåva, volym 1, s. 181, och av den 10 december 2002 i mål C-312/00 P, kommissionen mot Camar och Tico, REG 2002, s. I-11355, punkt 73 och där nämnd rättspraxis).
- 63 I förevarande fall skall rätten undersöka i vilken mån sökandens deltagande i förfarandet och påverkan av dess ställning på marknaden kan särskilja den i enlighet med artikel 230 EG.
- 64 När det för det första gäller deltagandet i förfarandet konstaterar förstainstansrätten att sökanden den 11 januari 2000 enligt artikel 11 i förordning nr 4064/89 mottog en begäran om upplysningar från kommissionen, i vilken denna bad sökanden att inom tre dagar lämna sina synpunkter på den planerade koncentrationens återverkningar på konkurrensen. Sökanden lämnade genom en skrivelse av den 14 januari 2000 de begärda upplysningarna.
- 65 Den 21 januari 2000, det vill säga inom den tiodagarsfrist som fastställts i offentliggörandet av den planerade koncentrationen i Europeiska gemenskapernas officiella tidning, översände sökanden, i enlighet med artikel 4.3 i förordning nr 4064/89, till kommissionen kompletterande synpunkter på den ifrågasvarande koncentrationens konsekvenser för konkurrenssituationen på de berörda marknaderna och för dess egen situation.

- 66 Den 22 februari 2000 sände sökanden på begäran av arbetsgruppen för kontroll av företagskoncentrationer på nytt mycket detaljerade synpunkter på alla känsliga aspekter av koncentrationen till kommissionen och redogjorde, samtidigt som den vidhöll att den planerade koncentrationen inte var förenlig med gemenskapsrätten, för de nödvändiga villkor, krav eller åtaganden som den ansåg borde krävas för det fall kommissionen skulle besluta att inte motsätta sig koncentrationen. Dessa förslag rörde villkoren för öppnandet av de ifrågakvarande marknaderna, i synnerhet icke-diskriminerande tillgång till andra avkodningssystem än d-box-dekodern för alla TV-program och alla interaktiva tjänster, andra operatörers tillgång till KirchPayTV:s programrättigheter och förhindrandet av ett indirekt inflytande från Kirchkoncernens sida på användandet av Deutsche Telekom AG:s bredbandsnät.
- 67 Vid läsning av det omtvistade beslutet finner man att kommissionen tio gånger hänvisar till synpunkter från tredje part (skälen 49, 50, 53, 57, 71, 73, 75, 77, 79 och 84 i det omtvistade beslutet) och att de flesta av dessa rör frågor som sökanden uttryckligen har tagit upp i de synpunkter som den sänt till kommissionen under det administrativa förfarandet.
- 68 Sökanden har sålunda i sitt yttrande av den 22 februari 2000 hävdade att Kirch ensam inte var tillräckligt finansiellt starkt för att på egen hand utveckla digitala tjänster och har i sitt yttrande av den 14 och den 21 januari 2000 hävdade att BSkyB hade erfarenhet och kunskaper utan motstycke inom marknadsföring och sändning av betal-TV som enligt avtalet skulle överföras. I skäl 49 i det omtvistade beslutet påpekar kommissionen att ett visst antal tredje parter har hävdade att koncentrationen skulle förstärka KirchPayTV:s dominerande ställning på den tyska marknaden för betal-TV genom att tillföra den betydande finansiella resurser och kunskaper. I skäl 50 och följande i det omtvistade beslutet fastslår kommissionen att det föreligger allvarliga tvivel mot bakgrund av dessa skäl.

- 69 Kommissionen uppger vidare i skäl 53 i det omtvistade beslutet att ett visst antal tredje parter låtit förstå att B Sky B var den mest sannolika nya operatören på den tyska marknaden för betal-TV, vilket sökanden hade nämnt i sitt yttrande av den 14 januari 2000.
- 70 I skäl 75 i det omtvistade beslutet konstaterar kommissionen vidare, som sökanden framhållit i sitt yttrande av den 21 januari 2000, att KirchPayTV med sitt inträde på marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster riskerade att skapa en dominerande ställning genom att införa sin d-box-teknik som standarddekoder i Tyskland.
- 71 I skäl 84 i det omtvistade beslutet svarar kommissionen slutligen på tredje parts argument angående Kirchs köpkraft när det gäller förvärv av sändningsrättigheter, en problematik som sökanden tagit upp i sina yttranden av den 14 och den 21 januari 2000.
- 72 Av detta följer att kommissionen i det omtvistade beslutet har grundat sig på många argument som sökanden hade anfört under det administrativa förfarandet.
- 73 Kommissionen bad dessutom sökanden lämna sina synpunkter på eventuella åtaganden som kunde undanröja de allvarliga tvivel som koncentrationen gav upphov till, och sökandens förslag beaktades, åtminstone delvis, i det omtvistade beslutet.
- 74 Kommissionen lät även sökanden lämna synpunkter på de två första versionerna av åtagandena. Som svar på förstainstansrättens skriftliga frågor har kommis-

sionen i det avseendet uppgivit att bortsett från sökanden hade endast två andra företag, Bertelsmann AG och Universal Studios Inc., fått kopior på de två första versionerna av åtagandena. Bertelsmann hade dessutom, till skillnad från sökanden, fått den tredje och sista versionen av åtagandena.

- 75 Det skall dessutom påpekas att de skrivelser som sökanden sändt till kommissionen inte enbart utgör en ensidig och opåkallad åtgärd från dess sida, utan kommissionen uppmanade flera gånger sökanden att lämna sina synpunkter.
- 76 Av detta följer att sökanden har deltagit aktivt i förfarandet. Som kommissionen med rätta har framhållit är enbart deltagandet i förfarandet i sig visserligen inte tillräckligt för att fastställa att sökanden berörs personligen av beslutet, särskilt inte i koncentrationsärenden, vars noggranna prövning kräver kontakter med många företag. Ett aktivt deltagande i det administrativa förfarandet utgör dock en omständighet som beaktas, även på det mer specifika området för kontroll av företagskoncentrationer, för att i förening med andra specifika omständigheter kunna avgöra huruvida en talan kan upptas till sakprövning (domen i det ovannämnda målet BaByliss mot kommissionen, punkt 95). Det gäller desto mer i förevarande fall eftersom, som det har fastslagits ovan, detta aktiva deltagande hade inverkan på utvecklingen av förfarandet och, åtminstone delvis, på innehållet i den kritiserade rättsakten, både vad gäller fastställandet av de allvarliga tvivel som koncentrationen gav upphov till och vad gäller de åtaganden som enligt kommissionen krävs för att undanröja dem (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 28 januari 1986 i mål 169/84, Cofaz mot kommissionen, REG 1986, s. 391 punkterna 24 och 25; svensk specialutgåva, volym 8, s. 421).
- 77 När det för det andra gäller inverkan på sökandens ställning på marknaden skall det först och främst erinras om att den ifrågavarande koncentrationen rör marknaden för betal-TV och att det är ostridigt att sökanden inte är närvarande på den marknaden. Sökanden har till och med i en skrivelse av den 22 februari 2000 ställt till kommissionen meddelat att "ARD public broadcasting stations are neither mandated nor considering to enter the PayTV market".

- 78 Den omständigheten att sökanden inte kan betraktas som en konkurrent, eller ens som en potentiell konkurrent, till KirchPayTV på marknaden för betal-TV innebär emellertid inte nödvändigtvis att den inte är personligen berörd av beslutet. Även om KirchPayTV:s verksamhet är fokuserad på betal-TV, är denna marknad bara en av de tre marknader på vilka kommissionen konstaterade att koncentrationen förstärkte Kirchkoncernens dominerande ställning. På samma sätt som potentiella konkurrenter till de samgående parterna kan ha rätt att väcka talan om ogiltigförklaring av ett beslut om godkännande när det gäller oligopolistiska marknader (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 27 november 1997 i mål T-290/94, Kaysersberg mot kommissionen, REG 1997, s. II-2137, och domen i det ovannämnda målet BaByliss mot kommissionen) när, som i förevarande fall, ett företag i monopolställning får sin ställning förstärkt genom en koncentration, kan vidare en talan om ogiltigförklaring som väcks av en operatör som bara är närvarande på angränsande marknader eller i tidigare eller senare marknadsled under vissa omständigheter också upptas till sakprövning.
- 79 I förevarande fall kan det med hjälp av följande fem faktorer fastställas att sökandens ställning påverkas, nämligen förekomsten av en viss konkurrens mellan gratis-TV och betal-TV, en framtida konvergens mellan gratis-TV och betal-TV på grund av digitaliseringen, koncentrationens inverkan på de interaktiva digital-TV-tjänsterna, sökandens medlemskap i FUN och förvärvet av sändningsrättigheter.

Förekomsten av en viss konkurrens mellan gratis-TV och betal-TV

- 80 Även om marknaden för gratis-TV på vilken sökanden är verksam, såsom det anges i skälen 23–25 i det omtvistade beslutet, utgör en annan marknad än marknaden för betal-TV, erkänns det ändå uttryckligen i skäl 56 i beslutet att det föreligger en viss samverkan mellan dessa båda marknader. Det konstateras nämligen i beslutet, i samband med undersökningen av hindren för inträde på den tyska marknaden för betal-TV, att den sistnämnda marknaden har svårt att utvecklas på grund av den mäktiga marknaden för gratis-TV.

- 81 Av detta följer att i den mån koncentrationen syftar till att förstärka Kirchs finansiella styrka genom tillförandet av resurser och kunskaper från BSkyB i syfte att göra det möjligt för Kirch att utveckla och modernisera sin verksamhet på betal-TV-området, kan den medföra vissa återverkningar på marknaden för gratis-TV. Sökanden är dock ett av de två offentliga TV-företag som är verksamma på marknaden för gratis-TV i Tyskland och är dessutom en av de största operatörerna på denna marknad. Man kan i synnerhet förvänta sig att om Kirch, till följd av koncentrationen, lyckas dra till sig nya abonnenter, förlorar sökanden TV-tittare och får följaktligen mindre reklamintäkter. Av detta följer att det omtvistade beslutet i det hänseendet kan påverka sökanden.

Framtida konvergens mellan gratis-TV och betal-TV på grund av digitaliseringen

- 82 I det omtvistade beslutet erkänns även, i skäl 25, att man i framtiden med digitaliseringen kan förvänta sig en viss konvergens mellan betal-TV och gratis-TV.
- 83 Eftersom betal-TV dessutom är det enda område där den digitala tekniken för närvarande har kunnat utvecklas, återverkar KirchPayTV:s dominerande ställning på marknaden för betal-TV på marknaden för digital-TV.
- 84 Sökanden är på grund av sina public service-förpliktelser skyldig att uppfylla statens mål för införandet av tekniker för digital sändning.

- 85 Även om koncentrationen äger rum på marknaden för betal-TV, kan den följaktligen påverka sökandens konkurrenssituation på den framtida marknaden för digital gratis-TV i Tyskland.

Koncentrationens inverkan på de interaktiva digital-TV-tjänsterna

- 86 Det framgår av skälen 30–41 och 73–80 i det omtvistade beslutet att den ifrågavarande koncentrationen kan påverka den framtida marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster. Kommissionen påpekar nämligen i det avseendet, i skälen 32, 40 och 94, att marknaden för betal-TV utgör en ”hävstång” för utvecklingen av denna marknad, eftersom betal-TV erbjuder exklusiva program som gör att operatörerna inom de interaktiva TV-tjänsterna kan dra till sig ett stort antal TV-tittare med höga inkomster. Eftersom koncentrationen medför att Kirchs ställning på marknaden för betal-TV förstärks (skäl 50), kommer den således även att förstärka denna på den framtida marknaden för interaktiva TV-tjänster. Enligt skäl 73 är sökanden en av de fyra operatörer som har tillkännagivit sin avsikt att inom en nära framtid utveckla interaktiva tjänster.
- 87 Införandet av en teknisk infrastruktur för överföring av interaktiva digital-TV-tjänster kräver dessutom betydande investeringar. Det konstateras i detta avseende i skäl 75 i det omtvistade beslutet att koncentrationen väsentligt kan minska tredje parts möjligheter till inträde på marknaden i och med att den kommer att göra det möjligt för Kirch att träda in på marknaden före alla andra operatörer och på så sätt väsentligt öka hindren för inträde genom att införa d-box-tekniken som standarddekoader i Tyskland.
- 88 Koncentrationen kan följaktligen påverka sökandens ställning i dess egenskap av framtida köpare på marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster i och med att den dels stärker den potentiella konkurrenten Kirch, dels ökar sökandens beroende av Kirchs teknik, som är nödvändig för inträde på marknaden.

– Sökandens medlemskap i FUN

- 89 Det är ostridigt att det krävs en viss teknik för att erbjuda digital-TV-tjänster, antingen det gäller betal-TV, gratis-TV eller interaktiv TV. Den enda teknik som för närvarande används i Tyskland för sändning av digitala signaler via kabel är den teknik som har utvecklats av BetaResearch, ett dotterbolag till Kirch, och som tillämpas av BetaDigital, ett annat dotterbolag till Kirch, och Deutsche Telekom, som är licensierad av BetaResearch för utnyttjande av Kirchs teknik. Sökanden är den enda TV-operatören som är medlem i sammanslutningen FUN, vilken har bildats av företag som alla på olika sätt (bland annat genom att tillföra en störningsteknik, en dekoder, en elektronisk programguide, m.m.) bidrar till att utveckla en andra digital plattform i Tyskland. Denna sammanslutning har som mål att åstadkomma en alternativ öppen plattform, det vill säga en plattform som, till skillnad från KirchPayTV:s, inte fungerar med ett patenterat system för kontroll av tillgången. KirchPayTV:s dominerande ställning på marknaden för tekniska tjänster för digital-TV, som är ett resultat av dess ställning på marknaden för tjänster med anknytning till betal-TV, kan försvåra utvecklingen av FUN-plattformen. Sökanden berörs därför särskilt av den ifrågavarande koncentrationens återverkningar.

Förvärvet av sändningsrättigheter

- 90 I den mån koncentrationen förstärker Kirchs finansiella styrka och dess band med BSKyB, en annan viktig förvärvare av sändningsrättigheter, kan det inte uteslutas att den påverkar sökanden som förvärvare av sådana rättigheter.
- 91 Enligt skälen 81 och 83 i det omtvistade beslutet dominerar Kirch och BSKyB den tyska respektive brittiska marknaden för förvärv av sändningsrättigheterna för film och de viktigaste sportevenemangen. BSKyB har dessutom vissa sändningsrättigheter i Tyskland.

- 92 I skäl 85 och följande skäl i det omtvistade beslutet har kommissionen visserligen fastslagit att koncentrationen inte gav anledning till allvarliga tvivel beträffande den marknaden och bland annat påpekat att den varken medförde någon betydande förstärkning av Kirchs dominerande ställning eller någon risk för otillåten samverkan mellan KirchPayTV:s moderbolag.
- 93 För det första uttryckte dock sökanden under det administrativa förfarandet farhågor för att koncentrationen kunde leda till en koncentration av efterfrågan på rättigheter till filmer och sportevenemang på den tyska marknaden, och de samgående parterna föreslog ett åtagande i avsikt att komma till rätta med det. För det andra har sökanden vid förstainstansrätten ifrågasatt både att detta åtagande är tillräckligt och det faktum att kommissionen i det omtvistade beslutet nöjt sig med att notera detta åtagande utan att göra det till ett nödvändigt villkor för att godkänna koncentrationen.
- 94 Under dessa omständigheter berörs sökanden, som är konkurrent till de samgående parterna på marknaden för förvärv av sändningsrättigheter för den tyska marknaden, också av det omtvistade beslutet.
- 95 Av det ovan anförda följer att sökanden berörs direkt och personligen av det omtvistade beslutet, eftersom den var behörig att delta i det administrativa förfarandet, under vilket den lämnade synpunkter som delvis avgjorde innehållet i det omtvistade beslutet och åtagandenas art och eftersom dess ställning på marknaderna för digital-TV, interaktiva digital-TV-tjänster, tekniska tjänster för digital-TV och förvärv av sändningsrättigheter påverkades speciellt. Talan kan följaktligen tas upp till sakprövning.

2. Villkoren i artikel 44.1 i rättegångsreglerna

- 96 Kommissionen har för det första gjort gällande att ansökan inte kan upptas till sakprövning eftersom det urskillningslöst hänvisas till argumentationen vid det administrativa förfarandet och eftersom de rättsliga argumenten inte läggs fram på ett tillräckligt tydligt sätt.
- 97 Rätten konstaterar att hänvisningen till argumentationen under det administrativa förfarandet inte innebär att talan inte kan upptas till sakprövning. Eftersom det, som förstainstansrätten tidigare har fastslagit, "[inte] ankommer ... på förstainstansrätten att i bilagorna söka efter och identifiera de grunder som den till äventyrs skulle kunna anse utgör grunden för talan, eftersom bilagorna enbart skall tjäna som bevismaterial och som ett medel för målets utredning" (förstainstansrättens dom av den 7 november 1997 i mål T-84/96, Cipeke mot kommissionen, REG 1997, s. II-2081, punkt 34), saknas det tvärtom anledning att ta hänsyn till argument som sökanden anfört vid det administrativa förfarandet men inte upprepat i ansökan.
- 98 För det andra anser kommissionen att ansökan inte uppfyller kraven i artikel 44.1 c eller e i rättegångsreglerna, eftersom grunderna inte är motiverade eller eftersom sökanden inte anfört något som helst bevis för sina påståenden. Eftersom dessa invändningar inte rör upptagandet till sakprövning av själva talan utan av de olika grunderna, kommer de att behandlas i samband med prövningen av dessa.

Prövning i sak

- 99 Sökanden har till stöd för sin talan åberopat fem grunder avseende för det första en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna med avseende på artikel 2.3 och 2.4 i förordning nr 4064/89, för det andra åsidosättande av artikel 6.2 i

förordning nr 4064/89, för det tredje otillräckliga åtaganden, för det fjärde ett fel i förfarandet på grund av underlåtelsen att inleda förfarandet enligt artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89 och för det femte en oacceptabel minskning av tredje parts rätt att delta i förfarandet.

1. Den första grunden: en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna med avseende på artikel 2.3 och 2.4 i förordning nr 4064/89

Parternas argument

- 100 Sökanden har påpekat att kommissionen, när det gäller koncentrationens inverkan på den befintliga konkurrensen på marknaden för betal-TV i Tyskland, i skäl 54 i det omtvistade beslutet och på grundval av argumenten i skälen 56–70 i detta, har fastslagit att varken BskyB eller något annat företag är potentiella konkurrenter till KirchPayTV på kort och medellång sikt på denna marknad.
- 101 Sökanden har påpekat att denna slutsats strider mot det som kommissionen fastslagit i skäl 50 i det omtvistade beslutet, där den har anfört att den hyste allvarliga tvivel beträffande KirchPayTV:s förmåga att behålla sin ställning på marknaden för betal-TV i Tyskland om koncentrationen inte skulle genomföras och att villkoren för tillträde till denna marknad skulle kunna förbättras avsevärt för tredje man på medellång sikt om KirchPayTV inte behöll sin ställning på denna marknad.
- 102 Sökanden har således kritiserat kommissionen för att ha bedömt koncentrationens inverkan på den potentiella konkurrensen på denna marknad uteslutande med

hänvisning till status quo när beslutet fattades, alltså att KirchPayTV hade en obestridd dominerande ställning, i stället för att hänvisa till den utveckling som den själv funnit att denna ställning skulle genomgå på medellång sikt om inte koncentrationen genomfördes.

- 103 Sökanden har kritiserat detta sätt att bedöma den potentiella konkurrensen, som, när det gäller att fastställa vilken ställning det företag som är föremål för koncentrationen har på marknaden och därmed vilken betydelse det hinder för potentiella konkurrenters inträde på marknaden som denna ställning utgör, grundas på status quo och inte tar hänsyn till den sannolika framtida utvecklingen av denna ställning.
- 104 Detta sätt att bedöma den potentiella konkurrensen utgör enligt sökanden en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna som förhindrar en korrekt bedömning av koncentrationen med avseende på artikel 2.3 och 2.4 i koncentrationsförordningen.
- 105 Sökanden har förklarat att den inte bestrider någon av de faktiska omständigheter som kommissionen har anfört i skälen 56–70 i det omtvistade beslutet till stöd för sitt påstående att varken BSkyB eller något annat företag kunde betraktas som potentiella konkurrenter till KirchPayTV.
- 106 Som svar på KirchPayTV:s argument, enligt vilket kommissionen, i sin bedömning av koncentrationens inverkan på den potentiella konkurrensen mellan KirchPayTV och BSkyB eller andra företag, har räknat med en prognos på medellång sikt och därför inte grundat sig på status quo, har sökanden medgivit att kommissionen, när den gjorde denna bedömning, faktiskt delvis räknade med ett medellångt perspektiv. Kommissionen har dock enligt sökanden vid denna bedömning inte beaktat den omständigheten att den själv, i skäl 50 i det omtvistade beslutet, påpekat att villkoren för tillträde till den tyska marknaden för betal-TV utan en betydande tillförsel av kapital till KirchPayTV skulle kunna

förbättras avsevärt för tredje man på medellång sikt. I stället för att beakta denna minskning på medellång sikt av hindren för tillträde till marknaden, har den tvärtom grundat sig på KirchPayTV:s aktuella dominerande ställning inom områdena teknologi och programinnehåll och kommit fram till att det inte förelåg någon potentiell konkurrens. I den meningen har den bedömt den potentiella konkurrensen på grundval av status quo.

- 107 Sökanden har bestridit BskyB:s argument att gratis-TV-marknadens styrka i Tyskland utgör ett stort hinder för potentiella konkurrenter att ta sig in på marknaden för betal-TV i det landet och att ett misslyckande av KirchPayTV inte skulle underlätta för potentiella konkurrenter att träda in på denna marknad, utan tvärtom avskräcka dem och belysa den objektiva betydelsen av hindren för tillträde till denna marknad.
- 108 Dessa argument är nämligen enligt sökanden rent hypotetiska och därmed uppenbarligen inte relevanta. Endast de rättsliga skäl som kommissionen verkligen har anfört i det omtvistade beslutet, inte de som den skulle ha kunnat anföra, är relevanta för bedömning av huruvida den har åsidosatt artikel 2.3 i koncentrationsförordningen.
- 109 Storleken på den tyska marknaden för gratis-TV är dessutom bara ett av de fyra argument som kommissionen anfört för att bestrida förekomsten av en potentiell konkurrens på den tyska marknaden för betal-TV. Det framgår inte av någon del av det omtvistade beslutet att kommissionen ansåg att den tyska marknaden för gratis-TV i det avseendet hade någon särskilt stor betydelse. Kommissionen har inte heller anfört att ett misslyckande av KirchPayTV skulle ha någon avskräckande verkan på potentiella konkurrenter.
- 110 Kommissionen har i första hand gjort gällande att talan inte kan prövas på denna grund.

- 111 För det första anser den att talan inte kan prövas på denna grund eftersom det urskillningslöst hänvisas till den argumentation som sökanden framförde under det administrativa förfarandet. Kommissionen har i detta avseende särskilt hänvisat till följande textavsnitt på sidan 6 i ansökan:

”Sökanden upprepar även i talan sin argumentation inför kommissionen angående bedömningen och den nödvändiga kontrollen av konkurrensen mot effekterna av den omstridda koncentrationen.”

- 112 För det andra har inte de rättsliga argumenten anförts på ett tillräckligt tydligt sätt i ansökan. Sökanden har begränsat sig till att göra ett antal påpekanden, nämligen att kommissionen har ändrat sin beslutspraxis, hjälpt KirchPayTV att varaktigt befästa sin dominerande ställning och felaktigt uteslutit BSKyB som potentiell konkurrent. Den har emellertid inte förklarat på vilket sätt kommissionens bedömning skulle vara felaktig i det omtvistade beslutet.
- 113 Kommissionen anser i andra hand, med stöd av KirchPayTV och BSKyB, att talan inte kan vinna bifall på denna grund.

Förstainstansrättens bedömning

- 114 När det gäller kommissionens argument att talan inte kan prövas på denna grund, skall det noteras att det, trots att ansökan inte är särskilt explicit, ändå framgår att sökanden har anfört den grunden att kommissionen gjort en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna med avseende på artikel 2.3 och 2.4 i förordning nr 4064/89, eftersom den inte betraktade BSKyB som en potentiell konkurrent.

Den omständigheten att sökanden inte har styrkt sitt påstående att BSkyB borde betraktas som en potentiell konkurrent till KirchPayTV hör till prövningen i sak. Av detta följer att talan kan prövas på denna grund.

- 115 Sökanden har i huvudsak hävdad att kommissionen gjorde en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna med avseende på artikel 2.3 i förordning nr 4064/89 när den, i skäl 54 i det omtvistade beslutet, fastslog att varken BSkyB eller något annat företag skulle kunna ta sig in på den tyska marknaden för betal-TV, medan den, i skäl 50 i det omtvistade beslutet, medgav att KirchPayTV, utan de finansiella tillskott som koncentrationen medförde, inte skulle kunna genomföra de erforderliga investeringarna för att behålla sin dåvarande dominerande ställning på denna marknad. Sökanden har kritiserat kommissionen för att inte ha beaktat KirchPayTV:s finansiella svaghet och för att ha gjort fel när den inte betraktade BSkyB som en potentiell konkurrent.
- 116 Rätten konstaterar för det första att bedömningarna i skälen 50 och 54, i motsats till vad sökanden har hävdad, inte är motstridiga.
- 117 Dels avser de bedömningar som gjorts i dessa två punkter inte samma period. Medan kommissionen i skäl 50 endast har räknat med en förbättring av villkoren för tredje parts inträde på marknaden på medellång sikt, avser den slutsats som dras i skäl 54, enligt vilken varken BSkyB eller något annat företag är potentiella konkurrenter, enbart en period på kort till medellång sikt, alltså en kortare period än den som kommissionen har räknat med i skäl 50.
- 118 Dels är skäl 50 i det omtvistade beslutet hypotetiskt formulerat, och kommissionen har begränsat sig till att ange att KirchPayTV:s ”misslyckande... med att modernisera betal-TV-tjänsterna enligt marknadens förväntningar eller

[dess] oförmåga... att behålla kontrollen över det innehåll som är nödvändigt för betal-TV ... avsevärt [skulle] kunna öka möjligheterna till inträde på marknaden”.

119 Vidare framgår det även av själva ordalydelsen i skäl 54 i det omtvistade beslutet att kommissionen, tvärtemot sökandens påstående, i sin bedömning av koncentrationens inverkan på konkurrensen, inte har grundat sig på status quo, utan gjort en prognos på kort eller medellång sikt.

120 För det andra skall det påpekas att slutsatsen i skäl 54 i det omtvistade beslutet, enligt vilken varken BskyB eller något annat företag är potentiella konkurrenter till KirchPayTV på kort eller medellång sikt på marknaden för betal-TV i Tyskland, grundas, som anges i skäl 55 i det omtvistade beslutet, på fyra huvudskäl som anförs i skälen 56–70 i det omtvistade beslutet, nämligen gratis-TV-marknadens styrka i Tyskland (skälen 56 och 57 i det omtvistade beslutet), Kirchkoncernens kontroll över den dekamerinfrastruktur och den dechiffrerings-teknik som används i Tyskland (skälen 58–64 i det omtvistade beslutet), Kirchkoncernens kontroll över viktiga sändningsrättigheter för filmer och sportevenemang, som gör det svårt för en potentiell konkurrent att få tillgång till innehållet i fråga (skälen 65–67 i det omtvistade beslutet) och den omständigheten att det är föga troligt att BskyB skall kunna ta sig in på den ifrågasvarande marknaden på kort eller medellång sikt eftersom det krävs så stora investeringar (skälen 68–70 i det omtvistade beslutet).

121 Sökanden har inte bestridit någon av dessa fyra omständigheter, vilket den uttryckligen har medgivit i sin replik.

122 Sökanden har emellertid hävdat att hindren för inträde på marknaden, på grund av Kirchs finansiella svaghet som medför att det företaget inte kan göra

tillräckliga investeringar i program och teknisk infrastruktur, har minskat så pass mycket att BSkyB skall betraktas som en potentiell konkurrent.

- 123 Denna anmärkning kan inte godtas eftersom sökanden inte har visat på vilket sätt enbart Kirchkoncernens finansiella svaghet i sig, oaktat kommissionens argument, leder till slutsatsen att det föreligger en potentiell konkurrens på den ifrågavarande marknaden på kort eller medellång sikt.
- 124 Det skall i detta avseende påpekas att KirchPayTV:s finansiella svaghet på sin höjd skulle kunna inverka på två av de fyra skäl som kommissionen anfört till grund för sin slutsats att det inte förelåg någon potentiell konkurrens, nämligen Kirchs kontroll över dekoderinfrastrukturen och krypteringstekniken i Tyskland samt tillgången till programinnehållet. Kirchs finansiella svårigheter motsäger inte alls de två andra skälen avseende gratis-TV-marknadens styrka i Tyskland och behovet av betydande finansiella medel, utan bekräftar bara att de är välgrundade. Ett sådant misslyckande skulle nämligen snarare riskera att avskräcka andra företag från att ta sig in på denna marknad och skulle bekräfta att det fanns stora hinder för detta tillträde, oberoende av KirchPayTV:s ställning.
- 125 Den omständigheten att KirchPayTV, på grund av gratis-TV:s starka ställning i Tyskland, inte lyckas uppnå lönsamhet, trots att företaget har en dominerande ställning när det gäller infrastrukturen och programinnehållet och trots att det är den enda operatören på marknaden för betal-TV, kan således avskräcka andra operatörer från att försöka ta sig in på marknaden.
- 126 KirchPayTV:s finansiella misslyckande förstärker på samma sätt bara argumentet om nödvändigheten av att förfoga över betydande medel för att träda in på marknaden. Sökanden har inte bestridit påståendet, i skälen 68 och 69 i det omtvistade beslutet, att det inte är troligt att BSkyB, som måste investera

avsevärda summor för att etablera sig som operatör inom digitala televisionstjänster i Förenade kungariket och bygga en satellitplattform för att hävda sig i konkurrensen, kan finna de nödvändiga resurserna för att ta sig in på en ny a priori förlustbringande marknad.

- 127 Av detta följer att sökandens argumentation, enligt vilken de potentiella konkurrenterna skulle få tillträde till marknaden i fråga om inte nya finansiella medel ställdes till KirchPayTV:s disposition till följd av koncentrationen, grundas på det obevisade antagandet att KirchPayTV:s finansiella misslyckande på denna marknad skulle underlätta potentiella konkurrenters inträde på marknaden.
- 128 Av det ovan anförda följer att talan inte kan vinna bifall på den grunden att kommissionen har gjort en felaktig bedömning när den ansåg att B SkyB inte kunde betraktas som en potentiell konkurrent på kort eller medellång sikt.
- 129 Grunden saknar under alla omständigheter relevans eftersom kommissionen, i skälen 51 och 92 i det omtvistade beslutet, har fastslagit att koncentrationen gav anledning till allvarliga tvivel eftersom den förstärkte KirchPayTV:s dominerande ställning på marknaden för betal-TV i Tyskland på grund av de av B SkyB tillförda finansiella resurserna. Slutsatsen, i skäl 54 i det omtvistade beslutet, att det inte föreligger någon potentiell konkurrens på kort eller medellång sikt förefaller därför inte som något nödvändigt stöd för det omtvistade beslutet och kan följaktligen inte medföra att det ogiltigförklaras.
- 130 Det skall i det avseendet erinras om lydelsen av artikel 2.2 i förordning nr 4064/89 enligt vilken en koncentration som inte skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas skall förklaras förenlig med den gemensamma marknaden. Av detta följer att kommissionen, när en koncentration skapar eller förstärker en dominerande ställning, ändå skall tillåta koncentrationen om denna inte får till följd att den

effektiva konkurrensen påtagligt hämmas (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Air France I, punkterna 78 och 79, förstainstansrättens dom av den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999, s. II-753, punkterna 170, 180 och 193, och av den 6 juni 2002 i mål T-342/99, Airtours mot kommissionen, REG 2002, s. II-2585, punkt 58).

- 131 Eftersom kommissionen har konstaterat att koncentrationen gav anledning till allvarliga tvivel, måste den ha ansett att den medförde att konkurrensen påtagligt hämmades, och eftersom det är ostridigt att KirchPayTV har en monopolställning på marknaden för betal-TV i Tyskland kan denna konkurrensbegränsning enbart gälla den potentiella konkurrensen. Med hänsyn till det anförda, och eftersom kommissionen hyste allvarliga tvivel och krävde åtaganden, konstaterar rätten att det omtvistade beslutet, trots slutsatsen i skäl 54 i beslutet att det inte förelåg någon potentiell konkurrens, ändå bygger på antagandet att det förelåg en potentiell konkurrens, även om det bara var på lång sikt, och att koncentrationen medförde att denna hämmades.
- 132 Av det ovan anförda följer att talan inte kan bifallas på den första grunden avseende en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna eftersom BskyB borde betraktas som en potentiell konkurrent.

2. Den andra grunden: åsidosättande av artikel 6.2 i förordning nr 4064/89

Parternas argument

- 133 Sökanden har påpekat att koncentrationen i förevarande fall, efter åtaganden av de berörda företagen, förklarades förenlig med den gemensamma marknaden

enligt artikel 6.1 b i koncentrationsförordningen under den första etappen av koncentrationskontrollen.

- 134 Den har påpekat att kommissionens praxis att förklara en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden på grundval av åtaganden av de berörda företagen under den första etappen av koncentrationskontrollen, som har kritiserats hårt i doktrinen, först nyligen har blivit formaliserad i den nya artikeln 6.2 i koncentrationsförordningen, som infördes genom förordning nr 1310/97.
- 135 Den har påpekat att denna möjlighet i förordning nr 1310/97 har omgivits med restriktiva villkor, där detta, som framgår av skäl 8 i ingressen till den aktuella förordningen, bara är möjligt ”... när konkurrensproblemet kan avgränsas tydligt och lösas på ett enkelt sätt ...”.
- 136 Sökanden anser att denna begränsning av den ifrågavarande möjligheten motsvarar systematiken i artikel 6.1 i koncentrationsförordningen, där det anges att kommissionen skall besluta att inleda den andra etappen av koncentrationskontrollen om den finner att den anmälda koncentrationen ger anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden. Enligt sökanden är det just i de fall där de konkurrensproblem som koncentrationen ger upphov till inte uppfyller de kriterier som anges i skäl 8 i förordning nr 1310/97 som kommissionen skall inleda den andra etappen av kontrollen.
- 137 Sökanden har erkänt att kommissionen, i frågan huruvida ett konkurrensproblem kan ”avgränsas tydligt och lösas på ett enkelt sätt”, har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, som förstainstansrätten endast kan pröva i mycket begränsad omfattning (se, för ett motsvarande synsätt, domstolens dom av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen, REG 1987, s. 4487, punkt 62; svensk specialutgåva, volym 9, s. 247).

- 138 Sökanden har konstaterat att denna tolkning varken har ifrågasatts av kommissionen eller BSKyB, utan endast av KirchPayTV, vars argument den dock har bestridit.
- 139 Som svar på KirchPayTV:s argument att sökandens påstående inte tar hänsyn till proportionalitetsprincipen och principen om skyndsamhet, har sökanden för det första svarat att dessa principer iakttas i den nya artikeln 6.2 i koncentrationsförordningen. Skäl 8 i förordning nr 1310/97 utgör en gräns just för principen om skyndsamhet. För det andra har KirchPayTV fel när företaget grundar sitt resonemang på att den andra etappen skulle vara oproportionerlig varje gång som de åtaganden som föreslås under den första etappen av kontrollen är tillräckliga. Enligt sökanden är det nämligen bara om konkurrensproblemet kan avgränsas tydligt och lösas på ett enkelt sätt som kommissionen redan vid den första etappen av kontrollen kan bedöma om åtagandena kan undanröja dess allvarliga tvivel beträffande koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden. Om kommissionen däremot hade möjlighet att redan i slutet av den första etappen av kontrollen fastslå att dess tvivel skingrats, även om de villkor som anges i skäl 8 i förordning nr 1310/97 inte uppfyllts, skulle kommissionen se sig nödsakad att förhastat godta viktiga åtaganden som förväntas lösa mycket komplicerade konkurrensproblem, enbart i syfte att bespara de berörda företagen den andra etappen av kontrollen.
- 140 Som svar på KirchPayTV:s argument att den tidsfrist kommissionen har tilldelats för att undersöka de föreslagna åtagandena är nästan lika kort under den andra etappen av kontrollen, nämligen fyra veckor, som under den första etappen av denna kontroll, nämligen tre veckor, har sökanden för det första anmärkt på att KirchPayTV i sin argumentation inte har angivit vilken rättslig betydelse som skäl 8 i förordning nr 1310/97 skall ges, eller av vilken anledning detta skäl skulle sakna rättslig betydelse. För det andra har inte KirchPayTV tagit hänsyn till att den andra kontrolletappens undersökningsfrist om fyra veckor föregås av en frist om tre månader från och med inledandet av den andra kontrolletappen, vilken i sin tur föregås av fristen för den första kontrolletappen. Under de tre första månaderna av den andra kontrolletappen har kommissionen emellertid möjlighet

att göra en fördjupad analys av de uppkomna konkurrensproblemen. Om den däremot önskade förklara koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden på grundval av de berörda företagens åtaganden redan i slutet av den första kontrolletappen, skulle den endast ha en sammanlagd frist på sex veckor från och med anmälan av koncentrationen för att fatta ett slutligt beslut.

- 141 Som svar på KirchPayTV:s argument att det framgår av kommissionens grönbok om översyn av koncentrationsförordningen (KOM(96) 19 slutlig av den 31 januari 1996) att kommissionen ansåg att en frist på två veckor var tillräcklig för att granska åtaganden som gjorts under den första etappen av kontrollen, har sökanden gjort gällande att detta avsnitt (punkt 126) skall läsas tillsammans med och mot bakgrund av kommissionens förklaring (i punkt 123) att godtagandet av åtaganden under den första etappen av kontrollen endast är tänkbara "... för koncentrationer med ett väl definierat och avgränsat konkurrensproblem i förhållande till hela projektet, där detta problem lätt kan avhjälpas och där det inte är svårt att kontrollera att åtagandena efterlevs".
- 142 Sökanden anser att kraven i skäl 8 i förordning nr 1310/97 inte har uppfyllts i förevarande fall. Den anser att de konkurrensproblem som koncentrationen i förevarande fall ger upphov till inte kan avgränsas tydligt och lösas på ett enkelt sätt.
- 143 För att rättfärdiga detta påstående har sökanden för det första hänvisat till att tre andra koncentrationer som rörde företagen i Kirchkoncernen och de tyska marknaderna för betal-TV samt tekniska och administrativa tjänster i samband med dessa nyligen förklarats oförenliga med den gemensamma marknaden, nämligen kommissionens beslut 94/922/EG av den 9 november 1994 (ärende IV/M. 469 — MSG Media Service) (EGT L 364, s. 1, nedan kallat MSG Media Service-beslutet), kommissionens beslut 1999/153/EG av den 27 maj 1998 (ärende IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere) (EGT L 53, 1999, s. 1, nedan kallat

Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet), och kommissionens beslut 1999/154/EG av den 27 maj 1998 (ärende IV/M.1027 — Deutsche Telekom/BetaResearch) (EGT L 53, 1999, s. 31, nedan kallat Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet).

- 144 Den anser att enbart denna omständighet i sig bevisar att de konkurrensproblem som uppkommit på just dessa marknader i samband med detta ärende, och som dessutom enligt sökanden uppvisar likheter med de tre föregående, varken är begränsade eller enkla att lösa.
- 145 Sökanden har förklarat att den inte gör gällande att de omständigheter som låg till grund för de tre ovan nämnda förbudsbesluten och de som givit upphov till det omtvistade godkännandebeslutet i förevarande fall är identiska. Den anser dock att de verkningar på konkurrensen som, vid ett godkännande, skulle ha uppkommit genom de koncentrationer som förbjöds genom de tre ovannämnda besluten och de som förorsakats av den koncentration som godkänts genom det omtvistade beslutet är identiska.
- 146 Den har noterat att de tre ovannämnda besluten och det omtvistade beslutet i förevarande fall givit upphov till samma problem med förstärkning av Kirchkoncernens dominerande ställning på marknaderna för betal-TV och förvärv av TV-rättigheter samt på marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster, vilken undersöks för första gången i det omtvistade beslutet.
- 147 Sökanden har noterat att förstärkningen av Kirchkoncernens dominerande ställning sedan de tre ovannämnda besluten fattades till och med har förstärkts genom att KirchPayTV övertagit betal-TV-kanalen Premiere av Bertelsmannkoncernen och Canal+ SA samt genom att tillgångarna i den digitala betal-TV-kanalen DF1 överförts till Premiere.

- 148 En gemensam svårighet för de fyra ärendena har enligt sökanden varit att korrekt bedöma omfattningen av de tekniska och administrativa tjänsterna för digital-TV och, i det sammanhanget, Kirchkoncernens kontroll över dekodertekniken genom d-box-dekodern.
- 149 Sökanden har i det avseendet påpekat att koncentrationerna i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet (skäl 139) och Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet (skälen 64 och 78) förklarades oförenliga med den gemensamma marknaden bland annat därför att de åtaganden som de berörda företagen föreslagit inte gjorde det möjligt att frånta Kirchkoncernen kontrollen över dekodertekniken. Däremot har kommissionen, i det omtvistade beslutet i detta fall, intagit en helt annan ståndpunkt och godtagit åtaganden som dock inte skulle kunna sätta denna kontroll ur spel.
- 150 Sökanden anser att denna radikalt ändrade ståndpunkt gör att en av de två följande slutsatserna måste dras: Antingen hade kommissionen i förevarande fall svårigheter att korrekt bedöma de konkurrensproblem som koncentrationen gav upphov till, vilket skulle betyda att dessa inte kan avgränsas tydligt, eller så har den avgränsat de uppkomna konkurrensproblemen korrekt. I det sistnämnda fallet måste den omständigheten att de åtaganden som föreslagits i de ärenden som ledde till att Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet och Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet underkändes, medan de liknande åtgärder som föreslagits i det här ärendet godtogs, leda till slutsatsen att, även om de konkurrensproblem som uppkommit genom dessa ärenden kan avgränsas, de inte kunde vara enkla att lösa.
- 151 I inget av de båda fallen skulle villkoren för att kommissionen skulle kunna godta åtagandena under den första etappen av kontrollen av koncentrationerna vara uppfyllda.

- 152 Sökanden har bestridit det argument som framförts av KirchPayTV och BSkyB att de tre beslut som föregick beslutet i förevarande fall vittnar om den erfarenhet som kommissionen har av att analysera och lösa konkurrensproblem som kan uppkomma genom koncentrationer på de ifrågavarande marknaderna och att de därmed, tvärtemot sökandens argumentation, är ett indicium på att dessa konkurrensproblem i förevarande fall kunde avgränsas tydligt och lösas på ett enkelt sätt. I det avseendet undrar sökanden hur intervenienterna förklarar att kommissionen år 1998 ansåg att problemet med förstärkning av Kirchkoncernens dominerande ställning på marknaden för betal-TV i Tyskland endast kunde lösas genom att denna koncern avstod från den kontroll den utövade över d-box-dekodersystemet, medan den, mindre än två år senare och vid likadana marknadsvillkor, utan vidare motivering ansåg att detta problem kunde lösas även utan sådana åtaganden.
- 153 Sökanden har för det andra hänvisat till att kommissionen i förevarande fall hade att avgöra om, och i så fall hur, det, med hänsyn till att det förelåg en monopolsituation och till hotet om en framtida monopolsituation, skulle vara möjligt att hålla marknaderna öppna för framtida potentiella konkurrenter och undvika att andra operatörer på dessa marknader, som är tvungna att använda de monopoliserade tjänsterna för att utveckla sina egna verksamheter, blir bundna av monopolisternas beteende. Sökanden har dragit slutsatsen att de konkurrensproblem som koncentrationen gav upphov till var ytterst komplicerade och således inte kunde avgränsas tydligt och lösas på ett enkelt sätt.
- 154 Sökanden har för det tredje gjort gällande att de uppkomna konkurrensproblemens komplexitet framgår av slutsatserna i det omtvistade beslutet. Den har i det avseendet noterat att kommissionen två gånger, i skälen 51 och 80, har givit uttryck för att koncentrationen ger anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden, eftersom denna riskerar att dels förstärka Kirchkoncernens dominerande ställning på marknaden för betal-TV i Tyskland (skäl 51), dels skapa en dominerande ställning, eller till och med ett monopol, på den framtida marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster (skäl 80).

- 155 Sökanden har för det fjärde hänvisat till de många, komplexa och kontroversiella åtaganden som de berörda företagen föreslagit och till de successiva ändringar som gjorts av dessa åtaganden under förfarandets gång.
- 156 Den har i det avseendet tillbakavisat BskyB:s argument att det är enklare att lösa konkurrensproblemen ju fler åtaganden de berörda företagen gör och anser tvärtom att ju fler åtaganden de berörda företagen måste föreslå för att lösa konkurrensproblemen, desto svårare och mer komplicerad blir lösningen av dessa problem.
- 157 Sökanden har slutligen tillbakavisat BskyB:s argument enligt vilket den omständigheten att sökanden, i sina synpunkter under förfarandet, föreslagit åtaganden som skulle kunna undanröja de allvarliga tvivlen beträffande koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden var ett indicium på att det uppkomna konkurrensproblemet kunde lösas på ett enkelt sätt. För det första lämnade den nämligen bara dessa förslag i andra hand och därför att kommissionen uttryckligen hade uppmanat den till detta, medan den däremot i sina synpunkter framför allt mycket detaljerat redogjorde för skälen till att den ansåg att koncentrationen måste förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden. För det andra bygger BskyB:s argument på antagandet att alla koncentrationer vars konkurrensproblem kan lösas genom åtaganden med nödvändighet förutsätter att dessa problem är enkla att lösa. Detta är ett uppenbart felaktigt antagande. Om det vore riktigt måste nämligen de åtaganden som görs under den första etappen av kontrollen, om de godtas, godtas under just denna etapp, eftersom iakttagandet av proportionalitetsprincipen då utgör hinder för att en andra kontroll etapp inleds.
- 158 Kommissionen anser att talan inte kan prövas på denna grund eftersom sökanden inte har anfört de rättsliga argumenten på ett tillräckligt tydligt sätt. Grunden är absolut inte motiverad, utan bygger på en vag hänvisning till praxis när det gäller kontroll av företagskoncentrationer.

- 159 Kommissionen och intervenienterna har hävdad att talan inte kan prövas på denna grund, och att den i vart fall inte kan bifallas på denna grund.

Förstainstansrättens bedömning

- 160 När det gäller kommissionens argument att talan inte kan prövas på denna grund eftersom sökanden inte har lagt fram sin argumentation på ett tillräckligt tydligt sätt, med hänsyn till att den endast har hänvisat vagt till praxis när det gäller kontroll av företagskoncentrationer, utan någon motivering, skall det konstateras att ansökan, även om det är riktigt att den inte är särskilt explicit, ändå gör det möjligt att fastställa att sökanden har anfört grunden åsidosättande av artikel 6.2 i förordning nr 4064/89. Den omständigheten att sökanden påstås inte ha styrkt sin argumentation tillräckligt hör till sakfrågan och inte till frågan om upptagande till sakprövning.
- 161 Sökanden har i huvudsak hävdad att kommissionen inte kunde godkänna koncentrationen med beaktande av åtagandena under den första etappen av undersökningsförfarandet eftersom konkurrensproblemen varken kunde avgränsas tydligt eller lösas på ett enkelt sätt.
- 162 Det skall i det avseendet inledningsvis påpekas att förordning nr 4064/89 i den ursprungliga versionen inte innehöll någon uttrycklig bestämmelse om att kommissionen kunde godta åtaganden under den första etappen. I artikel 8.2 angavs nämligen endast att kommissionen, när de åtaganden som parterna hade erbjudit gjorde det möjligt att undanröja de allvarliga tvivlen, hade möjlighet att förklara en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden under den andra etappen. Artikel 6.2 om besluten i den första etappen innehöll inte någon motsvarande bestämmelse, vilket verkade innebära att kommissionen, när den ansåg att en koncentration gav anledning till allvarliga tvivel, inte hade något annat val än att inleda den andra etappen. I synnerhet med hänsyn till

proportionalitetsprincipen och principen om skyndsamhet, som kännetecknar förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer, har kommissionen dock i praktiken godkänt flera koncentrationer under den första etappen, när de åtaganden som parterna erbjudit har gjort det möjligt att lösa konkurrensproblemen.

- 163 Genom förordning nr 1310/97 ändrades koncentrationsförordningen, bland annat i syfte att införa en bestämmelse som uttryckligen föreskriver en möjlighet för kommissionen att godkänna en koncentration under den första etappen med hänsyn till de åtaganden som parterna erbjuder. Skäl 8 i förordning nr 1310/97 har följande lydelse: "Kommissionen kan under förfarandets andra etapp förklara att en koncentration är förenlig med den gemensamma marknaden mot bakgrund av åtaganden av parterna som står i proportion till konkurrensproblemet och som helt löser detta. Det är lämpligt att godta åtaganden under förfarandets första etapp när konkurrensproblemet kan avgränsas tydligt och lösas på ett enkelt sätt." Enligt artikel 6.2 i koncentrationsförordningen, i dess lydelse enligt förordning nr 1310/97, om den undersökning som kommissionen gör under den första etappen gäller följande: "Om kommissionen sedan de berörda företagen har vidtagit ändringar finner att en anmäld koncentration inte längre ger anledning till allvarliga tvivel enligt punkt 1 c, får den besluta att förklara koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden enligt punkt 1 b."
- 164 Av detta följer att denna grund ger upphov till två frågor. Den första gäller frågan huruvida det enligt artikel 6.2, som sökanden har hävdad, är möjligt att godta åtaganden under den första etappen endast när konkurrensproblemet kan avgränsas tydligt och kan lösas på ett enkelt sätt, i enlighet med skäl 8 i förordning nr 1310/97, eller om åtaganden, som kommissionen har hävdad, kan godtas redan under den första etappen, även om problemet inte kan avgränsas tydligt eller inte kan lösas på ett enkelt sätt, om de gör det möjligt att fastställa att koncentrationen inte längre ger anledning till allvarliga tvivel, på samma sätt som under den andra etappen. Den andra frågan, som däremot avser den rättsliga bedömningen av de faktiska omständigheterna, är om det konkurrensproblem som uppkommit genom den planerade koncentrationen i fråga kan anses vara tydligt avgränsat och enkelt att lösa.

- 165 Förstainstansrätten anser att den andra frågan bör prövas först.
- 166 I ansökan har sökanden till stöd för denna grund endast gjort gällande att kommissionen hyste allvarliga tvivel och att den tidigare har förbjudit tre koncentrationer på de ifrågavarande marknaderna.
- 167 Detta argument att kommissionen har fastställt att koncentrationen gav anledning till allvarliga tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden saknar uppenbarligen all grund. Det är nämligen först när kommissionen anser att den koncentration som den undersöker ger anledning till allvarliga tvivel som parterna uppmanas att föreslå åtaganden för att undanröja dessa tvivel. Åtagandena har i förekommande fall alltid till syfte att undanröja allvarliga tvivel och göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden. Av detta följer att det faktum att kommissionen hyste allvarliga tvivel inte på minsta sätt bevisar att de konkurrensproblem som uppkommit i förevarande fall inte kunde avgränsas tydligt eller att de inte kunde lösas på ett enkelt sätt.
- 168 När det gäller sökandens påstående att de konkurrensproblem som den ifrågavarande planerade koncentrationen gav upphov till inte var tydligt avgränsade skall det påpekas att sökanden, som svar på kommissionens begäran om upplysningar av den 11 januari 2000, framförde följande ståndpunkter: Koncentrationen skulle bland annat leda till en förstärkning av KirchPayTV:s dominerande ställning på marknaderna för betal-TV, förvärv av programrättigheter och tillhandahållandet av tekniska tjänster i samband med betal-TV. Kirchkoncernens dominerande ställning i Tyskland utgjorde vidare ett viktigt hinder för alla potentiella konkurrenter att få tillträde till marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster med hänsyn till den betydande överlappningen mellan tekniska tjänster som tillhandahålls i samband med betal-TV-tjänster och sådana som tillhandahålls i samband med interaktiva digital-TV-tjänster (set-top-box, programtidningar för elektronisk television, tjänster med villkorad tillgång). Det framgår alltså att sökanden, inom bara tre dagar, kunde avgränsa just de viktigaste potentiella konkurrensproblem som kommissionen även tagit

upp i det omtvistade beslutet. Under dessa omständigheter kan inte sökanden påstå att den planerade koncentrationen gav upphov till konkurrensproblem som inte var tydligt avgränsade.

- 169 När det gäller den omständigheten att kommissionen redan tidigare har fattat tre beslut om förbud mot koncentrationer på de ifrågavarande marknaderna skall det först och främst understrykas att en koncentration skall undersökas med hänsyn till sin aktuella inverkan på marknaden. Samma koncentration, som anmälts på nytt efter ett förbud, skulle således i förekommande fall kunna godkännas, om villkoren på marknaden hade utvecklats så att koncentrationen inte längre framstod som oförenlig med den gemensamma marknaden. Följaktligen skulle en jämförelse mellan olika koncentrationsfall eventuellt kunna vara relevant endast om det fastställdes att de ger upphov till samma konkurrensproblem och rör marknader eller villkor som inte har utvecklats och som har samma egenskaper.
- 170 Av detta följer att enbart ett påstående som inte förklarats på annat sätt än att kommissionen tidigare har förbjudit andra koncentrationer på TV-marknaderna i Tyskland inte kan anses visa att kommissionen inte kunde godta åtaganden under den första etappen i samband med den ifrågavarande koncentrationen. Detta skäl räcker för att inte godta sökandens anmärkning.
- 171 Det skall dessutom påpekas att de beslut som sökanden har åberopat inte är relevanta eftersom de rör andra parter och eftersom de berörda marknaderna och de uppkomna konkurrensproblemen inte är jämförliga.
- 172 Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet rörde visserligen, liksom i förevarande fall, marknaden för betal-TV i Tyskland, men avsåg en koncentration mellan de enda två företag som var verksamma på den tyska marknaden, nämligen Bertelsmann

och Kirch, medan förevarande beslut rör andelsförvärv av ett företag verksamt på den brittiska marknaden för betal-TV, BskyB, i ett företag verksamt på den tyska marknaden. Eftersom det är ostridigt att marknaderna för betal-TV skall avgränsas ur nationell, eller åtminstone språklig synvinkel, innebär den ifrågavarande koncentrationen ingen överlappning av marknadsandelar, utan enbart en förstärkning av KirchPayTV:s dominerande ställning till följd av BskyB:s tillförsel av finansiella medel. Av detta följer att konkurrensproblemen i dessa två affärer inte kan jämföras.

- 173 Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet rörde inte samma marknader som de som undersöks i förevarande fall. Koncentrationen, som var samtidig med den som avses i Kirch/Bertelsmann/Premiere-beslutet, gav Deutsche Telekom tillgång till Kirchs dekoderteknologi för att sända via sina kabelnät, vilket gjorde denna till den enda disponibla på den tyska marknaden både för satellit och kabel, så att Deutsche Telekom, som är den dominerande kabeloperatören, skulle ha kunnat blockera kabelnäten för alla som ville konkurrera med det av Premiere satellitöverförda digitala programurvalet.
- 174 MSG Media Service-beslutet rörde skapandet av en dominerande ställning på marknaden för tekniska tjänster för betal-TV i Tyskland, som även skulle ha lett till att det uppstått en dominerande ställning på marknaden för betal-TV. Det är därför inte heller jämförbart med det omtvistade beslutet i detta fall om en förbättrad tillgång till finansiella resurser.
- 175 Sökandens påstående i repliken att de faktiska omständigheterna i dessa tre ärenden visserligen var annorlunda än i förevarande fall, men att dessa koncentrationers inverkan på konkurrensen skulle ha blivit densamma som i detta fall om de hade godkänts, bekräftar bara att problemen i dessa olika ärenden inte är jämförbara. Koncentrationerna i dessa tre ärenden innebar sålunda att det skapades monopol genom att parternas olika konkurrerande eller kompletterande verksamheter slogs samman, medan problemet i förevarande fall uppstår genom förstärkningen av KirchPayTV:s ställning till följd av BskyB:s tillskott av finansiella medel.

- 176 I vilket fall som helst framgår det inte att kommissionen skulle ha fattat dessa tre förbudsbeslut på grund av att konkurrensproblemen inte var tydligt avgränsade eller inte kunde lösas på ett enkelt sätt genom åtagandena under den första etappen, vilket sökanden inte heller har hävdad. Dessa beslut fattades nämligen efter den andra etappen, inte för att problemen inte var tydligt avgränsade eller inte kunde lösas på ett enkelt sätt, utan för att de åtaganden som parterna hade föreslagit inte var tillräckliga för att skingra de allvarliga tvivlen och göra koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden. Som sökanden själv har framhållit, skall dock denna grund inte blandas ihop med frågan huruvida de åtaganden som föreslogs och antogs i det omtvistade beslutet är tillräckliga, vilken diskuteras inom ramen för den tredje grunden.
- 177 De tre beslut som sökanden har åberopat visar inte att de uppkomna konkurrensproblemen i förevarande fall inte kunde avgränsas tydligt och inte kunde lösas på ett enkelt sätt, utan, tvärtom, att kommissionen hade en god kännedom om sektorn. Återverkningarna av dessa tre planerade koncentrationer på konkurrensförhållandena var visserligen, som har påpekats, annorlunda än de som uppkom i förevarande fall, men dessa tre tidigare beslut har redan givit kommissionen tillfälle att undersöka konkurrensproblemen på de tyska marknaderna för betal-TV, tekniska tjänster och sändningsrättigheter för filmer och sportevenemang.
- 178 Med hänsyn till den rika erfarenhet kommissionen skaffat sig genom dessa tidigare ärenden, och genom en rad andra kommissionsbeslut som sökanden inte har hänvisat till, särskilt genom ärendet British Interactive Broadcasting/Open (ärende IV/36.539) om bildandet av ett gemensamt företag som tillhandahöll interaktiva televisionstjänster till Förenade kungariket med medverkan av både betal-TV-operatören BSkyB med sin kontroll över sändningsrättigheterna och de tekniska tjänsterna i samband med dekodern och den dominerande operatören inom telekommunikationssektorn, British Telecom, kan argumentet om ämnets tekniska karaktär inte godtas. Det skall även påpekats att ämnets mycket tekniska karaktär och den omständigheten att åtagandena är omfattande och komplicerade inte i sig utesluter att kommissionens allvarliga tvivel på koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden lätt kan skingras. Och även om ett tekniskt område vid en första anblick visserligen kan förefalla komplicerat för en lekman, är det inte nödvändigtvis så för fackmännen inom området, bland vilka

de berörda parterna och berörda tredje parter uppenbarligen befinner sig i första ledet och är fullt kapabla att, om så behövs, informera kommissionen. I förordningen görs det för övrigt ingen skillnad mellan koncentrationerna beroende på vilket område de avser.

- 179 Inte heller kan något argument avseende det stora antalet åtaganden som parterna gjort godtas, eftersom det precis lika gärna kan tyda på att de gjort det möjligt att lösa alla aspekter av de konkurrensproblem som uppkom genom den planerade koncentrationen.
- 180 Slutligen saknas det stöd för sökandens argument om den dominerande ställning som innehas av KirchPayTV, eller mer allmänt av Kirchkoncernen. Graden av dominans utgör nämligen inte i sig bevis för att problemet inte kan vara enkelt att lösa.
- 181 Av det ovan anförda följer, utan att ställning behöver tas till frågan om åtagandena endast kan godtas under den första etappen om konkurrensproblemen kan avgränsas tydligt och lösas på ett enkelt sätt eller om det räcker att de gör det möjligt att skingra de allvarliga tvivel som koncentrationen givit upphov till, att talan inte kan bifallas på den andra grunden, eftersom det inte är bevisat att kommissionen gjorde uppenbart fel när den ansåg att problemet kunde avgränsas tydligt och var enkelt att lösa.

3. *Den tredje grunden: otillräckliga åtaganden*

- 182 Sökanden har hävdats att de åtaganden som kommissionen godtagit är otillräckliga för att undanröja de allvarliga tvivlen beträffande koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden. Den har till stöd för denna grund

framfört kritik som är gemensam för alla åtagandena, särskild kritik av olika åtaganden och kritik angående avsaknaden av vissa åtaganden som påstås vara absolut nödvändiga.

Synpunkter som är gemensamma för alla åtagandena

Parternas argument

- 183 Sökanden har för det första anfört att kontrollen av företagskoncentrationer skall tillföra ett mervärde jämfört med den allmänna kontroll av missbruk av dominerande ställning som föreskrivs i artikel 82 EG, det vill säga inte bara undvika missbruk av en dominerande ställning, utan även förhindra att denna dominerande ställning uppstår eller förstärks (se, för ett liknande synsätt, skäl 137 i kommissionens beslut 2001/98/EG av den 13 oktober 1999 om att förklara en företagskoncentration förenlig med den gemensamma marknaden och EES-avtalet (ärende IV/M.1439 — Telia/Telenor) (EGT L 40, 2001, s. 1)).
- 184 Sökanden har dragit slutsatsen att ett åtagande som endast har till syfte att lova att inte missbruka en dominerande ställning inte medför att kontrollen av företagskoncentrationerna kan tillföra ett mervärde jämfört med den övervakning som föreskrivs i artikel 82 EG. Ett sådant åtagande har nämligen bara till syfte att undvika beteenden som, i vilket fall som helst, är förbjudna i artikel 82 EG, det vill säga missbruk av en dominerande ställning, men kan inte förhindra att denna dominerande ställning uppkommer eller förstärks, vilket dock är målet för kontrollen av företagskoncentrationer.

- 185 För att detta mål skall uppnås måste de åtaganden som parterna föreslår exakt avspegla de konkurrensproblem som koncentrationen ger upphov till.
- 186 Sökanden anser att de föreslagna åtagandena bara är löften att inte missbruka de dominerande ställningar som kommissionen hade konstaterat, och att de inte kan förhindra att dessa dominerande ställningar uppkommer eller förstärks. Den har av detta dragit slutsatsen att de inte kunde undanröja kommissionens allvarliga tvivel beträffande koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden. Kommissionen borde därför inte ha godtagit dem, utan borde ha inlett den andra etappen av kontrollen.
- 187 Sökanden har bestridit KirchPayTV:s argument att åtagandena binder företagen i Kirchkoncernen, i detta fall BetaDigital, Gesellschaft für digitale Fernsehdienste GmbH (nedan kallat BetaDigital) och BetaResearch, Gesellschaft für die Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen GmbH (nedan kallat BetaResearch), som inte själva innehar någon dominerande ställning på de marknader där de är verksamma, så att syftet med åtagandena går längre än löftet att inte missbruka en dominerande ställning.
- 188 Sökanden har i det avseendet beträffande BetaDigital, som driver Kirchkoncernens tekniska plattform för satellitsändningar, erkänt att dess ställning försvagas på grund av den betydelse kabelsändningarna har jämfört med satellitsändningarna i Tyskland. Den anser dock att det bör beaktas att den tekniska plattformen för kabelsändning drivs av ett företag som visserligen inte hör till Kirchkoncernen, nämligen MSG MediaServices GmbH, ett dotterbolag till Deutsche Telekom, men som använder dekodertekniken från BetaResearch, vilket hör till Kirchkoncernen. För att öppna betal-TV-marknaderna i Tyskland och de interaktiva digital-TV-tjänsterna, alltså tjänster som rimligen bara skulle kunna sändas genom de två överföringssätten, via kabel och via satellit, samtidigt, hade det varit nödvändigt att se till att denna dekoderteknik inte användes uteslutande av MSG MediaServices GmbH.

- 189 Sökanden har för det andra gjort gällande att åtagandena står i strid med kommissionens tillkännagivande om korrigerande åtgärder. I detta konstaterar kommissionen, som tolkar domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen, att åtagandena måste kunna genomföras snabbt och effektivt inom en kort period och att åtagandena inte bör kräva ytterligare övervakning när de väl har genomförts (punkt 10). I förevarande fall krävde dock åtagandena en övervakning på medellång och lång sikt, tvärtemot denna princip.
- 190 För det tredje har sökanden påpekat att åtagandena bara är bindande för Kirchkoncernen. BSkyB har emellertid möjlighet att, genom att iaktta vissa villkor, ensamt ta kontrollen över KirchPayTV, och alltså inneha en dominerande ställning utan att för den skull vara bunden av de åtaganden som är föremål för det omtvistade beslutet.
- 191 Kommissionen och intervenienterna har hävdats att dessa anmärkningar saknar grund.

Förstainstansrättens bedömning

- 192 Det skall inledningsvis erinras om att kommissionen enligt artikel 6.2 i förordning nr 4064/89 får besluta att förklara en koncentration förenlig med den gemensamma marknaden enligt artikel 6.1 b om den sedan de berörda parterna har föreslagit åtgärder finner att denna inte längre ger anledning till allvarliga tvivel. Eftersom förordningen syftar till att förhindra att marknadsstrukturer som påtagligt kan hämma den effektiva konkurrensen på den gemensamma marknaden skapas eller förstärks, skall de åtaganden som föreslås kunna skingra de allvarliga tvivel som, enligt kommissionen, koncentrationen i det avseendet ger upphov till.

- 193 Som följer av rättspraxis får kommissionen endast godta åtaganden som kan förhindra att den dominerande ställning som den har identifierat inom ramen för sin analys av koncentrationen uppkommer eller förstärks. För att kontrollera om detta kriterium är uppfyllt, skall åtagandena undersökas från fall till fall, utan att frågan behöver ställas om åtagandet kan betecknas som ett beteendeoriktat eller strukturellt åtagande. Även om strukturella åtaganden i princip är att föredra framför beteendeoriktade åtaganden, eftersom de slutgiltigt eller åtminstone varaktigt förhindrar att en dominerande ställning skapas eller förstärks och inte kräver några mer eller mindre långvariga kontrollåtgärder, kan det dock inte på förhand uteslutas att åtaganden som vid första anblicken förefaller vara beteendeoriktade, såsom att tillträde ges till en väsentlig infrastruktur på villkor som inte är diskriminerande, också de hindrar att en dominerande ställning skapas eller förstärks (domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen, punkt 319).
- 194 Med hänsyn till de komplicerade ekonomiska bedömningar som kommissionen har att göra under utövandet av det utrymme för skönsmässig bedömning som den har vid sin bedömning av de åtaganden som de samgående parterna föreslår, ankommer det på sökanden att visa att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning för att ett beslut att godkänna en koncentration skall ogiltigförklaras på grund av att åtagandena är otillräckliga för att undanröja de allvarliga tvivlen (förstainstansrättens dom av den 3 april 2003 i mål T-119/02, Royal Philips Electronics mot kommissionen, REG 2003, s. I-0000, punkt 78).
- 195 Det är mot bakgrund av dessa principer som grunden om otillräckliga åtaganden skall prövas.
- 196 Kommissionens konstaterande att den ifrågavarande koncentrationen riskerar att förstärka Kirchkonzernens dominerande ställning på den tyska marknaden för betal-TV och att skapa en dominerande ställning för denna koncern på den framtida marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster bygger i förevarande fall på att det föreligger ett hinder för tredje parts tillträde till denna marknad.

Sökanden har inte bestridit de allvarliga tvivel som beskrivs i det omtvistade beslutet och inte påstått att koncentrationen ger anledning till andra allvarliga tvivel. Den har endast hävdats att åtagandena var otillräckliga för att undanröja dessa tvivel.

- 197 För att skingra dessa allvarliga tvivel har kommissionen krävt och godtagit ett omfattande åtagandepaket. Syftet med dessa åtaganden var att lösa de fastställda konkurrensproblemen genom att minska hindren för tillträde till marknaden när det gäller utbudet av TV-tjänster med abonnemangavgift och att förhindra att KirchPayTV utnyttjar sin påstådda dominans på marknaden för TV-tjänster med abonnemangavgift inom ramen för de verksamheter bolaget bedriver på marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster. Den första delen av dessa åtaganden rör i huvudsak det fria tillträdet till marknaden för företag som säljer program (åtagandena nr 1–5). Den andra delen av åtagandena syftar till att underlätta tillträdet till marknaden för dem som driver tekniska plattformar och att därmed ge ytterligare möjligheter att sända program genom konkurrerande plattformar (åtagandena nr 6–10). Det verkar således vid en första anblick som om åtagandepaketet medför att tillträdet till marknaden underlättas betydligt och att de allvarliga tvivel som förstärkningen av KirchPayTV:s ställning till följd av koncentrationen ger anledning till på så sätt skingras.
- 198 Sökanden har, inom ramen för den första delen av förevarande grund, anfört tre allmänna anmärkningar som gäller samtliga åtaganden.
- 199 När det för det första gäller anmärkningen att åtagandena endast är löften att inte missbruka de dominerande ställningar som kommissionen har konstaterat, skall det först påpekas att även om åtagandena snarare är beteendeorikta har de ändå strukturella drag, eftersom de syftar till att lösa ett strukturellt problem, nämligen tredje parts tillträde till marknaden. Kommissionen kunde på så sätt rimligen dra slutsatsen att utarbetandet av Simulcryptavtal, öppnandet av d-box-dekoderns programmeringsgränssnitt för tredje part, genomförandet av DVB-MHP-standarderna samt beviljandet av licenser avseende d-box-dekodertekniken

och tillverkningen av denna möjliggör och förstärker konkurrensen betydligt på den digitala infrastrukturens olika nivåer. Av detta följer att åtagandena inte kan betecknas som rena beteendeinriktade åtaganden som inte kan lösa de konkurrensproblem som kommissionen har identifierat.

- 200 Eftersom åtagandena, som har angivits ovan, medför att den digitala sändningsstrukturen öppnas för konkurrens på de olika nivåerna, går de mycket längre än rena förbud mot att missbruka en dominerande ställning.
- 201 Det skall därefter preciseras att det inte är fråga om att avgöra huruvida de skyldigheter som följer av åtagandena härrör från artikel 82 EG, vilket har påståtts, utan huruvida dessa åtaganden kan lösa de problem som skapas genom koncentrationen. Det skall dock konstateras att sökanden i sin ansökan endast på ett abstrakt sätt har ifrågasatt åtagandenas lämplighet och att den inte har undersökt om de står i proportion till de konkurrensproblem som kommissionen tydligt har identifierat.
- 202 Sökanden har inte heller visat att åtagandena inte tillför ett mervärde jämfört med den allmänna övervakning av missbruk av dominerande ställning som föreskrivs i artikel 82 EG. Inom ramen för den allmänna övervakningen av missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 82 EG, skall kommissionen och tredje part nämligen förete bevis för att en dominerande ställning föreligger på den ifrågavarande marknaden och förete bevis för missbruk av denna ställning. Åtaganden som åläggs som villkor för ett beslut att godkänna en koncentration medför däremot att bevisbördan vad gäller efterlevnaden av dessa åtaganden överförs på de företag som berörs av den aktuella koncentrationen. I detta avseende går åtagandena längre än den allmänna övervakning som föreskrivs i artikel 82 EG.

- 203 Det skall i det avseendet dessutom konstateras att det i avsaknad av åtaganden skulle vara nödvändigt att inleda ett nationellt eller gemenskapsrättsligt förfarande enligt artikel 82 EG, vars resultat skulle vara osäkert och, under alla omständigheter, svårare att genomdriva. Rättssubjekten skulle på så sätt ställas inför en större rättslig osäkerhet. Åtagandena medför däremot detaljerade förpliktelser som skall uppfyllas inom korta tidsfrister och vars efterlevnad säkerställs genom ett effektivt och bindande skiljedomsförfarande där Kirchkoncernen har bevisbördan. Åtagandena ger på så sätt en mycket större rättssäkerhet än artikel 82 EG.
- 204 Det skall även konstateras att sökanden inte heller har visat att villkoren för tillämpning av artikel 82 var uppfyllda.
- 205 Även om det framgår av beslutet att KirchPayTV innehar en dominerande ställning på den tyska marknaden för betal-TV, har sökanden således inte bevisat att, eller ens uppgett på vilket sätt, bolaget skulle ha missbrukat denna dominerande ställning. Däremot kommer åtagandepaketet att göra det möjligt att hädanefter avsevärt minska hindren för tredje parts inträde på såväl betal-TV-marknaden som på angränsande marknader.
- 206 Dessutom är åtagandena bindande för ett visst antal företag i Kirchkoncernen som utövar sin verksamhet på andra marknader än dem som avses i det omtvistade beslutet och som varken har konstaterats inneha en dominerande ställning på de aktuella marknaderna eller på de marknader där de är verksamma, vilket KirchPayTV med rätta har framhållit.
- 207 Åtagandena nr 1–3 riktar sig till BetaDigital som driver Kirchkoncernens tekniska plattform för satellitsändningar genom vilken KirchPayTV:s och andra TV-bolags program sänds. Eftersom sändningar via satellit är mycket mindre omfattande i Tyskland än sändningar via kabel och den tekniska plattformen för kabelsändning drivs av ett företag som inte hör till Kirchkoncernen, nämligen MSG MediaServices GmbH, som är ett dotterbolag till Deutsche Telekom, verkar det

vid en första anblick inte som om BetaDigital har en dominerande ställning på marknaden för tekniska tjänster.

- 208 Sökanden har inte heller visat att de utmärkande egenskaperna för den ifrågavarande marknaden och den ställning som företagen i Kirchkoncernen innehar på den marknaden är sådana att de restriktiva villkor som krävs för tillämpning av rättspraxis angående de nödvändiga infrastrukturerna är uppfyllda i förevarande fall, än mindre att de skulle ha gjort det möjligt att av den anledningen ålägga företagen förpliktelser eller sanktionsåtgärder som i samma utsträckning som åtagandena skulle kunna underlätta öppnandet av marknaderna för konkurrens.
- 209 Sanktionsåtgärder för icke uppfyllda förpliktelser inom ramen för åtaganden är dessutom verksammare än för rättsliga förpliktelser enligt artikel 82 EG. Det framgår nämligen av artikel 8.5 i förordning nr 4064/89 att kommissionen kan återkalla det beslut som den har fattat om de berörda företagen åsidosätter ett åläggande som varit förenat med det nämnda beslutet. I artikel 82 EG föreskrivs inte någon sådan sanktionsåtgärd.
- 210 När det för det andra gäller argumentet att åtagandena inte skulle vara godtagbara eftersom de kräver en övervakning på medellång sikt, skall det påpekas att tillkännagivandet om korrigerande åtgärder inte har den betydelse och räckvidd som sökanden har tillskrivit det.
- 211 I punkt 10 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder påpekar kommissionen att när koncentrationen väl har genomförts kan de önskade konkurrensvillkoren på marknaden egentligen inte återställas förrän åtagandena har uppfyllts. Kommissionen anger vidare att åtagandena måste kunna genomföras snabbt och effektivt inom en kort period och att de inte bör kräva ytterligare övervakning när de väl har genomförts. Denna precisering syftar inte till att förbjuda kommissionen att övervaka att åtagandena genomförs utan till att säkerställa att

åtagandena kan lösa de konkurrensproblem som koncentrationen ger upphov till så att de, när de har genomförts, inte dessutom kräver en ständig övervakning från kommissionens sida.

- 212 I förevarande fall skall det konstateras att åtagandena omfattar en rad exakta åtgärder som syftar till att öppna tillträdet till de olika marknaderna och ett bindande skiljedomsförfarande i händelse av svårigheter vid genomförandet.
- 213 När det för det tredje gäller argumentet att den anmälda överenskommelsen även innebär att BskyB:s skulle ta ensam kontroll över KirchPayTV, räcker det att erinra om att det omtvistade beslutet uteslutande rör BskyB:s och Kirchs förvärv av gemensam kontroll över KirchPayTV. Om BskyB ensamt skulle ta kontroll över KirchPayTV skulle detta utgöra en ny koncentrationsplan som måste anmälas till kommissionen och bli föremål för en ny undersökning.
- 214 Av det ovan anförda följer att de anmärkningar som framförts inom ramen för den första delen av denna grund inte kan godtas.

Särskilda synpunkter på olika åtaganden

Tillgång för tredje part till Kirchplattformen (åtagandena nr 1–3)

– Parternas argument

- 215 Sökanden anser att åtagandena att ge tredje parter som så önskar möjlighet att få tillgång till Kirchkoncernens tekniska plattform, och därmed erbjuda tekniska tjänster på rättvisa, skäligen och icke-diskriminerande villkor, bara är en ren

upprepning av den lagstadgade skyldighet som, enligt domstolens rättspraxis, alla företag har som innehar en dominerande ställning på marknaden och som tillhandahåller utrustning som andra har behov av för att kunna utöva sin ekonomiska verksamhet. Sökanden har i det avseendet erinrat om att när den som tillhandahåller en infrastruktur som är absolut nödvändig för att tillhandahålla andra tjänster på underordnade marknader är i dominerande ställning och när denna infrastruktur inte kan framställas av de andra operatörerna till en ekonomiskt försvarbar kostnad, är den skyldig att ge dessa operatörer tillgång till den aktuella infrastrukturen (domstolens dom av den 6 april 1995 i mål C-241/91 P och C-242/91 P, RTE och ITP mot kommissionen, REG 1995, s. I-743, punkterna 48 och följande punkter, och av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner, REG 1998, s. I-7791, punkterna 23 och följande punkter).

- 216 Dessa åtaganden gör det således endast svårare för KirchPayTV att missbruka sin dominerande ställning, dock utan att påverka den förstärkning av denna dominerande ställning som koncentrationen framkallar. De är följaktligen otillräckliga.
- 217 Sökanden har tillagt att åtagandena på medellång och lång sikt innebär att det krävs ytterligare övervakning från kommissionens sida, vilket strider mot domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen och mot tillkännagivandet om korrigerande åtgärder.
- 218 Sökanden har bestridit KirchPayTV:s påstående att marknaden för tekniska tjänster inte berörs av koncentrationen. Detta påstående står nämligen i strid med det faktum att åtagandena, genom att potentiella konkurrenter ges möjlighet att få tillgång till de tekniska tjänster som Kirchkoncernen erbjuder, har till syfte att lösa de konkurrensproblem som koncentrationen ger upphov till, vilket KirchPayTV har erkänt. Därigenom har KirchPayTV enligt sökanden indirekt erkänt att öppnandet av marknaden för tekniska tjänster är av avgörande betydelse för att potentiella konkurrenter skall få tillträde till marknaderna för betal-TV och interaktiva digital-TV-tjänster.

219 Kommissionen och intervenienterna anser att denna anmärkning saknar grund.

— Förstainstansrättens bedömning

220 Sökanden har i huvudsak gjort gällande att åtagandena i syfte att ge tredje parter som så önskar möjlighet att få tillgång till Kirchkoncernens tekniska plattform bara utgör ett uppfyllande av den skyldighet som enligt artikel 82 EG åläggs alla företag i dominerande ställning på marknaden att ställa sina tekniska tjänster till förfogande för tredje parter för att de skall kunna konkurrera med dem. Sökanden har således bestridit att åtagandena är tillräckliga.

221 Dessa tre första åtaganden av Kirchkoncernen syftar till att ge innehållsleverantörerna tillträde till marknaden för betal-TV och till interaktiva digital-TV-tjänster. De säkerställer tillgång till Kirchkoncernens tekniska plattform via satellit på rättvisa, skäliga och icke-diskriminerande villkor, för att deras digitala tjänster skall kunna tas emot av d-boxen. De tre åtagandena har därmed strukturell inverkan. De är inte bara ett löfte att inte missbruka en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82 EG och förefaller inte som sådana olämpliga att lösa de konkurrensproblem som den planerade koncentrationen i förevarande fall ger upphov till.

222 Det skall vidare konstateras att alla de olika tjänsterna erbjuds separat, att det finns en skyldighet att bokföra varje tjänst för sig och att ge tredje part tillgång till bokföringen inom två veckor, att Kirchkoncernen är skyldig att avslöja priser och försäljningsvillkor och att den har en skyldighet att samarbeta och en skyldighet att behandla tredje part på samma sätt som företagen i koncernen.

- 223 Åtagandena är även bindande för ett visst antal företag inom Kirchkoncernen som bedriver verksamhet på andra marknader än de som avses i det omtvistade beslutet och som varken har konstaterats inneha en dominerande ställning på den aktuella marknaden eller på de marknader där de är verksamma. Dessa företag verkar därför inte omfattas av artikel 82 EG. Det kan följaktligen inte anses att syftet med åtagandena är att inte överträda artikel 82 EG.
- 224 Denna slutsats påverkas inte av att artikel 82 EG även, i undantagsfall, omfattar konkurrensproblem av strukturell typ, jämförbara med dem som har givit upphov till åtagandena (domstolens dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen, REG 1973, s. 215, svensk specialutgåva, volym 2, s. 89, domen i det ovannämnda målet RTE och ITP mot kommissionen, punkterna 48 och följande punkter, och domen i det ovannämnda målet Bronner, punkterna 23 och följande punkter).
- 225 Det framgår av ovannämnda rättspraxis att ett missbruk endast är tänkbart när vägran att ge tillgång till en infrastruktur som är nödvändig för tillhandahållandet av andra tjänster på underordnade marknader medför att all konkurrens på marknaden i senare produktionsled slås ut, utan att detta objektivt sett kan berättigas.
- 226 I förevarande fall har sökanden inte visat att Kirch förfogar över en sådan infrastruktur att bolaget är skyldigt att uppfylla de nämnda villkoren.
- 227 Det skall tvärtom för det första påpekas dels att överföring av digitala signaler kan ske antingen via kabelnät eller via satellit. FUN-projektet har till syfte just att utveckla en alternativ plattform som dock endast kommer att kunna användas för sändning via satellit. I det omtvistade beslutet fastslås, i skäl 62, att sändning via satellit i Tyskland inte kan jämföras med sändning via kabel, eftersom en TV-operatör som endast använder satellitsändning bara skulle nå en tredjedel av

hushållen. För det andra förfogar Kirch när det gäller sändning via kabel bara över den teknik som används i kabelnät tillhörande Deutsche Telekom.

228 Av det ovan anförda följer att anmärkningen inte kan godtas.

Att ge tillgång till Kirchs d-box-system för tredje parts tillämpningar (åtagande nr 4)

— Parternas argument

229 Sökanden har för det första gjort gällande att åtagandet att ge tillgång till Kirchs d-box-system för tredje parts tillämpningar bara är en upprepning av en lagstadgad skyldighet som enligt rättspraxis angående artikel 82 EG i vilket fall som helst föreligger. Den har i det avseendet gjort gällande att eftersom d-box-systemet, som framgår av det omtvistade beslutet (skäl 61 och följande skäl), redan innebär en monopolställning, skall det i vilket fall som helst underkastas den allmänna kontroll av missbruk av dominerande ställning som föreskrivs i artikel 82 EG. Sökanden har tillagt att det ifrågavarande åtagandet inte innehåller någon absolut skyldighet att medge tillgång, utan gäller under förutsättning att Kirch och tredje part kommer överens om rättvisa, skäliga och icke-diskriminerande villkor. Detta åtagande skulle följaktligen bara innebära att det införs en varaktig beteendekontroll som, enligt artikel 82 EG, redan finns för företag som innehar en dominerande ställning, utan att i det avseendet ge tredje part något mervärde.

230 Sökanden har för det andra anført att endast Kirchkoncernens uppgivande av kontrollen över d-box-systemet hade varit tillräckligt.

- 231 Den har i det avseendet för det första gjort gällande att åtagandet inte ändrar det faktum att Kirch behåller kontrollen över den teknologiska utvecklingen av d-box-systemet. Den har påpekat att kommissionen i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet (skälen 37–39) och i Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet (skälen 56–61) har förklarat de ifrågasatt koncentrationerna oförenliga med den gemensamma marknaden, bland annat i syfte att förhindra att d-box-systemets teknik blir den enda digitala standarden som används inom det tyska språkområdet, vilket skulle få till följd att alla andra potentiella företag som har ett system för åtkomstkontroll skulle vara beroende av den licensieringspolitik som förs av företaget BetaResearch, som hör till Kirchkoncernen. Åtagandet i fråga innebär inte att Kirchs kontroll över den tekniska infrastrukturen och de konsekvenser den medför, nämligen att tredje part är beroende av att Kirchkoncernen beviljar en licens, upphör. Sökanden har i det avseendet erinrat om att kommissionen i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet (skäl 139) och i Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet (skäl 64) vägrade att godta åtaganden som var jämförbara med det som gjorts i förevarande fall med motiveringen att de inte kunde motverka Kirchkoncernens kontroll över d-box-systemets teknik.
- 232 I detta sammanhang har sökanden ifrågasatt kommissionens argument att Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet och Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet inte kan jämföras med förevarande fall. Dessa ärenden skilde sig visserligen från det förevarande i fråga om de faktiska omständigheterna, men inte när det gäller de uppkomna konkurrensproblemen, som tog samma form i alla dessa ärenden.
- 233 För det andra har sökanden påpekat att åtagandet inte uppfyller de kriterier som kommissionen har utarbetat i sitt tillkännagivande om korrigerande åtgärder. Den har erinrat om att det där fastslås att "[n]är konkurrensproblem uppstår p.g.a. kontroll över nyckelteknik, är en avyttring av sådan teknik den bästa korrigerande åtgärden eftersom den avlägsnar en varaktig relation mellan den sammanslagna enheten och dess konkurrenter. Kommissionen kan emellertid godta licensavtal (helst exklusiva licenser utan några begränsningar i fråga om tillämpningsområdet för licensinnehavaren) som ett alternativ till avyttring t.ex. i de fall där exempelvis en avyttring skulle ha inverkat menligt på effektiv, pågående forskning ..." (punkt 29).

- 234 Sökanden har dragit slutsatsen att problemet med KirchPayTV:s dominerande ställning på marknaderna för betal-TV och interaktiva digital-TV-tjänster i förevarande fall i princip bara hade kunnat lösas om Kirchkoncernen hade givit upp kontrollen helt över den för tillträdet till dessa marknader nödvändiga dekodertekniken, vilket hade inneburit att Kirchkoncernen hade givit upp kontrollen över företaget BetaResearch. Den har tillagt att de samgående parterna inte någon gång har lagt fram argument som motiverar ett undantag från principen i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder, i synnerhet det där åsyftade fallet att en avyttring skulle inverka menligt på pågående forskning.
- 235 Slutligen har sökanden ifrågasatt KirchPayTV:s argument att åtagandet medför att tredje part får möjlighet att tillhandahålla sina tjänster genom d-boxen utan att i förväg behöva skaffa en licens eller ett tillstånd från Kirchkoncernen. Åtagandet omfattar nämligen inte tekniken för åtkomstkontroll och påverkar därför inte den tekniska nödvändigheten för tredje part att ingå avtal med Kirchkoncernen om genomförande av denna teknik, i detta fall ett Simulcryptavtal. Denna konsekvens hade kunnat undvikas om Kirchkoncernen, som sökanden begärde under det administrativa förfarandet, hade godtagit installation av ett gemensamt gränssnitt i d-boxen, vilken Kirchkoncernen dock häftigt tillbakavisade.
- 236 Kommissionen och intervenienterna anser att denna anmärkning saknar grund.

— Förstainstansrättens bedömning

- 237 Sökanden har hävdat att åtagandet att ge tillgång till d-box-systemet inte är tillräckligt. Den har i det avseendet gjort gällande att eftersom d-box-systemet

redan innebär en monopolställning, är det i vilket fall som helst underkastat den allmänna kontroll av missbruk av dominerande ställning som föreskrivs i artikel 82 EG. Dessutom har sökanden anfört att endast Kirchkoncernens uppgivande av den kontroll som koncernen utövar över d-box-systemet hade varit tillräckligt.

- 238 Det skall påpekas att den kontroll som Kirch utövar över den tekniska infrastrukturen inte ändras genom den planerade koncentrationen.
- 239 Rätten erinrar om att Kirch genom detta fjärde åtagande säkerställer att gränssnittet för tillämpningarna (d-box-systemet) kommer att vara öppet för tredje part och på så sätt möjliggör sändning av ytterligare tillämpningar, såsom programguider.
- 240 Det skall konstateras att sökanden inte har förklarat varför endast Kirchkoncernens uppgivande av den kontroll som koncernen utövar över d-box-systemet hade varit tillräcklig för att undanröja de tvivel som koncentrationen gav upphov till.
- 241 Det skall dessutom erinras om att marknaden för digital dekoderteknik inte berörs av koncentrationen. Eftersom åtagandet medför att tredje part får möjlighet att tillhandahålla sina tjänster genom d-boxen, utan licenser eller tillstånd från Kirchkoncernen, förefaller inte heller kontrollen över detta system, förutsatt att det utvecklas vidare, kunna utgöra hinder för tredje part att få tillträde till marknaderna för betal-TV och interaktiva digital-TV-tjänster.

- 242 Sökandens argument att åtagandet bara är en upprepning av en lagstadgad skyldighet som följer av artikel 82 EG kan av ovan anförda skäl inte godtas.
- 243 Anmärkningen avseende detta åtagande skall därför inte godtas.
- 244 Denna slutsats påverkas inte av sökandens argument att kommissionen i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet och Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet inte godtog åtaganden som var jämförbara med dem som gjorts i förevarande fall med motiveringen att de inte kunde motverka Kirchkoncernens kontroll över d-box-systemets teknik. Den aktuella koncentrationen och de konkurrensproblem som den ger upphov till kan nämligen, som ovan anförts, inte jämföras med dem som dessa tre beslut avsåg.
- 245 Vidare skall rätten, för att avgöra huruvida kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning, kontrollera om den kunde anse att samtliga föreslagna åtaganden gör det möjligt att reglera de fastställda konkurrensproblemen, och inte avgöra huruvida ett enskilt åtagande har bedömts vara otillräckligt i en annan koncentration. I förevarande fall har kommissionen under etapp I dragit slutsatsen att åtagandena skingrade de allvarliga tvivel som koncentrationen gav upphov till. Syftet med åtagandet är nämligen att göra det möjligt för tredje parter som så önskar att utveckla tillämpningar för interaktiv digital-TV på Kirchs tekniska plattform. Särskilt med hänsyn till tillämpningarnas driftskompatibilitet förefaller inte kommissionen ha gjort någon uppenbart oriktig bedömning när den ansåg att detta åtagande även medför att marknaden för digital-TV öppnas.
- 246 Av detta följer att anmärkningen inte kan godtas.

Tillämpningarnas driftskompatibilitet (åtagande nr 5)

— Parternas argument

247 Sökanden anser att åtagandet att säkerställa tillämpningarnas driftskompatibilitet bara är ett nödvändigt komplement till ovannämnda åtagande, som endast lägger ytterligare en faktor till den ständiga beteendeövervakningen utan att lösa det konkurrensproblem som redan konstaterats i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet och Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet, liksom i det omtvistade beslutet (särskilt skäl 61), och som består i den kontroll som Kirchkoncernen utövar över d-box-systemet.

248 Kommissionen och intervenienterna anser att denna anmärkning saknar grund.

— Förstainstansrättens bedömning

249 Med detta femte åtagande avser Kirchkoncernen att säkerställa tillämpningarnas driftskompatibilitet, det vill säga att det finns en gemensam standard, MHP.

250 Det skall erinras om att beteendeinriktade åtaganden kan godtas om de har strukturella effekter, det vill säga om de kan förhindra att en dominerande ställning uppkommer eller förstärks (domen i det ovannämnda målet Gencor mot kommissionen).

- 251 Sökanden har inte visat att det ifrågavarande åtagandet inte hör till denna kategori. Tillämpningarnas driftskompatibilitet syftar tvärtom till att säkerställa att tredje parter som så önskar kan utveckla tillämpningar för interaktiv digital-TV som kan användas på flera tekniska plattformar. Att det skapas konkurrerande tekniska plattformar förefaller, i motsats till vad sökanden har hävdad, tänkbart eftersom projektet med sammanslutningen FUN syftar just till att utveckla en sådan teknisk plattform.
- 252 Skyldigheten att genomföra DVB-MHP-standarden kräver, i motsats till vad sökanden har hävdad, inte heller någon ständig kontroll av beteendena, eftersom det standardiserade gränssnittet kommer att öppna marknaden strukturellt för leverantörer av konkurrerande tillämpningar. Alla utvecklingsföretag kommer nämligen därmed att kunna utveckla tillämpningsprogram som är klara att användas och erbjuda motsvarande tjänster, utan licenser eller tillstånd från Kirchköncernen.
- 253 En kombination av de fjärde och femte åtagandena möjliggör dessutom ett öppnande av marknaden för tillämpningarna.
- 254 Det skall under alla omständigheter konstateras att sökanden inte har bevisat att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning.
- 255 Av det ovan anförda följer att anmärkningen inte kan godtas.

Driftskompatibilitet mellan konkurrerande plattformar (åtagande nr 6)

— Parternas argument

- 256 Sökanden har hävdad att det åtagande genom vilket Kirchkoncernen förbundit sig att se till att det ingås Simulcryptavtal med operatörer som driver konkurrerande tekniska plattformar inte påverkar den dominerande ställning på marknaden för tekniska tjänster, som även omfattar systemen för åtkomstkontroll, som Kirchkoncernen innehar tack vare d-boxens skyddade system för villkorad tillgång. Åtagandet är en skyldighet att uppträda på ett visst sätt som Kirchkoncernen i vilket fall som helst har enligt artikel 82 EG och tillför således inte något mervärde jämfört med den allmänna övervakning av missbruk av dominerande ställning som föreskrivs i den artikeln.
- 257 Innehållet i den skyldighet att uppträda på ett visst sätt som Kirchkoncernen har åtagit sig är nämligen enligt sökanden fortfarande synnerligen vagt. För det första har Kirchkoncernen enbart åtagit sig att göra allt för att garantera att Simulcryptavtalen träder i kraft så fort som möjligt. För det andra förutsätter fullföljandet av detta åtagande att den operatör som driver en konkurrerande teknisk plattform samarbetar så långt det är objektivt nödvändigt, att denna operatör får rättvisa och skäliga villkor och slutligen att den tekniska säkerheten hos systemet för villkorad tillgång inte kan äventyra det motsvarande d-box-systemet.
- 258 Åtagandet, som innebär att Simulcryptavtal ingås mellan operatörer som driver konkurrerande plattformar och BetaResearch, som är ett dotterbolag till Kirchkoncernen, förutsätter dessutom enligt sökanden alltid Kirchkoncernens goda vilja. Det är tveksamt om denna goda vilja finns hos Kirchkoncernen, eftersom denna koncern även är ett programföretag och som sådant riskerar att missgynnas genom ingåendet av Simulcryptavtal, varigenom sändning av konkurrerande program underlättas. Det finns därför risk för intressekonflikt

mellan BetaResearch som leverantör av tekniska tjänster och moderkoncernen som programföretag. BetaResearchs oberoende i sina affärsbeslut är därför inte säkerställt.

- 259 Sökanden har i det avseendet påpekat att kommissionen har analyserat och påtalat denna risk för missbruk i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet (skäl 58) och i Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet (skäl 38). Den har även hänvisat till de dåliga erfarenheter som sammanslutningen FUN haft i samband med ett försök att förhandla om ett Simulcryptavtal med Kirchkoncernen.
- 260 Slutligen har sökanden påpekat att åtagandet förutsätter att det finns konkurrerande system för villkorad tillgång. Det är dock svårt att förstå hur de skulle kunna få fotfäste på marknaden.
- 261 På KirchPayTV:s argument att Simulcryptavtal bara ingås mellan företag som driver tekniska plattformar, och att Kirchkoncernen inte driver någon sådan plattform för kabelsändning, har sökanden svarat med att uppge att det företag som driver den viktigaste tekniska plattformen på det området, MSG Media-Services GmbH, uteslutande använder den teknik som Kirchkoncernen utvecklat.
- 262 Sökanden har, beträffande KirchPayTV:s påpekande att det nyligen dykt upp nya tekniska plattformar för sändning via kabel, noterat att denna omständighet inte förelåg när det omtvistade beslutet fattades, att den därför saknar relevans och att detta ännu inte riktigt har blivit verklighet på grund av de krav som Deutsche Telekom, som äger den största delen av kabelnätet och som, via sitt dotterbolag MSG MediaServices GmbH, driver den viktigaste tekniska plattformen inom detta sändningsområde, ställer på potentiella operatörer av konkurrerande

plattformar. Den har i det avseendet hänvisat till de mycket stora svårigheter som den konkurrerande plattformoperatören PrimaCom har haft att ingå Simulcrypt-avtal med MSG MediaServices GmbH.

263 Kommissionen och intervenienterna anser att denna anmärkning är ogrundad.

— Förstainstansrättens bedömning

264 Detta sjätte åtagande syftar till att öppna d-boxen för andra betal-TV-kanaler och för interaktiva digitala tjänster.

265 Kirchkoncernen har alltså åtagit sig att sluta Simulcryptavtal med operatörer av tekniska plattformar som använder andra krypteringssystem. Det skall erinras om att Simulcryptmetoden gör det möjligt att använda olika krypteringssystem utan att kunden behöver flera dekodrar för att dechiffrera den mottagna signalen genom utbyte av krypteringsnycklar mellan plattformoperatörerna. Alla motsvarande program kan följaktligen tas emot med en enda dekodare.

266 Detta åtagande syftar till att säkerställa att det skapas konkurrerande tekniska plattformar genom att genom Simulcryptmetoden möjliggöra mottagning med hjälp av d-boxen när ett företag som tillhandahåller tekniska tjänster önskar använda ett konkurrerande krypteringssystem. Kommissionen och intervenienterna har hävdats att företag som tillhandahåller tekniska tjänster därför har möjlighet att fritt välja krypteringssystem och att konkurrensen mellan operatörerna av tekniska plattformar, men även den på dekodermarknaden, förstärks genom detta åtagande, vilket sökanden inte har bestridit.

- 267 Det skall dessutom erinras om att varje åtagande utgör en juridisk skyldighet och att ett åsidosättande i förekommande fall kan leda till att kommissionen återkallar godkännandet av koncentrationen. Den omständigheten att Kirch kanske inte skulle visa någon beredskap att fullfölja åtagandet, något som sökanden för övrigt inte har visat, bevisar inte att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning när den ansåg att åtagandet kunde lösa konkurrensproblemen.
- 268 Det ifrågavarande åtagandet är inte heller isolerat och skall ses tillsammans med samtliga åtaganden som Kirchkoncernen gjort, i synnerhet med åtagandet om en alternativ teknisk plattform för Kirchs betal-TV-program.
- 269 Av detta följer att denna anmärkning inte kan godtas.

Tillgång till Kirchs betal-TV-tjänster för andra tekniska plattformar (åtagande nr 7)

— Parternas argument

- 270 Sökanden har för det första anfört att det åtagande genom vilket Kirchkoncernen har förbundit sig att saluföra sina betal-TV-program även via andra tekniska plattformar, särskilt genom Simulcryptavtal, inte kan innebära att den dominerande ställning som Kirchkoncernen innehar på marknaden för betal-TV och motsvarande tekniska tjänster motverkas och inte tillför något mervärde jämfört med den kontroll av missbruk av dominerande ställning som föreskrivs i artikel 82 EG.

- 271 För det första förutsätter detta åtagande, i stället för att underlätta tillgången för konkurrerande plattformar på marknaden, nämligen bara att sådana plattformar finns, och det erbjuder dem ett gott uppförande i överensstämmelse med reglerna om konkurrensbegränsande samverkan.
- 272 För det andra är villkoren för att fullgöra detta erbjudande, som bygger på god vilja, enligt sökanden synnerligen vaga.
- 273 För det tredje ger åtagandet upphov till en intressekonflikt som riskerar att göra det mindre effektivt. Genom att Kirchkoncernen förpliktas att saluföra sina betal-TV-program via konkurrerande tekniska plattformar tvingas den nämligen att fatta beslut som kan strida mot dess egna intressen som programoperatör. Under dessa omständigheter är det tveksamt om åtagandet fullgörs på ett lojalt sätt. Sökanden har erinrat om att kommissionen korrekt fastslog detta förhållande i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet och Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet.
- 274 I det avseendet har sökanden först och främst framhållit den dåliga erfarenhet som sammanslutningen FUN gjorde när den önskade upprätta en konkurrerande teknisk plattform och, tvärt emot det ifrågavarande åtagandet och under falska förevändningar, av KirchPayTV förvägrades tillgång till Kirchkoncernens utbud av betal-TV. Den har därefter hänvisat till de svårigheter som den tekniska plattformen PrimaCom för sändning via kabel haft att ingå ett Simulcryptavtal med Kirchkoncernen. Den har slutligen noterat att det för närvarande inte finns något exempel på någon tekniskt genomförbar Simulcryptlösning mellan de olika krypteringssystemen.
- 275 Sökanden har för det andra gjort gällande att åtagandet i strid med domen i det ovan nämnda målet Gencor mot kommissionen och mot tillkännagivandet om korrigerande åtgärder kräver fortsatt kontroll av agerandet.

276 Kommissionen och intervenienterna anser att denna anmärkning saknar grund.

— Förstainstansrättens bedömning

277 Med detta sjunde åtagande har Kirchkoncernen förbundit sig att saluföra sina betal-TV-program även via andra tekniska plattformar, särskilt genom Simulcryptavtal.

278 Det skall konstateras att detta åtagande underlättar tillträdet till marknaden för operatörer av konkurrerande tekniska plattformar och på så sätt indirekt främjar konkurrensen mellan företag som erbjuder betal-TV genom att göra det möjligt för dessa företag att via dessa tekniska plattformar sända sina program tillsammans med Kirchkoncernens betal-TV-program.

279 När det för det första gäller sökandens argument om de svårigheter som den själv, som samarbetspartner i sammanslutningen för den alternativa plattformen FUN, påstår sig ha mött vid fullgörandet av åtagande nr 7, noterar rätten att FUN, enligt vad intervenienterna har hävdat utan att på denna punkt motsägas av sökanden, inte inledde det skiljedomsförfarande som föreskrivs i åtagandena.

280 När det för det andra gäller sökandens argument att åtagande nr 7 inte medför att marknaden öppnas, utan förutsätter att det redan finns konkurrerande tekniska plattformar, skall det på nytt erinras om att åtagandena inte skall ses isolerat.

281 Tillträdet till marknaden för en teknisk plattform kommer, som kommissionen har gjort gällande, att underlättas genom att konkurrerande tekniska plattformar blir driftskompatibla tack vare garantin om Simulcryptavtal (åtagande nr 6), genom att Kirchkoncernens betal-TV-program ställs till förfogande (åtagande nr 7) och, i förekommande fall, genom att d-box-systemets teknik ställs till förfogande genom en licens (åtagande nr 8). Åtagandena nr 6 och nr 7 syftar till att på så sätt göra det möjligt för en betal-TV-konkurrent att sända via en annan teknisk plattform än den som Kirch erbjuder.

282 Anmärkningarna avseende åtagande nr 7 kan följaktligen inte godtas.

Användning av d-box-systemets teknik av andra konkurrerande plattformar (åtagande nr 8)

— Parternas argument

283 Sökanden anser att Kirchkoncernens åtagande att ge konkurrerande plattformoperatörer tillgång till d-box-systemets teknik inte medför att Kirchkoncernens dominerande ställning rubbas när det gäller den tekniska utvecklingen av detta system.

284 Den har i det avseendet för det första påpekat att ett åtagande av samma slag inte godtogs av kommissionen i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet (skäl 139) och i Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet (skäl 64), därför att det inte kunde få denna dominerande ställning att upphöra. Sökanden anser att det omtvistade beslutet inte innehåller någon motivering som förklarar varför en annan bedömning av konkurrensrätten skulle gälla i detta fall, trots att de faktiska omständigheterna är desamma som i de ovannämnda ärendena.

285 Sökanden har för det andra gjort gällande att åtagandet står i strid med de villkor som direktören för arbetsgruppen för kontroll av företagskoncentrationer har definierat som förutsättningar för godkännande av detta slags åtaganden (Drauz, G.-H., "Remedies under the merger regulation", International antitrust law & policy, Fordham Corporate Law Institute, New York, 1996, s. 219–238, se s. 225 och följande sidor), i synnerhet villkor som innebär följande:

— Licensgivaren skall inte kunna undandra sig följderna av den beviljade licensen genom att till exempel vägra att lämna viktig teknisk assistans.

— Licensgivaren skall inte kräva en oskälig avgift av innehavaren.

— Kommissionen skall inte vara tvungen att ständigt övervaka att licensavtalet efterlevs genom att kontrollera att licensavgifterna är skäliga.

286 Sökanden har i det avseendet först och främst påpekat att det endast är hänvisningen till skäliga och icke-diskriminerande villkor som är avsedd att förhindra oskäliga licensavgifter, därefter att åtagandet inte innehåller några särskilda bestämmelser vad gäller teknisk assistans och, sist men inte minst, att åtagandet medför att kommissionen ständigt måste kontrollera beteendet.

- 287 Den har tillagt att denna ständiga beteendekontroll strider mot tillkännagivandet om korrigerande åtgärder.
- 288 Som svar på KirchPayTV:s argument att påståendet om en sådan ständig kontroll av beteendet motsägs av förekomsten av ett skiljedomsförfarande som innebär att bevisbördan kastas om till Kirchkoncernens nackdel, har sökanden påpekat att detta inte innebär att någon sådan kontroll inte finns och att behovet av ett skiljedomsförfarande tvärtom bevisar att kontrollen förekommer.
- 289 Sökanden har för det tredje anfört att beslutet motsäger sig självt eftersom det ifrågavarande åtagandet å ena sidan godtas och det å andra sidan konstateras att det finns stora risker för missbruk med den licensieringspolicy som Kirchkoncernens dotterbolag BetaResearch troligen kommer att föra gentemot potentiella konkurrenter till KirchPayTV på marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster och det till och med har hänvisats till konkreta fall av missbruk som berörda tredje parter har påpekat (skäl 37 i det omtvistade beslutet).
- 290 Sökanden har bestridit KirchPayTV:s argument att operatörerna av tekniska plattformar har möjlighet att välja antingen d-box-systemtekniken på grundval av det ifrågavarande åtagandet eller en konkurrerande teknik och möjlighet att nå d-box-abonenterna genom Simulcryptavtal. De dåliga erfarenheter som FUN och PrimaCom har haft i samband med sina försök att förhandla om Simulcryptavtal med Kirchkoncernen vittnar nämligen om det andra alternativets uppenbara olämplighet.
- 291 Kommissionen och intervenienterna anser att denna anmärkning saknar grund.

– Förstainstansrättens bedömning

- 292 Det skall erinras om att detta åtagande syftar till att ge konkurrerande plattformsoperatörer tillgång till d-box-systemets teknik.
- 293 Det underlättar på så sätt skapandet av konkurrerande tekniska plattformar och därmed även tillträdet till marknaden för konkurrerande innehållsleverantörer, vilket kan främja konkurrensen på marknaden för betal-TV.
- 294 Sökandens argument att det finns en motsägelse mellan å ena sidan det omtvistade beslutet och å andra sidan Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet och Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet kan av ovan anförda skäl inte godtas.
- 295 Beträffande sökandens påstående att det ifrågasatt åtagandet medför en ständig beteendekontroll som strider mot tillkännagivandet om korrigerande åtgärder, räcker det att påpeka att alla tvister om fullgörande av åtaganden skall avgöras genom skiljedom, vilket säkerställer en tillräcklig kontroll. Det skall dessutom erinras om att tredje parter som är missnöjda med fullgörandet av ett åtagande kan använda sig av ett skiljedomsförfarande där Kirchkoncernen har bevisbördan. Även om fullgörandet av åtagandet således skall kontrolleras, är det dock inte kommissionen som skall göra det.
- 296 Beträffande sökandens argument att åtagandet står i strid med de villkor som anges i en publikation av direktören för arbetsgruppen för kontroll av företagskoncentrationer och som är definierade som en förutsättning för

godkännande av detta slags åtaganden, räcker det att påpeka att en tjänstemans uttalanden som inte återspeglar något officiellt ställningstagande av kommissionen inte kan vara bindande för denna.

297 Slutligen kan sökandens argument att kommissionen genom att godta åtagandet underskattade risken för att BetaResearch skulle missbruka sin dominerande ställning i samband med beviljandet av licenser för användning av d-box-systemet inte heller godtas. För det första är nämligen operatörerna av tekniska plattformar fria att välja en konkurrerande teknik och att nå abonnenterna av d-box-systemet genom Simulcryptavtal. För det andra skall det ifrågavarande åtagandet, som angetts ovan, inte ses isolerat, utan som en del av en rad åtaganden som säkerställs genom motsvarande åligganden och villkor och i synnerhet genom ett bindande skiljedomsförfarande.

298 Anmärkningen avseende åtagande nr 8 kan därför inte godtas.

Produktion av så kallade flersystemsdekodrar (åtagande nr 9)

— Parternas argument

299 Sökanden har påpekat att åtagandet att bevilja licenser för det som kan kallas flersystemsdekodrar också strider mot kommissionens bedömning i det tidigare Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet (skäl 139) och det tidigare Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet (skäl 64), enligt vilken ett sådant åtagande inte kan undanröja tvivlen ur konkurrensrättslig synvinkel, eftersom det inte medförde att Kirch fräntogs kontrollen över den tekniska utvecklingen. Sökanden anser att den

ändrade bedömningen vad gäller lagstiftningen om kontroll av företagskoncentrationer, trots att de faktiska omständigheterna är desamma, absolut inte har motiverats av kommissionen.

300 Denna dominans hade bara kunnat påverkas om kommissionen hade ålagt Kirchkoncernen en ytterligare skyldighet att låta innehavarna av licenser för tillverkning av d-boxen integrera inte bara konkurrerande krypteringssystem, utan också ett gemensamt gränssnitt i denna. Integreringen av konkurrerande krypteringssystem är nämligen en helt otillräcklig lösning, eftersom den tvingar de operatörer av tekniska plattformar som använder dessa konkurrerande krypteringssystem att ingå Simulcryptavtal med Kirchkoncernen och därför inte påverkar Kirchkoncernens dominans av d-box-systemet.

301 Sökanden har i det avseendet bestridit kommissionens påstående att åtagandet innebär en möjlighet att integrera ett gemensamt gränssnitt i d-boxen.

302 Kommissionen och intervenienterna anser att denna anmärkning saknar grund.

— Förstainstansrättens bedömning

303 Syftet med det nionde åtagandet är att ge dekodertillverkarna licenser för utveckling av d-box-dekodern genom att göra det möjligt för dem att integrera denna i andra system för åtkomstkontroll, inbegripet ett gemensamt gränssnitt. Med gemensamt gränssnitt menas ett modulsystem i varje d-box som inkluderar de olika dechiffreringsformerna.

- 304 Rätten konstaterar att sökanden inte har visat att detta åtagande inte kan säkerställa att de framtida d-box-abonnenterna även kan nås genom andra krypteringssystem. Åtagande nr 9 syftar således till att öppna marknaden för operatörer av tekniska plattformar, innehållsleverantörer och potentiella d-box-tillverkare men även för leverantörer av krypteringssystem.
- 305 Det skall vidare erinras om att detta ärende inte kan jämföras med det sammanhang som gav anledning till Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet och Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet. Eftersom det inte är fråga om identiska faktiska omständigheter var kommissionen således inte skyldig att anföra särskilda skäl för sitt beslut.
- 306 Denna anmärkning kan följaktligen inte godtas.

Övergång från analogt till digitalt system (åtagande nr 10)

— Parternas argument

- 307 Sökanden anser att åtagandet att erbjuda en digital dekoder (d-box) till alla KirchPayTV:s abonnenter som bara förfogar över en analog dekoder inte kan underlätta för berörda operatörer att få tillträde till marknaderna för betal-TV och interaktiva digital-TV-tjänster och att erbjuda dessa abonnenter deras tjänster. Detta tillträde för tredje part till de ifrågavarande marknaderna genom d-boxen skulle nämligen, på grund av att lösningen med ett gemensamt gränssnitt förkastats, åtminstone kräva att Simulcryptavtal ingås med Kirchkoncernen, som dock vägrar att ingå dessa avtal.

308 Kommissionen och intervenienterna anser att denna anmärkning saknar grund.

— Förstainstansrättens bedömning

309 Rätten noterar att sökanden inte har bestridit att det ifrågavarande åtagandet, som består i att erbjuda en digital dekoder (d-box) till alla KirchPayTV:s abonnenter som bara förfogar över en analog dekoder, säkerställer att Premieres abonnenter förfogar över en digital dekoder och att programleverantörerna inte utesluts från marknaden, eftersom de sänder sina program digitalt. Genom åtagandet undviks att de konkurrerande operatörernas verksamheter på de ifrågavarande marknaderna hindras på grund av att konsumenterna använder analoga dekodrar som inte passar för denna typ av verksamhet. Sökanden har följaktligen inte visat på vilket sätt kommissionen skulle ha gjort en uppenbart oriktig bedömning när den ansåg att detta åtagande gör det möjligt att öppna marknaden för konkurrerande operatörer.

310 Anmärkningen avseende detta åtagande kan därför inte godtas.

Begränsning av ytterligare kapacitet på kabelnäten (åtagande nr 11)

— Parternas argument

311 Sökanden anser att det åtagande enligt vilket KirchPayTV förbinder sig att till och med den 31 december 2000 inte ansöka om ytterligare tilldelning av digital kapacitet på kabelnäten inte är av det slaget att det kan motverka Kirchkon-

cernens tekniska dominans av marknaden. Det kan inte heller undanröja den oro som kommissionen givit uttryck för i det omtvistade beslutet (skäl 78) på grund av Deutsche Telekom's användning av teknik från BetaResearch, som hör till Kirchkoncernen, för digital sändning av TV-program på sina bredbandskabelnät. Sökanden har erinrat om att denna oro berodde på att kommissionen befarade att KirchPayTV skulle få en dominerande ställning på marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster.

- 312 Sökanden har påpekat att denna oro sedermera visat sig desto mer relevant som Deutsche Telekom och Kirchkoncernen nu har för avsikt att leda BetaResearch som ett gemensamt företag, en plan som har anmälts till Bundeskartellamt.
- 313 Sökanden har bestridit kommissionens påstående att den haft för avsikt att vilja ålägga en operatör som inte deltog i koncentrationen, i detta fall Deutsche Telekom, skyldigheter. Den ansåg bara att åtagandet inte var sådant att det kunde undanröja de allvarliga tvivel beträffande koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden som kommissionen givit uttryck för i det omtvistade beslutet (skäl 78).
- 314 Kommissionen och intervenienterna anser att denna anmärkning saknar grund.

— Förstainstansrättens bedömning

- 315 Åtagandet att till och med den 31 december 2000 inte ansöka om ytterligare tilldelning av digital kapacitet på kabelnäten syftar till att undanröja farhågorna

för att Kirchs utbud av betal-TV tar för stort utrymme på kabelnätet, så att det inte finns tillräckligt med plats för utbudet från tredje part.

- 316 Sökandens kritik av kommissionen för att inte ha ålagt Deutsche Telekom att använda en annan teknik än Kirchs för sina kabelnät kan inte godtas. Deutsche Telekom deltar nämligen inte i den ifrågavarande koncentrationen, vilket innebär att kommissionen inte kan ålägga detta företag skyldigheter inom ramen för detta förfarande.
- 317 Koncentrationen har inte heller något samband med Deutsche Telekoms beslut att använda Kirchs teknik för sitt kabelnät.
- 318 För övrigt saknar sökandens påpekande angående Deutsche Telekoms och BetaResearchs projekt att bilda ett gemensamt företag relevans, eftersom de konkurrensproblem som detta projekt eventuellt ger upphov till inte har något samband med det omtvistade beslutet.
- 319 Sökandens anmärkning kan därför inte godtas.

Synpunkter angående avsaknaden av vissa absolut nödvändiga åtaganden

- 320 Sökanden har kritiserat kommissionen för att inte ha krävt vissa åtaganden som den hade föreslagit under det administrativa förfarandet (sökandens skrivelser av den 22 februari 2000, den 2 mars 2000 och den 15 mars 2000) och som den anser

hade kunnat undanröja de värsta tvivlen som kommissionen själv hade konstaterat vad gäller koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden, dock utan att vara tillräckliga för att fastställa denna förenlighet.

- 321 Sökanden har kritiserat KirchPayTV:s argument att åtagandena nr 1–5 hade varit tillräckliga, att åtagandena nr 6–9, om öppnande av marknaden för tekniska tjänster, inte ens var nödvändiga och att andra mer långtgående åtaganden var än mindre nödvändiga. Genom att anse att åtagandena nr 6–9 inte var nödvändiga underskattade KirchPayTV den betydelse som Kirchkoncernens dominans av d-box-systemets teknik hade för öppnandet av marknaderna för betal-TV och interaktiva digital-TV-tjänster. Med det resonemanget skulle det dessutom vara nödvändigt att ogiltigförklara det omtvistade beslutet för att det innehöll krav på åtaganden som inte var nödvändiga.

Avsaknad av ett åtagande som syftar till att förse d-box-dekodern med ett gemensamt gränssnitt

— Parternas argument

- 322 Sökanden har hävdatt att det var fel att de samgående parterna inte ålades det åtagande som den hade föreslagit, nämligen att förse d-box-dekodern med ett gemensamt gränssnitt.
- 323 Sökanden har i det avseendet anfört att KirchPayTV:s konkurrerande operatörer, på grundval av de godtagna åtagandena, endast kommer att kunna sända sina program via d-box-dekodern genom att använda sig av det system för villkorad

tillgång som utvecklats av BetaResearch, som hör till Kirchkoncernen, det vill säga BetaCrypt, som de inte har rätt att använda förrän de har ingått ett Simulcryptavtal med BetaResearch. Nödvändigheten av att ingå ett Simulcryptavtal skulle emellertid göra dessa operatörer beroende av BetaResearch, och det skulle finnas en risk att Kirchkoncernen missbrukade denna ställning för att försvara sina intressen på marknaderna för betal-TV och interaktiva digital-TV-tjänster, och därigenom missgynna sina potentiella konkurrenter på dessa marknader.

- 324 Sökanden har påpekat att denna risk påtalades av kommissionen i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet (skäl 58) och Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet (skäl 38) och av det schweiziska federala ministeriet för miljö, transport, energi och kommunikation i ett beslut av den 8 november 1999 om den schweiziska betal-TV-operatören Teleclub AG, där KirchPayTV innehar 40 procent av kapitalet och som också använder d-box-dekodern.
- 325 Sökanden har tillagt att denna risk efter hand har blivit ännu större till följd av att betal-TV-kanalen Premiere övertagits av Kirchkoncernen ensam och genom att denna kanal slagits samman med DF1 för att bilda Premiere World. Den har också i det sammanhanget erinrat om de praktiska svårigheter som vissa operatörer, bland andra FUN, haft att ingå Simulcryptavtal med BetaResearch.
- 326 Sökanden har anfört att den för att undvika denna risk hade föreslagit att Kirchkoncernen skulle tvingas att förse d-box-dekodern med ett gemensamt gränssnitt, som gör det möjligt att via samma dekoder ta emot program som är kodade med olika system för villkorad tillgång. Med denna Multicryptlösning skulle ovan nämnda nackdelar undvikas genom att konkurrerande operatörer fick möjlighet att, genom d-boxen, sända sina skyddade program genom andra system för villkorad tillgång än det som används av Kirchkoncernen, utan att behöva ingå Simulcryptavtal med denna koncern.

327 Som svar på KirchPayTV:s argument har sökanden bestridit att Europaparlamentets och rådets direktiv 95/47/EG av den 24 oktober 1995 om tillämpning av standarder för sändning av televisionssignaler (EGT L 281, s. 51, nedan kallat direktiv 95/47), som utgör ett harmoniseringsdirektiv antaget på grundval av artiklarna 47.2 EG, 55 EG och 95 EG, begränsar kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning av vilka åtaganden som bör antas inom ramen för kontroll av företagskoncentrationer. Den har också bestridit att argument enligt vilka Simulcryptlösningen, i motsats till Multicryptlösningen, har praktiska fördelar ur slutkonsumenternas synpunkt är relevanta inom ramen för kontrollen av företagskoncentrationer.

— Förstainstansrättens bedömning

328 Det skall inledningsvis erinras om att kommissionen förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att bedöma nödvändigheten av att få till stånd åtaganden i syfte att skingra de allvarliga tvivel som en koncentration ger upphov till.

329 Av detta följer att förstainstansrätten inte får ersätta kommissionens bedömning med sin egen, och att dess prövning skall begränsas till att kontrollera att kommissionen inte har gjort någon uppenbart oriktig bedömning. I synnerhet innebär inte underlåtelsen att beakta åtaganden som sökanden föreslagit i sig att det omtvistade beslutet är behäftat med en uppenbart oriktig bedömning. Den omständigheten att även andra åtaganden, som till och med var gynnsammare för konkurrensen, hade kunnat godtas kan inte medföra att beslutet ogiltigförklaras, såvitt kommissionen rimligen kunde fastslå att de åtaganden som gjorts i beslutet gör det möjligt att skingra de allvarliga tvivlen.

- 330 Sökanden har hävdade att kommissionen borde ha krävt ett åtagande som syftade till att förse d-box-dekodern med ett gemensamt gränssnitt i stället för ett åtagande om ett Simulcryptavtal.
- 331 Det skall i det avseendet först och främst påpekas att både Simulcryptkrypteringen och det gemensamma gränssnittet gör det möjligt att undvika att en tittare som abonnerar på betalkanaler som skyddas av olika system för åtkomstkontroll måste använda flera dekodrar. I direktiv 95/47 anses för övrigt de båda lösningarna likvärdiga.
- 332 Sökanden har inte heller bestridit KirchPayTV:s påstående att Simulcryptlösningen erbjuder en rad fördelar jämfört med det gemensamma gränssnittet. KirchPayTV har således anfört dels att Simulcryptförfarandet ger ett större skydd mot dataintrång, dels att det gemensamma gränssnittet tvingar tittaren att förutom dekodern köpa moduler som överensstämmer med de olika systemen för villkorad tillgång och att byta modul innan den kan se krypterade program med ett annat åtkomstsystem. Sökanden har även påpekat att användning av ett gemensamt gränssnitt inte ger tillgång till den nuvarande d-box-populationen.
- 333 Sökandens anmärkning att åtagandet om ingående av Simulcryptavtal inte är tillräckligt för att lösa de i förevarande fall uppkomna konkurrensproblemen saknar dessutom grund, vilket har konstaterats ovan.
- 334 Under dessa omständigheter kan kommissionen inte anses ha gjort en uppenbart oriktigbedömning genom att inte kräva ett åtagande avseende det gemensamma gränssnittet.

Avsaknad av ett åtagande avseende eventuella förbindelser mellan BetaResearch och Deutsche Telekom

— Parternas argument

- 335 Sökanden har kritiserat kommissionen för att inte ha beaktat dess förslag att kräva ett åtagande som syftar till att förbjuda att bolagsrättsliga eller avtalsrättsliga band knyts mellan BetaResearch och Deutsche Telekom i avsikt att säkerställa att den tekniska standard som BetaResearch utvecklat blir den enda som används i bredbandskabelnät som tillhör Deutsche Telekom, som kontrollerar större delen av de tillgängliga näten. Den har anfört att tanken på sådana band är mycket oroväckande, som kommissionen framförde i Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet (skäl 33 och följande skäl).
- 336 Som svar på kommissionens argument att den inte skulle ha kunnat ålägga tredje part rättsliga skyldigheter har sökanden anfört att kommissionen mycket väl hade kunnat ålägga Kirchkoncernen att försöka förmå Deutsche Telekom att upphöra med att uteslutande använda den tekniska standard som utvecklats av BetaResearch. Sökanden anser att kommissionen, om Kirchkoncernen inte hade kunnat fullgöra detta åläggande, borde ha fastslagit detta och vidhållit de tvivel med avseende på konkurrensrätten som den uttryckligen formulerat i det omtvistade beslutet i fråga om denna exklusiva användning (skäl 61 i det omtvistade beslutet).
- 337 Sökanden har tillagt att kommissionen hittills inte har haft några invändningar mot Deutsche Telekom och Kirchkoncernens planer att leda BetaResearch som ett gemensamt företag, trots att två företag i dominerande ställning är involverade i dessa planer.

338 Som svar på KirchPayTV:s argument att risken för att Deutsche Telekom skall använda den tekniska standard som utvecklats av BetaResearch uppvägs genom försäljningen av en stor del av Deutsche Telekom's bredbandskabelnät har sökanden gjort gällande att tidpunkten och villkoren för denna försäljning inte var fastställda när det omtvistade beslutet fattades och att de fortfarande inte är fastställda.

— Förstainstansrättens bedömning

339 Sökanden har kritiserat kommissionen för att inte ha krävt någon begränsning med avseende på ett eventuellt band mellan Deutsche Telekom och BetaResearch.

340 I det avseendet konstaterar rätten för det första att anmärkningen inte kan godtas, eftersom sökanden i sin ansökan endast har kritiserat kommissionen för att inte ha beaktat dess förslag att förbjuda ett sådant band utan att på något sätt förklara, än mindre bevisa, varför ett sådant åtagande skulle vara nödvändigt för att skingra de allvarliga tvivel som kommissionen hyste i fråga om den planerade koncentrationen.

341 För det andra skall det konstateras att kommissionen i vilket fall som helst inte kunde anta sökandens förslag, eftersom den inom ramen för ett beslut som fattas enligt förordning nr 4064/89 inte kan godta ett åtagande som belastar tredje part i förhållande till den planerade koncentrationen.

342 För det tredje avser sökandens anmärkning enligt rubriken avsaknaden av förbud mot ett eventuellt band mellan Deutsche Telekom och BetaResearch. Sökanden har i det avseendet i sin replik hänvisat till ett förfarande som inlett vid tyska

Bundeskartellamt beträffande Deutsche Telekom och BetaResearchs avsikt att bilda ett gemensamt företag. Rätten konstaterar att de eventuella konkurrensproblem som detta projekt innebär inte har något samband med det omtvistade beslutet och att sökandens invändningar i det avseendet skall riktas till den myndighet som är behörig att fatta beslut om detta projekt.

343 Eftersom sökanden på replikstadiet även verkar vilja ifrågasätta att Deutsche Telekom i sina kabelnät för närvarande uteslutande använder den teknik som utvecklats av BetaResearch, skall det för det fjärde fastslås dels att denna anmärkning inte kan prövas eftersom den är ny, eller i vilket fall som helst inte uppfyller kraven i artikel 44.1 c i förstainstansrättens rättegångsregler, dels att Deutsche Telekom beslut att använda BetaResearchs teknik i sina kabelnät hade antagits innan den koncentration som behandlas i det omtvistade beslutet och inte har något samband med denna.

344 Av det ovan anförda följer att anmärkningen inte kan godtas.

Avsaknad av ett åtagande om en uppdelning av program, teknik och utrustning

— Parternas argument

345 Sökanden har kritiserat kommissionen för att inte ha antagit dess förslag att ålägga Kirchkoncernen dels att erbjuda d-box-dekodern till kunder som bara vill se program av andra operatörer och som inte vill abonnera på betal-TV-program som erbjuds av KirchPayTV, det vill säga Premiere World, dels att göra det

möjligt för kunderna att ta emot Premiere World med hjälp av utrustningar som konkurrerar med d-boxen. Enligt sökanden skulle dessa åtaganden ha medfört att den vertikala integration mellan teknik och program som föreligger i detta fall upphörde.

346 Sökanden har gjort gällande att i avsaknad av denna uppdelning av program, teknik och utrustningar har operatörer som utvecklar eller tillhandahåller en teknik som konkurrerar med d-boxen inte stor chans att lyckas, eftersom de med sin teknik inte kan sända det enda kompletta betal-TV-program som för närvarande erbjuds på marknaden, nämligen Premiere World. Den har i det avseendet erinrat om de ur konkurrensrättslig synpunkt negativa konsekvenser som uppkomsten eller upprätthållandet av en dominans av marknaden på det tekniska området har, vilket kommissionen erkände i Bertelsmann/Kirch/Premiere-beslutet (skäl 56 och följande skäl) och i Deutsche Telekom/BetaResearch-beslutet (skäl 33 och följande skäl) vad beträffar effekterna av det av Kirchkoncernen kontrollerade d-box-systemet. Sökanden har även påpekat att kommissionen i sitt tillkännagivande om korrigerande åtgärder själv konstaterar att när konkurrensproblem, liksom i förevarande fall, uppstår på grund av kontroll över nyckelteknik är en avyttring av sådan teknik den bästa korrigerande åtgärden (skälen 29 och 30).

347 Sökanden har bestridit kommissionens argument att uppdelningen av program, teknik och utrustning redan har säkerställts genom de åtaganden som syftar till att göra det möjligt för tredje part att få tillgång till Kirchs tekniska plattform (åtagandena nr 1–3) och för konkurrerande tekniska plattformar att få tillgång till KirchPayTV:s betal-TV-tjänster (åtagande nr 7). Sökanden har i det avseendet anfört att dessa åtaganden är verkningslösa och hänvisat till den kritik som har framförts angående dem. Särskilt vad gäller åtagande nr 7 har den erinrat om de avsevärda praktiska svårigheter som företagen bakom den alternativa tekniska plattformen FUN haft att få till stånd ett avtal med Kirchkoncernen för att få tillgång till Premiere Worlds program.

— Förstainstansrättens bedömning

- 348 Sökanden har hävdats att kommissionen borde ha krävt ett åtagande av Kirch att dels erbjuda d-box-dekodern till kunder som inte vill abonnera på de betal-TV-program som erbjuds av KirchPayTV, dels göra det möjligt för Kirchs kunder att ta emot dess program med hjälp av andra utrustningar än d-boxen.
- 349 Rätten påpekar i det avseendet att åtagandena nr 1–3, om tillgång för tredje part till Kirchs tekniska plattform, och åtagande nr 7, om tillgång för andra tekniska plattformar till Kirchs betal-TV-tjänster, har till syfte just att säkerställa tillgången för konkurrerande tredje parter. Sökandens anmärkningar angående dessa åtagandens påstådda otillräcklighet för att skingra kommissionens allvarliga tvivel har redan tillbakavisats ovan.
- 350 Det skall vidare konstateras att sökanden varken har styrkt eller ens förklarat varför det, mot bakgrund av de olika åtgärder för att öppna marknaderna som följer av alla de åtaganden som krävs i beslutet, dessutom skulle ha varit nödvändigt att lägga till det åtagande som den har föreslagit.
- 351 Av detta följer att sökanden inte har styrkt att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning och att anmärkningen därför inte kan godtas.
- 352 Denna slutsats påverkas inte av det argument som sökanden anför i sin replik att den tekniska plattformen FUN skulle ha svårigheter att få tillgång till Kirchs betal-TV-program, Premiere World. Åtagandena innehåller nämligen mycket detaljerade föreskrifter om ett skiljedomsförfarande som bland annat gör det möjligt att

anta bindande åtgärder för att lösa problem av detta slag, och om det därvid skulle framkomma att Kirch inte har fullgjort åtagandena har kommissionen möjlighet att återkalla det omtvistade beslutet i enlighet med artikel 8.5 i förordning nr 4064/89.

353 Av det ovan anförda följer att talan inte kan bifallas på den tredje grunden.

4. Den fjärde grunden: ett fel i förfarandet på grund av underlåtelsen att inleda förfarandet enligt artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89

Parternas argument

354 Sökanden anser att kommissionen, enligt artikel 6.2 i koncentrationsförordningen, jämförd med skäl 8 i förordning nr 1310/97, endast kan godta åtaganden under kontrollens första etapp om konkurrensproblemen kan avgränsas tydligt och lösas på ett enkelt sätt och att det bara är i detta fall som kommissionen kan avstå från att inleda det förfarande som avses i artikel 6.1 c i koncentrationsförordningen.

355 I det avseendet har sökanden erinrat om att kommissionen i det omtvistade beslutet givit uttryck för allvarliga tvivel beträffande koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden (se, bland annat, skälen 51 och 80). Den har dessutom hänvisat till sina argument att såväl de konkurrensproblem som koncentrationen gav upphov till som de föreslagna åtagandena är mycket

komplicerade och att de godtagna åtagandena är uppenbart olämpliga. Den har därav dragit slutsatsen att de i förevarande fall uppkomna konkurrensproblemen inte kunde avgränsas tydligt och lösas på ett enkelt sätt och att kommissionen följaktligen inte kunde avstå från att inleda förfarandet enligt artikel 6.1 c i koncentrationsförordningen.

- 356 Sökanden anser att denna underlåtelse att inleda förfarandet i fråga utgör ett fel i förfarandet.
- 357 Den har till stöd för sin uppfattning även hänvisat till förstainstansrättens dom av den 10 maj 2000 i mål T-46/97, SIC mot kommissionen (REG 2000, s. II-2125). Den har anfört att förstainstansrätten i denna dom, som avkunnades inom ramen för ett mål om statligt stöd, ogiltigförklarade kommissionens beslut att vägra att kvalificera den finansiering som en klagande ifrågasatt som statligt stöd utan att inleda det formella förfarandet enligt artikel 88.2 EG. Sökanden har noterat att förstainstansrätten till stöd för denna slutsats angav allvarliga svårigheter med denna kvalificering och den omständigheten att underlåtelsen att inleda det formella förfarandet berövade klaganden möjlighet att delta i förfarandet genom att yttra sig. Sökanden anser att problemet i förevarande fall, trots att det avser kontroll av företagskoncentrationer och inte statligt stöd, i allt väsentligt är jämförbart med detta mål och till och med är ännu mer komplicerat och anser därför att det i förevarande fall hade varit desto nödvändigare att inleda förfarandet.
- 358 Sökanden har noterat att den tolkning av artikel 6.1 c i koncentrationsförordningen som KirchPayTV har föreslagit lämnar skäl 8 i förordning nr 1310/97 och den uppenbara olämpligheten hos de åtaganden som godtagits i förevarande fall utan avseende.
- 359 Som svar på KirchPayTV:s argument att domen i det ovannämnda målet SIC mot kommissionen saknar relevans, bland annat på grund av skillnaderna mellan förfarandet för statligt stöd och det avseende kontroll av företagskoncentrationer,

har sökanden förklarat att underlåtelsen att inleda förfarandet enligt artikel 6.1 c i koncentrationsförordningen bland annat innebar att den berövades de utökade processuella rättigheter som följer av artikel 18.4 i förordning nr 4064/89.

360 Kommissionen och intervenienterna har yrkat att talan inte skall bifallas på denna grund.

Förstainstansrättens bedömning

361 Sökanden har anfört tre argument till stöd för sin grund enligt vilken kommissionen var skyldig att inleda den andra etappen av förfarandet.

362 När det för det första gäller argumentet att kommissionen har fastställt att den planerade koncentrationen gav anledning till allvarliga tvivel, erinrar rätten om att det uttryckligen anges i artikel 6.1 c i koncentrationsförordningen, enligt vilken kommissionen är skyldig att inleda förfarandet om den finner att den anmälda koncentrationen ger anledning till allvarliga tvivel när det gäller dess förenlighet med den gemensamma marknaden, att denna skyldighet gäller utan att det påverkar punkt 2 i den artikeln. Där ges dock kommissionen möjlighet att inte inleda det ovannämnda förfarandet och att förklara koncentrationen förenlig med den gemensamma marknaden om den, sedan de berörda företagen har vidtagit ändringar, finner att en anmäld koncentration inte längre ger anledning till allvarliga tvivel.

363 Av detta följer att den omständigheten att kommissionen ansåg att koncentrationen gav anledning till allvarliga tvivel inte innebär att den var skyldig att inleda den andra etappen av förfarandet, eftersom parterna gjort åtaganden

som gjorde det möjligt att skingra tvivlen. Kommissionen fastslog, i skäl 94 i det omtvistade beslutet, att parternas åtaganden undanröjde de allvarliga tvivlen.

364 Det skall för det andra erinras om att sökandens argument, att kommissionen inte kunde godta åtagandena under den första etappen eftersom konkurrensproblemen inte kunde avgränsas tydligt och att åtagandena inte gjorde det möjligt att undanröja de allvarliga tvivel som den planerade koncentrationen gav anledning till, redan har tillbakavisats i samband med den andra och den tredje grunden.

365 Rätten konstaterar slutligen att det tredje argumentet om jämförelsen med det ovannämnda målet SIC mot kommissionen inte kan godtas, eftersom kommissionens undersökningsförfaranden enligt artikel 6 i koncentrationsförordningen inte kan likställas med dem som genomförs enligt artikel 88 EG.

366 Först och främst skall det särskilt påpekas att berörda tredje parter inte har någon rätt att delta i det inledande skedet av förfarandet i fråga om statligt stöd. Det skall vidare påpekas att om kommissionen under den inledande undersökning som avses i artikel 88 EG finner att projektet utgör ett stöd enligt artikel 87.1 EG och det av den anledningen föreligger tvivel beträffande dess förenlighet med den gemensamma marknaden, är den skyldig att inleda det formella förfarandet. Om kommissionen däremot finner att en koncentration ger anledning till allvarliga tvivel, är den inte skyldig att inleda den andra etappen om ändringarna av koncentrationen eller de berörda företagens åtaganden gör det möjligt att undanröja dessa tvivel, vilket redovisats ovan.

367 Av det ovan anförda följer att talan inte kan bifallas på den fjärde grunden.

5. Den femte grunden: en oacceptabel minskning av tredje parts rätt att delta i förfarandet

Parternas argument

- 368 Sökanden har hävdatt att kommissionen har åsidosatt rätten för tredje part att delta i förfarandet genom att den godtagit åtaganden som de samgående parterna föreslagit så sent att sökanden inte har kunnat ta ställning i tid.
- 369 Sökanden har erinrat om att det i artikel 18.1 i förordning nr 447/98 föreskrivs att åtaganden som har föreslagits till kommissionen av de berörda företagen enligt artikel 6.2 i förordning nr 4064/89, vilka av parterna är avsedda att utgöra grunden för ett beslut enligt artikel 6.1 b i den förordningen, skall lämnas till kommissionen senast tre veckor från det datum då anmälan mottogs.
- 370 Sökanden har tolkat denna bestämmelse så, att den innebär att alla åtaganden som de berörda parterna önskar föreslå måste lämnas till kommissionen senast tre veckor från det datum då anmälan mottogs. Endast mindre, tydligt avgränsade ändringar kan därefter anses godtagbara.
- 371 Sökanden har motiverat denna tolkning med tre argument.

- 372 Den har för det första erinrat om att det framgår av artikel 10.6 i koncentrationsförordningen att om kommissionen inte har fattat något beslut enligt artikel 6.1 b inom sex veckor, skall koncentrationen anses ha förklarats förenlig med den gemensamma marknaden. Den har därav dragit slutsatsen att, om man godtog att de företag som berörs av koncentrationen utan begränsning kan ändra sina åtaganden efter den treveckorsfrist som anges i artikel 18.1 i förordning nr 447/98 om anmälningar, skulle de ha möjlighet att föreslå väsentliga ändringar strax innan de sex veckorna löper ut och på så sätt tvinga kommissionen att godkänna koncentrationen enligt artikel 10.6 i koncentrationsförordningen.
- 373 För det andra motiveras den föreslagna tolkningen med hänsyn till skäl 8 i förordning nr 1310/97, enligt vilket kommissionen endast kan godta åtaganden under förfarandets första etapp när konkurrensproblemet kan avgränsas tydligt och lösas på ett enkelt sätt. Sökanden har i detta avseende även hänvisat till tillkännagivandet om korrigerande åtgärder, i vilket kommissionen i punkt 37 konstaterar att eftersom lösningarna i kontrollens första etapp är utformade för att klara upp ett tydligt avgränsat konkurrensproblem, kan endast ändringar av begränsad karaktär godtas i fråga om de föreslagna åtagandena.
- 374 Sökanden har i det avseendet tillbakavisat KirchPayTV:s argument att de ändringar som syftar till att tredje parts synpunkter skall beaktas inte är något indicium för att de konkurrensproblem som koncentrationen givit upphov till inte kan avgränsas tydligt eller att de inte kan lösas på ett enkelt sätt. Kommissionen har nämligen enligt sökanden bara rätt att ta hänsyn till synpunkter från tredje part för att avkräva parterna ändringar av föreslagna åtaganden om dessa synpunkter ger den anledning att tvivla på att koncentrationen kan förklaras förenlig med den gemensamma marknaden. Stora och frekventa ändringar av åtagandena som föreslås till följd av synpunkter från tredje part återspeglar på så sätt de stora svårigheter som koncentrationen ger upphov till.

- 375 För det tredje bekräftas den föreslagna tolkningen enligt sökanden av den omständigheten att artikel 18.1 i förordning nr 447/98 om anmälningar inte ger kommissionen någon möjlighet att förlänga tidsfristen för att lägga fram åtaganden, till skillnad från punkt 2 i samma artikel angående åtaganden som föreslås under den andra etappen.
- 376 Med hänsyn till det ovan anförda har sökanden följaktligen dragit slutsatsen att kommissionen i princip inte längre kunde beakta ändringar av åtaganden som föreslagits efter den frist som anges i artikel 18.1 i förordning nr 447/98, det vill säga i förevarande fall den 29 februari 2000.
- 377 Sökanden har påpekat att kommissionen likväl efter detta datum beaktat två ändringar av åtagandepaketet, som är väsentliga och som av uppenbara taktiska skäl inte lämnades in förrän strax innan de sex veckor som anges i artikel 10.1 i förordning nr 4064/89 löpte ut.
- 378 Sökanden anser att kommissionen därigenom på ett oacceptabelt sätt har minskat tredje parts rätt att delta i förfarandet. Den anser att detta bekräftas av att den endast fick en tidsfrist på knappt 24 timmar på sig för den första ändringen av åtagandepaketet och att den inte fick möjlighet att lämna synpunkter på den andra ändringen av detta paket.
- 379 Sökanden har förklarat att den inte åberopar åsidosättande av tredje parts rätt att yttra sig. Den anser följaktligen att kommissionens och KirchPayTV:s argument, som syftar till att ifrågasätta att det föreligger en sådan rätt för sökandens del, inte är relevanta. Den har av samma anledning bestritt att KirchPayTV:s hänvisning till artikel 16.1 i förordning nr 447/98 och argumentet att ingen tidsfrist är föreskriven för hörande av tredje part på grundval av artikel 18.4 i förordning nr 4064/89 är relevanta.

- 380 Sökanden har i det sammanhanget gjort gällande att domen i det ovannämnda målet Kaysersberg mot kommissionen, som kommissionen åberopat till stöd för sitt argument att tredje parts rättigheter under förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer är mycket små, inte är relevant eftersom den rörde omständigheter som inträffat innan förordning nr 447/98, och följaktligen artikel 18.1 i denna, där det fastställs en tidsfrist för att föreslå åtaganden, trädde i kraft. Sökanden har i det avseendet påpekat att förstainstansrätten i punkt 141 i den nämnda domen uttryckligen konstaterar att det saknades bestämmelser om en tidsfrist och konstaterar att detta innebar att kommissionen i det fallet inte kunde vägra att bedöma åtaganden även om de föreslagits sent. Sökanden har av detta dragit slutsatsen att det motsatta måste gälla här.
- 381 Kommissionen har med stöd av KirchPayTV yrkat att sökandens argumentation för denna grund skall underkännas.

Förstainstansrättens bedömning

- 382 Rätten erinrar om att de samgående parterna ingav en fullständig anmälan av koncentrationen den 7 februari 2000 och föreslog kommissionen åtaganden den 29 februari 2000 samt två ändrade versioner av dessa den 14 och den 16 mars 2000.
- 383 I artikel 18.1 i förordning nr 447/98 föreskrivs följande: ”Åtaganden som har föreslagits till kommissionen av de berörda företagen enligt artikel 6.2 i förordning ... nr 4064/89, vilka av parterna är avsedda att utgöra grunden för

ett beslut enligt artikel 6.1 b i den förordningen skall lämnas till kommissionen senast tre veckor från det datum då anmälan mottagits.”

384 Eftersom kommissionen i förevarande fall förklarade anmälan fullständig den 7 februari 2000, utlöpte tidsfristen för att föreslå kommissionen åtaganden under etapp I den 29 februari 2000, enligt den beräkningsmetod för tidsfrister som anges i artiklarna 6–9 och 18.3 i förordning nr 447/98. Av detta följer att den ursprungliga versionen av åtagandena ingavs till kommissionen inom den tidsfrist som anges i artikel 18.1 i förordning nr 447/98.

385 Det är dock ostridigt att det inte var den ursprungliga versionen av åtagandena som kommissionen slutligen godtog i det omtvistade beslutet och att parterna ingav både den ändrade och den slutliga versionen av åtagandena efter den 29 februari 2000. Det bör följaktligen prövas huruvida kommissionen hade rätt att godta dessa åtaganden.

386 Förstainstansrätten har i det avseendet redan fastställt att artikel 18.1 i förordning nr 447/98 skall tolkas så, att även om parterna i en koncentration inte kan tvinga kommissionen att beakta åtaganden och ändringar av dessa som inkommit efter treveckorsfristen, bör kommissionen dock, om den anser sig ha tid att pröva dem, kunna godkänna koncentrationen med hänsyn till nämnda åtaganden, även om ändringar har gjorts efter treveckorsfristen (domen i det ovannämnda målet Royal Philips Electronics mot kommissionen, punkt 239).

387 Av detta följer att kommissionen hade rätt att godta den ändrade och den slutliga versionen av åtagandena efter den treveckorsfrist som anges i artikel 18.1 i förordning nr 447/98, eftersom denna tidsfrist inte är bindande för den.

388 Kommissionen har visserligen i punkt 37 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder fastställt följande:

”Om bedömningen visar att de erbjudna åtagandena inte är tillräckliga för att avlägsna de konkurrensproblemen som uppkommit till följd av sammanslagningen, kommer parterna att underrättas om detta. Eftersom lösningarna i etapp I är utformade för att klara upp ett lättidentifierat konkurrensproblem, kan endast ändringar av begränsad karaktär godtas i fråga om de föreslagna åtagandena. Sådana ändringar, presenterade som en direkt reaktion på resultaten av samrådet, omfattar klagöranden och/eller förbättringar som garanterar att åtagandena kan utföras och att de är effektiva.”

389 Detta tillkännagivande skall dock tolkas mot bakgrund av artikel 18.1 i förordning nr 447/98.

390 Av detta följer att kommissionen, om den anser sig ha tid att pröva de ändringar som gjorts av åtagandena efter denna tidsfrist, bör kunna godkänna koncentrationen med hänsyn till de ändrade åtagandena.

391 Det skall under alla omständigheter konstateras att de ändringar som kommissionen i förevarande fall godtagit efter treveckorsfristen var av begränsad karaktär i den mening som avses i punkt 37 i tillkännagivandet, det vill säga de ”presenterade[s] som en direkt reaktion på resultaten av samrådet [och] omfattar klagöranden och/eller förbättringar som garanterar att åtagandena kan utföras och att de är effektiva”.

392 Det skall i detta avseende först och främst påpekas att sökanden i sina skrivelser eller under det muntliga förfarandet varken har styrkt eller ens uppgett vilka

väsentliga ändringar som har gjorts efter treveckorsfristen, utan bara påstått att sådana ändringar gjorts.

- 393 Rent allmänt visar en jämförelse av den ursprungliga versionen av åtagandena, som ingavs inom treveckorsfristen, med den första ändringen av dessa åtaganden och med den slutliga versionen av de åtaganden som kommissionen godtagit, att varken kommissionens övergripande strategi, som syftar till att ge tillträde till marknaden, eller själva huvudinnehållet i de enskilda åtagandena har ändrats. Det framkommer dessutom att den ändrade och den slutliga versionen av åtagandena framstår som en "förbättring" jämfört med den ursprungliga versionen, just med beaktande av synpunkter från tredje part, i synnerhet från sökanden.
- 394 När det gäller de ändringar av den ursprungliga versionen som gjorts i den ändrade versionen avseende de tre första åtagandena angående tredje parts tillgång till Kirchs plattform, innebär dessa bland annat att den kategori som dessa åtaganden riktas till utökas till alla berörda parter och inte längre begränsas till TV-operatörer och att den skyldighet som det berörda KirCHFöretaget har att samarbeta med mottagarna av erbjudandena, vilken inbegriper en skyldighet att lämna information om systemet för villkorad tillgång och om de tekniska tjänsterna inom en månad efter skriftlig begäran av den berörda tredje parten förtydligas.
- 395 När det gäller det fjärde åtagandet om tillgång till Kirchs d-box-system för tredje parts tillämpningar innebär ändringarna i den slutliga versionen i huvudsak att tillgång till d-boxens driftsystem skulle ges via Application Programming Interface, känt under namnet DVB Multimedia Home Platform (MHP) (nedan kallat API), under förutsättning att Kirch och tredje part kommer överens om rättvisa, skäliga och icke-diskriminerande villkor. Dessutom ändrar de nya bestämmelserna om tester av tredje parts tillämpningar inte räckvidden av detta åtagande.

- 396 Det skall följaktligen konstateras att själva huvudinnehållet i åtagandet, som innebär att tillträdet för tredje part till Kirchs d-box-system utökas, är oförändrat och att ändringarna utgör förbättringar i den mening som avses i punkt 37 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder.
- 397 Beträffande det femte åtagandet som rör tillämpningarnas driftskompatibilitet tack vare API utgörs förändringarna i den slutliga versionen endast av en ändring av den tid inom vilken denna driftskompatibilitet skall vara i funktion och en garanti för att ingen ytterligare licens för utveckling av MHP-kompatibla tillämpningar skall begäras.
- 398 Vad gäller det sjätte åtagandet om konkurrerande plattformars driftskompatibilitet är den slutliga versionen av åtagandet endast ett ytterligare förtydligande av de villkor som Kirch uppställer för erbjudandet att ingå Simulcryptavtal med alla leverantörer av system för villkorad digital tillgång. Kirch förbinder sig att göra allt för att garantera att Simulcryptavtalen skall träda i kraft så fort som möjligt och inte längre inom tolv månader. Fullgörandet av detta åtagande är dessutom avhängigt av att leverantören av ett system för villkorad tillgång och Kirch samarbetar "så mycket som är objektivt sett är nödvändigt". Det är ändringar som varken gäller åtagandets art eller dess innehåll.
- 399 Angående det sjunde åtagandet, som rör tillgången till Kirchs betal-TV-tjänster för andra tekniska plattformar, konstaterar rätten att den omständigheten att villkoret om likabehandling av de abonnenter som tar emot television via Kirchs tekniska plattform och de abonnenter som tar emot television via andra plattformar läggs till Kirchs skyldighet att sälja sina betal-TV-tjänster direkt till kunder (eller abonnenter) är en förbättring av den ursprungliga versionen av detta åtagande, men ingen ändring av dess räckvidd eller art.

- 400 Vad gäller ändringarna i det åttonde åtagandet om användning av d-box-systemets teknik av andra konkurrerande plattformar skall det konstateras att de ändringar som gjorts av den ursprungliga versionen är en förbättring av detta åtagande, eftersom villkoren att garantier skulle ställas av tredje part har ersatts med att en licens på skälig och icke-diskriminerande grund skall beviljas alla berörda tredje parter som begär det.
- 401 Vad gäller det nionde åtagandet angående produktion av flersystemsdekodrar innebar ändringarna att räckvidden av Kirchs åtagande förtydligades ytterligare, och de har bidragit till att underlätta tillgången för tredje part. I den ändrade versionen av detta åtagande har Kirch nämligen förbundit sig att inte hindra tillverkarna från att förse sådana dekodrar med ett system för villkorad tillgång för tredje part och att inte vägra att tillhandahålla kunderna (eller abonnenterna) sina betal-TV-tjänster enbart av det skälet att de önskar använda ett d-box-system med en sådan kapacitet. I den slutliga versionen tilläggs att Kirch förbinder sig att inte ålägga tillverkarna andra begränsningar som skulle hindra dem från att tillverka dekodrar som innehåller ytterligare system för villkorad tillgång.
- 402 Endast åtagandena nr 10 och nr 11, som rör övergången från analogt till digitalt system respektive begränsning av ytterligare kapacitet på kabelnäten, tillkom. Jämfört med de nio andra åtagandena kan dock inte detta tillägg anses utgöra en väsentlig ändring, eftersom dessa åtaganden endast har till syfte att utöka tredje parts tillgång till de berörda marknaderna, vilket de nio första åtagandena är avsedda att säkerställa.
- 403 Åtagandet avseende övergången från analogt till digitalt system, som har till syfte att undvika att de berörda tredje parternas verksamhet på marknaden för betal-TV eller interaktiva digitala tjänster hindras på grund av att konsumenterna använder analoga dekodrar som inte passar för denna typ av verksamhet, kan inte

anses som en väsentlig ändring utan, tvärtom, som en förbättring som gör det möjligt att ytterligare öka tredje parts tillgång till Kirchs system.

- 404 Inte heller Kirchs sista åtagande, att till och med den 31 december 2000 inte kräva nya digitala platser på kabelnätet, som syftar till att undvika att Kirchs utbud av betal-TV får en starkare ställning än utbudet från tredje part, kan anses som en väsentlig ändring utan, tvärtom, som en förbättring av den ursprungliga versionen av åtagandena för att de skall bli genomförbara och effektiva.
- 405 Av det ovan anförda framgår att den ändrade versionen av åtagandena och den slutliga versionen av dessa kan anses som ändringar av begränsad karaktär som, enligt punkt 37 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder, kan godtas av kommissionen utanför den frist som anges i artikel 18.1 i förordning nr 447/98.
- 406 Sökanden har dessutom flera gånger i sina yttranden upprepat att de ifrågavarande ändringarna utgjorde "ständiga taktiska ändringar av åtaganden som redan i sin ursprungliga form var totalt olämpliga och otillräckliga". Av dessa påståenden måste slutsatsen dras att sökanden egentligen har opponerat sig mot de ursprungliga åtagandena och inte mot de ändringar som gjordes efter synpunkter från tredje part i syfte att göra dem effektiva och genomförbara, och att varken ändringarnas art eller räckvidd ändrades.
- 407 Av det anförda följer att ändringarna i de ursprungliga åtagandena var av begränsad karaktär i den mening som avses i punkt 37 i tillkännagivandet om korrigerande åtgärder.

- 408 Det bör dock även undersökas huruvida kommissionens godtagande av ändringarna av de ursprungliga åtagandena efter treveckorsfristen, som sökanden har hävdad, har kränkt dess processuella rättigheter.
- 409 Det skall i det avseendet först och främst konstateras att sökanden, innan kommissionen den 29 februari 2000 informerade den om BskyB:s och Kirchs förslag till åtaganden, i sin egenskap av tredje part var inblandad i förfarandet och mottog en begäran om upplysningar från kommissionen daterad den 11 januari 2000, enligt vilken den skulle inkomma med synpunkter angående den planerade koncentrationens återverkningar på konkurrensen. Dessa synpunkter inkom den 14 och den 21 januari 2000 och följdes av ett samtal med generaldirektoratet för konkurrens den 9 februari 2000.
- 410 Förstainstansrätten konstaterar dessutom att sökanden, på begäran av kommissionen, den 22 februari 2000 per post översände en redogörelse för de krav, villkor eller officiella kontraktsevenliga åtaganden som den ansåg nödvändiga med hänsyn till konkurrenslagstiftningen.
- 411 Förstainstansrätten konstaterar även att sökanden, som den har uppgivit i sin ansökan, uppmanades att yttra sig om de ursprungliga åtagandena inom knappt 48 timmar och om den första ändringen av åtagandena inom 24 timmar.
- 412 I sin skrivelse av den 2 mars 2000 anmärkte sökanden således på att de åtaganden som parterna i den planerade koncentrationen hade gjort inte var något annat än ett löfte att inte missbruka KirchPayTV:s dominerande ställning. Sökanden

upprepade på nytt sin synpunkt att koncentrationen, även vid mer långtgående åtaganden, inte var förenlig med gemenskapsrätten.

413 Sökanden hade även möjlighet att inkomma med synpunkter på den första ändringen i sin skrivelse av den 15 mars 2000. Den upprepade återigen sina farhågor att Kirchs dominerande ställning på marknaden för betal-TV i Tyskland skulle förstärkas och att det skulle skapas en monopolliknande ställning med avseende på tillhandahållandet av tekniska plattformar och tjänster. Den begärde också ändringar avseende villkoren för åtagandena i syfte att öka tillträdet till marknaden för andra digital-TV-boxar än d-boxen och att öppna Kirchs system för MHP-standarderna, utan vare sig tidsfrister eller diskriminerande kommersiella villkor eller avgifter.

414 Med hänsyn till det anförda konstaterar rätten att kommissionen har hört tredje part, inklusive sökanden, under den första etappen.

415 Det skall följaktligen fastställas att sökanden verkligen har kunnat göra sin ståndpunkt känd beträffande räckvidden och arten av de åtaganden som den ansåg att de samgående parterna borde göra och som kommissionen borde ålägga dem i form av villkor eller ålägganden.

416 I domen i det ovannämnda målet Kaysersberg mot kommissionen ansåg förstainstansrätten i punkt 119 att det berättigade intresse som en sådan tredje man som sökanden har av att göra gällande sin ståndpunkt beträffande de skadliga effekterna av koncentrationen på konkurrensen fullt ut har skyddats, då tredje man har beretts tillfälle att på grundval av alla uppgifter som kommissionen givit den under det förfarande som inletts med stöd av artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89, och särskilt de erbjudanden om åtaganden som de berörda företagen gjort, göra gällande sin ståndpunkt beträffande de ändringar av den planerade

koncentrationen som avses göras för att undanröja de allvarliga tvivel som föreligger beträffande koncentrationens förenlighet med den gemensamma marknaden. I ett sådant fall finns det nämligen tillräckliga garantier för att de synpunkter som framförts av tredje konkurrerande företag i förekommande fall kan beaktas av kommissionen vid bedömningen av om koncentrationen är förenlig med gemenskapsrätten, och särskilt för att avgöra om de åtaganden som föreslagits av de berörda företagen förefaller tillräckliga i detta syfte.

- 417 Vad gäller den omständigheten att sökanden inte hade mer än knappt 24 timmar på sig för att kommentera de första ändringarna i de ursprungliga åtagandena skall det understrykas att det i artikel 18.4 i förordning nr 4064/89 och i förordning nr 447/98 inte föreskrivs någon särskild skyldighet beträffande längden på den tidsfrist som kommissionen fastställer. I det sammanhanget har förstainstansrätten tidigare i domen i det ovannämnda målet Kaysersberg mot kommissionen slagit fast följande:

”[...] enbart den omständigheten att sökanden endast gavs en tidsfrist om två arbetsdagar för att inge sitt yttrande om de ändringar som [parterna] föreslagit i fråga om koncentrationen, [är] inte i förevarande fall ... av sådan art att det skall anses visat att kommissionen har åsidosatt dennes rätt att höras enligt artikel 18.4 i förordning nr 4064/89. Även om en berörd tredje mans legitima intresse av att höras kan fordra att det uppställs en skälig tidsfrist för detta, bör ett sådant krav anpassas till kravet på skyndsamhet, vilket präglar den allmänna systematiken i förordning nr 4064/89 och fordrar att kommissionen iakttar strikta tidsfrister då det slutliga beslutet fattas för att koncentrationen inte skall förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden.”

- 418 Av samma skäl och a fortiori när det gäller ett beslut av kommissionen som fattats under etapp I kan inte den omständigheten att sökanden inte hade mer än knappt 24 timmar på sig för att kommentera de ändringar i de ursprungliga åtagandena som den hade kännedom om påverka beslutets lagenlighet.

- 419 Sökanden har inte heller anfört någonting som bevisar på vilket sätt en längre tidsfrist hade givit den möjlighet att lämna fler synpunkter angående den första ändringen av de åtaganden som B Sky B och Kirch hade föreslagit för att meddela om den ansåg att åtagandena var tillräckliga eller inte. Den har nöjt sig med att kritisera kommissionen för att den beviljade tidsfristen var otillräcklig. Det skall i det avseendet påpekas att sökandens kritik vid förstainstansrätten i allt väsentligt är densamma som den som uttalades under det administrativa förfarandet.
- 420 Av detta följer att anmärkningen att sökanden inte givits en tillräcklig tidsfrist för att lämna synpunkter på de åtaganden som de samgående parterna föreslagit och på ändringarna av dessa är ogrundad.
- 421 När det gäller anmärkningen att sökanden inte fick kännedom om den andra ändringen och att den följaktligen inte kunde anföra sina synpunkter på dessa ändringar i de ursprungliga åtagandena skall det först och främst erinras om att sökanden, såsom ovan har slagits fast, kunde göra sin ståndpunkt känd beträffande räckvidden och arten av de åtaganden som den ansåg att de samgående parterna borde göra och att kommissionen borde ålägga dem i form av villkor eller ålägganden för att koncentrationen skulle anses vara förenlig med den gemensamma marknaden.
- 422 Det framgår dessutom av domen i det ovannämnda målet Kaysersberg mot kommissionen (punkt 120) att artikel 18.4 i förordning nr 4064/89 inte medför någon skyldighet för kommissionen att under etapp II till tredje man med ett berättigat intresse i saken för yttrande översända den slutliga versionen av de berörda företagens åtaganden som gjorts på grundval av kommissionens invändningar till följd av bland annat yttranden från tredje man beträffande de ifrågavarande företagens förslag till åtaganden.

- 423 Detta gäller a fortiori ett beslut av kommissionen som fattats under etapp I.
- 424 När det gäller sökandens anmärkning att tidsfristen för att lämna synpunkter var otillräcklig har sökanden inte heller anfört någonting som visar vilka synpunkter den hade kunnat lämna på den andra ändringen.
- 425 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på denna grund.
- 426 Av det ovan anförda följer att talan skall ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

- 427 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen och intervenienterna, KirchPayTV och BSKyB, har yrkat att sökanden, förutom att bära sin rättegångskostnad, skall förpliktas att ersätta deras rättegångskostnader. Eftersom sökanden har tappat målet, skall kommissionens och intervenienternas yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen) (tredje avdelningen)

följande dom:

- 1) Talan ogillas.
- 2) Sökanden skall bära sin rättegångskostnad och ersätta kommissionens och intervenienternas, KirchPayTV och BSKyB, rättegångskostnader.

Jaeger

Lenaerts

Azizi

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 30 september 2003.

H. Jung

Justitiesekreterare

K. Lenaerts

Ordförande

Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser	II - 3834
Bakgrund till tvisten	II - 3836
Det omtvistade beslutet	II - 3839
1. Marknaden för betal-TV	II - 3839
2. Marknaden för interaktiva digital-TV-tjänster	II - 3842
3. Marknaden för förvärv av sändningsrättigheter	II - 3843
4. Åtagandena	II - 3844
Förfarandet och parternas yrkanden	II - 3844
Upptagande till sakprövning	II - 3846
1. Sökandens talerätt	II - 3846
Parternas argument	II - 3846
Förstainstansrättens bedömning	II - 3850
Förekomsten av en viss konkurrens mellan gratis-TV och betal-TV	II - 3855
Framtida konvergens mellan gratis-TV och betal-TV på grund av digitaliseringen	II - 3856
Koncentrationens inverkan på de interaktiva digital-TV-tjänsterna	II - 3857
— Sökandens medlemskap i FUN	II - 3858
Förvärvet av sändningsrättigheter	II - 3858
2. Villkoren i artikel 44.1 i rättegångsreglerna	II - 3860
Prövning i sak	II - 3860
1. Den första grunden: en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna med avseende på artikel 2.3 och 2.4 iförordning nr 4064/89	II - 3861
Parternas argument	II - 3861
Förstainstansrättens bedömning	II - 3864

2.	Den andra grunden: åsidosättande av artikel 6.2 i förordning nr 4064/89 ..	II - 3869
	Parternas argument	II - 3869
	Förstainstansrättens bedömning	II - 3877
3.	Den tredje grunden: otillräckliga åtaganden	II - 3883
	Synpunkter som är gemensamma för alla åtagandena	II - 3884
	Parternas argument	II - 3884
	Förstainstansrättens bedömning	II - 3886
	Särskilda synpunkter på olika åtaganden	II - 3892
	Tillgång för tredje part till Kirchplattformen (åtagandena nr 1–3)	II - 3892
	— Parternas argument	II - 3892
	— Förstainstansrättens bedömning	II - 3894
	Att ge tillgång till Kirchs d-box-system för tredje parts tillämpningar (åtagande nr 4)	II - 3896
	— Parternas argument	II - 3896
	— Förstainstansrättens bedömning	II - 3898
	Tillämpningarnas driftskompatibilitet (åtagande nr 5)	II - 3901
	— Parternas argument	II - 3901
	— Förstainstansrättens bedömning	II - 3901
	Driftskompatibilitet mellan konkurrerande plattformar (åtagande nr 6)	II - 3903
	— Parternas argument	II - 3903
	— Förstainstansrättens bedömning	II - 3905
	Tillgång till Kirchs betal-TV-tjänster för andra tekniska plattformar (åta- gande nr 7)	II - 3906
	— Parternas argument	II - 3906
	— Förstainstansrättens bedömning	II - 3908
	Användning av d-box-systemets teknik av andra konkurrerande plattformar (åtagande nr 8)	II - 3909
	— Parternas argument	II - 3909
	— Förstainstansrättens bedömning	II - 3912
		II - 3949

Produktion av så kallade flersystemsdekodrar (åtagande nr 9)	II - 3913
— Parternas argument	II - 3913
— Förstainstansrättens bedömning	II - 3914
Övergång från analogt till digitalt system (åtagande nr 10)	II - 3915
— Parternas argument	II - 3915
— Förstainstansrättens bedömning	II - 3916
Begränsning av ytterligare kapacitet på kabelnäten (åtagande nr 11)	II - 3916
— Parternas argument	II - 3916
— Förstainstansrättens bedömning	II - 3917
Synpunkter angående avsaknaden av vissa absolut nödvändiga åtaganden .	II - 3918
Avsaknad av ett åtagande som syftar till att förse d-box-dekodern med ett gemensamt gränssnitt	II - 3919
— Parternas argument	II - 3919
— Förstainstansrättens bedömning	II - 3921
Avsaknad av ett åtagande avseende eventuella förbindelser mellan Beta-Research och Deutsche Telekom	II - 3923
— Parternas argument	II - 3923
— Förstainstansrättens bedömning	II - 3924
Avsaknad av ett åtagande om en uppdelning av program, teknik och utrustning	II - 3925
— Parternas argument	II - 3925
— Förstainstansrättens bedömning	II - 3927
4. Den fjärde grunden: ett fel i förfarandet på grund av underlåtelsen att inleda förfarandet enligt artikel 6.1 c i förordning nr 4064/89	II - 3928
Parternas argument	II - 3928
Förstainstansrättens bedömning	II - 3930
5. Den femte grunden: en oacceptabel minskning av tredje parts rätt att delta i förfarandet	II - 3932
Parternas argument	II - 3932
Förstainstansrättens bedömning	II - 3935
Rättegångskostnader	II - 3946