

ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer)
30 september 2003 *

In zaak T-158/00,

Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD), gevestigd te Keulen (Duitsland), vertegenwoordigd door P. Mailänder en A. Bartosch, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door P. Wiedner als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

* Procestaal: Duits.

ondersteund door

KirchPayTV GmbH & Co. KGaA, gevestigd te Unterföring (Duitsland), vertegenwoordigd door K. Metzloff, advocaat, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

en door

British Sky Broadcasting Group plc (BSkyB), gevestigd te Isleworth (Verenigd Koninkrijk), vertegenwoordigd door S. Wisking en D. Livingston, solicitors, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

interveniënten,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van beschikking SG (2000) D/102552 van de Commissie van 21 maart 2000 (zaak COMP/JV.37), waarbij de concentratie waarbij BSkyB de gezamenlijke zeggenschap over KirchPayTV heeft verworven, overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub b, van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989, betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB L 395, blz. 1), verenigbaar met de gemeenschappelijke markt en met de overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte wordt verklaard,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

samengesteld als volgt: M. Jaeger, kamerpresident, K. Lenaerts en J. Azizi, rechters,

griffier: D. Christensen, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 9 januari 2002,

het navolgende

Arrest

Rechtskader

- 1 Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [PB L 395, blz. 1, zoals gerectificeerd in PB 1990, L 257, blz. 13, en zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1), hierna: „verordening nr. 4064/89” ofwel „concentratieverordening”], is op grond van artikel 1 ervan van toepassing op alle concentraties die een communautaire dimensie in de zin van de leden 2 en 3 van het genoemde artikel hebben.
- 2 Op grond van artikel 6, lid 1, sub b, van verordening nr. 4064/89 besluit de Commissie, indien zij constateert dat de aangemelde concentratie weliswaar binnen het toepassingsgebied van de verordening valt maar er geen ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, zich er niet tegen te verzetten, en verklaart zij deze concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt (hierna: „fase I”).
- 3 Artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 bepaalt daarentegen, dat indien de Commissie constateert dat de aangemelde concentratie binnen het toepassingsgebied van deze verordening valt en er ernstige twijfel bestaat over haar verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt, zij beslist de procedure in te leiden (hierna: „fase II”).

- 4 Artikel 6, lid 2, van de genoemde verordening luidt als volgt:

„Indien de Commissie constateert dat er, ingevolge door de betrokken ondernemingen aangebrachte wijzigingen, niet langer ernstige twijfel in de zin van lid 1, sub c, bestaat ten aanzien van een aangemelde concentratie, kan zij besluiten de concentratie verenigbaar te verklaren met de gemeenschappelijke markt overeenkomstig lid 1, [sub] b.

De Commissie kan aan haar beschikking krachtens lid 1, [sub] b, voorwaarden en verplichtingen verbinden die moeten waarborgen dat de betrokken ondernemingen de verbintenissen nakomen die zij tegenover de Commissie zijn aangegaan om de concentratie verenigbaar te maken met de gemeenschappelijke markt.”

- 5 Op grond van artikel 18, lid 1, van verordening (EG) nr. 447/98 van de Commissie van 1 maart 1998 betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig verordening nr. 4064/89 (PB L 61, blz. 1), moeten „[d]e verbintenissen die door de betrokken ondernemingen overeenkomstig artikel 6, lid 2, van verordening (EEG) nr. 4064/89 aan de Commissie worden voorgesteld met het doel een beschikking op grond van artikel 6, lid 1, sub b, van die verordening te verkrijgen, [...] binnen drie weken na de datum van ontvangst van de aanmelding bij de Commissie worden ingediend”.
- 6 In haar mededeling betreffende op grond van verordening nr. 4064/89 en verordening nr. 447/98 aanvaardbare corrigerende maatregelen (PB 2001, C 68, blz. 3; hierna: „mededeling betreffende corrigerende maatregelen”) geeft de Commissie aan, welke richtsnoeren zij met betrekking tot verbintenissen wil gaan volgen.

De feiten die aan het geschil ten grondslag liggen

- 7 Op 22 december 1999 hebben de ondernemingen British Sky Broadcasting Group plc (hierna: „BSkyB”) en Kirch Vermögensverwaltungs GmbH & Co KG (hierna: „KVV”) een concentratievoornemen bij de Commissie aangemeld overeenkomstig artikel 4 van verordening nr. 4064/89, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 (PB L 180, blz. 1, gerectificeerd in PB 1998, L 40, blz. 17; hierna: „verordening nr. 1310/97”). Dit voornemen betrof de verwerving door BSkyB, gezamenlijk met KVV, van de zeggenschap over de onderneming KirchPayTV GmbH & Co KGaA (hierna: „KirchPayTV”).
- 8 De Britse onderneming BSkyB is actief op het gebied van de media, met name op het gebied van analoge en digitale televisiediensten die in het Verenigd Koninkrijk en in Ierland via de satelliet en de kabel worden uitgezonden, en daarnaast op het gebied van de digitale terrestrische televisie in het Verenigd Koninkrijk. BSkyB exploiteert haar eigen betaaltelevisiekanalen, hetzij rechtstreeks, hetzij via ondernemingen die de uitzending per kabel of per antenne verzorgen. Bovendien heeft zij een deelneming in British Interactive Broadcasting/Open, dat digitale interactieve televisiediensten in het Verenigd Koninkrijk aanbiedt. Tot slot levert BSkyB een reeks diensten die met televisie verband houden.
- 9 Ten tijde van de aanmelding was BSkyB in Duitsland niet actief op de markten van de betaaltelevisie, de digitale interactieve televisie en de acquisitie van televisierechten.
- 10 KirchPayTV, een Duitse vennootschap, stond ten tijde van de aanmelding geheel onder zeggenschap van KVV, zelf een 100 % dochteronderneming van de Kirch-groep, een mediagroep die actief was op de gebieden van de gratis televisie,

de handel in rechten van sportprogramma's en fictionele werken, de productie van films en televisieuitzendingen, televisie voor ondernemingen, betaaltelevisie en de verrichting van technische diensten in verband met betaaltelevisie.

- 11 De aanmelding van het concentratievoornemen van 22 december 1999 is gepubliceerd in het Publicatieblad van 11 januari 2000 (PB C 7, blz. 5). Op dezelfde dag heeft verzoekster van de Commissie een verzoek om inlichtingen ontvangen, op grond waarvan zij vóór 14 januari 2000 haar opmerkingen moest indienen over de gevolgen van het concentratievoornemen voor de mededinging.

- 12 Verzoekster heeft de Commissie binnen de gestelde termijn meegedeeld dat de betrokken voorgenomen concentratie naar haar mening zou leiden tot een versterking van de machtspositie van KirchPayTV op de markten van de betaaltelevisie, de acquisitie van programmarechten en de verrichting van technische diensten in verband met betaaltelevisie, alsmede tot het ontstaan van een machtspositie op de markt van digitale interactieve televisiediensten. Ook sprak verzoekster haar vrees uit dat door de samenwerking tussen Kirch en BSkyB de verticale integratie van de deelnemende ondernemingen op de betrokken markten zou worden versterkt, en de concurrentie tussen lidstaten, met name op het gebied van de acquisitie van televisieprogramma's en van de digitale interactieve televisiediensten, zou worden beperkt.

- 13 Op 21 januari 2000 heeft verzoekster de Commissie aanvullende en nadere opmerkingen over het onderwerp toegestuurd. Zij concludeerde hierin dat de Commissie de aangemelde concentratie moest verbieden op grond dat deze onverenigbaar was met de interne markt. Subsidiair stelde zij dat een eventuele toestemming voor de concentratie aan minimumeisen en -voorwaarden moest worden verbonden.

- 14 Bij brief van 22 februari 2000 heeft verzoekster de Commissie desgevraagd meegedeeld, welke eisen, voorwaarden of publieke contractuele verbintenissen zij uit mededingingsrechtelijk oogpunt in de betrokken concentratieprocedure noodzakelijk achtte.
- 15 Zij herhaalde haar standpunt, inhoudende dat niet aan de voorwaarden voor toestemming voor de concentratie was voldaan, en formuleerde subsidiair een aantal voorstellen voor verbintenissen die de partijen in de concentratieprocedure naar haar mening in ieder geval moesten aanvaarden.
- 16 De bij de concentratie betrokken partijen hebben de Commissie een pakket verbintenissen doen toekomen en de Commissie heeft verzoekster op 29 februari 2000 gevraagd om haar opmerkingen over deze verbintenissen uiterlijk op 2 maart 2000 in te dienen.
- 17 In haar antwoord van 2 maart 2000 heeft verzoekster tegen deze verbintenisvoorstellen als kritiek geuit dat deze niet meer inhouden dan de belofte om de machtspositie van KirchPayTV niet te misbruiken.
- 18 Op 14 maart 2000 heeft de Commissie verzoekster gevraagd om uiterlijk op 15 maart 2000 om 13 uur haar opmerkingen in te dienen over een eerste gewijzigde versie van het pakket verbintenissen. Verzoekster heeft een beknopt commentaar ingediend.
- 19 De Commissie heeft verzoekster niet op de hoogte gesteld van een tweede gewijzigde versie van het verbintenissenpakket en heeft haar ook niet verzocht om er haar opmerkingen over te maken; verzoekster vernam op 18 maart 2000 via een derde van het bestaan ervan.

- 20 Bij beschikking van 21 maart 2000 (hierna: „bestreden beschikking”) heeft de Commissie de betrokken concentratie met toepassing van artikel 6, lid 1, sub b, en artikel 6, lid 2, van verordening nr. 4064/89 en artikel 57 van de overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER-overeenkomst), onder bepaalde voorwaarden goedgekeurd.

De bestreden beschikking

- 21 In de bestreden beschikking heeft de Commissie onderzocht welke gevolgen de concentratie zou hebben voor de drie betrokken markten: betaaltelevisie, digitale interactieve televisie en acquisitie van televisierechten.

1. De betaaltelevisiemarkt

- 22 Volgens de punten 23 tot en met 27 van de bestreden beschikking vormt de markt van de betaaltelevisie een afzonderlijke markt, los van die van de gratis televisie, dat wil zeggen de door reclame gefinancierde commerciële televisie en de door heffingen en reclame-inkomsten gefinancierde publieke televisie. Volgens de Commissie heeft de betaaltelevisiemarkt een nationale dimensie.
- 23 In de bestreden beschikking stelt de Commissie vast dat KirchPayTV via de vennootschap Premiere vrijwel een monopolie op de verrichting van betaaltelevisiediensten in Duitsland heeft. Ook stelt zij vast dat BSkyB een machtspositie op de betaaltelevisiemarkt in het Verenigd Koninkrijk heeft. In punt 51 komt de Commissie tot de slotsom dat de concentratie ernstige twijfel oproept

over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, aangezien de machtspositie van KirchPayTV op de betaaltelevisiemarkt in Duitsland wordt versterkt. De Commissie is namelijk van mening dat KirchPayTV door de inbreng van de financiële middelen en de knowhow van BSkyB haar machtspositie op de markt kan handhaven. In dit verband overweegt zij het volgende:

„Inbreng van financiële middelen en knowhow

50. De partijen zelf erkennen dat KirchPayTV 'een injectie van aanzienlijke middelen' nodig heeft om haar activiteiten te ontwikkelen. Zij schatten de totale voor KirchPayTV benodigde investeringen op [...], terwijl de gecumuleerde verliezen [...] bedragen. KirchPayTV stelt in haar aanmelding echter dat zij de benodigde fondsen niet op de vrije markt heeft kunnen werven. Naast geld brengt BSkyB een schat aan knowhow op het gebied van marketing en distributie in, waaraan KirchPayTV, zoals sommige marktdeelnemers tegenover de Commissie hebben geopperd, dringend behoefte heeft.

Gezien de hoge exploitatiekosten op deze markt, en met name de noodzaak om diensten de eerstkomende jaren te digitaliseren, betwijfelt de Commissie ten zeerste of KirchPayTV zonder deze operatie haar positie op de Duitse betaaltelevisiemarkt zou kunnen handhaven. Indien zij bijvoorbeeld haar betaaltelevisiediensten niet in overeenstemming met de verwachtingen van de markt moderniseert, of haar controle over de voor betaaltelevisie noodzakelijke inhoud niet kan handhaven, kan dit de voorwaarden voor toetreding tot de markt op middellange termijn voor een derde partij aanzienlijk verbeteren. Zoals in artikel 2, lid 1, sub b, van de concentratieverordening wordt verklaard, zijn de economische en financiële macht van de partijen factoren waarmee de Commissie rekening moet houden bij de beoordeling van de gevolgen die een concentratie voor de mededinging heeft. Ook moet worden opgemerkt dat de Commissie in een aantal beschikkingen heeft verklaard dat de samenvoeging van grotere financiële middelen door een concentratie ertoe kan leiden dat een machtspositie wordt geschapen of versterkt.”

24 Overigens heeft de Commissie in de punten 52 tot en met 72 van de bestreden beschikking ook de kwestie van de uitschakeling van potentiële mededinging onderzocht. In dit verband is zij in punt 54 tot de conclusie gekomen, dat noch BSkyB, noch enige andere onderneming op „korte of middellange termijn” haar entree op de Duitse betaaltelevisiemarkt zou kunnen maken. Deze conclusie is gebaseerd op de volgende vier hoofdredenen:

- de dominantie van de gratis televisie in Duitsland belemmert een significante ontwikkeling van de betaaltelevisie;

- Kirch heeft via BetaResearch de controle over de decoderingsinfrastructuur (met de zogenaamde „d-box”) en de voor de toegangscontrole in Duitsland noodzakelijke technologie;

- BSkyB beschikt niet over adequate programma’s voor de Duitse markt;

- voor toetreding tot de Duitse betaaltelevisiemarkt zijn enorme financiële middelen noodzakelijk.

25 In punt 70 van de bestreden beschikking heeft de Commissie dan ook geconcludeerd dat BSkyB geen potentiële toetredster tot de betrokken markt was.

2. De markt van de digitale interactieve televisiediensten

- 26 In de bestreden beschikking wordt vastgesteld dat op het ogenblik in Duitsland geen digitale interactieve televisiediensten worden aangeboden. De Commissie vermeldt echter dat KirchPayTV in de nabije toekomst op deze markt actief zal worden. De Commissie stelt ook vast dat ten minste vier andere ondernemingen hun entree op de markt in de nabije toekomst voorbereiden, namelijk Bertelsmann, verzoekster, UPC en de Primacom group. BSkyB is de enige onderneming in Europa met rechtstreekse ervaring op de markt van de digitale interactieve televisiediensten.
- 27 De deelnemers op deze markt zijn in beginsel niet de leveranciers van de aangeboden producten en diensten die door de consument worden gekocht. De marktdeelnemers leveren een „platform” waarop de verkopers of aanbieders van inhoud („content”) en diensten, deze promoten en verkopen. Daarom zijn het die verkopers die in de eerste plaats voor de vraag en dus voor de inkomsten van de marktdeelnemers zorgen. De diensten die doorgaans via digitale interactieve televisie kunnen worden aangeboden, zijn vooral thuis bankieren, thuis winkelen, vakantie- en reisdiensten.
- 28 De Commissie constateert weliswaar dat de markt van digitale interactieve televisiediensten is onderscheiden van de betaaltelevisiemarkt, maar merkt op dat de laatstgenoemde markt een „hefboom” voor de digitale interactieve televisiediensten kan vormen. Aangezien de betaaltelevisie exclusieve programma’s aanbiedt, kunnen de marktdeelnemers hiermee een aanzienlijk aantal televisiekijkers met een bovengemiddeld inkomen aantrekken. Het zijn twee afzonderlijke, maar complementaire markten. Ook hier is de geografische markt een nationale markt.
- 29 Wat de digitale interactieve televisiediensten betreft, constateert de Commissie dat Kirch de in Duitsland belangrijkste decoderings-infrastructuur (de d-box)

beheerst, die ook noodzakelijk is voor de verrichting van digitale interactieve televisiediensten, en daarom reeds een belangrijk concurrentievoordeel voor de aanbidding van deze diensten heeft. Volgens de Commissie kan de concentratie het ontstaan van een machtspositie nog verder in de hand werken, aangezien BSKyB de noodzakelijke financiële middelen en de op de Britse markt verworven knowhow inbrengt. De Commissie spreekt dan ook eveneens op dit punt ernstige twijfel uit over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt.

3. De markt van de acquisitie van uitzendrechten

- 30 Volgens de bestreden beschikking zijn films en sportevenementen de speerpunten van betaaltelevisie en is het bezit van de intellectuele-eigendomsrechten op deze producten noodzakelijk om programma's aan te bieden die voldoende aantrekkelijk zijn opdat potentiële abonnees voor de ontvangst van televisiediensten willen betalen.
- 31 De acquisitie van uitzendrechten gebeurt nog op nationaal niveau of per taalgebied, in dit geval de Duitse of de Duitstalige markt. Bepaalde rechten van sportevenementen worden daarentegen voor heel Europa aangeworven en vervolgens per land doorverkocht. Er kan dus een afzonderlijke geografische markt voor de paneuropese rechten van sportwedstrijden zijn. Toch hoeft de markt volgens de Commissie in het onderhavige geval niet nader te worden afgebakend.
- 32 De Commissie heeft in de bestreden beschikking vastgesteld dat Kirch de markt van acquisitie van de rechten in Duitsland domineerde (door middel van exclusieve overeenkomsten op lange termijn), terwijl BSKyB deze markt in het Verenigd Koninkrijk domineerde.

- 33 De Commissie heeft geen twijfel geuit met betrekking tot de markt van acquisitie van televisierechten. Met name acht zij de cumulatie van de acquisities door respectievelijk KirchPayTV en BSKyB onwaarschijnlijk.

4 De verbintenissen

- 34 Gezien de door de partijen voorgestelde verbintenissen — die volgens de Commissie haar ernstige twijfel over de verenigbaarheid van de concentratie met de interne markt met betrekking tot de gevolgen ervan voor de betaaltelevisie-markt en de markt van de digitale interactieve televisiediensten konden wegnemen — heeft de Commissie de concentratie overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub b, van verordening nr. 4064/89 toegestaan.

Procesverloop en conclusies van partijen

- 35 Bij op 13 juni 2000 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.
- 36 Bij op 29 september 2000 ter griffie van het Gerecht neerlegde akte heeft KirchPayTV verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie. Bij beschikking van 11 december 2000 is dit verzoek ingewilligd.
- 37 Bij op 23 november 2000 ter griffie van het Gerecht neerlegde akte heeft BSKyB verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie. Bij beschikking van 19 februari 2001 is dit verzoek ingewilligd.

38 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

- de beschikking van de Commissie van 21 maart 2000 in zaak COMP/JV.37 nietig te verklaren;

- de Commissie te verwijzen in de kosten.

39 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep niet-ontvankelijk of, subsidiair, ongegrond te verklaren;

- verzoekster te verwijzen in de kosten.

40 KirchPayTV concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep niet-ontvankelijk of, subsidiair, ongegrond te verklaren;

- verzoekster te verwijzen in de kosten.

41 BSKyB concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet-ontvankelijk of, subsidiair, ongegrond te verklaren;

— verzoekster te verwijzen in de kosten, met inbegrip van die van BSKyB.

Ontvankelijkheid

1. *Verzoeksters bevoegdheid om het beroep in te stellen*

Argumenten van partijen

42 Verzoekster stelt dat zij door de bestreden beschikking rechtstreeks en individueel wordt geraakt in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG.

43 De Commissie zegt te betwijfelen of verzoekster individueel door de bestreden beschikking wordt geraakt.

- 44 Zij betoogt dat deelname aan de administratieve procedure, zelfs op verzoek van de Commissie, op zichzelf nog geen grond is dat de onderneming individueel door de bestreden beschikking wordt geraakt, vooral indien, zoals in het onderhavige geval, een groot aantal andere ondernemingen tijdens de procedure eveneens een standpunt heeft kenbaar gemaakt of door de Commissie is geraadpleegd. Het onderzoek van een concentratie impliceert per definitie regelmatige contacten met talrijke ondernemingen.
- 45 De Commissie betoogt dat verzoekster op het ogenblik slechts actief is op de markt van de gratis televisie, waarop de bestreden beschikking geen betrekking heeft. De door verzoekster ingeroepen verplichtingen om doelstellingen te bereiken voor de toepassing van digitale distributietechnologie, betreft dan ook in elk geval alleen die markt.
- 46 Daarentegen blijkt nergens uit dat verzoekster van plan is om toe te treden tot de betaaltelevisiemarkt, waarop de bestreden beschikking betrekking heeft. Zij kan dus zelfs niet als een potentiële concurrent op deze markt worden beschouwd.
- 47 Zij kan hooguit op de toekomstige markt van digitale interactieve televisiediensten als een potentiële concurrent worden beschouwd. Als zodanig is zij echter slechts één van de vele potentiële concurrenten op deze toekomstige markt. Hieraan wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat zij betrokken is bij de ontwikkeling van een concurrerend technisch platform.
- 48 Op verzoeksters argument dat zij individueel door de bestreden beschikking wordt geraakt omdat de versterking van de dominante positie op de markt van de betaaltelevisie gevolgen heeft voor de positie van de belanghebbenden op de markt van de technische diensten voor de digitale televisie, en daardoor dus ook

op de markt van de gratis digitale televisie, antwoordt de Commissie, dat volgens de rechtspraak het feit enkel een concurrent te zijn — bovendien slechts een potentiële — op een in de bestreden beschikking onderzochte markt, op zichzelf onvoldoende is om individueel te zijn geraakt, zodat dit zeker het geval is voor een onderneming die actief is op een markt die zelfs niet onder de beschikking valt.

- 49 Wat de aangepane verbintenissen van de partijen bij de concentratie betreft, betoogt de Commissie dat indien verzoekster zich als rechthebbende beschouwt, dit ook geldt voor derden die zich op deze verbintenissen willen beroepen.
- 50 De Commissie concludeert dat verzoekster slechts een van de vele ondernemingen is die potentiële concurrenten of klanten van de bij de concentratie betrokken ondernemingen zijn. Haar situatie verschilt dus niet van die van alle ondernemingen die als (potentiële) concurrenten van KirchPayTV kunnen worden beschouwd of die op aangrenzende markten opereren. Verzoekster is dus niet de enige concurrente van de bij de concentratie betrokken ondernemingen, in tegenstelling tot de verzoekster in de zaak die heeft geleid tot de arresten Air France I (arrest Gerecht van 19 mei 1994, Air France/Commissie, „Air France I”, T-2/93, Jurispr. blz. II-323, punt 82) en Air France II (arrest Gerecht van 24 maart 1994, Air France/Commissie, „Air France II”, T-3/93, Jurispr. blz. II-121, punt 45). Bovendien wordt haar situatie niet — zoals die van verzoekster in de zaak die heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest Air France I (punt 82) — in het kader van de betrokken concentratie duidelijk gekarakteriseerd ten opzichte van die van andere ondernemingen in dezelfde sector.
- 51 KirchPayTV betwist dat verzoekster door de bestreden beschikking rechtstreeks wordt geraakt. Uit het reeds aangehaalde arrest Air France I (punt 80) leidt zij af dat voor het rechtstreeks geraakt zijn in de zin van artikel 230, vierde alinea, EG, noodzakelijk is dat de betrokkene actief is op de markten waarop de bestreden beschikking betrekking heeft. De bestreden beschikking treft verzoekster slechts voorzover het gaat om haar positie op de markt van de gratis digitale televisie, waarop zij een potentieel concurrente is, maar waarop de bestreden beschikking geen betrekking heeft.

- 52 KirchPayTV betwist ook dat verzoekster door de bestreden beschikking individueel wordt geraakt.
- 53 In dit verband betoogt zij in de eerste plaats dat de loutere deelname aan de administratieve procedure niet voldoende is om verzoekster te individualiseren.
- 54 Het doel van het stellen van eisen ten aanzien van de bevoegdheid om een beroep tot nietigverklaring in te stellen — namelijk beroepen slechts in beperkte mate toe te laten — zou niet meer worden bereikt indien de loutere deelname aan een concentratieprocedure als een toereikend criterium zou moeten worden beschouwd. Gezien het grote aantal deelnemers in deze procedures zouden er erg veel personen bevoegd zijn om beroep in te stellen.
- 55 KirchPayTV betwist in de tweede plaats, dat de verbintenissen die door de partijen bij de concentratie worden aangeboden, verzoekster individualiseren. Deze verbintenissen kunnen namelijk aan een groot aantal concurrenten ten goede komen, en dus niet alleen aan verzoekster.
- 56 In de derde plaats betwist KirchPayTV dat verzoeksters deelname aan het samenwerkingsverband Free Universe Network (hierna: „FUN”) haar individualiseert. FUN is namelijk geen potentieel concurrerend technisch platform, maar een eenvoudige belangengemeenschap die als doel heeft, bepaalde technische oplossingen voor de exploitatie van technische platforms ingang te doen vinden. Als eenvoudige belangengemeenschap kan zij dus niet individueel door de bestreden beschikking worden geraakt. Uit verzoeksters loutere deelname aan deze belangengemeenschap kan dus zeker niet worden afgeleid dat zij door deze beschikking individueel wordt geraakt.

- 57 In de vierde plaats stelt KirchPayTV vast dat verzoekster een samenwerkingsverband van publieke omroepmaatschappijen vormt. Volgens vaste rechtspraak wordt de vereniging die is opgericht ter behartiging van de collectieve belangen van de groep, niet individueel geraakt door een handeling die de collectieve belangen van de groep treft (beschikking Hof van 18 december 1997, Sveriges Betodlares en Henrikson/Commissie, C-409/96 P, Jurispr. blz. I-7531, punt 45, en arrest Gerecht van 11 februari 1999, Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt Unternehmen en Hapag-Lloyd/Commissie, T-86/96, Jurispr. blz. II-179, punten 55 e.v.). Een dergelijke vereniging kan met name geen beroep instellen indien haar leden, zoals in het onderhavige geval, dit niet mogen doen.

Beoordeling door het Gerecht

- 58 Volgens artikel 230, vierde alinea, EG, kan „iedere natuurlijke of rechtspersoon [...] onder dezelfde voorwaarden beroep instellen tegen de tot hem gerichte beschikkingen, alsmede tegen beschikkingen die, hoewel genomen in de vorm van een verordening, of van een beschikking gericht tot een andere persoon, hem rechtstreeks en individueel raken”.
- 59 Aangezien de bestreden beschikking niet tot verzoekster is gericht, maar uitsluitend tot de partijen bij de concentratie, moet worden onderzocht, of verzoekster er rechtstreeks en individueel door wordt geraakt.
- 60 In tegenstelling tot hetgeen KirchPayTV betoogt, kan niet worden betwist dat verzoekster rechtstreeks wordt geraakt. Aangezien de bestreden beschikking de onmiddellijke totstandkoming van de beoogde concentratie mogelijk maakt, kan deze tot een onmiddellijke wijziging van de situatie op de betrokken markten leiden, die dus slechts van de wil van partijen afhangt (zie arrest Air France II, reeds aangehaald, punt 80, en arrest Gerecht van 3 april 2003, BaByliss/Commissie, T-114/02, Jurispr. blz. II-1279, punt 89).

- 61 Daarom moet worden onderzocht, of verzoekster door de bestreden beschikking ook individueel wordt geraakt.
- 62 Volgens vaste rechtspraak kunnen degenen die niet de geadresseerde van een beschikking zijn, slechts stellen individueel te worden geraakt indien deze beschikking hen „treft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de geadresseerde van een beschikking” (arresten Hof van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie, 25/62, Jurispr. blz. 205, 232, en 10 december 2002, Commissie/Camar en Tico, C-312/00 P, Jurispr. blz. I-11355, punt 73, en de daarin aangehaalde rechtspraak).
- 63 In het onderhavige geval moet worden onderzocht, in hoeverre verzoeksters deelname aan de procedure en de aantasting van haar positie op de markt haar kunnen individualiseren in de zin van artikel 230 EG.
- 64 Wat in de eerste plaats de deelname aan de procedure betreft, stelt het Gerecht vast dat verzoekster op 11 januari 2000 van de Commissie een verzoek om inlichtingen in de zin van artikel 11 van verordening nr. 4064/89 heeft ontvangen, op grond waarvan zij binnen drie dagen haar opmerkingen moest indienen over de gevolgen van het concentratievoornemen voor de mededinging. Bij brief van 14 januari 2000 heeft verzoekster de gevraagde inlichtingen verstrekt.
- 65 Op 21 januari 2000, dus binnen de termijn van tien dagen die overeenkomstig artikel 4, lid 3, van verordening nr. 4064/89 in het Publicatieblad is vastgesteld, heeft verzoekster bij de Commissie een nota met aanvullende opmerkingen ingediend over de gevolgen van de betrokken concentratie voor de mededinging in de betrokken markten en voor haar eigen situatie.

- 66 Op 22 februari 2000 heeft verzoekster op verzoek van de diensten van de task-force Fusiecontrole de Commissie opnieuw een zeer gedetailleerde nota toegestuurd, waarin zij haar opmerkingen over alle gevoelige aspecten van de concentratieprocedure herhaalde en — vasthoudend aan haar standpunt dat de voorgenomen concentratie onverenigbaar was — aangaf welke voorwaarden, eisen of verbintenissen volgens haar noodzakelijk waren in geval de Commissie mocht besluiten zich niet tegen de concentratie te verzetten. Deze voorstellen hadden betrekking op de voorwaarden voor de opening van de betrokken markten en met name op de niet-discriminerende toegang van andere decoders dan de d-box tot alle televisieprogramma's en alle interactieve diensten, de toegang van andere exploitanten tot de rechten op de programma's van KirchPayTV en de voorkoming van een indirecte invloed van de Kirch-groep op het gebruik van de breedbandkabel-infrastructuur van Deutsche Telekom AG.
- 67 In de bestreden beschikking verwijst de Commissie tien keer naar opmerkingen van derden (punten 49, 50, 53, 57, 71, 73, 75, 77, 79 en 84 van de bestreden beschikking), en de meeste daarvan hebben betrekking op kwesties die expliciet door verzoekster zijn opgeworpen in de nota's met opmerkingen die zij tijdens de administratieve procedure bij de Commissie heeft ingediend.
- 68 Zo stelde verzoekster in haar nota van 22 februari 2000 dat Kirch alleen financieel niet sterk genoeg was om zelfstandig de ontwikkeling van digitale diensten ter hand te nemen, en in haar nota's van 14 en 21 januari 2000, dat BSkyB onvergelykelijke ervaring en knowhow op het gebied van de marketing en de distributie van betaaltelevisie had, waarvan in de overeenkomst de overdracht werd geregeld. In punt 49 van de bestreden beschikking stelt de Commissie, dat een aantal derden heeft betoogd dat de concentratie de machtspositie van KirchPayTV op de Duitse betaaltelevisiemarkt zou versterken en dat deze haar aanzienlijke financiële middelen en knowhow zou opleveren. In de punten 50 en volgende van de bestreden beschikking heeft de Commissie geconcludeerd dat de basis van deze beweringen uiterst twijfelachtig is.

- 69 Tot slot vermeldt de Commissie in punt 53 van de bestreden beschikking, dat een aantal derden heeft geopperd dat B Sky B de meest plausibele toetreder tot de Duitse betaaltelevisiemarkt was, hetgeen door verzoekster in haar nota van 14 januari 2000 naar voren was gebracht.
- 70 Ook heeft de Commissie in punt 75 van de bestreden beschikking, net als verzoekster in haar nota van 21 januari 2000, vastgesteld dat de toetreding van KirchPayTV op de markt van interactieve digitale televisiediensten tot een machtspositie kon leiden, waardoor haar d-box de standaarddecoder in Duitsland zou worden.
- 71 Tot slot reageert de Commissie in punt 84 van de bestreden beschikking op het argument van derden betreffende de koopkracht van Kirch voor de acquisitie van uitzendrechten, een problematiek die verzoekster in haar nota's van 14 en 21 januari 2000 heeft opgeworpen.
- 72 Uit het bovenstaande volgt dat de Commissie haar bestreden beschikking heeft gebaseerd op talrijke argumenten die verzoekster tijdens de administratieve procedure heeft aangevoerd.
- 73 Verder heeft de Commissie verzoekster gevraagd haar standpunt mee te delen over eventuele verbintenissen die de ernstige twijfel over de concentratie zouden kunnen wegnemen, en verzoeksters voorstellen zijn, ten minste gedeeltelijk, in de bestreden beschikking overgenomen.
- 74 Ook heeft de Commissie verzoekster om opmerkingen over de eerste twee versies van de verbintenissen gevraagd. In antwoord op schriftelijke vragen van het

Gerecht heeft de Commissie in dit verband meegedeeld dat, afgezien van verzoekster, slechts twee ondernemingen, namelijk Bertelsmann AG en Universal Studio Inc., eveneens kopieën van de eerste twee versies van de verbintenissen hebben ontvangen, terwijl Bertelsmann bovendien, in tegenstelling tot verzoekster, de derde en laatste versie heeft ontvangen.

- 75 Bovendien gebeurde het toesturen van de brieven door verzoekster aan de Commissie niet eenzijdig en ongevraagd, maar heeft de Commissie verzoekster meermaals verzocht, haar opmerkingen in te dienen.
- 76 Hieruit volgt dat verzoekster actief aan de procedure heeft deelgenomen. Hoewel de loutere deelneming aan een procedure, zoals de Commissie terecht opmerkt, op zichzelf niet voldoende is om vast te stellen dat verzoekster individueel door de beschikking wordt geraakt — vooral niet op het gebied van concentraties, waarbij voor een nauwkeurig onderzoek contacten met veel ondernemingen nodig zijn — vormt een actieve deelname aan de administratieve procedure een element waarmee rekening moet worden gehouden, ook op het meer specifieke gebied van de controle op concentraties, om in combinatie met andere specifieke omstandigheden de ontvankelijkheid van een beroep vast te stellen (arrest BaByliss/Commissie, reeds aangehaald, punt 95). Dit geldt a fortiori in de onderhavige zaak, aangezien deze actieve deelname, zoals hierboven is vastgesteld, van invloed is geweest op het verloop van de procedure en, ten minste gedeeltelijk, op de inhoud van de bestreden handeling, zowel met betrekking tot de vaststelling van de ernstige twijfel die door de concentratie wordt opgeroepen als met betrekking tot de verbintenissen die volgens de Commissie nodig zijn om deze weg te nemen (zie in die zin arrest Hof van 28 januari 1986, Cofaz/Commissie, 169/84, Jurispr. blz. 391, punten 24 en 25).
- 77 Wat in de tweede plaats, de vaststelling van verzoeksters positie op de markt betreft, moet om te beginnen worden opgemerkt dat de betrokken concentratie betrekking heeft op de markt van de betaaltelevisie, en dat vaststaat dat verzoekster op die markt niet actief is. Bij brief van 22 februari 2000 aan de Commissie heeft verzoekster zelfs meegedeeld dat „ARD public broadcasting stations are neither mandated nor considering to enter the PayTV market”.

78 Toch betekent het feit dat verzoekster niet als concurrente, en zelfs niet als potentiële concurrente van KirchPayTV op de betaaltelevisiemarkt is te beschouwen, niet noodzakelijkerwijze dat zij niet individueel door de beschikking wordt geraakt. Hoewel de activiteiten van KirchPayTV zich toespitsten op betaaltelevisie, is dat slechts één van de drie markten ten aanzien waarvan de Commissie heeft vastgesteld dat de machtspositie van de Kirch-groep er door de concentratie werd versterkt. Evenals potentiële concurrenten van de partijen bij de concentratie bevoegd kunnen zijn om beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen de beslissing tot goedkeuring in oligopolistische markten (zie in die zin arrest Gerecht van 27 november 1997, Kaysersberg/Commissie, T-290/94, Jurispr. blz. II-2137, en arrest BaByliss/Commissie, reeds aangehaald), kan, wanneer een onderneming met een monopoliepositie, zoals in het onderhavige geval, haar positie versterkt door de concentratie, een beroep tot nietigverklaring van een marktdeelnemer die alleen actief is op aangrenzende markten of op markten lager of hoger in de bedrijfskolom, in bepaalde omstandigheden ook ontvankelijk zijn.

79 In het onderhavige geval kan aan de hand van de volgende vijf elementen worden vastgesteld of verzoeksters positie wordt geraakt: het bestaan van een zekere concurrentie tussen gratis televisie en betaaltelevisie; het in de toekomst naar elkaar toe groeien van gratis televisie en betaaltelevisie als gevolg van de digitalisering; de weerslag van de concentratie op digitale interactieve televisiediensten; verzoeksters deelname aan het FUN-project, en de acquisitie van uitzendrechten.

Het bestaan van een zekere concurrentie tussen gratis televisie en betaaltelevisie

80 Hoewel de markt van de gratis televisie waarop verzoekster actief is, een afzonderlijke markt is ten opzichte van die van de betaaltelevisie, zoals in de punten 23, 24 en 25 van de bestreden beschikking wordt verklaard, wordt in punt 56 van de beschikking uitdrukkelijk erkend dat er een zekere wisselwerking tussen deze twee markten bestaat. In het kader van het onderzoek van de belemmeringen voor de toegang tot de Duitse betaaltelevisiemarkt wordt in de beschikking namelijk verklaard dat genoemde markt zich door de kracht van de markt van de gratis televisie slechts moeizaam ontwikkelt.

- 81 Hieruit volgt dat, aangezien de concentratie tot doel heeft, de financiële armslag van Kirch te vergroten door de inbreng van middelen en knowhow van BSkyB, zodat zij haar activiteiten op het gebied van de betaaltelevisie kan ontwikkelen en moderniseren, deze concentratie naar haar aard bepaalde gevolgen kan hebben voor de markt van de gratis televisie. Verzoekster is een van de twee publieke televisiemaatschappijen op de markt van de gratis televisie in Duitsland en bovendien een van de belangrijkste exploitanten op die markt. Met name valt te verwachten dat indien Kirch er door de concentratie in slaagt nieuwe abonnees te werven, verzoekster televisiekijkers verliest en dus haar reclame-inkomsten zal zien dalen. Hieruit volgt, dat de bestreden beschikking verzoekster kan raken.

Het in de toekomst naar elkaar toegroeien van gratis televisie en betaaltelevisie als gevolg van de digitalisering

- 82 In punt 25 van de bestreden beschikking wordt ook erkend dat de betaaltelevisie en de gratis televisie in de toekomst naar verwachting als gevolg van de digitalisering in zekere mate zullen convergeren.
- 83 Aangezien betaaltelevisie het enige gebied is waar de digitale techniek zich op het ogenblik heeft kunnen ontwikkelen, heeft de machtspositie van KirchPayTV op de betaaltelevisiemarkt bovendien zijn weerslag op de markt van de digitale televisie.
- 84 Gezien haar openbare dienstverplichtingen dient verzoekster de doelstellingen van de staat met betrekking tot de invoering van digitale distributietechnologie te verwezenlijken.

- 85 Hoewel de concentratie plaats heeft op de betaaltelevisiemarkt, kan deze verzoeksters concurrentiepositie op de toekomstige markt van digitale gratis televisie in Duitsland aantasten.

De weerslag van de concentratie op digitale interactieve televisiediensten

- 86 Uit de punten 30 tot en met 41 en 73 tot en met 80 van de bestreden beschikking blijkt dat de betrokken concentratie van invloed kan zijn op de toekomstige markt van digitale interactieve televisiediensten. De Commissie merkt in dit verband in de punten 32, 40 en 94 namelijk op dat de Duitse betaaltelevisiemarkt een hefboom voor de ontwikkeling van bedoelde markt vormt, aangezien de betaaltelevisie exclusieve programma's aanbiedt waarmee exploitanten van interactieve televisiediensten een aanzienlijk aantal televisiekijkers met hoge inkomens kunnen aantrekken. Aangezien de concentratie de positie van Kirch op de betaaltelevisiemarkt versterkt (punt 50), versterkt zij deze dus ook op de toekomstige markt van interactieve televisiediensten. Volgens punt 73 is verzoekster een van de vier marktdeelnemers die hun voornemen hebben uitgesproken om in de nabije toekomst interactieve diensten te ontwikkelen.
- 87 Overigens zijn voor de aanleg van een technische infrastructuur voor de uitzending van digitale interactieve televisiediensten aanzienlijke investeringen nodig. In punt 75 van de bestreden beschikking wordt in dat verband vastgesteld dat de concentratie de mogelijkheden voor derden om tot de markt toe te treden aanzienlijk kan beperken; Kirch kan hierdoor immers eerder dan alle andere deelnemers op de markt verschijnen en aldus de belemmeringen voor de toetreding tot de markt aanzienlijk vergroten door de d-box als de standaard-decoder voor Duitsland in te voeren.
- 88 De concentratie kan dus verzoeksters positie als toekomstig deelnemer op de markt van digitale interactieve televisiediensten aantasten doordat in de eerste plaats de potentiële concurrent Kirch wordt versterkt en in de tweede plaats verzoeksters afhankelijkheid van de technologie van Kirch die nodig is om tot die markt toe te treden, groter wordt.

Verzoeksters deelname aan het FUN-project

- 89 Vaststaat dat voor het aanbieden van digitale televisiediensten, of het nu gaat om betaaltelevisie, gratis televisie of interactieve televisie, een bepaalde technologie noodzakelijk is. Op het ogenblik is de enige technologie die in Duitsland voor de distributie per kabel van digitale signalen wordt gebruikt, de technologie die is ontwikkeld door BetaResearch, een dochteronderneming van Kirch, en die wordt geëxploiteerd door BetaDigital, een andere dochteronderneming van Kirch, en door Deutsche Telekom, dat een licentie van BetaResearch voor de exploitatie van de technologie van Kirch heeft. Verzoekster is de enige televisie-exploitant die deelneemt aan het samenwerkingsproject FUN, dat wordt gevormd door ondernemingen die ieder op haar eigen wijze (in het bijzonder door de inbreng van coderingstechnologie, een decoder, een elektronische programmagids, enz.) bijdragen aan de ontwikkeling van een tweede digitaal platform in Duitsland. Het doel van dit project is, een open alternatief platform te ontwikkelen, hetgeen wil zeggen dat het, in anders dan dat van KirchPayTV, niet functioneert met een geïntegreerd toegangscontrolesysteem. De machtspositie van KirchPayTV op de markt van technische diensten voor digitale televisie, die voortvloeit uit de machtspositie op de markt van diensten in verband met betaaltelevisie, kan de ontwikkeling van het FUN-platform bemoeilijken. Daarom wordt verzoekster op bijzondere wijze geraakt door de gevolgen van de betrokken concentratie.

De acquisitie van uitzendrechten

- 90 Aangezien de concentratie de financiële armslag van Kirch vergroot en haar banden met BSkyB, een andere belangrijke acquireur van uitzendrechten, versterkt, kan niet worden uitgesloten dat deze gevolgen heeft voor verzoekster als inkoper van deze rechten.
- 91 Volgens de punten 81 en 83 van de bestreden beschikking domineren Kirch en BSkyB respectievelijk de Duitse en de Britse markt van acquisitie van uitzendrechten van films en de belangrijkste sportevenementen, terwijl BSkyB bovendien over bepaalde uitzendrechten in Duitsland beschikt.

- 92 In de punten 85 en volgende van de bestreden beschikking concludeerde de Commissie dat de concentratie geen ernstige twijfel op die markt oproep, waarbij zij met name opmerkte dat deze noch een aanmerkelijke versterking van de machtspositie van Kirch, noch het risico van heimelijke samenwerking tussen de moedermaatschappijen van KirchPayTV met zich meebracht.
- 93 Verzoekster heeft evenwel tijdens de administratieve procedure de vrees uitgesproken dat de concentratie tot een bundeling van de vraag op het gebied van de acquisitie van rechten van films en sportevenementen op de Duitse markt zou kunnen leiden en de partijen bij de concentratie hebben hun ontwerpverbintenis ingediend die dit zou moeten tegengaan, en verder heeft verzoekster voor het Gerecht aangevoerd dat deze verbintenis ontoereikend is en dat de Commissie in de bestreden beschikking van deze verbintenis slechts akte heeft genomen zonder deze als een noodzakelijke voorwaarde voor de goedkeuring van de concentratie aan te merken.
- 94 In deze omstandigheden wordt verzoekster, een concurrent van de partijen bij de concentratie op de markt van acquisitie van uitzendrechten voor de Duitse markt, ook door de bestreden beschikking geraakt.
- 95 Uit bovenstaande overwegingen volgt dat verzoekster door haar gekwalificeerde deelname aan de administratieve procedure, tijdens welke zij opmerkingen heeft ingediend die de inhoud van de bestreden beschikking en de aard van de verbintenissen gedeeltelijk hebben bepaald, en door de omstandigheid dat haar positie op de markten van de digitale televisie, de digitale interactieve televisiediensten, de technische diensten voor de digitale televisie en de acquisitie van uitzendrechten bijzonder wordt geraakt, door de bestreden beschikking rechtstreeks en individueel wordt geraakt, zodat het beroep ontvankelijk is.

2. *De voorwaarden van artikel 44, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering*

- 96 In de eerste plaats betoogt de Commissie dat het beroep niet-ontvankelijk is, aangezien het verzoekschrift ongedifferentieerd naar de argumenten van de administratieve procedure verwijst of de juridische argumenten onvoldoende duidelijk uiteenzet.
- 97 Vastgesteld moet worden dat de verwijzing naar de argumenten die tijdens de administratieve procedure zijn gebruikt, het beroep niet niet-ontvankelijk kan maken. Aangezien het echter, zoals het Gerecht reeds heeft verklaard, „niet de taak van het Gerecht [is] om in de bijlagen de middelen te zoeken en te ontdekken die het als grondslag voor het beroep zou kunnen beschouwen, daar de bijlagen slechts als bewijsmiddel dienen” (arrest Gerecht van 7 november 1997, Cipeke/Commissie, T-84/96, Jurispr. blz. II-2081, punt 34), behoeft geen rekening te worden gehouden met de door verzoekster tijdens de administratieve procedure gebruikte argumenten die niet in het verzoekschrift zijn opgenomen.
- 98 In de tweede plaats is de Commissie van mening dat het verzoekschrift niet voldoet aan de eisen van artikel 44, lid 1, sub c, of e, van het Reglement voor de procesvoering, aangezien de middelen niet zijn gemotiveerd of verzoekster niet het geringste bewijs voor haar beweringen levert. Aangezien deze grief evenmin betrekking heeft op de ontvankelijkheid van het beroep zelf, maar op die van de verschillende middelen, zullen zij bij het onderzoek van die middelen worden behandeld.

Ten gronde

- 99 Ter ondersteuning van haar beroep voert verzoekster vijf middelen aan: i) onjuiste behandeling van de feiten wat artikel 2, leden 3 en 4, van verordening nr. 4064/89; betreft; ii) schending van artikel 6, lid 2, van verordening

nr. 4064/89; iii) ontoereikendheid van de verbintenissen; iv) gebrekkige procedure als gevolg van het niet-inleiden van de procedure krachtens artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 en v) een ontoelaatbare beperking van de rechten van derden om aan de procedure deel te nemen.

1. Het eerste middel: onjuiste beoordeling van de feiten wat artikel 2, leden 3 en 4, van verordening nr. 4064/89 betreft

Argumenten van partijen

- 100 Verzoekster betoogt dat de Commissie met betrekking tot de gevolgen van de concentratie voor de bestaande concurrentie op de betaaltelevisiemarkt in Duitsland in punt 54 van de bestreden beschikking, op basis van argumenten in de punten 56 tot en met 70 ervan, tot de slotsom is gekomen dat noch BSKyB noch enige andere onderneming op korte of middellange termijn een potentiële concurrent van KirchPayTV op die markt is.
- 101 Zij merkt op dat deze conclusie in tegenspraak is met de constatering van de Commissie in punt 50 van de bestreden beschikking, waarin zij verklaarde ernstig te betwijfelen of KirchPayTV haar positie op de Duitse betaaltelevisiemarkt zou kunnen handhaven indien de concentratie niet zou plaatsvinden, en stelde dat indien KirchPayTV haar positie op die markt niet zou handhaven, de voorwaarden voor toetreding tot die markt voor derden op middellange termijn sterk zouden kunnen verbeteren.
- 102 Zij verwijt de Commissie dus, de gevolgen van de concentratie voor de potentiële concurrentie op die markt uitsluitend te hebben beoordeeld op basis van de

situatie op het moment van de beslissing, dus toen KirchPayTV een onbetwiste machtspositie had, in plaats van zich te baseren op de evolutie die deze positie volgens haar eigen constatering op middellange termijn zou doormaken indien de concentratie zou uitblijven.

- 103 Zij bekritiseert deze wijze van beoordeling van de potentiële concurrentie, die — wat betreft de vaststelling van de positie op de markt van de onderneming waarop de concentratie betrekking heeft en dus van de mate waarin de toetreding tot de markt voor potentiële concurrent en door deze positie wordt belemmerd — is gebaseerd op de bestaande situatie en geen rekening houdt met de waarschijnlijke toekomstige ontwikkeling van deze positie.
- 104 Deze wijze van beoordeling van de potentiële concurrentie ziet zij als een onjuiste beoordeling van de feiten, die een juiste beoordeling van de concentratie belet wat artikel 2, leden 3 en 4, van de concentratieverordening betreft.
- 105 Verzoekster betwist geen van de feiten waarop de Commissie in de punten 56 tot en met 70 van de bestreden beschikking haar standpunt baseert dat noch B SkyB, noch enige andere onderneming als een potentiële concurrent van KirchPayTV kan worden beschouwd.
- 106 In antwoord op het argument van KirchPayTV, dat de Commissie in haar analyse van de gevolgen van de concentratie voor de potentiële concurrentie tussen KirchPayTV en B SkyB of andere ondernemingen was uitgegaan van een prognose op middellange termijn en zich dus niet op de bestaande situatie heeft gebaseerd, geeft verzoekster toe dat de Commissie bij deze analyse inderdaad gedeeltelijk een prognose op middellange termijn heeft laten meewegen. Daarbij heeft de Commissie echter geen rekening gehouden met haar eigen opmerking in punt 50 van de bestreden beschikking, dat bij het uitblijven van een aanzienlijke kapitaalinjectie in KirchPayTV de voorwaarden voor de toegang van derden tot

de Duitse betaaltelevisiemarkt op middellange termijn aanzienlijk zouden kunnen verbeteren. In plaats van rekening te houden met deze afname van de belemmeringen voor de toetreding tot de markt op middellange termijn, is zij juist op basis van de huidige machtspositie van KirchPayTV op technologisch en inhoudelijk gebied tot de slotsom gekomen dat er geen potentiële concurrentie is. In die zin heeft zij de potentiële concurrentie op basis van de bestaande situatie beoordeeld.

- 107 Verzoekster betwist de argumenten van BSkyB dat het belang van de markt van de gratis televisie in Duitsland een aanzienlijke belemmering voor de toetreding van potentiële concurrenten tot de Duitse betaaltelevisiemarkt vormt en dat een mislukking van KirchPayTV niet bevorderlijk is voor de toetreding van potentiële concurrenten tot die markt, maar deze juist zou afschrikken en objectief zou illustreren hoe groot de belemmeringen voor de toetreding tot deze markt zijn.
- 108 Volgens verzoekster zijn deze argumenten zuiver hypothetisch en dus kennelijk irrelevant. Alleen rechtsoverwegingen die de Commissie daadwerkelijk in de bestreden beschikking heeft gebruikt, en niet de overwegingen die zij had kunnen gebruiken, zijn relevant bij het bepalen of zij artikel 2, lid 3, van de concentratieverordening heeft geschonden.
- 109 Bovendien is het belang van de markt van gratis televisie in Duitsland slechts één van de vier argumenten die de Commissie heeft aangevoerd om het bestaan van potentiële concurrentie op de Duitse betaaltelevisiemarkt te betwisten. Uit niets in de bestreden beschikking blijkt, dat de Commissie heeft overwogen dat de Duitse markt van gratis televisie in dat verband specifiek van belang was. Evenmin heeft de Commissie betoogd dat een mislukking van KirchPayTV een afschrikkende werking op potentiële concurrenten zou hebben.
- 110 De Commissie stelt primair dat het middel niet-ontvankelijk is.

- 111 In de eerste plaats is het middel volgens haar niet-ontvankelijk omdat het ongedifferentieerd verwijst naar de argumenten die verzoekster tijdens de administratieve procedure heeft aangevoerd. De Commissie verwijst in dit verband vooral naar de volgende passage op bladzijde 6 van het verzoekschrift:

„Voor het beroep herhaalt verzoekster haar betoog ten overstaan van de Commissie betreffende de beoordeling en de noodzakelijke controle van de concurrentie op de gevolgen van de bestreden concentratie.”

- 112 In de tweede plaats worden de juridische argumenten in het verzoekschrift niet voldoende duidelijk uitgewerkt. Verzoekster beperkt zich tot het maken van enkele opmerkingen, namelijk dat de Commissie haar beschikkingspraktijk heeft gewijzigd, KirchPayTV heeft geholpen om haar machtspositie duurzaam te consolideren en BSkyB ten onrechte als potentiële concurrent heeft uitgesloten. Zij geeft echter niet aan, in welk opzicht de beoordeling van de Commissie in de bestreden beschikking onjuist is.
- 113 Subsidiair stelt de Commissie, gesteund door KirchPayTV en BSkyB, dat het middel ongegrond is.

Beoordeling door het Gerecht

- 114 Met betrekking tot het argument van de Commissie, dat het middel niet-ontvankelijk is, moet worden vastgesteld dat uit het verzoekschrift, hoewel het niet erg expliciet is, blijkt dat verzoekster een middel opwerpt betreffende onjuiste beoordeling van de feiten wat artikel 2, leden 3 en 4, van verordening nr. 4064/89 betreft, aangezien de Commissie BSkyB niet als een potentiële

concurrent heeft beschouwd. Overigens moet de omstandigheid dat verzoekster haar bewering dat BskyB als een potentiële concurrente van KirchPayTV moet worden beschouwd, niet heeft gestaafd, in het onderzoek ten gronde aan de orde komen. Hieruit volgt dat het middel ontvankelijk is

- 115 Verzoekster betoogt in wezen, dat de Commissie de feiten wat artikel 2, lid 3, van verordening nr. 4064/89 betreft, onjuist heeft beoordeeld door in punt 54 van de bestreden beschikking te stellen dat noch BskyB, noch enige andere onderneming tot de Duitse betaaltelevisiemarkt zou kunnen toetreden, terwijl zij in punt 50 van de bestreden beschikking had erkend dat KirchPayTV bij het uitblijven van financiële injecties als gevolg van de concentratie, niet de nodige investeringen zou kunnen doen om haar huidige machtspositie op die markt te handhaven. Verzoekster verwijt de Commissie geen rekening te hebben gehouden met de zwakke financiële positie van KirchPayTV en te hebben gedwaald door BskyB niet als een potentiële concurrent te beschouwen
- 116 Allereerst moet worden vastgesteld dat, anders dan verzoekster beweert, de beoordelingen in de punten 50 en 54, niet tegenstrijdig zijn.
- 117 De beoordelingen in deze twee punten hebben geen betrekking op dezelfde periode. De in punt 50 genoemde verbetering van de toegankelijkheid van de markt voor derden betreft slechts de middellange termijn, terwijl de constatering in punt 54 dat noch BskyB noch enige andere onderneming een potentiële concurrent is, alleen betrekking heeft op de korte tot middellange termijn, dus een kortere periode dan die welke in punt 50 wordt bedoeld.
- 118 Bovendien is punt 50 van de bestreden beschikking als een hypothese geformuleerd, waarbij de Commissie slechts aangeeft dat „indien [KirchPayTV] haar

betaaltelevisiediensten niet in overeenstemming met de verwachtingen van de markt moderniseert of haar controle over de voor betaaltelevisie noodzakelijke inhoud niet kan handhaven, [...] dit de voorwaarden voor toetreding tot de markt op middellange termijn voor een derde partij aanzienlijk [kan] verbeteren”.

- 119 Overigens blijkt ook uit de bewoordingen van punt 54 van de bestreden beschikking dat de Commissie zich, in tegenstelling tot hetgeen verzoekster beweert, bij haar analyse van de gevolgen van de concentratie voor de concurrentie niet heeft gebaseerd op de bestaande situatie, maar een prognose voor de korte of middellange termijn heeft gegeven.
- 120 In de tweede plaats moet erop worden gewezen dat de vaststelling in punt 54 van de bestreden beschikking, dat noch BSkyB noch enige andere onderneming op korte of middellange termijn een potentiële concurrent van KirchPayTV op de markt van de Duitse betaaltelevisie is, zoals in punt 55 van de bestreden beschikking is verklaard, gebaseerd is op vier hoofdargumenten die in de punten 56 tot en met 70 van de bestreden beschikking worden uitgewerkt, namelijk het belang van de gratis televisie in Duitsland (punten 56 en 57 van de bestreden beschikking), de beheersing van de Kirch-groep van de in Duitsland gebruikte decoderingsinfrastructuur en coderingstechnologie (punten 58-64 van de bestreden beschikking), de controle van de Kirch-groep over aanzienlijke uitzendrechten van films en sportevenementen waardoor de toegang hiertoe voor een potentiële concurrent bemoeilijkt wordt (punten 65-67 van de bestreden beschikking), en de geringe kans dat BSkyB op korte of middellange termijn op de betrokken markt haar entree doet, aangezien er hoge investeringen voor nodig zijn (punten 68-70 van de bestreden beschikking).
- 121 Zoals verzoekster in replek uitdrukkelijk heeft toegegeven, betwist zij geen van deze vier argumenten.
- 122 Verzoekster stelt echter dat aangezien Kirch door haar zwakke financiële positie niet de noodzakelijke investeringen in programma's en in de technische infra-

structuur kon doen, de belemmeringen voor de toetreding tot de markt dermate gering zijn geworden dat BSkyB als een potentiële concurrent moet worden beschouwd.

- 123 Deze grief moet worden verworpen aangezien verzoekster niet aantoont hoe er alleen op grond van de zwakke financiële positie van de Kirch-groep, in weerwil van de argumenten van de Commissie, kan worden geconcludeerd tot een potentiële concurrentie op korte of middellange termijn.
- 124 De zwakke financiële positie van KirchPayTV zou hooguit van invloed kunnen zijn op twee van de vier argumenten op grond waarvan de Commissie heeft vastgesteld dat er geen potentiële concurrentie was, namelijk de controle die Kirch in Duitsland uitoefent over de decoderingsinfrastructuur en de coderingstechnologie, alsmede over de toegang tot de inhoud van de programma's. De andere twee argumenten, namelijk het belang van de markt van gratis televisie in Duitsland en de behoefte aan aanzienlijke financiële middelen, worden niet weerlegd door de financiële problemen van Kirch. Integendeel, uit deze problemen blijkt juist dat zij gegrond zijn. Een dergelijke mislukking zou andere ondernemingen er eerder van weerhouden tot deze markt toe te treden en bevestigen dat er aanzienlijke belemmeringen voor deze toegang bestaan die onafhankelijk zijn van de positie van KirchPayTV.
- 125 Het feit dat KirchPayTV er door de sterke positie van de gratis televisie in Duitsland niet in slaagt om winst te maken, hoewel zij wat de infrastructuur en de inhoud van de programma's betreft een machtspositie heeft en de enige exploitante op de betaaltelevisiemarkt is, zal andere marktdeelnemers ontmoedigen om tot de markt toe te treden.
- 126 Ook een financiële mislukking van KirchPayTV zou slechts de juistheid bevestigen van het argument dat voor de toetreding tot de markt aanzienlijke investeringen nodig zijn. Verzoekster heeft de verklaring in de punten 68 en 69 van de bestreden beschikking niet weersproken, namelijk dat BSkyB aanzienlijke

bedragen moet investeren om zich als exploitant van digitale televisiediensten in het Verenigd Koninkrijk te vestigen en een platform per satelliet moet opzetten om de concurrentie het hoofd bieden, en dat het daarom niet waarschijnlijk is dat zij de nodige middelen zal vinden om toe te treden tot een nieuwe markt die a priori verliesgevend is.

- 127 Verzoeksters argument dat potentiële concurrenten bij het uitblijven van nieuwe financiële middelen voor KirchPayTV indien de concentratie niet door mocht gaan, tot de betrokken markt zullen toetreden, berust op de niet-bewezen vooronderstelling dat een financiële mislukking van KirchPayTV op deze markt een factor zou zijn die de toetreding van potentiële concurrenten tot de markt begunstigt.
- 128 Uit het bovenstaande volgt dat het middel, inhoudende dat de Commissie een beoordelingsfout heeft gemaakt door te overwegen dat BSkyB niet als een potentiële concurrent op de korte of middellange termijn kon worden beschouwd, ongegrond is.
- 129 In ieder geval is het middel irrelevant, aangezien de Commissie in de punten 51 en 92 van de bestreden beschikking heeft vastgesteld dat de concentratie twijfel opriep doordat zij de machtspositie van KirchPayTV op de Duitse betaaltelevisie-markt versterkte als gevolg van de door BSkyB ingebrachte financiële middelen. De vaststelling in punt 54 van de bestreden beschikking, dat er op korte of middellange termijn geen potentiële concurrentie is, lijkt dus niet de noodzakelijke ondersteuning van de bestreden beschikking te zijn en kan dan ook niet leiden tot nietigverklaring ervan.
- 130 In dit verband moet er om te beginnen aan worden herinnerd, dat artikel 2, lid 2, van verordening 4064/89 bepaalt dat concentraties die geen machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd, verenigbaar met de gemeenschappelijke

markt moeten worden verklaard. Hieruit volgt dat indien een concentratie een machtspositie in het leven roepen of versterkt, de Commissie de concentratie toch moet toestaan indien deze niet tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op significante wijze wordt belemmerd (zie in deze zin arresten *Gerecht Air France I*, reeds aangehaald, punten 78 en 79; arrest *Gerecht van 25 maart 1999, Gencor/Commissie*, T-102/96, *Jurispr. blz. II-753*, punten 170, 180 en 193, en 6 juni 2002, *Airtours/Commissie*, T-342/99, *Jurispr. blz. II-2585*, punt 58).

- 131 Aangezien de Commissie heeft vastgesteld dat de concentratie ernstige twijfel oproept, moest zij noodzakelijkerwijze oordelen dat deze tot gevolg had dat de mededinging op significante wijze werd belemmerd, en aangezien vaststaat dat KirchPayTV een monopoliepositie op de Duitse betaaltelevisiemarkt heeft, kan deze belemmering van de mededinging slechts betrekking hebben op de potentiële concurrentie. Hieruit volgt dat de beschikking — ondanks de vaststelling in punt 54 van de bestreden beschikking dat iedere concurrentie ontbreekt — gezien het feit dat de Commissie ernstige twijfel had en verbintenissen heeft opgelegd, niettemin berustte op de vooronderstelling dat er sprake was van potentiële concurrentie, zij het alleen op lange termijn, en dat de concentratie tot gevolg had dat deze werd belemmerd.
- 132 Uit het bovenstaande volgt dat het eerste middel, ontleend aan een onjuiste beoordeling van de feiten, inhoudend dat BSkyB als een potentiële concurrent moest worden beschouwd, moet worden afgewezen.

2. Het tweede middel: schending van artikel 6, lid 2, van verordening nr. 4064/89

Argumenten van partijen

- 133 Verzoekster wijst erop dat de concentratie in het onderhavige geval tijdens de eerste fase van de controle op concentraties, nadat de verbintenissen van de

betrokken ondernemingen waren ingediend, overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub b, van de concentratieverordening verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard.

- 134 Zij wijst erop dat het verenigbaar verklaren van een concentratie met de gemeenschappelijke markt op basis van verbintenissen van de betrokkenen ondernemingen tijdens de eerste fase van de controle op concentraties — een gebruikelijke handelwijze van de Commissie die in de doctrine sterk wordt bekritiseerd — pas onlangs een formele wettelijke basis heeft gekregen in het nieuwe artikel 6, lid 2, van de concentratieverordening, dat is ingevoerd bij verordening nr. 1310/97.
- 135 Zij merkt op dat verordening nr. 1310/97 aan deze mogelijkheid strikte voorwaarden heeft verbonden, namelijk, zoals blijkt uit overweging 8 van de considerans van de betrokken verordening, „[...] indien het mededingingsprobleem scherp is omljnd en gemakkelijk kan worden verholpen [...]”.
- 136 Volgens haar stemt deze beperking van de betrokken mogelijkheid overeen met de systematiek van artikel 6, lid 1, van de concentratieverordening, waarin wordt bepaald dat indien de Commissie constateert dat er ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid van de aangemelde concentratie met de gemeenschappelijke markt, zij beslist de tweede fase van de controle op concentraties in te leiden. Volgens verzoekster moet de Commissie de tweede fase van de controle juist inleiden in de gevallen waarin de mededingingsproblemen die door de concentratie worden opgeworpen, niet voldoen aan de criteria van overweging 8 van de considerans van verordening nr. 1310/97.
- 137 Verzoekster erkent dat de Commissie bij het beantwoorden van de vraag of een mededingingsprobleem „scherp is omljnd en gemakkelijk kan worden verholpen”, een ruime beoordelingsbevoegdheid heeft die door het Gerecht slechts marginaal kan worden getoetst (zie in deze zin arrest Hof van 17 november 1987, BAT en Reynolds/Commissie, 142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 62).

- 138 Zij stelt vast dat de juistheid van deze uitlegging niet wordt bestreden door de Commissie of door BskyB, maar uitsluitend door KirchPayTV, wier argumenten zij echter betwist.
- 139 In antwoord op het argument van KirchPayTV dat verzoeksters standpunt geen rekening houdt met de beginselen van evenredigheid en voortvarende behandeling, stelt verzoekster in de eerste plaats dat deze beginselen worden geëerbiedigd door het nieuwe artikel 6, lid 2, van de concentratieverordening. Overweging 8 van de considerans van verordening nr. 1310/97 houdt juist een beperking van het beginsel van voortvarende behandeling in. In de tweede plaats stelt zij dat KirchPayTV zich vergist wanneer zij haar redenering baseert op de veronderstelling dat in alle gevallen waarin de in de eerste fase van de controle voorgestelde verbintenissen voldoende zijn, het inleiden van de tweede fase van deze controle onevenredig is. Volgens verzoekster kan de Commissie alleen indien het gerezen mededingingsprobleem scherp is omlijnd en gemakkelijk kan worden verholpen, reeds in de eerste fase van de controle beoordelen of de verbintenissen haar ernstige twijfel over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt kunnen wegnemen. Indien de Commissie daarentegen aan het einde van de eerste controlefase zou kunnen concluderen dat haar twijfel is weggenomen, zelfs indien niet aan de voorwaarden van overweging 8 van de considerans van verordening nr. 1310/97 is voldaan, zou de Commissie geneigd zijn om overhaast belangrijke verbintenissen te accepteren waarmee zeer complexe mededingingsproblemen zouden moeten worden opgelost, alleen om te voorkomen dat de betrokken ondernemingen de tweede controlefase moeten doorlopen.
- 140 In antwoord op het argument van KirchPayTV dat de aan de Commissie toebedeelde termijn om de voorgestelde verbintenissen te onderzoeken tijdens de tweede controlefase, namelijk vier weken, bijna even kort is als die in de eerste controlefase, namelijk drie weken, stelt verzoekster in de eerste plaats dat uit het argument niet blijkt welke juridische werkingssfeer overweging 8 van de considerans van verordening nr. 1310/97 heeft, noch om welke reden deze overweging geen juridische werkingssfeer zou hebben. In de tweede plaats houdt KirchPayTV er naar haar mening geen rekening mee dat de onderzoekstermijn van vier weken in de tweede controlefase wordt voorafgegaan door een termijn

van drie maanden vanaf het begin van de tweede controlefase, waaraan weer de termijn van de eerste controlefase voorafgaat. Tijdens de eerste drie maanden van de tweede controlefase heeft de Commissie de mogelijkheid om de gestelde mededingingsproblemen diepgaand te analyseren. Indien zij daarentegen de concentratie aan het einde van de eerste controlefase op basis van verbintenissen van de betrokken ondernemingen verenigbaar wil verklaren met de gemeenschappelijke markt, heeft zij vanaf de aanmelding van de concentratie in totaal slechts zes weken om een definitieve beslissing te nemen.

- 141 Op het argument van KirchPayTV, dat uit het Groenboek van de Commissie van 31 januari 1996 betreffende de herziening van de concentratieverordening [COM (96) 19 def.] van 31 januari 1996] blijkt dat de Commissie heeft geoordeeld dat een termijn van twee weken voldoende is voor de controle van de verbintenissen die tijdens de eerste controlefase zijn ingediend, antwoordt verzoekster, dat deze passage (punt 126) moet worden gelezen in samenhang met de verklaring van de Commissie (punt 123) dat de aanvaarding van verbintenissen tijdens de eerste controlefase slechts mogelijk is „in zaken waarin de concurrentievervalsing duidelijk omschreven en in vergelijking met de overeenkomst in haar geheel beperkt is en ook gemakkelijk kan worden verholpen, en waarin gemakkelijk toezicht kan worden gehouden op de nakoming ervan”.
- 142 Volgens verzoekster is in het onderhavige geval niet voldaan aan de eisen van overweging 8 van de considerans van verordening nr. 1310/97. Naar haar mening waren de door de concentratie gerezen mededingingsproblemen niet scherp omlijnd en niet gemakkelijk te verhelpen.
- 143 Ter ondersteuning van dit standpunt wijst zij er in de eerste plaats op dat onlangs drie andere concentraties waarbij ondernemingen van de Kirch-groep betrokken waren en die betrekking hadden op de Duitse markten van de betaaltelevisie en de daarmee verbonden technische en administratieve diensten, verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt zijn verklaard: beschikking 94/922/EG van de Commissie van 9 november 1994 (zaak IV/M. 469 — MSG Media Service) (PB

L 364, blz. 1) (hierna: „beschikking MSG Media Service”); beschikking 1999/153/EG van de Commissie van 27 mei 1998 (zaak IV/M. 993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere) (PB 1999, L 53, blz. 1) (hierna: „beschikking Bertelsmann/Kirch/Premiere”) en beschikking 1999/154/EG van de Commissie van 27 mei 1998 (zaak IV/M. 1027 — Deutsche Telekom/BetaResearch) (PB 1999, L 53, blz. 31) (hierna: „beschikking Deutsche Telekom/BetaResearch”).

- 144 Volgens haar blijkt alleen al uit deze omstandigheid, dat de mededingingsproblemen die naar aanleiding van onderhavige zaak op dezelfde markten zijn ontstaan en die volgens haar overigens overeenkomsten met de drie voorafgaande zaken vertonen, noch scherp omlijnd, noch gemakkelijk te verhelpen zijn.
- 145 Zij preciseert dat zij niet stelt dat de feiten die ten grondslag lagen aan de reeds aangehaalde verbodsbeschikkingen, dezelfde zijn als die welke tot de onderhavige bestreden toestemmingsbeschikking hebben geleid. Volgens haar zouden echter de gevolgen die de door de drie reeds aangehaalde beschikkingen verboden concentraties voor de concurrentie zouden hebben gehad, dezelfde zijn geweest als die van de concentratie die door de bestreden beschikking is toegelaten.
- 146 Zij wijst erop dat het in de drie reeds aangehaalde beschikkingen en in de onderhavige bestreden beschikking gaat om op hetzelfde probleem van de versterking van een machtspositie van de Kirch-groep op de markten van de betaaltelevisie en de acquisitie van televisierechten en op de — voor het eerste in de bestreden beschikking geanalyseerde — markt van de digitale interactieve televisiediensten.
- 147 Zij stelt dat deze versterking van de machtspositie van de Kirch-groep sinds de vaststelling van de drie reeds aangehaalde beschikkingen zelfs pregnanter is geworden door de overname door KirchPayTV van het betaaltelevisiekanaal Premiere van de groep Bertelsmann en Canal+ SA, en door de overdracht van de activa van het digitale betaaltelevisiekanaal DF1 aan Premiere.

- 148 Het gemeenschappelijke probleem in deze vier zaken was een juiste beoordeling van het belang van de administratieve en technische diensten voor de digitale televisie en, in die context, de controle van de Kirch-groep over de decoderingstechnologie via de d-box.
- 149 In dit verband merkt verzoekster op dat de concentraties in de beschikkingen Bertelsmann/Kirch/Premiere (punt 139) en Deutsche Telekom/BetaResearch (punten 64 en 78) met name onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt zijn verklaard omdat de door de betrokken ondernemingen voorgestelde verbintenissen de controle van de Kirch-groep over de decoderingstechniek niet ongedaan maakte. Daarentegen heeft de Commissie in de onderhavige bestreden beschikking een radicaal ander standpunt ingenomen door verbintenissen goed te keuren die deze controle niet kunnen verhinderen.
- 150 Verzoekster is van mening dat door deze radicale standpuntwijziging één van de twee volgende conclusies moet worden getrokken: ofwel had de Commissie in het onderhavige geval moeite met het juist beoordelen van de mededingingsproblemen die uit de concentratie voortkwamen, hetgeen zou betekenen dat deze niet scherp omlijnd zijn, ofwel heeft zij de gerezen mededingingsproblemen op de juiste wijze onderkend. In het tweede geval dwingt de omstandigheid dat de verbintenissen die zijn voorgesteld in de zaken Bertelsmann/Kirch/Premiere en Deutsche Telekom/BetaResearch, zijn geweigerd terwijl soortgelijke in de onderhavige zaak voorgestelde verbintenissen zijn aanvaard, tot de conclusie dat de mededingingsproblemen in die zaken weliswaar scherp omlijnd waren, maar niet gemakkelijk konden worden verholpen.
- 151 In beide hypothesen is niet voldaan aan de voorwaarden op grond waarvan de Commissie verbintenissen tijdens de eerste fase van de controle op concentraties mag aanvaarden.

- 152 Verzoekster betwist het zowel door KirchPayTV als door BSkyB gebruikte argument dat de drie eerdere beschikkingen getuigen van de ervaring die de Commissie heeft verworven bij het analyseren en het oplossen van mededingingsproblemen die kunnen voortkomen uit concentraties op de betrokken markten en daarom, anders dan verzoekster stelt, een aanwijzing vormen voor het feit dat de mededingingsproblemen in het onderhavige geval gemakkelijk kunnen worden herkend en opgelost. In dit verband vraagt verzoekster zich af hoe de interveniërende partijen het feit kunnen verklaren dat de Commissie in 1998 heeft geoordeeld dat het probleem van de versterking van de machtspositie van de Kirch-groep op de Duitse betaaltelevisiemarkt niet kon worden opgelost door deze groep te laten afzien van haar controle over het decoderingssysteem met de d-box, terwijl zij minder dan twee jaar later, onder dezelfde marktomstandigheden en zonder nadere motivering, van oordeel is dat het probleem ook zonder dergelijke verbintenissen kan worden opgelost.
- 153 In de tweede plaats wijst verzoekster erop dat de Commissie in het onderhavige geval moest uitmaken of en, zo ja, hoe — gezien de op dat moment bestaande monopoliesituatie en gezien de dreiging van een toekomstige monopoliesituatie — de markt voor potentiële concurrenten kon worden opengehouden en kon worden voorkomen dat andere deelnemers op die markt, doordat zij voor de ontwikkeling van hun eigen activiteiten gebruik zouden moeten maken van gemonopoliseerde diensten, afhankelijk zijn van het gedrag van de monopolisten. Concluderend acht zij de door de concentratie ontstane mededingingsproblemen bijzonder ingewikkeld en oordeelt zij dat deze dus niet scherp omlijnd en gemakkelijk te verhelpen waren.
- 154 Verzoekster stelt in de derde plaats, dat de complexiteit van de aan de orde gestelde mededingingsproblemen uit de aanwijzingen van de bestreden beschikking zelf blijkt. In dat verband merkt zij op dat de Commissie tweemaal, namelijk in de punten 51 en 80, verklaart dat de concentratie ernstige twijfel oproept over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, aangezien deze in de eerste plaats de machtspositie van de Kirch-groep op de Duitse betaaltelevisiemarkt kan versterken (punt 51) en deze in de tweede plaats een machtspositie of zelfs een monopolie kan creëren op de toekomstige markt van de digitale interactieve televisiediensten (punt 80).

- 155 In de vierde plaats wijst verzoekster op het aantal, de complexiteit en het zeer omstreden karakter van de verbintenissen die door de betrokken ondernemingen worden voorgesteld, en op de achtereenvolgende wijzigingen die daarin tijdens de procedure zijn aangebracht.
- 156 Zij verwerpt in dit verband het argument van BSKyB dat hoe meer verbintenissen ondernemingen aangaan, hoe gemakkelijker de mededingingsproblemen zijn op te lossen, en is juist van mening dat hoe meer verbintenissen de betrokken ondernemingen moeten voorstellen om de mededingingsproblemen op te lossen, hoe moeilijker en ingewikkelder de oplossing ervan is.
- 157 Tot slot verwerpt verzoekster het argument van BSKyB, dat het feit dat zij in haar opmerkingen in het kader van de procedure verbintenissen heeft voorgesteld die de ernstige twijfel over de verenigbaarheid van de concentratie met gemeenschappelijke markt zouden kunnen wegnemen, een aanwijzing vormt dat de gerezen mededingingsproblemen gemakkelijk waren op te lossen. In de eerste plaats heeft zij haar voorstellen namelijk slechts subsidiair en op uitdrukkelijk verzoek van de Commissie gedaan, terwijl zij in haar opmerkingen juist zeer gedetailleerd had verklaard waarom de concentratie naar haar mening wel onverenigbaar met gemeenschappelijke markt moest worden verklaard. In de tweede plaats berust het argument van BSKyB op de vooronderstelling dat iedere concentratie waarvan de mededingingsproblemen door verbintenissen kunnen worden opgelost, noodzakelijkerwijze betekent dat deze problemen gemakkelijk oplosbaar zijn. Deze vooronderstelling is kennelijk onjuist. Indien deze wél juist was, zouden de verbintenissen die tijdens de eerste controlefase worden voorgesteld, indien hiertoe zou worden besloten, immers noodzakelijkerwijs in die fase moeten worden aanvaard, aangezien het evenredigheidsbeginsel zich dan tegen een tweede controlefase zou verzetten.
- 158 De Commissie acht het middel niet-ontvankelijk omdat verzoekster de juridische argumenten niet voldoende duidelijk uiteenzet. Het middel is absoluut niet gemotiveerd, maar berust op een vage verwijzing naar de praktijk bij de controle op concentraties.

- 159 De Commissie en interveniënten stellen dat het middel niet-ontvankelijk en hoe dan ook ongegrond is.

Beoordeling door het Gerecht

- 160 Ten aanzien van het argument van de Commissie dat het middel niet-ontvankelijk is, aangezien verzoekster haar argumentatie niet voldoende duidelijk uiteenzet, aangezien zij zich beperkt tot een vage, niet nader gemotiveerde verwijzing naar de praktijk bij de controle op concentraties, moet worden opgemerkt dat het verzoekschrift weliswaar niet erg expliciet is, maar dat hieruit toch valt op te maken dat verzoekster een schending van artikel 6, lid 2, van verordening nr. 4064/89 stelt. Overigens betreft het verwijt dat verzoekster haar argumentatie onvoldoende heeft uitgewerkt, de grond van de zaak en niet de ontvankelijkheid.
- 161 Verzoekster stelt in wezen dat de Commissie de concentratie in de eerste fase van de onderzoeksprocedure niet op grond van de verbintenissen kon goedkeuren, aangezien de mededingingsproblemen niet scherp omlijnd waren en niet gemakkelijk konden worden verholpen.
- 162 In dit verband moet allereerst worden opgemerkt dat verordening nr. 4064/89 in de oorspronkelijke versie geen uitdrukkelijke bepaling bevatte over de aanvaarding van verbintenissen door de Commissie om in de eerste fase te aanvaarden, aangezien artikel 8, lid 2, slechts voor de tweede fase voorziet in de mogelijkheid voor de Commissie om een concentratie verenigbaar te verklaren indien de door de partijen aangeboden verbintenissen de ernstige twijfel kunnen wegnemen. Artikel 6, lid 2, dat de beslissingen in de eerste fase betrof, bevatte geen soortgelijke bepaling, hetgeen leek te impliceren dat de Commissie, indien zij van oordeel was dat een concentratie ernstige twijfel oproep, geen andere keuze had dan de tweede fase in te leiden. Niettemin heeft de Commissie in de praktijk,

met name op grond van de beginselen van evenredigheid en voortvarende behandeling die op de procedure van de concentratiecontrole van toepassing zijn, verscheidene concentraties in de eerste fase goedgekeurd, wanneer met de door de partijen voorgestelde verbintenissen de mededingingsproblemen konden worden opgelost.

163 Verordening nr. 1310/97 heeft de concentratieverordening gewijzigd om met name een bepaling in te voeren die uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid voor de Commissie om in de eerste fase een concentratie op grond van de door de partijen voorgestelde verbintenissen goed te keuren. Overweging 8 van de considerans van verordening nr. 1310/97 luidt: „Overwegende dat de Commissie een concentratie in de tweede fase van de procedure alsnog als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan aanmerken ingevolge verbintenissen van de partijen die in verhouding staan tot het mededingingsprobleem en dit probleem volledig wegwerken; dat het tevens dienstig is verbintenissen reeds in de eerste fase van de procedure te aanvaarden voorzover het mededingingsprobleem scherp is omlijnd en gemakkelijk kan worden verholpen.” Artikel 6, lid 2, van de concentratieverordening, zoals gewijzigd bij verordening nr. 1310/97, betreffende het door de Commissie verrichte onderzoek in de eerste fase, bepaalt dat indien de Commissie „constateert dat er, ingevolge door de betrokken ondernemingen aangebrachte wijzigingen, niet langer ernstige twijfel in de zin van lid 1, sub c, bestaat ten aanzien van een aangemelde concentratie, [...] zij kan besluiten de concentratie verenigbaar te verklaren met de gemeenschappelijke markt overeenkomstig lid 1, sub b”.

¹⁶⁴ Hieruit volgt dat dit middel twee vragen opwerpt. De eerste vraag is of artikel 6, lid 2, zoals verzoekster stelt, alleen toestaat om in de eerste fase verbintenissen te aanvaarden indien het mededingingsprobleem scherp omlijnd is en gemakkelijk kan worden verholpen, overeenkomstig overweging 8 van de considerans van verordening nr. 1310/97, dan wel of, zoals de Commissie stelt, verbintenissen reeds in de eerste fase, zelfs als het probleem niet scherp omlijnd of gemakkelijk te verhelpen is, mogen worden aanvaard indien op grond van die verbintenissen kan worden geconcludeerd dat de concentratie geen ernstige twijfel oproept, evenals het geval is in de tweede fase. De tweede vraag, die daarentegen de juridische kwalificatie van de feiten betreft, is of het mededingingsprobleem dat het betrokken concentratievoornemen oproept, als scherp omlijnd en gemakkelijk te verhelpen kan worden beschouwd.

- 165 Het Gerecht is van oordeel dat eerst de tweede vraag moet worden onderzocht.
- 166 In het stadium van het verzoekschrift stelt verzoekster ter ondersteuning van het middel enkel dat de Commissie ernstige twijfel heeft geuit en dat zij in het verleden drie concentraties op de betrokken markt heeft verboden.
- 167 Dit argument, gebaseerd op de vaststelling van de Commissie dat de concentratie ernstige twijfel over de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt oproept, is kennelijk ongegrond. Pas wanneer de Commissie heeft geoordeeld dat de door haar onderzochte concentratie ernstige twijfel oproept, worden de partijen namelijk verzocht om verbintenissen voor te stellen teneinde genoemde twijfel weg te nemen. Er moet van worden uitgegaan dat verbintenissen altijd bedoeld zijn om de ernstige twijfel weg te nemen en de voorgenomen concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te maken. Het feit dat de Commissie ernstige twijfel heeft geuit, is dan ook zeker geen bewijs dat de in het onderhavige geval gerezen mededingingsproblemen niet scherp omlijnd waren en niet gemakkelijk konden worden verholpen.
- 168 Ten aanzien van verzoeksters stelling dat de door het concentratievoornemen gerezen mededingingsproblemen niet scherp omlijnd waren, moet worden opgemerkt dat verzoekster in antwoord op het verzoek om informatie van de Commissie van 11 januari 2000 haar standpunt kenbaar heeft gemaakt, dat onder meer inhield dat de concentratie zou leiden tot een versterking van de machtspositie van KirchPayTV op de betaaltelevisiemarkten, de acquisitie van programmarechten en de verrichting van technische diensten in verband met betaaltelevisie, en dat de machtspositie van de Kirch-groep in Duitsland, gezien de grote overlappingsen tussen de technische diensten in verband met de verrichting van betaaltelevisiediensten en die in verband met de verrichting van digitale interactieve televisiediensten (set top box, elektronische televisiegids, voorwaardelijk-toegangssysteem), een aanzienlijke belemmering vormde voor de toetreding tot de markt voor alle potentiële concurrenten op de markt van de digitale interactieve televisiediensten. Hieruit blijkt dat verzoekster binnen een termijn van drie dagen in staat was om de belangrijkste potentiële mededingings-

problemen te identificeren, die juist ook door de Commissie in de bestreden beschikking in aanmerking zijn genomen. Verzoekster kan dan ook niet beweren dat de mededingingsproblemen die het concentratievoornemen met zich meebracht, niet scherp omljnd waren.

- 169 Met betrekking tot de omstandigheid dat de Commissie in het verleden reeds drie beschikkingen met een verbod op concentraties op de betrokken markten heeft vastgesteld, moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat iedere concentratie moet worden onderzocht op basis van de specifieke weerslag ervan op de markt. Zo kan dezelfde concentratie, die na een verbod opnieuw wordt aangemeld, in bepaalde gevallen worden toegestaan indien de marktomstandigheden aldus zijn gewijzigd dat de concentratie niet meer onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt lijkt. Daarom kan een vergelijking tussen verschillende concentraties in voorkomend geval slechts relevant zijn indien vaststaat dat deze dezelfde mededingingsproblemen met zich meebrengt en markten betreft waarvan de omstandigheden niet zijn gewijzigd en die dezelfde kenmerken vertonen.
- 170 Hieruit volgt dat met de eenvoudige en niet nader gepreciseerde bewering dat de Commissie reeds andere concentraties op de Duitse televisiemarkt heeft verboden, niet kan worden aangetoond dat de Commissie in de eerste fase geen verbintenissen in het kader van de betrokken concentratie kon aanvaarden. Reeds om die enkele reden moet verzoeksters grief worden verworpen.
- 171 Bovendien zijn de door verzoekster ingeroepen beschikkingen niet relevant, aangezien zij andere partijen betreffen en de betrokken markten en de gestelde mededingingsproblemen niet vergelijkbaar zijn.
- 172 De beschikking Bertelsmann/Kirch/Premiere betrof weliswaar, net als in het onderhavige geval, de Duitse betaaltelevisiemarkt, maar betrof een concentratie tussen de enige twee ondernemingen die op de Duitse markt actief waren, namelijk

Bertelsmann en Kirch, terwijl de onderhavige beschikking betrekking heeft op de verwerving van een deelneming door een onderneming die actief is op de Britse betaaltelevisiemarkt, BSkyB, in een op de Duitse markt opererende onderneming. Aangezien vaststaat dat de betaaltelevisiemarkten nationaal of althans per taalgebied moet worden afgebakend, worden bij de betrokken concentratie geen marktaandeelen samengevoegd, maar wordt alleen de machtspositie van Kirch-PayTV versterkt door de financiële injectie van BSkyB. Hieruit volgt dat de mededingingsproblemen in deze twee zaken niet vergelijkbaar zijn.

- 173 De beschikking Deutsche Telekom/BetaResearch betrof niet dezelfde markten als die welke in het onderhavige geval aan de orde zijn. De concentratie, die samenhangt met de in de beschikking Kirch/Bertelsmann/Premiere onderzochte concentratie, verschafte Deutsche Telekom toegang tot de decoderingstechnologie van Kirch om haar kabelnetten te voeden, wat deze zowel voor de satelliet als voor de kabel de enige op de Duitse markt beschikbare technologie had gemaakt, zodat Deutsche Telekom, die het kabelnet beheerste, iedere toegang tot de kabel van iedereen die met de door Premiere per satelliet uitgezonden digitale programma wilde concurreren zou kunnen blokkeren.
- 174 De beschikking MSG Media Service betrof de creatie van een machtspositie op de markt van technische diensten voor betaaltelevisie in Duitsland, die ook tot een machtspositie op de betaaltelevisiemarkt zou hebben geleid, en is dus evenmin vergelijkbaar met de onderhavige bestreden beschikking, die een betere toegang tot financiële middelen betreft.
- 175 Verzoeksters bewering in repliek, dat de feiten in deze drie zaken weliswaar verschilden van die in het onderhavige geval, maar dat de gevolgen van deze concentraties voor de concurrentie, indien zij zouden zijn toegestaan, dezelfde zouden zijn geweest als die in het onderhavige geval, bevestigt slechts dat de problemen in deze zaken niet vergelijkbaar zijn. Zo leidden de concentraties in deze drie zaken tot het ontstaan van monopolies door de verschillende concurrerende of aanvullende activiteiten van de partijen samen te voegen, terwijl het probleem in het onderhavige geval het gevolg is van de versterking van de positie van KirchPayTV door de financiële injecties van BSkyB.

- 176 In ieder geval blijkt niet — en stelt verzoekster overigens ook niet — dat de Commissie deze drie verbodsbeschikkingen heeft vastgesteld op grond dat de mededingingsproblemen niet scherp omljnd waren of met verbintenissen in de eerste fase gemakkelijk konden worden verholpen. Deze beschikkingen zijn namelijk aan het einde van de tweede fase vastgesteld, niet omdat de problemen niet scherp omljnd waren of niet gemakkelijk konden worden verholpen, maar omdat de door de partijen voorgestelde verbintenissen niet voldoende waren om de ernstige twijfel weg te nemen en de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te maken. Zoals verzoekster zelf naar voren heeft gebracht, moet het onderhavige middel niet worden verward met de vraag die bij het derde middel aan de orde komt, namelijk of de voorgestelde en in de bestreden beschikking overgenomen verbintenissen voldoende zijn.
- 177 De drie door verzoekster ingeroepen beschikkingen leveren dan ook zeker niet het bewijs dat de gestelde mededingingsproblemen niet scherp omljnd of gemakkelijk te verhelpen waren, maar zij bewijzen integendeel dat de Commissie een grondige kennis van de sector had. Zoals zojuist is vermeld, was de weerslag van de drie concentratievoorstellen op de mededinging anders dan die in het onderhavige geval, maar deze drie eerdere beschikkingen hebben de Commissie reeds in de gelegenheid gesteld om de mededingingsproblemen op de Duitse markten van de betaaltelevisie, de technische diensten en de uitzendrechten van films en sportevenementen te onderzoeken.
- 178 Gezien de rijke ervaring die de Commissie heeft opgedaan in deze eerdere zaken en in een reeks andere beschikkingen van de Commissie die niet door verzoekster zijn genoemd, met name de zaak British Interactive Broadcasting/Open (zaak IV/36.539), betreffende de creatie van een gemeenschappelijke onderneming om in het Verenigd Koninkrijk interactieve televisiediensten te leveren met de deelname van zowel de betaaltelevisie-exploitant BSkyB, die de uitzendrechten en de technische diensten in verband met de decoders beheerste, als de exploitant met een machtspositie in de telecommunicatiesector, British Telecom, is het argument dat de materie technisch complex is, ongegrond. Bovendien moet worden opgemerkt dat de grote technische complexiteit van het onderwerp en de omvang en de complexiteit van de verbintenissen op zichzelf niet uitsluiten dat de ernstige twijfel van de Commissie over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt gemakkelijk kan worden weggenomen.

Bovendien kan een technisch onderwerp op het eerste gezicht voor een leek weliswaar ingewikkeld lijken, maar dit hoeft niet te gelden voor de partijen die in de sector actief zijn, zoals in de eerste plaats uiteraard de betrokken partijen en de belanghebbende derden, die zeer goed in staat zijn om de Commissie zonnodig van informatie te voorzien. De verordening maakt overigens geen enkel onderscheid tussen concentraties naar vakgebied waarop zij betrekking hebben.

- 179 Ook kan er geen argument worden ontleend aan het grote aantal verbintenissen die door de partijen zijn voorgesteld, aangezien dit hoge aantal evengoed een aanwijzing kan zijn dat zij alle aspecten van de mededingingsproblemen van het concentratievoornemen hebben kunnen verholpen.
- 180 Tot slot is verzoeksters argument betreffende de machtspositie van KirchPayTV of, meer in het algemeen, van de Kirch-groep, ongegrond. De mate van dominantie bewijst op zichzelf namelijk niet dat het probleem niet gemakkelijk kan worden verholpen.
- 181 Uit het bovenstaande volgt dat het tweede middel moet worden afgewezen, zonder dat de vraag behoeft te worden beantwoord of verbintenissen slechts in de eerste fase kunnen worden aanvaard indien de mededingingsproblemen scherp omljnd zijn en gemakkelijk kunnen worden verholpen, of dat het voldoende is dat zij de door de concentratie opgeroepen ernstige twijfel kunnen wegnemen. Er is immers niet bewezen dat de Commissie een kennelijke fout heeft gemaakt door te stellen dat het probleem scherp omljnd was en gemakkelijk kon worden verholpen.

3. Het derde middel: ontoereikendheid van de verbintenissen

- 182 Verzoekster stelt dat de door de Commissie aanvaarde verbintenissen voldoende zijn om de ernstige twijfel over de verenigbaarheid van de concentratie met de

gemeenschappelijke markt weg te nemen. Zij ondersteunt dit middel met grieven die voor alle verbintenissen tezamen gelden, specifieke grieven met betrekking tot de verschillende verbintenissen en grieven betreffende het ontbreken van bepaalde verbintenissen die naar haar mening onmisbaar zijn.

Opmerkingen over alle verbintenissen tezamen

Argumenten van partijen

183 Verzoekster betoogt in eerste plaats dat de controle van concentraties een meerwaarde moet hebben ten opzichte van het tweede algemene toezicht op misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG, namelijk niet alleen het misbruik van een machtspositie voorkomen, maar ook het ontstaan of de versterking van die machtspositie zelf verhinderen [zie in die zin punt 137 van beschikking 2001/98/EG van de Commissie van 13 oktober 1999 waarbij een concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-overeenkomst wordt verklaard (zaak nr. IV/M.1439 — Telia/Telenor, PB 2001, L 40, blz. 1)].

184 Zij verbindt daaraan de conclusie dat bij een verbintenis waarin slechts wordt beloofd om een machtspositie niet te misbruiken, de controle op concentraties geen meerwaarde kan hebben ten opzichte van het in artikel 82 voorgeschreven toezicht. Een dergelijke verbintenis heeft namelijk slechts tot doel, gedragingen te voorkomen die op grond van artikel 82 EG toch al verboden zijn, namelijk het misbruik maken van een machtspositie, maar kan niet het ontstaan of de versterking van deze machtspositie verhinderen, terwijl dat toch het doel van de controle op concentraties is.

- 185 Om dit doel te bereiken, moeten de door de partijen voorgestelde verbintenissen de mededingingsproblemen die door de concentratie zijn gerezen, exact reflecteren.
- 186 Volgens verzoekster houden de voorgestelde verbintenissen slechts beloften in om de door de Commissie vastgestelde machtsposities niet te misbruiken, maar kunnen zij het ontstaan of de versterking van deze machtsposities niet verhinderen. Zij leidt hieruit af dat deze verbintenissen de ernstige twijfel van de Commissie over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt niet konden wegnemen. De Commissie had deze dan ook niet moeten aanvaarden, maar de tweede controlefase moeten inleiden.
- 187 Verzoekster betwist het argument van KirchPayTV, dat de verbintenissen bindend zijn voor de ondernemingen van de Kirch-groep, namelijk BetaDigital, Gesellschaft für digitale Fernsehdienste GmbH (hierna: „BetaDigital”) en BetaResearch, Gesellschaft für die Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen GmbH (hierna: „BetaResearch”), die zelf geen machtspositie hebben op de markten waar zij actief zijn, zodat de verbintenissen meer inhouden dan de belofte om geen misbruik te maken van een machtspositie.
- 188 In dit verband erkent verzoekster dat de positie van BetaDigital, die het technisch platform voor distributie per satelliet van de Kirch-groep exploiteert, is verminderd doordat in Duitsland de distributie per kabel aan belang heeft ingeboet ten opzichte van die per satelliet. Volgens haar moet er niettemin rekening mee worden gehouden dat het technische platform voor kabeldistributie weliswaar wordt geëxploiteerd door een onderneming die niet tot de Kirch-groep behoort, namelijk MSG MediaServices GmbH, een dochteronderneming van Deutsche Telekom, die echter de decoderingstechniek van BetaResearch, een onderdeel van de Kirch-groep, gebruikt. Met het oog op de opening van de markt van betaaltelevisie in Duitsland en die van digitale interactieve televisiediensten, dus van diensten die redelijkerwijze alleen per kabel en per satelliet kunnen worden uitgezonden, moet er absoluut op worden toegezien dat deze decode-ringstechniek niet exclusief door MSG MediaServices GmbH wordt gebruikt.

- 189 In de tweede plaats stelt verzoekster dat de verbintenissen indruisen tegen de mededeling van de Commissie betreffende de corrigerende maatregelen. In deze mededeling legt de Commissie het reeds aangehaalde arrest Gencor/Commissie aldus uit, dat verbintenissen binnen een kort tijdsbestek doelmatig tot uitvoering moeten kunnen worden gebracht, en dat de uitgevoerde verbintenissen geen verder toezicht mogen vergen (punt 10). In het onderhavige geval vergen de verbintenissen, in strijd met dit beginsel, toezicht op middellange en lange termijn.
- 190 In het derde plaats merkt verzoekster op dat de verbintenissen alleen de Kirch-groep binden. BSkyB kan, door aan bepaalde voorwaarden te voldoen, de volledige zeggenschap over KirchPayTV in handen te krijgen, dus een machtspositie innemen zonder op haar beurt gebonden te zijn aan de verbintenissen waarop de bestreden beschikking betrekking heeft.
- 191 De Commissie en interveniënten achten deze grieven ongegrond.

Beoordeling door het Gerecht

- 192 Artikel 6, lid 2, van verordening nr. 4064/89 bepaalt dat indien de Commissie constateert dat een concentratie, op grond van de door de partijen voorgestelde verbintenissen, niet langer ernstige twijfel oproept, zij deze concentratie overeenkomstig artikel 6, lid 1, sub b, verenigbaar kan verklaren met de gemeenschappelijke markt. Aangezien de verordening tot doel heeft, de schepping of de versterking van marktstructuren te voorkomen die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt aanzienlijk kunnen belemmeren, moeten de voorgestelde verbintenissen de ernstige twijfel kunnen wegnemen die volgens de Commissie door de betrokken concentratie wordt opgeworpen.

- 193 Zoals uit de rechtspraak blijkt, is de Commissie slechts bevoegd om verbintenissen te aanvaarden die het ontstaan of de versterking kunnen verhinderen van een machtspositie die zij bij haar analyse van de concentratie heeft vastgesteld. Om na te gaan of aan dit criterium is voldaan, moet elke verbintenis per geval worden onderzocht, waarbij niet van belang is of deze als een verbintenis die op gedragingen betrekking heeft, dan wel als een structurele verbintenis kan worden aangemerkt. Hoewel structurele verbintenissen in beginsel de voorkeur verdienen boven verbintenissen die gedragingen betreffen, aangezien deze het ontstaan of de versterking van de eerder door de Commissie geconstateerde machtspositie definitief of althans voor langere tijd verhinderen, en wel zonder toezichtsmaatregelen op middellange of lange termijn, kan niet bij voorbaat worden uitgesloten dat ook verbintenissen die op het eerste gezicht louter op gedragingen betrekking lijken te hebben, zoals de toegang onder niet-discriminerende voorwaarden tot een belangrijke infrastructuur, het ontstaan of de versterking van een machtspositie kunnen verhinderen (arrest Gencor/Commissie, reeds aangehaald, punt 319).
- 194 Gezien de complexe economische beoordelingen die de Commissie moet maken bij de uitoefening van haar discretionaire bevoegdheid om de door de partijen bij de concentratie voorgestelde verbintenissen te toetsen, is het overigens de taak van de verzoeker die een beschikking tot goedkeuring van een concentratie wil laten nietigverklaren met als motivering dat de verbintenissen onvoldoende zijn om de ernstige twijfel weg te nemen, om aan te tonen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt (arrest Gerecht van 3 april 2003, Royal Philips Electronics/Commissie, T-119/02, Jurispr. blz. II-1433, punt 78).
- 195 Tegen deze achtergrond moet het middel betreffende de ontoereikendheid van de verbintenissen worden onderzocht.
- 196 In het onderhavige geval berust de vaststelling van de Commissie dat de betrokken concentratie de machtspositie van de Kirch-groep op de Duitse betaaltelevisiemarkt kan versterken en een machtspositie voor deze groep op de toekomstige markt van de digitale interactieve televisiediensten kan creëren, op

het bestaan van een belemmering van de toegang van derden tot genoemde markt. Verzoekster weerspreekt de in de bestreden beschikking uitgesproken ernstige twijfel niet, en beweert niet dat de concentratie andere ernstige twijfel oproept, maar stelt alleen dat de verbintenissen onvoldoende waren om deze twijfel weg te nemen.

- 197 Om deze ernstige twijfel weg te nemen, heeft de Commissie een groot pakket verbintenissen geëist en aanvaard. Doel van deze verbintenissen was, de vastgestelde mededingingsproblemen op te lossen door de belemmeringen van de toegang tot de markt wat de aanbidding van betaaltelevisiediensten betreft te verminderen, en te voorkomen dat KirchPayTV haar gestelde machtspositie op de betaaltelevisiemarkt bij haar activiteiten op de markt van de digitale interactieve televisiediensten in haar voordeel zou gebruiken. In wezen betreft het eerste deel van deze verbintenissen de vrije toegang tot de markt voor programmaverkopers (verbintenissen 1-5). Het tweede deel is bedoeld om de toegangsdrempels tot de markt voor exploitanten van technische platforms te verlagen en om aldus extra mogelijkheden te bieden om programma's via concurrerende platforms uit te zenden (verbintenissen 6-10). Op het eerste gezicht lijkt het pakket verbintenissen dan ook een overeenkomstige verlaging van de toegangsdrempels met zich mee te brengen en aldus de ernstige twijfel weg te nemen die door de versterking van de positie van KirchPayTV als gevolg van de concentratie was ontstaan.
- 198 In het kader van het eerste onderdeel van dit middel voert verzoekster drie grieven aan die de verbintenissen in hun geheel betreffen.
- 199 Ten aanzien van de eerste grief, die inhoudt dat de verbintenissen slechts eenvoudige beloften zijn om de door de Commissie vastgestelde machtsposities niet te misbruiken, moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat deze verbintenissen, hoewel zij eerder betrekking hebben op gedragingen, toch een structureel karakter hebben, omdat zij bedoeld zijn om een structureel probleem op te lossen, namelijk dat van de toegang tot de markt voor derden. De Commissie kon dan ook redelijkerwijze concluderen dat door het sluiten van Simulcrypt-overeenkomsten, de openstelling van de programmeringsinterface van

de d-box voor derden, de totstandkoming van de DVB-MHP-standaard en de toekenning van licenties voor de techniek van de d-box en de vervaardiging ervan, de mededinging op de verschillende niveaus van de digitale infrastructuur aanzienlijk kan worden versterkt. Hieruit volgt dat de verbintenissen niet kunnen worden aangemerkt als eenvoudige gedragingen betreffende beloften die ongeschikt zijn om de door de Commissie vastgestelde mededingingsproblemen op te lossen.

200 Aangezien de verbintenissen, zoals hierboven is aangegeven, de structuur voor de digitale distributie op de verschillende niveaus voor de concurrentie wordt geopend, hebben zij een veel ruimere strekking dan een simpel verbod om een machtspositie te misbruiken.

201 Bovendien is de kwestie niet of de verplichtingen uit de verbintenissen, zoals wordt beweerd, uit artikel 82 EG voortvloeien, maar of deze verbintenissen de door de concentratie ontstane problemen kunnen oplossen. Vastgesteld moet worden dat verzoekster in haar verzoekschrift de geschiktheid van de verbintenissen slechts in abstracto betwist en dat zij niet nagaat of zij in verhouding staan tot de mededingingsproblemen die de Commissie duidelijk heeft vastgesteld.

202 Overigens toont verzoekster niet aan dat de verbintenissen geen meerwaarde hebben ten opzichte van het algemene toezicht op misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG. In het kader van het algemene toezicht op misbruik van een machtspositie op grond van artikel 82 EG moet het bewijs van een machtspositie op de relevante markt en van misbruik hiervan namelijk door de Commissie en door de derden worden geleverd. Daarentegen brengen verbintenissen die als voorwaarde voor een beschikking tot goedkeuring van een concentratie worden opgelegd, met zich mee dat de last van het bewijs dat deze worden nageleefd, komt te liggen bij de bedrijven die bij de desbetreffende concentratie zijn betrokken. In zoverre hebben de verbintenissen reeds een ruimere strekking dan het algemene toezicht van artikel 82 EG.

- 203 Bovendien zou bij het ontbreken van verbintenissen de nationale of communautaire procedure op grond van artikel 82 EG moeten worden ingesteld, waarvan de uitkomst onzeker zou zijn, en in ieder geval moeilijker af te dwingen. Hierdoor zou de rechtsonzekerheid voor de rechtssubjecten groter worden. Daarentegen leggen de verbintenissen gedetailleerde, binnen korte termijn te vervullen verplichtingen op, waarvan de naleving wordt verzekerd door een doeltreffende en bindende arbitrageprocedure waarbij de bewijslast wordt omgekeerd ten nadele van de Kirch-groep. De verbintenissen bieden aldus een veel grotere rechtszekerheid dan artikel 82 EG.
- 204 Evenmin heeft verzoekster aangetoond dat aan de voorwaarde voor toepassing van artikel 82 EG was voldaan.
- 205 Zo blijkt weliswaar uit de beschikking dat KirchPayTV op de Duitse betaaltelevisiemarkt een machtspositie inneemt, doch verzoekster heeft niet aangetoond, of zelfs maar gesteld, waardoor KirchPayTV deze machtspositie zou hebben misbruikt. Daarentegen kunnen door het pakket verbintenissen reeds nu de belemmeringen van de toegang voor derden tot zowel de betaaltelevisiemarkt als de aangrenzende markten aanzienlijk worden verminderd.
- 206 Zoals KirchPayTV terecht naar voren brengt, gelden de verbintenissen eveneens voor een aantal ondernemingen van de Kirch-groep die actief zijn op andere markten dan die waarop de bestreden beschikking betrekking heeft en waarvan niet is aangetoond dat zij een machtspositie hebben op de betrokken markten of op die waarop zij actief zijn.
- 207 Zo zijn de verbintenissen 1 tot en met 3 gericht tot BetaDigital, die de technische platforms voor distributie per satelliet van de Kirch-groep exploiteert, via welke de programma's van KirchPayTV en die van andere omroepmaatschappijen worden uitgezonden. Aangezien de uitzending per satelliet in Duitsland van veel minder belang is dan die per kabel, en het technische platform voor kabel-distributie wordt geëxploiteerd door een onderneming die niet tot de Kirch-groep

behoort, namelijk MSG Media Services GmbH, een dochterbedrijf van Deutsche Telekom, blijkt op het eerste gezicht niet dat BetaDigital een machtspositie op de markt van technische diensten heeft.

- 208 Verzoekster heeft evenmin aangetoond dat de aard van de betrokken markt en de positie van de ondernemingen van de Kirch-groep op die markt dusdanig zijn, dat in het onderhavige geval aan de noodzakelijke restrictieve voorwaarden voor de toepassing van de rechtspraak inzake essentiële infrastructuren wordt voldaan, en zeker niet dat op grond daarvan verplichtingen of sancties kunnen worden opgelegd die — in dezelfde mate als de verbintenissen — de toegang voor concurrenten tot de markt kunnen vergemakkelijken.
- 209 Bovendien is de sanctie op niet-nakoming van verplichtingen uit verbintenissen doeltreffender dan die op niet-nakoming van de wettelijke verplichtingen uit hoofde van artikel 82 EG. Op grond van artikel 8, lid 5, van verordening nr. 4064/89 kan de Commissie haar beschikking namelijk intrekken indien de betrokken ondernemingen in strijd met een van de bij genoemde beschikking voorgeschreven verplichtingen handelen. Artikel 82 EG kent niet een dergelijke sanctie.
- 210 Ten aanzien van de tweede grief, namelijk dat de verbintenissen niet aanvaardbaar zijn aangezien zij een controle op middellange termijn opleggen, moet worden opgemerkt dat de mededeling betreffende corrigerende maatregelen niet de betekenis en de strekking heeft die verzoekster eraan toekent.
- 211 In punt 10 van de mededeling betreffende corrigerende maatregelen merkt de Commissie op dat zodra de concentratie tot uitvoering is gebracht, de gewenste mededingingsvoorwaarden op de markt niet daadwerkelijk kunnen worden hersteld zolang de verbintenissen niet zijn nagekomen, en verklaart zij dat daarom verbintenissen binnen een kort tijdsbestek doelmatig tot uitvoering moeten kunnen worden gebracht en geen verder toezicht mogen vergen. Doel van deze opmerking is niet om iedere controle door de Commissie op de uitvoering

van verbintenissen te verbieden, maar om te verzekeren dat de verbintenissen de door de concentratie ontstane problemen zodanig oplossen dat hiervoor niet bovendien nog een permanente controle door de Commissie nodig is.

- 212 In het onderhavige geval voorzien de verbintenissen evenwel in een reeks precieze maatregelen om de verschillende markten toegankelijk te maken en in een bindende arbitrageprocedure voor eventuele problemen bij de uitvoering.
- 213 Ten aanzien van de derde grief, namelijk dat de aangemelde overeenkomst ook inhoudt dat BSkyB de volledige zeggenschap over KirchPayTV krijgt, moet erop worden gewezen dat de bestreden beschikking uitsluitend de verwerving van gezamenlijke zeggenschap van KirchPayTV door BSkyB en Kirch betreft. De verwerving door BSkyB van de volledige zeggenschap over KirchPayTV zou een nieuw concentratievoornemen zijn, dat bij de Commissie zou moeten worden aangemeld en het voorwerp van een nieuw onderzoek zou moeten worden.
- 214 Uit het bovenstaande volgt dat de grieven van het eerste onderdeel moeten worden afgewezen.

Specifieke opmerkingen over bepaalde verbintenissen

Toegang voor derden tot het Kirch-platform (verbintenissen 1-3)

— Argumenten van partijen

- 215 Volgens verzoekster vormen de verbintenissen om belanghebbende derden tot het technische platform van de Kirch-groep toe te laten, dus om technische diensten

tegen billijke, gepaste en niet-discriminerende voorwaarden aan te bieden, slechts een herhaling van de wettelijke verplichting die op grond van de rechtspraak van het Hof rust op iedere onderneming met een machtspositie op de markt die installaties levert die anderen nodig hebben om hun economische activiteit te kunnen uitoefenen. Zij wijzen er in dit verband op dat indien de leverancier van een infrastructuur die onontbeerlijk is voor de verrichting van andere diensten op markten, lager in de bedrijfskolom een machtspositie heeft, en deze infrastructuur door de andere marktdeelnemers niet tegen economisch redelijke kosten kan worden opgezet, hij verplicht is om laatstgenoemde tot de betrokken infrastructuur toe te laten (arresten Hof van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie, C-241/91 P, en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punten 48 e.v., en 26 november 1998, Bronner, C-7/97, Jurispr. blz. I-7791, punten 23 e.v.).

- 216 Deze verbintenissen zouden misbruik door KirchPayTV van haar machtspositie dus alleen moeilijker maken, zonder de versterking van die machtspositie door de concentratie tegen te gaan. Zij zijn dan ook onvoldoende.
- 217 Verzoekster voegt hieraan toe dat de verbintenissen op middellange en lange termijn een controle achteraf door de Commissie impliceren, hetgeen naar haar oordeel in strijd is met het arrest Gencor/Commissie, reeds aangehaald, en van de mededeling betreffende corrigerende maatregelen.
- 218 Zij betwist de stelling van KirchPayTV, dat de markt van de technische diensten niet door de concentratie wordt geraakt. Deze stelling is volgens haar in tegenspraak met het door KirchPayTV erkende feit dat de verbintenissen, die potentiële concurrenten toelaten tot de door de Kirch-groep aangeboden technische diensten, bedoeld zijn om de door de concentratie gerezen mededingingsproblemen op te lossen. Daarmee erkent KirchPayTV stilzwijgend dat de opening van de markt voor technische diensten van doorslaggevend belang is voor de toegang van potentiële concurrenten tot de markten van betaaltelevisie en digitale interactieve televisiediensten.

219 De Commissie en interveniënten achten de grief ongegrond.

— Beoordeling door het Gerecht

220 Verzoekster betoogt in wezen dat de verbintenissen die bedoeld zijn om belanghebbende derden tot het technische platform van de Kirch-groep toe te laten, slechts de uitvoering vormen van de op grond van artikel 82 EG op iedere onderneming met een machtspositie op de markt rustende verplichting om haar technische diensten aan derden ter beschikking te stellen, zodat deze met haar in concurrentie kunnen treden. Zij stelt aldus dat de verbintenissen onvoldoende zijn.

221 Deze eerste drie verbintenissen van de Kirch-groep zijn bedoeld om leveranciers van inhoudelijke producten toegang te bieden tot de markt van de betaaltelevisie en de digitale interactieve televisiediensten. Zij garanderen de toegang tot het technische satelliet-platform van de Kirch-groep tegen billijke, gepaste en niet-discriminerende voorwaarden, zodat hun digitale diensten door de d-box kunnen worden ontvangen. Op grond daarvan hebben de drie verbintenissen dus een structureel effect. Zij blijven niet beperkt tot een belofte om geen misbruik van een machtspositie te maken in de zin van artikel 82 EG en zijn als zodanig niet ongeschikt om de mededingingsproblemen op te lossen die in het onderhavige geval door de voorgenomen concentratie zijn ontstaan.

222 Overigens moet worden vastgesteld dat de verschillende diensten afzonderlijk worden aangeboden, dat er een verplichting is om voor iedere dienst een aparte boekhouding te voeren en om derden binnen twee weken toegang tot de boekhouding te verschaffen, dat de Kirch-groep verplicht is de prijzen en de verkoopvoorwaarden openbaar te maken en dat er voor haar een samenwerkingsverplichting en een verplichting om derden hetzelfde te behandelen als ondernemingen van de groep bestaat.

- 223 Ook gelden de verbintenissen voor een aantal ondernemingen van de Kirch-groep die actief zijn op andere markten dan die waarop de bestreden beschikking betrekking heeft, en waarvan niet vaststaat dat zij een machtspositie innemen op de betrokken markt of op de markt waarop zij actief zijn. Deze ondernemingen vallen dus niet binnen de werkingssfeer van artikel 82 EG. Er kan dan ook niet worden gesteld dat deze verbintenissen tot inhoud hebben om artikel 82 EG niet te schenden.
- 224 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat artikel 82 EG in uitzonderingsgevallen eveneens van toepassing is op structurele mededingingsproblemen die vergelijkbaar zijn met die welke tot de verbintenissen hebben geleid (arrest Hof van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie, 6/72, Jurispr. blz. 215; arresten RTE en ITP/Commissie, reeds aangehaald, punten 48 e.v., en Bronner, reeds aangehaald, punten 23 e.v.).
- 225 Uit de hierboven aangehaalde rechtspraak volgt, dat er slechts sprake kan zijn van misbruik indien de weigering van toegang tot de dienst in een infrastructuur die van wezenlijk belang is voor het verrichten van andere diensten op markten lager in de bedrijfskolom ertoe leidt dat alle concurrentie op de markt hoger in de bedrijfskolom wordt uitgesloten, zonder dat dit objectief gerechtvaardigd kan worden.
- 226 In het onderhavige geval heeft verzoekster niet aangetoond dat Kirch over een dergelijke infrastructuur beschikt waardoor deze verplichtingen voor haar zouden gelden.
- 227 Daarentegen moet enerzijds worden vastgesteld dat digitale signalen hetzij per kabel, hetzij per satelliet kunnen worden gedistribueerd. Het FUN-project heeft nu juist tot doel een alternatief platform te ontwikkelen, dat echter alleen voor de distributie per satelliet zal functioneren. In punt 62 van de bestreden beschikking wordt vastgesteld dat in Duitsland de distributie per satelliet niet vergelijkbaar is met die per kabel, aangezien de televisie-exploitant die alleen de eerstgenoemde

methode gebruikt, slechts een derde van de huishoudens bereikt. Anderzijds beschikt Kirch, wat de kabel distributie betreft, slechts over de technologie die wordt gebruikt in de kabelnetten van Deutsche Telekom.

228 Uit het bovenstaande volgt dat de grief moet worden verworpen.

Het toegankelijk maken van het d-boxsysteem van Kirch voor de toepassingen van derden (verbintenis nr. 4)

— Argumenten van partijen

229 Verzoekster betoogt in de eerste plaats dat het toegankelijk maken van het d-boxsysteem van Kirch voor de toepassingen van derden slechts een herhaling is van een wettelijke verplichting die op grond van de rechtspraak inzake artikel 82 EG toch al bestaat. Aangezien het d-boxsysteem — zoals blijkt uit de beschikking (punten 61 e.v.) — reeds een monopoliepositie met zich brengt, is het in ieder geval a priori aan de door artikel 82 EG voorgeschreven algemene controle op misbruik van een machtspositie onderworpen. Zij voegt hieraan toe dat de betrokken verbintenissen geen absolute verplichtingen inhouden om toegang te bieden, maar verbonden zijn aan de voorwaarde dat Kirch en de derden overeenstemming bereiken over redelijke, gepaste en niet-discriminerende voorwaarden. Met deze verbintenissen wordt slechts een duurzaam toezicht op gedrag ingevoerd dat reeds op grond van artikel 82 EG voor ondernemingen met een machtspositie bestaat en geen enkele meerwaarde voor derden biedt.

230 In de tweede plaats stelt verzoekster dat alleen de afstand door de Kirch-groep van haar controle over het d-boxsysteem voldoende zou zijn geweest.

- 231 Zij betoogt in dit verband dat de verbintenis niets verandert aan het feit dat Kirch de controle over de technologische ontwikkeling van het d-boxsysteem in handen houdt. In de beschikkingen Bertelsmann/Kirch/Premiere (punten 37-39) en Deutsche Telekom/BetaResearch (punten 56-61) heeft de Commissie de betrokken concentraties onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard, met name om te voorkomen dat de technologie van het d-boxsysteem de enige digitale norm in het Duitse taalgebied wordt, hetgeen ertoe zou leiden dat iedere andere potentiële exploitant van een toegangscontrolesysteem afhankelijk zou zijn van het licentiebeleid van de onderneming BetaResearch, die tot de Kirch-groep behoort. De betrokken verbintenis heeft juist geen einde gemaakt aan de controle van Kirch over de technische infrastructuur en de daaruit voortvloeiende afhankelijkheid van derden van licentieverleningen door de Kirch-groep. Verzoekster herinnert er in dit verband aan dat de Commissie inzake de beschikkingen Bertelsmann/Kirch/Premiere (punt 139) en Deutsche Telekom/BetaResearch (punt 64), vergelijkbare verbintenissen als de onderhavige heeft afgewezen, met als motivering dat deze de controle over de technologie van het d-boxsysteem door de Kirch-groep niet aantastten.
- 232 Daarom verwerpt verzoekster het argument van de Commissie dat de beschikkingen Bertelsmann/Kirch/Premiere en Deutsche Telekom/BetaResearch niet vergelijkbaar zijn met het onderhavige geval. De feiten in die zaken verschillen weliswaar van die in onderhavige zaak, maar de mededingingsproblemen zijn volgens verzoekster in al deze zaken hetzelfde.
- 233 Bovendien merkt verzoekster op dat de verbintenis niet voldoet aan de voorwaarden die de Commissie in haar mededeling betreffende corrigerende maatregelen heeft uitgewerkt. Zij haalt hieruit de volgende passage aan: „Wanneer het mededingingsprobleem te wijten is aan controle over sleuteltechnologie, verdient afstoting van deze technologie de voorkeur aangezien op deze wijze een langdurige relatie tussen de fusieonderneming en haar concurrenten wordt vermeden. De Commissie kan echter ook licentieregelingen (bij voorkeur exclusieve licenties zonder enige gebruiksbeperking voor de licentienemer) aanvaarden als een alternatief voor afstotingen wanneer bijvoorbeeld een afstoting een belemmering zou vormen voor het efficiënte verloop van lopende onderzoeksactiviteiten [...]” (punt 29).

234 Zij concludeert hieruit dat in het onderhavige geval het probleem van de machtspositie van KirchPayTV op de markten voor betaaltelevisie en voor digitale interactieve televisiediensten in principe alleen had kunnen worden opgelost wanneer de Kirch-groep de controle over de decoderingstechnologie, die van wezenlijk belang is voor de toegang tot deze markten, volledig zou afstoten, hetgeen zou hebben betekend dat de Kirch-groep de controle over de onderneming BetaResearch had moeten opgeven. Zij voegt eraan toe dat de partijen bij de concentratie nooit argumenten hebben aangevoerd ter rechtvaardiging van een afwijking van het in de mededeling betreffende corrigerende maatregelen vermelde beginsel en met name van de daarin bedoelde hypothese van belemmering van de lopende onderzoeken.

235 Tot slot betwist verzoekster het argument van KirchPayTV dat de verbintenis met zich meebrengt dat derden hun diensten via de d-box kunnen leveren zonder verplicht te zijn om vooraf een licentie of toestemming van de Kirch-groep te vragen. De verbintenis heeft namelijk geen betrekking op de toegangscontroletechniek, en wijzigt dus niets aan de technische noodzaak voor derden om met de Kirch-groep een overeenkomst over de toepassing van die techniek te sluiten, in dit geval Simulcrypt-overeenkomsten. Deze consequentie had kunnen worden vermeden indien de Kirch-groep, zoals verzoekster tijdens de administratieve procedure had gevraagd, akkoord was gegaan met de installatie van een gemeenschappelijke interface in de d-box, hetgeen laatstgenoemde volgens verzoekster evenwel resoluut heeft geweigerd.

236 De Commissie en interveniënten achten de grief ongegrond.

— Beoordeling door het Gerecht

237 Verzoekster acht het toegankelijk maken van het d-boxsysteem niet voldoende. Zij stelt in dit verband dat aangezien het d-boxsysteem reeds een monopolie-

positie met zich meebrengt het a priori aan de door artikel 82 EG voorgeschreven algemene controle op het misbruik van machtspositie is onderworpen. Overigens stelt verzoekster dat alleen de afstand door de Kirch-groep van haar controle over het d-boxsysteem voldoende zou zijn geweest.

238 Opgemerkt moet worden, dat de door Kirch uitgeoefende controle over de technische infrastructuur niet door de concentratie wordt gewijzigd.

239 Met deze vierde verbintenis garandeert Kirch dat de interface die de toepassingen (d-boxsysteem) mogelijk maakt, toegankelijk zal zijn voor derden, zodat de uitgifte van aanvullende toepassingen zoals programmagidsen mogelijk wordt.

240 Verzoekster licht niet toe waarom alleen de afstand door de Kirch-groep van haar controle over het d-boxsysteem voldoende zou zijn geweest om de door de concentratie gerezen twijfel weg te nemen.

241 Overigens wordt de markt van de digitale decoderingstechnologie niet geraakt door de concentratie. Aangezien de verbintenis met zich meebrengt dat derden hun diensten, onafhankelijk van enige licentie of toestemming van de Kirch-groep, via de d-box kunnen leveren, lijkt de controle over dit systeem, die de latere ontwikkeling ervan bovendien met zich meebrengt, derden verder niet kunnen beletten om toe te treden tot de markten voor betaaltelevisie en digitale interactieve televisiediensten.

242 Verzoeksters argument dat de verbintenis slechts een herhaling van een op grond van artikel 82 EG bestaande verplichting is, moet om bovenstaande redenen worden afgewezen.

243 De grief betreffende deze verbintenis moet dan ook worden verworpen.

244 Aan deze slotsom wordt niet afgedaan door verzoeksters argument dat de Commissie vergelijkbare verbintenissen als de onderhavige in de beschikkingen Bertelsmann/Kirch/Premiere en Deutsche Telekom/BetaResearch heeft afgewezen met als motivering dat deze de controle over de technologie van het d-boxsysteem door de Kirch-groep niet aantastte. Zoals hiervoor is uiteengezet, zijn de onderhavige concentratie en de daaruit voortvloeiende problemen namelijk niet vergelijkbaar met die welke in die drie beschikkingen aan de orde waren. Het ging daarin om andere betrokken partijen en om andere markten.

245 Om te bepalen of de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, moet verder worden nagegaan of zij zich op het standpunt mocht stellen dat de vastgestelde mededingingsproblemen met het geheel van de voorgestelde verbintenissen kunnen worden opgelost, en dus niet of een verbintenis op zichzelf in een andere concentratie onvoldoende werd geacht. In het onderhavige geval is de Commissie in fase I tot de slotsom gekomen dat de verbintenissen de door de concentratie gerezen ernstige twijfel wegnamen. Het doel van de verbintenis is namelijk dat het voor de derde belanghebbende mogelijk wordt om toepassingen voor de digitale interactieve televisie op het technische platform van Kirch te ontwikkelen. Gezien met name de interoperabiliteit van de toepassingen, blijkt niet dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt toen zij zich op het standpunt stelde dat deze verbintenis ook tot de opening van de digitale televisiemarkt leidt.

246 Hieruit volgt dat de grief moet worden verworpen.

Interoperabiliteit van de toepassingen (verbintenis nr. 5)

— Argumenten van partijen

- 247 Verzoekster is van mening dat de verbintenis waarmee de interoperabiliteit van de toepassingen wordt verzekerd, slechts de noodzakelijke aanvulling op de hiervoor genoemde verbintenis vormt, waarmee alleen nog een element aan een permanente gedragscontrole wordt toegevoegd en die geen oplossing kan vormen voor het mededingingsprobleem dat reeds in de beschikkingen Bertelsmann/Kirch/Premiere en Deutsche Telekom/BetaResearch en in de bestreden beschikking (met name punt 61), is vastgesteld, namelijk de controle van de Kirch-groep over het d-boxsysteem.
- 248 De Commissie en interveniënten achten de grief ongegrond.

— Beoordeling door het Gerecht

- 249 Met deze vijfde verbintenis beoogt de Kirch-groep de interoperabiliteit van de toepassingen te verzekeren door middel van een gemeenschappelijke standaard, de MHP.
- 250 Opgemerkt moet worden dat verbintenissen met betrekking tot gedragingen, aanvaardbaar zijn indien zij een structureel effect hebben, hetgeen wil zeggen dat zij naar hun aard het ontstaan of de versterking van een machtspositie voorkomen (arrest Gencor/Commissie, reeds aangehaald).

- 251 Verzoekster heeft niet aangetoond dat de betrokken verbintenis niet tot deze categorie behoort. Integendeel, de interoperabiliteit van de toepassingen moet ervoor zorgen dat derde belanghebbenden toepassingen voor de digitale interactieve televisie kunnen ontwikkelen die op meerdere technische platforms kunnen worden gebruikt. In tegenstelling tot hetgeen verzoekster stelt, lijkt het voorstelbaar dat er concurrerende technische platforms worden opgezet, aangezien het samenwerkingsproject FUN juist tot doel heeft een dergelijk technisch platform te ontwikkelen.
- 252 Bovendien brengt de verplichting om de DVB-MHP-standaard tot stand te brengen, in tegenstelling tot hetgeen verzoekster stelt, geen permanente controle op gedragingen met zich mee, aangezien de gestandaardiseerde interface structureel de markt opent voor leveranciers van concurrerende toepassingen. Iedere ontwikkelingsmaatschappij kan hierdoor namelijk gebruiksklare toepassingsprogramma's ontwikkelen en daarmee samenhangende diensten aanbieden, onafhankelijk van enige licentie of toestemming van de Kirch-groep.
- 253 Overigens maken de vierde en de vijfde verbintenis in onderlinge samenhang een opening van de markt voor de toepassingen mogelijk.
- 254 In ieder geval moet worden vastgesteld dat verzoekster geen bewijs levert dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.
- 255 Uit het bovenstaande volgt dat de grief moet worden verworpen.

Interoperabiliteit van concurrerende platforms (verbintenis nr. 6)

— Argumenten van partijen

- 256 Verzoekster stelt dat de verbintenis van de Kirch-groep om Simulcrypt-overeenkomsten te sluiten met exploitanten van concurrerende technische platforms, de machtspositie van de Kirch-groep op de markt van de technische diensten, die dankzij het beschermde voorwaardelijke-toegangssysteem van de d-box ook de toegangscontrolesystemen omvat, niet aantast. De verbintenis vormt volgens haar een gedragsverplichting waaraan de Kirch-groep op grond van artikel 82 EG toch al gebonden was en die dus geen meerwaarde heeft ten opzichte van het in dat artikel voorgeschreven algemene toezicht op misbruik van een machtspositie.
- 257 De inhoud van de gedragsverplichting die de Kirch-groep op zich heeft genomen, is naar haar mening namelijk bijzonder vaag. In de eerste plaats verbindt de Kirch-groep zich alleen om alles in het werk te stellen om de Simulcrypt-overeenkomsten zo snel mogelijk in werking te doen treden. De naleving van deze verbintenis hangt dan ervan af of de exploitant van een concurrerend technisch platform zoveel als objectief noodzakelijk meewerkt om te zorgen dat deze exploitant billijke en gepaste voorwaarden verkrijgt, en tot slot de technische veiligheid van het voorwaardelijke-toegangssysteem het overeenkomstige systeem van de d-box niet in gevaar brengt.
- 258 Bovendien stelt verzoekster dat de verbintenis — die impliceert dat er Simulcrypt-overeenkomsten tussen de exploitanten van concurrerende platforms en BetaResearch, dochteronderneming van de Kirch-groep, worden gesloten — altijd afhankelijk is van de goede wil van de Kirch-groep. Nu valt te betwijfelen of deze goede wil bij de Kirch-groep aanwezig is, aangezien deze groep ook programma's uitzendt en daarom kan worden benadeeld door het sluiten van Simulcrypt-overeenkomsten, die de uitzending van concurrerende programma's

vergemakkelijken. Er is dus een kans op een belangenconflict tussen BetaResearch, die de technische diensten verricht, en de uitzender van de programma's van de groep die hierover de zeggenschap heeft. De onafhankelijkheid van de zakelijke beslissingen van BetaResearch is dus niet gegarandeerd.

- 259 Verzoekster merkt in dit verband op, dat dit risico van misbruik door de Commissie is geanalyseerd en gekritiseerd in haar beschikkingen Bertelsmann/Kirch/Premiere (punt 58) en Deutsche Telekom/BetaResearch (punt 38). Zij wijst ook op de slechte ervaringen van het samenwerkingsverband FUN bij een poging om met de Kirch-groep over een Simulcrypt-overeenkomst te onderhandelen.
- 260 Tot slot merkt zij op dat de verbintenis het bestaan van concurrerende toegangssystemen veronderstelt. Het is evenwel moeilijk voor te stellen, hoe deze vaste voet op de markt zouden kunnen krijgen.
- 261 In antwoord op het argument van KirchPayTV dat de Simulcrypt-overeenkomsten alleen worden gesloten tussen de technische platforms maar dat de Kirch-groep geen platform voor kabel distributie exploiteert, stelt verzoekster dat het belangrijkste technische platform op dit gebied, MSG Mediaservices GmbH, uitsluitend de door de Kirch-groep ontwikkelde techniek gebruikt.
- 262 Naar aanleiding van de opmerking van KirchPayTV over de recente opkomst van nieuwe technische platforms voor kabel distributie, namelijk dat hiervan op het moment van de bestreden beschikkingen nog geen sprake was, dat deze opkomst dus irrelevant is en zelfs op dit moment nog niet werkelijk heeft plaatsgehad ten gevolge van de belemmeringen die Deutsche Telekom — eigenaresse van het grootste gedeelte van het kabelnet en, via haar dochterbedrijf MSG Media-Services GmbH, exploitante van het belangrijkste technische distributieplat-

form — opwerpt voor potentiële exploitanten van concurrerende platforms. Zij verwijst in dit verband naar de grote problemen die PrimaCom, exploitante van een concurrerend platform, heeft ondervonden bij het sluiten van een Simulcrypt-overeenkomst met MSG MediaServices GmbH.

263 De Commissie en interveniënten achten de grief ongegrond.

— Beoordeling door het Gerecht

264 Deze zesde verbintenis heeft tot doel, de d-box open te stellen voor andere betaaltelevisiekanalen en voor digitale interactieve televisiediensten.

265 Zo heeft de Kirch-groep zich verbonden om Simulcrypt-overeenkomsten te sluiten met exploitanten van technische platforms die andere coderingssystemen gebruiken. De Simulcrypt-procedure maakt het gebruik van verschillende coderingssystemen mogelijk, zonder dat de klant meerdere decoders nodig heeft om het ontvangen signaal te decoderen door de uitwisseling van coderings sleutels tussen de platformexploitanten. Hierdoor kunnen alle betrokken programma's via één decoder worden ontvangen.

266 Deze verbintenis moet garanderen dat er concurrerende technische platforms worden opgezet door het mogelijk te maken om, wanneer een verrichter van technische diensten een concurrerend coderingssysteem wil gebruiken, de ontvangst door middel van de Simulcrypt-procedure via de d-box te laten verlopen. De Commissie en interveniënten hebben verklaard, zonder hierin door verzoekster te zijn weersproken, dat de verrichters van technische diensten hierdoor hun coderingssysteem vrijelijk kunnen kiezen en dat de mededinging tussen de exploitanten van technische platforms, maar ook die op de decodermarkt, door deze verbintenis wordt versterkt.

- 267 Overigens moet eraan worden herinnerd dat iedere verbintenis een wettelijke verplichting vormt en dat schending ertoe kan leiden dat de Commissie de toestemming voor de concentratie intrekt. Uit de omstandigheid, die overigens niet door verzoeksters is aangetoond dat Kirch niet bereid zou kunnen zijn om de verbintenis uit te voeren, blijkt niet dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de verbintenis de mededingingsproblemen kan oplossen.
- 268 Bovendien staat de betrokken verbintenis niet op zichzelf en moet deze worden beoordeeld in samenhang met alle door de Kirch-groep aangegane verbintenissen, in het bijzonder met die welke in een ander technisch platform voor de betaaltelevisieprogramma's van Kirch voorzien.
- 269 Hieruit volgt dat deze grief moet worden verworpen.

Toegang van andere technische platforms tot de betaaltelevisiediensten van Kirch (verbintenis nr. 7).

— Argumenten van partijen

- 270 Verzoeksters betoogt in de eerste plaats, dat de verbintenis van de Kirch-groep om haar betaaltelevisieprogramma's ook via andere technische platforms op de markt te brengen, met name door middel van Simulcrypt-overeenkomsten, de machtspositie van de Kirch-groep op de markten van de betaaltelevisie en de daarmee samenhangende technische diensten niet kan aantasten, geen enkele meerwaarde heeft ten opzichte van de door artikel 82 EG voorgeschreven controle op misbruik van machtsposities.

- 271 In de eerste plaats vergemakkelijkt deze verbintenis namelijk niet de toegang tot concurrerende platforms op de markt, maar wordt daarmee enkel ervan uitgegaan dat deze platforms reeds bestaan en een goed gedrag in overeenstemming met het mededingingsrecht beloofd.
- 272 In de tweede plaats zijn de voorwaarden waarvan de uitvoering van deze belofte afhankelijk wordt gemaakt, bijzonder vaag gehouden.
- 273 In de derde plaats leidt de verbintenis tot een belangenconflict dat de doelmatigheid ervan schaadt. Door de Kirch-groep te verplichten, haar betaaltelevisieprogramma's via concurrerende technische platforms op de markt te brengen, dwingt deze verbintenis haar om beslissingen te nemen die in bepaalde gevallen in strijd kunnen zijn met haar eigen belangen als televisie-exploitant. Daarom valt te betwijfelen of deze verbintenis loyaal zal worden uitgevoerd. Dit aspect heeft de Commissie in de beschikkingen Bertelsmann/Kirch/Premiere en Deutsche Telekom/BetaResearch juist gezien.
- 274 In dit verband wijst verzoekster in de eerste plaats op de slechte ervaringen van het samenwerkingsverband FUN, dat een concurrerend technisch platform wilde opzetten en daarbij stuitte op een weigering van KirchPayTV, in strijd met de betrokken verbintenis en onder valse voorwendselen, om toegang te bieden tot het betaaltelevisieaanbod van de Kirch-groep. Vervolgens wijst zij op de problemen van het technisch platform voor kabel distributie PrimaCom om met de Kirch-groep een Simulcrypt-overeenkomst te sluiten. Tot slot merkt zij op dat er op het ogenblik geen enkel voorbeeld bestaat van een technisch uitvoerbare Simulcrypt-oplossing voor de verschillende decoderingsystemen.
- 275 Verzoekster betoogt in de tweede plaats dat de verbintenis een controle van het latere gedrag vereist, welke in strijd is met het reeds aangehaalde arrest Gencor/Commissie en met de mededeling betreffende corrigerende maatregelen.

276 De Commissie en interveniënten achten de grief ongegrond.

— Beoordeling door het Gerecht

277 Met de zevende verbintenis verbindt de Kirch-groep zich om haar betaaltelevisieprogramma's ook via andere technische platforms op de markt te brengen, met name door middel van Simulcrypt-overeenkomsten.

278 Deze verbintenis vergemakkelijkt de toegang tot de markt voor de exploitanten van concurrerende technische platforms en bevordert zo indirect de mededinging tussen de aanbieders van betaaltelevisie, aangezien zij hun programma's via de technische platforms samen met de betaaltelevisieprogramma's van de Kirch-groep kunnen uitzenden.

279 Ten aanzien van verzoeksters argument betreffende de problemen die zij bij de uitvoering van verbintenis nr. 7 als mede-exploitant van het alternatieve platform FUN zegt te hebben ondervonden, moet worden opgemerkt dat FUN volgens de verklaringen van interveniënten, die door verzoekster niet zijn weersproken, niet de door de verbintenis voorziene arbitrageprocedure heeft ingeleid.

280 Op verzoeksters argument dat verbintenis nr. 7 niet tot opening van de markt leidt, maar is gebaseerd op de veronderstelling dat er reeds concurrerende technische platforms bestaan, moet opnieuw worden opgemerkt dat de verbintenissen niet als op zichzelf staand moeten worden beoordeeld.

- 281 Zoals de Commissie naar voren heeft gebracht, wordt de toegang voor een technisch platform tot de markt vergemakkelijkt door de interoperabiliteit van concurrerende technische platforms door middel van de waarborg van Simulcrypt-overeenkomsten (verbintenis nr. 6), door de beschikbaarstelling van de betaaltelevisieprogramma's van de Kirch-groep (verbintenis nr. 7) en eventueel door het verlenen van een licentie op het gebruik van de technologie van het d-boxsysteem (verbintenis nr. 8). De verbintenissen nrs. 6 en 7 zijn bedoeld om het voor een concurrent op de betaaltelevisiemarkt mogelijk te maken via een ander technisch platform dan dat van Kirch te werken.
- 282 De grieven betreffende verbintenis nr. 7 moeten dan ook worden verworpen.

Het gebruik van de technologie van het d-boxsysteem door concurrerende platforms (verbintenis nr. 8)

— Argumenten van partijen

283 Verzoekster stelt dat de verbintenis van de Kirch-groep om exploitanten van concurrerende platforms toegang tot de technologie van het d-boxsysteem te verschaffen, de machtspositie van de Kirch-groep bij de technologische ontwikkeling van het systeem niet kan aantasten.

- 284 In dit verband wijst zij er in de eerste plaats op, dat een soortgelijke verbintenis door de Commissie is geweigerd in de beschikkingen Bertelsmann/Kirch/Premiere (punt 139) en Deutsche Telekom/BetaResearch (punt 64), met als motivering dat deze geen einde kon maken aan deze machtspositie. Zij stelt dat in de bestreden beschikking op geen enkele wijze wordt gemotiveerd waarom er in de onderhavige zaak uit mededingingsrechtelijk oogpunt een andere beoordeling moet worden gegeven terwijl de feitelijke situatie identiek is aan die in de hiervoor genoemde zaken.

285 In de tweede plaats betoogt zij dat de verbintenis in strijd is met de door de directeur van de taskforce Fusiecontrole geformuleerde voorafgaande voorwaarden voor de aanvaarding van dergelijke verbintenissen (Drauz, G.-H., „Remedies under the merger regulation”, *International antitrust law & policy*, Fordham Corporate Law Institute, New York 1996, blz. 219-238, zie blz. 225 e.v.) en met name met de volgende voorwaarden:

- de licentiegever moet zich niet aan de werking van de verleende licentie kunnen onttrekken door bijvoorbeeld belangrijke technische bijstand te weigeren;

- de licentiegever mag van de licentiehouders geen overdreven hoge vergoeding vragen, en

- de Commissie mag niet verplicht worden om een permanente controle op de naleving van de licentieovereenkomst uit te oefenen, zoals een toetsing van de billijkheid van de licentievergoedingen.

286 In dit verband wijst verzoekster er in de eerste plaats op, dat alleen een verwijzing naar gepaste en niet-discriminerende voorwaarden de vaststelling van overdreven hoge licentievergoedingen kan voorkomen, in de tweede plaats dat de verbintenis geen bijzondere bepalingen op het gebied van de technische bijstand bevat en tot slot — en dit is de belangrijkste opmerking — dat de Commissie door de verbintenis een permanente gedragscontrole moet uitoefenen.

- 287 Zij voegt hieraan toe dat deze permanente gedragscontrole in strijd is met de mededeling betreffende corrigerende maatregelen.
- 288 In antwoord op het argument van KirchPayTV dat er geen sprake is van een dergelijke permanente gedragscontrole, hetgeen blijkt uit het bestaan van een arbitrageprocedure waarbij de bewijslast in het nadeel van de Kirch-groep wordt omgekeerd, stelt verzoekster dat deze feiten het bestaan van deze controle niet weerspreken, en dat uit de noodzaak van een arbitrageprocedure juist blijkt dat deze controle wél bestaat.
- 289 Verzoekster betoogt in de derde plaats, dat de beschikking een interne tegenstrijdigheid bevat, aangezien hierin enerzijds de betrokken verbintenis wordt aanvaard, terwijl anderzijds wordt vastgesteld dat er een aanzienlijk gevaar van misbruik bestaat in het licentiebeleid dat BetaResearch, een dochteronderneming van de Kirch-groep, waarschijnlijk zal gaan voeren ten aanzien van potentiële concurrenten van KirchPayTV op de markt van digitale interactieve televisiediensten, en er zelfs concrete gevallen van misbruik worden genoemd die door belanghebbende derden zijn gesignaleerd (punt 37 van de bestreden beschikking).
- 290 Verzoekster bestrijdt het argument van KirchPayTV dat de exploitanten van technische platforms hetzij de technologie van het d-boxsysteem op basis van de betrokken verbintenis kunnen kiezen, hetzij een concurrerende technologie waarbij zij de d-boxabonnees via Simulcrypt-overeenkomsten bereiken. Uit de slechte ervaringen van FUN en PrimaCom bij hun pogingen om met de Kirch-groep Simulcrypt-overeenkomsten te sluiten, blijkt dat het tweede alternatief duidelijk inadequaat is.
- 291 De Commissie en interveniënten achten de grieven ongegrond.

— Beoordeling door het Gerecht

- 292 Het doel van deze verbintenis is, de exploitanten van concurrerende platforms toegang tot de technologie van het d-boxsysteem te verschaffen.
- 293 Hiermee wordt het opzetten van concurrerende technische platforms vergemakkelijkt en wordt de markt dus toegankelijker voor concurrerende leveranciers van inhoud, hetgeen de mededinging op de betaaltelevisiemarkt bevordert.
- 294 Verzoeksters argument betreffende de tegenstrijdigheid tussen de bestreden beschikkingen en de beschikkingen Bertelsmann/Kirch/Premiere en Deutsche Telekom/BetaResearch, moet om de hierboven uiteengezette redenen worden verworpen.
- 295 Op verzoeksters verklaring dat de betrokken verbintenis leidt tot een permanente gedragscontrole die in strijd is met de mededeling betreffende corrigerende maatregelen, behoeft slechts te worden geantwoord dat alle geschillen over de naleving van verbintenissen onderworpen moeten zijn aan een arbitrage die garant staat voor voldoende controle. Overigens kunnen derden die ontevreden zijn over de uitvoering van de verbintenis, een arbitrageprocedure inleiden waarin de bewijslast bij de Kirch-groep ligt. Zo de uitvoering van de verbintenis aan controle is onderworpen, berust deze dus niet bij de Commissie.
- 296 Met betrekking tot verzoeksters argument dat de verbintenis in strijd is met de door de directeur van de Task force Fusiecontrole in een publicatie geformuleerde prealabele voorwaarden voor de aanvaarding van dergelijke verbintenissen,

volstaat de opmerking dat de verklaring van een ambtenaar die niet een officieel standpunt van de Commissie weergeven, haar niet kunnen binden.

297 Tot slot moet ook verzoeksters argument worden verworpen dat de Commissie door het aanvaarden van de verbintenis het gevaar heeft miskend dat BetaResearch bij de verlening van exploitatielicenties voor het d-boxsysteem haar machtspositie kan misbruiken. In de eerste plaats zijn de exploitanten van technische platforms immers vrij, een concurrerende technologie te kiezen en de abonnees van het d-boxsysteem via Simulcrypt-overeenkomsten te bereiken. In de tweede plaats moet de betrokken verbintenis, zoals hierboven reeds is opgemerkt, niet op zichzelf worden beoordeeld, maar als een deel van alle verbintenissen die door overeenkomstige verplichtingen en voorwaarden worden gegarandeerd, en met name door een bindende arbitrageprocedure.

298 De grief betreffende verbintenis nr. 8 moet dan ook worden verworpen.

De productie van „multisysteem”-decoders (verbintenis nr. 9)

— Argumenten van partijen

299 Verzoekster stelt dat de verbintenis om licenties voor „multisysteem”-decoders te verlenen eveneens in tegenspraak is met het oordeel van de Commissie in de eerdere beschikkingen Bertelsmann/Kirch/Premiere (punt 139) en Deutsche Telekom/BetaResearch (punt 64), volgens welke een dergelijke verbintenis de twijfel vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt niet kan wegnemen, aangezien

deze geen einde kan maken aan de controle van Kirch over de technologische ontwikkeling. Zij stelt dat de Commissie deze verandering van oordeel vanuit het oogpunt van het recht inzake de controle van concentraties, terwijl de feitelijke situatie identiek is, volstrekt niet heeft gemotiveerd.

300 De machtspositie had slechts kunnen worden aangetast indien de Commissie de Kirch-groep de aanvullende verplichting had opgelegd om de houders van een licentie voor de vervaardiging van de d-box toe te staan, er niet alleen concurrerende coderingssystemen, maar ook een gemeenschappelijke interface in aan te brengen. Het aanbrengen van concurrerende coderingssystemen is namelijk een volstrekt ontoereikende oplossing, aangezien exploitanten van technische platforms die deze concurrerende coderingssystemen gebruiken, gedwongen zouden zijn om Simulcrypt-overeenkomsten met de Kirch-groep te sluiten en de machtspositie van de Kirch-groep met betrekking tot het d-boxsysteem dus intact zou blijven.

301 Verzoekster betwist in dit verband de verklaring van de Commissie dat de verbintenis de mogelijkheid inhoudt om een gemeenschappelijke interface in de d-box op te nemen.

302 De Commissie en interveniënten achten de grief ongegrond.

— Beoordeling door het Gerecht

303 Het doel van deze negende verbintenis is, de fabrikanten van decoders licenties voor de ontwikkeling van de d-box aan te bieden door hun toe te staan deze op te nemen in andere toegangscontrolesystemen, met inbegrip van een gemeenschappelijke interface. Onder een gemeenschappelijke interface moet een modulesysteem in iedere d-box worden verstaan, die het mogelijk maakt om verschillende decoderingssystemen in te zetten.

- 304 Vastgesteld moet worden dat verzoekster niet heeft aangetoond dat deze verbintenis niet kan waarborgen dat de toekomstige d-boxabonnees ook door andere coderingssystemen kunnen worden bereikt. Verbintenis nr. 9 dient dus de markt te openen voor exploitanten van technische platforms, aanbieders van inhoud, potentiële fabrikanten van d-boxen maar ook aanbieders van coderingssystemen.
- 305 Overigens zijn de feiten in de onderhavige zaak niet vergelijkbaar met de omstandigheden die tot de beschikkingen Bertelsmann/Kirch/Premiere en Deutsche Telekom/BetaResearch hebben geleid. Aangezien het niet om een identieke feitelijke situatie ging, was de Commissie niet verplicht haar beschikking specifiek te motiveren.
- 306 Deze grief moet dan ook worden verworpen.

Overgang van het analoge naar het digitale systeem (verbintenis nr. 10)

— Argumenten van partijen

- 307 Verzoekster is van mening dat de verbintenis om een digitale decoder (d-box) aan te bieden aan iedere abonnee van KirchPayTV die slechts een analoge decoder heeft, voor de belanghebbende exploitanten de toegang tot de markten van de betaaltelevisie en de digitale interactieve televisiediensten niet gemakkelijker kan maken, noch het voor hun gemakkelijker kan maken om hun diensten aan deze abonnees aan te bieden. Aangezien de oplossing van de gemeenschappelijke interface wordt verworpen, zou voor de toegang voor derden tot de betrokken markten via de d-box immers minimaal een Simulcrypt-overeenkomst met de Kirch-groep moeten worden gesloten, hetgeen laatstgenoemde echter zou weigeren.

308 De Commissie en interveniënten achten de grief ongegrond.

— Beoordeling door het Gerecht

309 Verzoekster betwist niet dat de betrokken verbintenis tot het aanbieden van een digitale decoder (d-box) aan iedere abonnee van KirchPayTV die slechts een analoge decoder heeft, garandeert dat de Premiere-abonnees over een digitale decoder beschikken en dat aanbieders van programma's niet van de markt worden uitgesloten door het feit dat zij hun programma's digitaal verspreiden. Met deze verbintenis wordt voorkomen dat de activiteiten van concurrerende exploitanten op de betrokken markten worden belemmerd doordat de consumenten analoge decoders gebruiken die voor dit soort activiteiten niet geschikt zijn. Verzoekster heeft dan ook niet aangetoond in welk opzicht de Commissie een kennelijke beoordelingsfout zou hebben gemaakt door te oordelen dat deze verbintenis de toegang tot de markt voor concurrerende exploitanten mogelijk maakt.

310 De grief met betrekking tot deze verbintenis moet dan ook worden verworpen.

Beperking van de aanvullende capaciteiten op de kabelnetten (verbintenis nr. 11)

— Argumenten van partijen

311 Verzoekster stelt dat de verbintenis van KirchPayTV om tot 31 december 2000 geen aanvragen voor de toekenning van aanvullende digitale capaciteit op de

kabelnetten meer in te dienen, de technologische machtspositie van de Kirch-groep op de markt niet kan aantasten. Ook kan de verbintenis zeker geen einde maken aan de in de bestreden beschikking (punt 78) uitgesproken bezorgdheid van de Commissie in verband met de digitale verspreiding van televisieprogramma's via de breedband-kabelnetten van Deutsche Telekom, die voortkomt uit het gebruik door laatstgenoemde van de BetaResearch-technologie, die eigendom is van de Kirch-groep. Volgens verzoekster vreesde de Commissie voor het ontstaan van een machtspositie van KirchPayTV op de markt van digitale interactieve televisiediensten.

312 Zij merkt op dat deze bezorgdheid inmiddels terecht is gebleken omdat Deutsche Telekom en de Kirch-groep nu voornemens zijn om BetaResearch als gemeenschappelijke onderneming te beheren, welk voornemen bij het Bundeskartellamt is aangemeld.

313 Zij betwist de verklaring van de Commissie dat zij verplichtingen wilde opleggen aan een exploitante die niet bij de concentratie betrokken was, namelijk Deutsche Telekom. Zij is simpelweg van mening dat de verbintenis de door de Commissie in punt 78 van de bestreden beschikking uitgesproken ernstige twijfel over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt niet kan wegnemen.

314 De Commissie en interveniënten achten de grief ongegrond.

— Beoordeling door het Gerecht

315 De verbintenis om tot 31 december 2000 geen aanvragen voor de toekenning van aanvullende digitale capaciteit op de kabelnetten meer in te dienen, wil tegemoet

komen aan de vrees dat het betaaltelevisieaanbod van Kirch te veel plaats op de kabelnetten gaat innemen, zodat er niet genoeg voor het aanbod van derden zou overblijven.

- 316 Verzoeksters verwijt dat de Commissie Deutsche Telekom niet heeft verplicht om voor haar kabelnetten een andere technologie dan die van Kirch te gebruiken, moet worden verworpen. Deutsche Telekom is namelijk niet bij de onderhavige concentratie betrokken, zodat de Commissie haar in het kader van onderhavige procedure geen verplichtingen kan opleggen.
- 317 De onderhavige concentratie houdt bovendien geen enkel verband met de beslissing van Deutsche Telekom om de technologie van Kirch voor haar kabelnetten te gebruiken.
- 318 Verzoeksters opmerking over het voornemen van Deutsche Telekom en BetaResearch om een gemeenschappelijke onderneming op te richten, is overigens irrelevant, aangezien de eventuele mededingingsproblemen als gevolg van deze concentratie geen enkel verband houden met de bestreden beschikking.
- 319 Verzoeksters grief moet dan ook worden verworpen.

Kritische opmerkingen over het ontbreken van bepaalde, volgens verzoekster onontbeerlijke, verbintenissen

- 320 Verzoekster verwijt de Commissie, bepaalde verbintenissen niet te hebben opgelegd die zij tijdens de administratieve procedure had voorgesteld (brieven van verzoekster van 22 februari 2000, 2 maart 2000 en 15 maart 2000) en die naar

haar mening een einde hadden kunnen maken aan de belangrijkste, door de Commissie zelf geuite, twijfel over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt, ook al waren zij niet voldoende geweest om deze verenigbaarheid te herstellen.

- 321 Zij wijst het argument van KirchPayTV af dat de verbintenissen nrs. 1 tot en met 5 voldoende waren en dat de verbintenissen nrs. 6 tot en met 9 betreffende de opening van de technische-dienstenmarkt zelfs niet noodzakelijk waren geweest en dat dit laatste nog sterker gold voor de andere verbintenissen, met een nog ruimere strekking. Volgens verzoekster miskent KirchPayTV met de stelling dat de verbintenissen nrs. 6 tot en met 9 niet noodzakelijk waren, hoe belangrijk de zeggenschap van de Kirch-groep over de technologie van het d-boxsysteem is voor de opening van de markten van de betaaltelevisie en de digitale interactieve televisiediensten. In de redenering van Kirch zou de bestreden beschikking nietig moeten worden verklaard omdat deze onnodige verbintenissen zou hebben opgelegd.

Ontbreken van een verbintenis om de d-box van een gemeenschappelijke interface te voorzien

— Argumenten van partijen

- 322 Verzoekster stelt dat aan de partijen bij de concentratie ten onrechte niet de door haar voorgestelde verbintenis is opgelegd om de d-box van een gemeenschappelijke interface te voorzien.
- 323 Zij betoogt in dit verband dat concurrenten van KirchPayTV op basis van de aanvaarde verbintenissen hun programma's alleen via de d-box kunnen uitzenden indien zij toegang hebben tot het door BetaResearch — een onderdeel van de

Kirch-groep — ontwikkelde voorwaardelijketoegangssysteem, namelijk BetaCrypt, dat zij slechts mogen gebruiken nadat zij met BetaResearch een Simulcrypt-overeenkomst hebben gesloten. Door de noodzaak om een dergelijke Simulcrypt-overeenkomst te sluiten, worden deze exploitanten afhankelijk van BetaResearch, en kan de Kirch-groep misbruik maken van deze situatie om haar belangen op de markten van de betaaltelevisie en de digitale interactieve televisiediensten veilig te stellen en haar potentiële concurrenten op die markten aldus te benadelen.

- 324 Verzoekster stelt dat dit risico is gesignaleerd door de Commissie in haar beschikkingen Bertelsmann/Kirch/Premiere (punt 58) en Deutsche Telekom/BetaResearch (punt 38) en door het Zwitserse federale ministerie van Milieu, Vervoer, Energie en Communicatie in een beschikking van 8 november 1999 betreffende de Zwitserse betaaltelevisie-exploitant Teleclub AG, die voor 40 % in handen is van KirchPayTV en die eveneens de d-box gebruikt.
- 325 Zij voegt hieraan toe dat dit risico inmiddels nog groter is geworden, omdat de Kirch-groep het betaaltelevisiekanaal Premiere geheel heeft overgenomen en dit kanaal met DF1 is gefuseerd tot Premiere World. Zij wijst in dit verband ook op de praktische problemen die bepaalde exploitanten, waaronder FUN, hebben ondervonden bij het sluiten van Simulcrypt-overeenkomsten met BetaResearch.
- 326 Zij betoogt dat zij, om dit risico te voorkomen, heeft voorgesteld om de Kirch-groep te verplichten, de d-box met een gemeenschappelijke interface uit te rusten, waardoor via deze decoderprogramma's kunnen worden ontvangen die met andere voorwaardelijke-toegangssystemen zijn gecodeerd. Met deze oplossing, MultiCrypt genoemd, kunnen de bovengenoemde nadelen worden ondervangen doordat concurrerende exploitanten hun programma's die met andere voorwaardelijke-toegangssystemen dan die van de Kirch-groep zijn beschermd, via de d-box kunnen uitzenden zonder met deze groep een Simulcrypt-overeenkomst te moeten sluiten.

327 In antwoord op de argumenten van KirchPayTV bestrijdt verzoekster dat richtlijn 95/47/EEG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen (PB L 281, blz. 51; hierna: „richtlijn 95/47”) — een harmonisatierichtlijn op basis van de artikelen 47, lid 2, EG, 55 EG en 95 EG — de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie betreffende de in het kader van het toezicht op concentraties te aanvaarden verbintenissen beperkt. Ook acht zij argumenten betreffende de praktische voordelen voor de eindgebruikers van Simulcrypt, vergeleken met Multicrypt, niet relevant voor het toezicht op concentraties.

— Beoordeling door het Gerecht

328 Ter inleiding moet worden opgemerkt dat de Commissie over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt, wanneer zij onderzoekt of er verbintenissen moeten worden opgelegd om de door een concentratie ontstane ernstige twijfel weg te nemen.

329 Hieruit volgt dat het niet aan het Gerecht is om zijn eigen beoordeling in plaats van die van de Commissie te stellen, maar dat het slechts moet nagaan of de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt. In het bijzonder bewijst het feit dat de door verzoekster voorgestelde verbintenissen niet zijn opgelegd, op zichzelf niet dat de bestreden beschikking berust op een kennelijke beoordelingsfout, en kan het feit dat ook andere verbintenissen hadden kunnen worden aanvaard, of dat deze zelfs gunstiger voor de mededinging zouden zijn geweest, niet tot nietigverklaring van de beschikking leiden indien de Commissie redelijkerwijze heeft kunnen oordelen dat de in de beschikking overgenomen verbintenissen de ernstige twijfel konden wegnemen.

- 330 Volgens verzoekster had de Commissie in plaats van een verbintenis om een Simulcrypt-overeenkomst te sluiten, een verbintenis moeten voorschrijven om de d-box met een gemeenschappelijke interface uit te rusten.
- 331 In dit verband moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat zowel met Simulcrypt als met de gemeenschappelijke interface kan worden voorkomen dat een televisiekijker met een abonnement op betaaltelevisiekanalen met verschillende toegangscontrolesystemen meer dan één decoder moet gebruiken. In richtlijn 95/47 worden beide oplossingen overigens als gelijkwaardig beschouwd.
- 332 Ook heeft verzoekster niet de verklaring van KirchPayTV betwist, dat Simulcrypt een aantal voordelen ten opzichte van de gemeenschappelijke interface heeft. Zo stelt KirchPayTV dat Simulcrypt een betere bescherming tegen informatica-piraterij biedt en dat de televisiekijkers door de gemeenschappelijke interface gedwongen zijn om behalve de decoder ook modules voor de verschillende voorwaardelijke-toegangscontrolesystemen te kopen en de module te wisselen om programma's te kunnen bekijken die met een ander toegangscontrolesysteem zijn gecodeerd. Daarnaast wijst KirchPayTV erop dat met de gemeenschappelijke interface geen toegang tot de bestaande d-boxen mogelijk is.
- 333 Overigens is, zoals hiervoor reeds werd opgemerkt, verzoeksters grief dat de verbintenis om Simulcrypt-overeenkomsten te sluiten niet voldoende is om de mededingingsproblemen in het onderhavige geval op te lossen, ongegrond.
- 334 Bijgevolg kan niet worden gesteld dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door geen verbintenis met betrekking tot de gemeenschappelijke interface voor te schrijven.

Ontbreken van een verbintenis betreffende de eventuele banden tussen BetaResearch en Deutsche Telekom

— Argumenten van partijen

- 335 Verzoekster verwijt de Commissie dat deze geen rekening heeft gehouden met haar voorstel om een verbintenis op te leggen dat er geen vennootschapsrechtelijke of verbintenisrechtelijke banden tussen BetaResearch en Deutsche Telekom mogen ontstaan die erop zijn gericht dat de door BetaResearch ontwikkelde technologische standaard als enige wordt gebruikt op het breedband-kabelnet van Deutsche Telekom, die het grootste deel van de beschikbare netwerken in handen heeft. Zij stelt dat het vooruitzicht op dergelijke banden immers ernstige vragen oproept die de Commissie in haar beschikking Deutsche Telekom/BetaResearch (punten 33 e.v.) heeft uiteengezet.
- 336 In antwoord op het argument van de Commissie dat zij geen juridische verplichtingen aan derden kan opleggen, stelt verzoekster dat de Commissie de Kirch-groep wel degelijk had kunnen verplichten om te zorgen dat Deutsche Telekom een einde zou maken aan het exclusieve gebruik van de door BetaResearch ontwikkelde technologische standaard. Indien de Kirch-groep deze verbintenis niet had kunnen nakomen, had de Commissie deze niet-nakoming volgens haar moeten constateren en haar twijfel over de naleving van het mededingingsrecht die zij in verband met dit exclusieve gebruik uitdrukkelijk in de bestreden beschikking had vermeld, moeten handhaven (punt 61 van de bestreden beschikking).
- 337 Zij voegt hieraan toe dat de Commissie zich tot nu toe niet heeft verzet tegen het voornemen van Deutsche Telekom en de Kirch-groep om BetaResearch als gemeenschappelijke onderneming te beheren, hoewel hierbij twee ondernemingen met een machtspositie zijn betrokken.

338 In antwoord op het argument van KirchPayTV dat het gevaar van het gebruik door Deutsche Telekom van de door BetaResearch ontwikkelde technologische standaard wordt geneutraliseerd door de verkoop van een belangrijk deel van de breedbandkabelnetten van Deutsche Telekom, stelt verzoekster dat het tijdstip en de voorwaarden van deze verkoop nog niet waren bepaald op het moment van vaststelling van de bestreden beschikking, en dat dit thans nog steeds niet is gedaan.

— Beoordeling door het Gerecht

339 Verzoekster verwijt de Commissie, geen beperking te hebben opgelegd met betrekking tot een eventuele band tussen Deutsche Telekom en BetaResearch.

340 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat deze grief dient te worden verworpen omdat verzoekster de Commissie in haar verzoekschrift slechts heeft verweten dat deze haar voorstel om dergelijke banden te verbieden naast zich neer heeft gelegd, zonder te verklaren, laat staan aan te tonen, om welke reden een dergelijke verbintenis noodzakelijk zou zijn om de door de Commissie geuite twijfel over het betrokken concentratievoornemen weg te nemen.

341 In de tweede plaats had de Commissie hoe dan ook geen gevolg aan verzoeksters voorstel kunnen geven, omdat zij in een beschikking krachtens verordening nr. 4064/89 geen verbintenis ten laste van een niet bij het concentratievoornemen betrokken partij kan aanvaarden.

342 In de derde plaats betreft verzoeksters grief, zoals uit het opschrift blijkt, het ontbreken van een verbod op een eventuele band tussen Deutsche Telekom en BetaResearch. Zoals verzoekster in repliek heeft gepreciseerd, verwijst zij in dit

verband naar een bij het Duitse Bundeskartellamt ingeleide procedure, waarin Deutsche Telekom en BetaResearch aankondigen, een gemeenschappelijke onderneming te willen oprichten. De eventuele door dit voornemen ontstane mededingingsproblemen houden geen enkel verband met de bestreden beschikking en verzoeksters bezwaren dienaangaande moeten worden ingediend aan de instantie die bevoegd is om zich over dit voornemen uit te spreken.

343 In de vierde plaats lijkt verzoekster in repliek ook het huidige exclusieve gebruik door Deutsche Telekom van de door BetaResearch ontwikkelde technologie in haar kabelnet in het geding te willen brengen. Deze grief is echter niet-ontvankelijk omdat het een nieuw middel is, of althans niet voldoet aan de vereisten van artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht; bovendien is de beslissing van Deutsche Telekom om de BetaResearch-technologie voor haar kabelnetten te gebruiken, genomen vóór de concentratie waarop de bestreden beschikking betrekking heeft, en heeft deze geen enkel verband daarmee.

344 Uit het bovenstaande volgt dat de grief moet worden verworpen.

Ontbreken van een verbintenis om programma's, technologie en apparatuur te ontclusteren

— Argumenten van partijen

345 Verzoekster verwijt de Commissie dat deze haar voorstel niet heeft overgenomen om de Kirch-groep enerzijds te verplichten om de d-box aan te bieden aan klanten die alleen de programma's van andere exploitanten willen bekijken en geen

abonnement op de door KirchPayTV aangeboden betaaltelevisieprogramma's van Premiere World willen nemen, en anderzijds klanten de mogelijkheid te bieden om Premiere World met andere apparatuur dan de d-box te ontvangen. Volgens haar zouden deze verbintenissen een einde hebben gemaakt aan de bestaande verticale integratie van de technologie en de programma's.

346 Verzoekster stelt dat indien programma's, technologie en decoders niet worden ontclusterd, exploitanten die een met de d-box concurrerende technologie ontwikkelen of leveren, weinig kans van slagen hebben aangezien zij daarmee de enige volledige betaaltelevisie-zender van dit moment, namelijk Premiere World, niet kunnen uitzenden. Zij wijst in dit verband op de uit mededingingsrechtelijk oogpunt nadelige gevolgen van het ontstaan of de handhaving van een machtspositie op markten op technologisch gebied, wat de Commissie in haar beschikkingen Bertelsmann/Kirch/Premiere (punten 56 e.v.) en Deutsche Telekom/BetaResearch (punten 133 e.v.) heeft vastgesteld met betrekking tot de invloed van het d-boxsysteem waarover de Kirch-groep de controle heeft. Zij merkt eveneens op dat de Commissie zelf in haar mededeling betreffende corrigerende maatregelen heeft vastgesteld dat wanneer het mededingingsprobleem is te wijten aan controle over sleuteltechnologie, afstoting van deze technologie de voorkeur verdient (punten 29 en 30).

347 Zij bestrijdt het argument van de Commissie dat de ontclustering van programma's, technologie en apparatuur reeds wordt gegarandeerd door de verbintenissen die aan derden toegang bieden tot het technische platform van Kirch (verbintenissen nrs. 1-3) en die aan concurrerende technische platforms toegang bieden tot de betaaltelevisediensten van KirchPayTV (verbintenis nr. 7). Zij noemt deze verbintenissen ondoelmatig en verwijst naar de hierop uitgeoefende kritiek. Wat verbintenis nr. 7 betreft, wijst zij met name op de aanzienlijke praktische problemen die het alternatieve technische platform FUN heeft ondervonden toen zij de Kirch-groep om toegang tot de programma's van Premiere World verzocht.

— Beoordeling door het Gerecht

- 348 Verzoekster stelt dat de Commissie een verbintenis had moeten voorschrijven die voor Kirch een verplichting inhield om enerzijds de d-box aan te bieden aan klanten die geen abonnement op de door KirchPayTV aangeboden betaaltelevisieprogramma's wensen, en anderzijds haar abonnees de mogelijkheid te bieden om haar programma's met andere apparatuur dan de d-box te ontvangen.
- 349 In dit verband moet worden opgemerkt dat de verbintenissen nrs. 1, 2 en 3, die in de toegang voor derden tot het technische platform van Kirch voorzien, alsmede verbintenis nr. 7, die voorziet in de toegang van andere technische platforms tot de betaaltelevisiediensten van Kirch, juist tot doel hebben de toegang van concurrerende derden te verzekeren. Verzoeksters grieven, volgens welke deze verbintenissen onvoldoende zijn om de door de Commissie geuite ernstige twijfel weg te nemen, zijn reeds hiervoor verworpen.
- 350 Overigens heeft verzoekster niet aangetoond, of zelfs maar verklaard waarom het, gelet op de verschillende maatregelen tot opening van de markten die voortvloeien uit alle in de beschikking vastgestelde verbintenissen, nog noodzakelijk was geweest om hieraan de door haar voorstelde verbintenissen toe te voegen.
- 351 Hieruit volgt dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt en dat de grief moet worden verworpen.
- 352 Hieraan wordt niet afgedaan door verzoeksters argument in repliek, dat het technische platform FUN moeite zou hebben om van Kirch toegang tot de betaaltelevisieprogramma's van Premiere World te krijgen. De verbintenissen bevatten namelijk een gedetailleerde regeling inzake een arbitrageprocedure

waarmee met name bindende maatregelen kunnen worden genomen om zulke problemen op te lossen; indien na deze procedure mocht blijken dat Kirch de verbintenissen niet nakomt, kan de Commissie de bestreden beschikking intrekken overeenkomstig artikel 8, lid 5, van verordening nr. 4064/89.

353 Uit al het voorgaande volgt, dat het derde middel moet worden afgewezen.

4. Het vierde middel: een procedurefout als gevolg van het niet-inleiden van de procedure krachtens artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89

Argumenten van partijen

354 Verzoekster stelt dat de Commissie op grond van artikel 6, lid 2, van de concentratieverordening, in samenhang met overweging 8 van de considerans van verordening nr. 1310/97, verbintenissen tijdens de eerste controlefase alleen mag aanvaarden indien deze problemen scherp omlijnd zijn en gemakkelijk kunnen worden verholpen, en dat de Commissie alleen in dat geval ervan kan afzien om de procedure van artikel 6, lid 1, sub c, van de concentratieverordening in te leiden.

355 In dit verband merkt zij op dat de Commissie in de bestreden beschikking ernstige twijfel heeft geuit over de verenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt (zie met name de punten 51 en 80). Zij wijst bovendien op de zeer grote complexiteit van de door de concentratie ontstane mededingingsproblemen en van de voorgestelde verbintenissen, en op de

kennelijke inadequaatheid van de aanvaarde verbintenissen. Zij leidt hieruit af dat de in het onderhavige geval gerezen mededingingsproblemen niet scherp omlijnd en niet gemakkelijk te verhelpen waren, en dat de Commissie daarom niet ervan mocht afzien om de procedure krachtens artikel 6, lid 1, sub c, van de concentratieverordening in te leiden.

356 Verzoekster kwalificeert dit niet-inleiden van de procedure als een procedurefout.

357 Ter ondersteuning van deze stelling verwijst zij ook naar het arrest van het Gerecht van 10 mei 2000, SIC/Commissie (T-46/97, Jurispr. blz. II-2125). Zij stelt dat het Gerecht in dit arrest, in een zaak betreffende staatssteun, een beschikking van de Commissie nietig heeft verklaard, waarin deze weigerde de door een klager bekritiseerde financieringen als staatssteun aan te merken, zonder de formele procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden. Verzoekster merkt op dat het Gerecht als motivering voor deze conclusie heeft gewezen op de ernstige problemen van die kwalificatie en op het feit dat door de weigering om een formele procedure in te leiden, de klager de mogelijkheid was ontnomen om aan de procedure deel te nemen door opmerkingen in te dienen. Overwegende dat het probleem in de onderhavige zaak, hoewel het om controle op concentraties en niet om staatssteun gaat, in wezen vergelijkbaar en zelfs aanzienlijk ingewikkelder is, was het naar haar mening in het onderhavige geval nog noodzakelijker geweest om de procedure in te leiden.

358 Zij merkt op dat de door KirchPayTV voorgestelde uitlegging van artikel 6, lid 1, sub c, van de concentratieverordening geen rekening houdt met overweging 8 van de considerans van verordening nr. 1310/97 en met de kennelijke ongeschiktheid van de aanvaarde verbintenissen.

359 In antwoord op het argument van KirchPayTV dat het genoemde arrest SIC/Commissie niet relevant is, met name wegens de verschillen tussen de procedure inzake staatssteun en de procedure inzake controle op concentraties,

merkt verzoekster op dat haar het feit dat de procedure van artikel 6, lid 1, sub c, van de concentratieverordening niet is ingeleid, met name tot gevolg heeft gehad dat haar de ruimere procedurele rechten van artikel 18, lid 4, van verordening nr. 4064/89 zijn ontnomen.

360 De Commissie en interveniënten concluderen tot afwijzing van het middel.

Beoordeling door het Gerecht

361 Verzoekster voert drie argumenten aan ter ondersteuning van haar middel dat de Commissie de tweede fase van de procedure had moeten inleiden.

362 Met betrekking tot het eerste argument, namelijk dat de Commissie heeft vastgesteld dat de concentratie ernstige twijfel oproep, zij opgemerkt dat in artikel 6, lid 1, sub c, van de concentratieverordening — waarin wordt bepaald dat de Commissie de procedure moet inleiden indien zij constateert dat de concentratie ernstige twijfel over haar verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt oproept — uitdrukkelijk wordt verklaard dat dit geschiedt onverminderd het bepaalde in lid 2 van dit artikel. In dat lid wordt de Commissie juist toegestaan om bovengenoemde procedure niet in te leiden en de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren, indien zij constateert dat de concentratie ingevolge de door de betrokken ondernemingen aangebrachte wijzigingen niet langer ernstige twijfel oproept.

363 De omstandigheid dat de Commissie van mening was dat de concentratie ernstige twijfel oproep, betekent daarom niet dat zij verplicht was om de tweede fase van de procedure in te leiden, aangezien de partijen verbintenissen hebben ingediend

waarmee de twijfel kon worden weggenomen. Inderdaad heeft de Commissie in punt 94 van de bestreden beschikking vastgesteld dat de door partijen ingediende verbintenissen de ernstige twijfel wegnamen.

364 Verder zijn verzoeksters argumenten dat de Commissie de verbintenissen niet in de eerste fase mocht aanvaarden aangezien de mededingingsproblemen niet scherp waren omlind en dat de verbintenissen de door het concentratievoornemen gerezen ernstige twijfel niet konden wegnemen, reeds in het kader van het tweede respectievelijk het derde middel verworpen.

365 Het derde argument ten slotte, waarbij een vergelijking wordt gemaakt met de zaak waarin het reeds aangehaalde arrest SIC/Commissie is geweest, is ongegrond aangezien de onderzoeksprocedures van de Commissie krachtens artikel 6 van de concentratieverordening niet kunnen worden gelijkgesteld met de onderzoekprocedures krachtens artikel 88 EG.

366 In de eerste plaats hebben derde belanghebbenden tijdens de voorbereidende fase van een staatssteunprocedure namelijk geen enkel recht om deel te nemen aan de procedure. Verder is de Commissie, indien zij tijdens het vooronderzoek op grond van artikel 88 EG vaststelt dat de voorgenomen maatregel een steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1, EG is en dat er daarom twijfel bestaat over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, verplicht om de formele procedure in te stellen, terwijl de Commissie, zoals hierboven is uiteengezet, indien zij constateert dat de concentratie ernstige twijfel oproept, niet verplicht is de tweede fase in te leiden indien de wijzigingen in de concentratie of de verbintenissen van de betrokken ondernemingen deze twijfel kunnen wegnemen.

367 Uit het voorgaande volgt, dat het vierde middel moet worden afgewezen.

5. Het vijfde middel: ontoelaatbare beperking van de rechten van derden om aan de procedure deel te nemen

Argumenten van partijen

- 368 Verzoekster stelt dat de Commissie de rechten van derden op deelname aan de procedure heeft geschonden door het aanvaarden van verbintenissen die dermate laat door de partijen bij de concentratie waren voorgesteld dat verzoekster hierover niet tijdig een standpunt heeft kunnen bepalen.
- 369 Verzoekster herinnert eraan dat artikel 18, lid 1, van verordening nr. 447/98 bepaalt dat de verbintenissen die door de betrokken ondernemingen overeenkomstig artikel 6, lid 2, van verordening nr. 4064/89 aan de Commissie worden voorgesteld met als doel een beschikking op grond van artikel 6, lid 1, sub b, van die verordening te verkrijgen, binnen drie weken na de datum van ontvangst van de aanmelding bij de Commissie moeten worden ingediend.
- 370 Zij legt deze bepaling aldus uit, dat deze voorschrijft dat alle verbintenissen die de betrokken partijen willen voorstellen, absoluut binnen drie weken na de datum van ontvangst van de aanmelding bij de Commissie moeten worden ingediend. Daarna zijn alleen nog kleinere op het eerste gezicht duidelijke wijzigingen aanvaardbaar.
- 371 Zij ondersteunt deze uitlegging met drie argumenten.

- 372 In de eerste plaats wordt in artikel 10, lid 6, van de concentratieverordening bepaald dat indien de Commissie niet binnen zes weken een beschikking uit hoofde van artikel 6, lid 1, sub b, heeft gegeven, de concentratie wordt geacht verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te zijn verklaard. Verzoekster leidt hieruit af dat indien zou worden aanvaard dat de bij de concentratie betrokken ondernemingen hun verbintenissen onbeperkt kunnen wijzigen na het verstrijken van de termijn van drie weken die is voorgeschreven in artikel 18, lid 1, van verordening nr. 447/98 betreffende aanmeldingen, zij kort voor het verstrijken van de termijn van zes weken belangrijke wijzigingen zouden kunnen voorstellen en de Commissie zo tot een stilzwijgende goedkeuring als bedoeld in artikel 10, lid 6, van de concentratieverordening zouden dwingen.
- 373 In de tweede plaats wordt de voorgestelde uitlegging gerechtvaardigd met overweging 8 van de considerans van verordening nr. 1310/97, volgens welke de Commissie verbintenissen tijdens de eerste fase van de procedure slechts mag aanvaarden voorzover het mededingingsprobleem scherp is omlijnd en gemakkelijk kan worden verholpen. Verzoekster verwijst in dit verband ook naar de mededeling betreffende corrigerende maatregelen, waarin de Commissie in punt 37 vaststelt dat aangezien de oplossingen uit de eerste controlefase zijn bedoeld om een eenvoudig antwoord te geven voor scherp omlijnde mededingingsproblemen, wijzigingen slechts in beperkte omvang kunnen worden aanvaard.
- 374 Verzoekster verwerpt in dit verband het argument van KirchPayTV dat wijzigingen waarin de opmerkingen van derden zijn verwerkt, geen aanwijzing zijn dat de door de concentratie gerezen mededingingsproblemen niet scherp omlijnd zijn of niet gemakkelijk kunnen worden verholpen. De Commissie mag de opmerkingen van derden namelijk alleen in aanmerking nemen om van partijen wijzigingen in de voorgestelde verbintenissen te verlangen, indien deze opmerkingen bij haar twijfel opwekken over de mogelijkheid om de concentratie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren. Belangrijke en veelvuldige wijzigingen in de voorgestelde verbintenissen naar aanleiding van opmerkingen van derden zouden erop wijzen dat de concentratie aanzienlijke problemen opwerpt.

- 375 In de derde plaats wordt de voorgestelde uitlegging volgens haar bevestigd door het feit dat artikel 18, lid 1, van verordening nr. 447/98 betreffende aanmeldingen niet in de mogelijkheid voor de Commissie voorziet om de termijn voor de indiening van de verbintenissen te verlengen, in tegenstelling tot lid 2 van dat artikel, betreffende de verbintenissen die tijdens de tweede fase worden voorgesteld.
- 376 Op grond van deze overwegingen komt verzoekster tot de slotsom dat de Commissie in principe geen wijzigingen van de verbintenissen meer in overweging mocht nemen die werden voorgesteld na het verstrijken van de in artikel 18, lid 1, van verordening nr. 447/98 vastgestelde termijn, in casu 29 februari 2000.
- 377 Verzoekster merkt op dat de Commissie desondanks na die datum twee wijzigingen in het verbintenissenpakket in aanmerking heeft genomen die substantieel zijn en die om voor de hand liggende tactische redenen slechts zeer kort voor het verstrijken van de in artikel 10, lid 1, van verordening nr. 4064/89 vastgestelde termijn van zes weken zijn ingediend.
- 378 Zij stelt dat de Commissie op deze wijze de rechten van derden op deelname aan de procedure op ontoelaatbare wijze heeft beperkt. Zij voelt zich in die constatering gesterkt door het feit dat zij voor de eerste wijziging van het verbintenissenpakket slechts een termijn van nauwelijks 24 uur heeft gekregen en dat haar voor de tweede wijziging van dit pakket geen gelegenheid is geboden om opmerkingen in te dienen.
- 379 Verzoekster wijst erop dat zij niet een schending stelt van een recht van derden om te worden gehoord. De argumenten waarmee de Commissie en KirchPayTV betwisten dat zij een dergelijk recht heeft, acht zij dan ook niet relevant. Om dezelfde reden betwist zij de relevantie van de verwijzing van KirchPayTV naar artikel 16, lid 1, van verordening nr. 447/98, en van het argument dat er geen termijn is voorgeschreven voor het horen van derden op basis van artikel 18, lid 4, van verordening nr. 4064/89.

380 In dezelfde context betoogt zij dat het reeds aangehaalde arrest Kaysersberg/ Commissie, dat door de Commissie wordt ingeroepen ter ondersteuning van haar argument dat de rechten van derden tijdens de controleprocedure van concentraties zeer beperkt zijn, niet relevant is omdat dit arrest betrekking heeft op feiten van vóór de inwerkingtreding van verordening nr. 447/98, en dus van artikel 18, lid 1, ervan, waarin een termijn wordt vastgesteld waarbinnen verbintenissen kunnen worden voorgesteld. Verzoekster merkt in dit verband op, dat het Gerecht in punt 141 van het genoemde arrest uitdrukkelijk wees op het ontbreken van een bepaling waarin een termijn werd vastgelegd, hetgeen impliceerde dat de Commissie in het betrokken geval niet kon weigeren verbintenissen te onderzoeken, zelfs wanneer deze laat waren ingediend. Verzoekster concludeert hieruit dat hier de omgekeerde conclusie moet worden getrokken.

381 De Commissie, gesteund door KirchPayTV, concludeert tot verwerping van verzoeksters argumenten betreffende dit middel.

Beoordeling door het Gerecht

382 De betrokken partijen hebben de concentratie op 7 februari 2000 volledig aangemeld; op 29 februari 2000 hebben zij de Commissie verbintenissen voorgesteld en op 14 en 16 maart 2000 twee gewijzigde versies hiervan.

383 Artikel 18, lid 1, van verordening nr. 447/98 luidt als volgt:

„De verbintenissen die door de betrokken ondernemingen overeenkomstig artikel 6, lid 2, van verordening [...] nr. 4064/89 aan de Commissie worden voorgesteld met het doel een beschikking op grond van artikel 6, lid 1, sub b, van

die verordening te verkrijgen, moeten binnen drie weken na de datum van ontvangst van de aanmelding bij de Commissie worden ingediend.”

- 384 Aangezien de Commissie in het onderhavige geval op 7 februari 2000 heeft verklaard dat de aanmelding volledig was, liep de termijn om de Commissie tijdens de eerste fase verbintenissen voor te stellen volgens de in de artikelen 6 tot en met 9 en 18, lid 3, van verordening nr. 447/98 vastgelegde berekeningsmethode voor de termijnen af op 29 februari 2000. Hieruit volgt dat de oorspronkelijke versie van de verbintenissen bij de Commissie is ingediend binnen de door artikel 18, lid 1, van verordening nr. 447/98 voorgeschreven termijn.
- 385 Het staat echter vast dat de oorspronkelijke versie van de verbintenissen niet de versie is die uiteindelijk door de Commissie in haar bestreden beschikking is aanvaard en dat zowel de gewijzigde versie van de verbintenissen als de uiteindelijke versie ervan na 29 februari 2000 door de partijen zijn ingediend. Daarom moet worden onderzocht of de Commissie deze verbintenissen mocht aanvaarden.
- 386 Wat dit aangaat, heeft het Gerecht reeds geoordeeld dat artikel 18, lid 1, van verordening nr. 447/98 aldus moet worden opgevat dat de partijen bij een concentratie de Commissie niet kunnen verplichten om rekening te houden met verbintenissen en wijzigingen ervan die na de termijn van drie weken zijn ingediend, maar dat de Commissie daarentegen, indien zij voldoende tijd meent te hebben om deze te onderzoeken, de concentratie op grond van genoemde verbintenissen moet kunnen goedkeuren, zelfs indien er wijzigingen na de termijn van drie weken worden ingediend (arrest Royal Philips Electronics/Commissie, reeds aangehaald, punt 239).
- 387 Hieruit volgt dat de Commissie de gewijzigde versie en de definitieve versie van de verbintenissen mocht aanvaarden na de door artikel 18, lid 1, van verordening nr. 447/98 voorgeschreven termijn van drie weken, aangezien genoemde termijn voor haar niet bindend was.

388 Toegegeven moet worden dat de Commissie in punt 37 van de mededeling betreffende corrigerende maatregelen het volgende heeft verklaard:

„Wijst het onderzoek uit dat de aangeboden verbintenissen niet volstaan om de mededingingsbezwaren waartoe de concentratie aanleiding geeft, weg te nemen, dan worden de partijen hiervan in kennis gesteld. Aangezien de oplossingen uit fase I bedoeld zijn om een duidelijk antwoord te geven voor een scherp omlijnd mededingingsprobleem, kunnen alleen beperkte wijzigingen van de voorgestelde verbintenissen worden aanvaard. Dergelijke aanpassingen, die worden voorgesteld als onmiddellijke reactie op de uitkomst van het overleg, zijn onder meer verduidelijkingen, verfijningen en/of andere verbeteringen die ervoor moeten zorgen dat de verbintenissen uitvoerbaar en doeltreffend zijn.”

389 Genoemde mededeling moet echter worden uitgelegd in het licht van artikel 18, lid 1, van verordening nr. 447/98.

390 Hieruit volgt dat de Commissie, indien zij voldoende tijd meent te hebben om de na deze termijn aangebrachte wijzigingen van de verbintenissen te onderzoeken, de concentratie op grond van de gewijzigde verbintenissen moet kunnen goedkeuren.

391 Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat de wijzigingen die in het onderhavige geval na de termijn van drie weken door de Commissie zijn aanvaard, beperkt waren in de zin van punt 37 van de mededeling, aangezien zij zijn „voorgesteld als onmiddellijke reactie op de uitkomst van het overleg”, en bestonden uit „verduidelijkingen, verfijningen en/of andere verbeteringen die ervoor moeten zorgen dat de verbintenissen uitvoerbaar en doeltreffend zijn”.

392 In dit verband moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat verzoekster noch in haar memories, noch ter terechtzitting heeft aangetoond of zelfs maar heeft verklaard welke wezenlijke veranderingen na de termijn van drie weken zouden

zijn aangebracht, maar simpelweg volstaat met de bewering dat dergelijke wijzigingen zijn aangebracht.

- 393 In het algemeen blijkt na vergelijking van de oorspronkelijke versie van de verbintenissen, die binnen de termijn van drie weken is ingediend, met de eerste wijziging van deze verbintenissen en de definitieve versie van de door de Commissie aanvaarde verbintenissen, dat noch de algemene benadering van de Commissie, gericht op de opening van de toegang tot de markt, noch de essentie zelf van elk van de verbintenissen is gewijzigd. Bovendien blijken de gewijzigde versie en de definitieve versie van de verbintenissen een „verbetering” ten opzichte van de oorspronkelijke versie te zijn, juist omdat de door derden, en met name verzoekster, ingediende opmerkingen erin zijn verwerkt.
- 394 De veranderingen die in de ten opzichte van de oorspronkelijke versie gewijzigde versie zijn aangebracht in de eerste drie verbintenissen — die de toegang tot het Kirch-platform voor derden betreffen — houden voornamelijk in dat de categorie van degenen wie deze verbintenissen gelden, niet meer beperkt is tot de televisie-exploitanten, maar wordt uitgebreid tot alle belanghebbende derden, en dat de verplichting voor de betrokken onderneming van Kirch om samen te werken met degene wie het aanbod geldt, aldus wordt gepreciseerd dat hieronder de verplichting valt om binnen een maand na het schriftelijk verzoek van de derde belanghebbende informatie over het voorwaardelijke-toegangssysteem en de technische diensten te verstrekken.
- 395 De wijzigingen in de definitieve versie van de vierde verbintenis — die de toegang tot het d-boxsysteem van Kirch voor toepassingen van derden betreft — houden voornamelijk in dat het d-boxsysteem toegankelijk wordt via de Application Programming Interface, bekend onder de naam DVB Multimedia Home Platform (MHP) (hierna: „API”), mits Kirch en de derden overeenstemming bereiken over billijke, gepaste en niet-discriminerende voorwaarden. Overigens veranderen de nieuwe bepalingen over de tests waaraan derden hun toepassing kunnen onderwerpen, niets aan de strekking van de verbintenissen.

- 396 Daarom moet worden vastgesteld dat de essentie zelf van de verbintenis, namelijk dat het d-boxsysteem van Kirch beter toegankelijk wordt voor derden, ongewijzigd blijft en dat de wijzigingen verbeteringen in de zin van punt 37 van de mededeling betreffende corrigerende maatregelen zijn.
- 397 In de vijfde verbintenis, betreffende de interoperabiliteit van de toepassingen door middel van de API, zijn de wijzigingen in de definitieve versie beperkt gebleven tot aanpassingen van de termijn waarbinnen de interoperabiliteit moet worden gerealiseerd en tot de toezegging dat er voor de ontwikkeling van met MHP compatibele toepassingen geen extra licentie wordt gevraagd.
- 398 Van de zesde verbintenis, die de interoperabiliteit van concurrerende platformen betreft, bevat de definitieve versie als enige wijziging een nadere precisering van de voorwaarden waaronder Kirch aanbiedt om Simulcrypt-overeenkomsten te sluiten met alle leveranciers van digitale voorwaardelijke-toegangssystemen. Zo verbindt Kirch zich om alles in het werk te stellen om te garanderen dat de Simulcrypt-overeenkomsten zo snel mogelijk van kracht worden, en dus niet binnen een termijn van twaalf maanden. Met het oog op de nakoming van deze verbintenis moeten de leverancier van een voorwaardelijk-toegangssysteem en Kirch bovendien „zoveel als objectief noodzakelijk” samenwerken. Dit zijn duidelijk geringe aanpassingen die de aard of de inhoud van de verbintenis niet wijzigen.
- 399 In de zevende verbintenis, betreffende de toegang van andere technische platforms tot de betaaltelevisiediensten van Kirch, wordt aan de verplichting van Kirch om haar betaaltelevisiediensten rechtstreeks aan de inschrijvers (of abonnees) te verkopen de voorwaarde toegevoegd dat er niet mag worden gediscrimineerd tussen abonnees die de televisie via het technische platform van Kirch ontvangen en abonnees die dit via andere platforms doen. Dit is een verbetering van de oorspronkelijke versie van deze verbintenis, maar wijzigt niet de draagwijdte of de aard ervan.

- 400 Met betrekking tot de achtste verbintenis, betreffende het gebruik van de technologie van het d-boxsysteem door concurrerende platforms, moet worden opgemerkt dat de wijzigingen van de oorspronkelijke versie een verbetering vormen, aangezien de voorwaarden betreffende de garanties die derden moesten aanbieden, zijn vervangen door de toekenning van een licentie op redelijke en niet-discriminerende basis aan iedere belanghebbende derde die hierom verzoekt.
- 401 In de wijzigingen in de negende verbintenis, betreffende de productie van „multisysteem”-decoders, werd de strekking van de verbintenis van Kirch nader gepreciseerd en werd de toegang van derden vergemakkelijkt. In de gewijzigde versie van deze verbintenis zegt Kirch namelijk toe, fabrikanten niet te beletten om in dergelijke decoders een voorwaardelijke-toegangssysteem voor een derde aan te brengen, en om niet te weigeren aan de inschrijvers (of abonnees) van haar betaaltelevisiediensten te leveren om de enkele reden dat zij een d-boxsysteem met een dergelijke voorziening willen gebruiken. De definitieve versie voegt hieraan de verbintenis van Kirch toe om fabrikanten geen andere beperkingen op te leggen die hen zouden beletten decoders te fabriceren die extra voorwaardelijke-toegangssystemen zouden bevatten.
- 402 Alleen de verbintenissen 10 en 11, die respectievelijk de overgang van het analoge naar het digitale systeem en de beperking van de aanvullende capaciteiten op de kabelnetten betreffen, zijn toegevoegd. In vergelijking met de andere negen verbintenissen kan echter niet worden gesteld dat deze toevoeging een wezenlijke wijziging vormt, aangezien deze verbintenissen slechts tot doel hebben, de toegang van derden tot de verschillende betrokken markten te verbeteren, hetgeen juist ook het doel van de eerste negen verbintenissen is.
- 403 De verbintenis betreffende de overgang van het analoge naar het digitale systeem moet voorkomen dat de activiteiten van belanghebbende derden op de markt van de betaaltelevisie of van de digitale interactieve diensten worden belemmerd doordat de consumenten analoge decoders gebruiken die voor dit soort

activiteiten niet geschikt zijn. Deze verbintenis is niet als een wezenlijke wijziging te beschouwen, maar juist als een verbetering van de toegankelijkheid van het Kirch-systeem voor derden.

404 Ook de laatste verbintenis van Kirch, namelijk om tot 31 december 2000 geen nieuwe digitale ruimte op de kabel te vragen, waarmee moet worden voorkomen dat het betaaltelevisieaanbod van Kirch een dominante positie ten opzichte van het aanbod van derden bereikt, is niet als een wezenlijke wijziging te beschouwen, maar juist als een verbetering van de oorspronkelijke versie van de verbintenissen, die ervoor moet zorgen dat deze uitvoerbaar en doeltreffend zijn.

405 Uit een en ander volgt dat de gewijzigde en de definitieve versie van de verbintenissen als beperkte wijzigingen kunnen worden beschouwd, die op grond van punt 37 van de mededeling betreffende corrigerende maatregelen na afloop de door artikel 18, lid 1, van verordening nr. 447/98 voorgeschreven termijn door de Commissie kunnen worden aanvaard.

406 Bovendien heeft verzoekster de betrokken wijzigingen in haar memories herhaaldelijk gekwalificeerd als „onophoudelijke tactische wijzigingen van verbintenissen die reeds in hun oorspronkelijke vorm volledig ongeschikt en onvoldoende zijn”. Deze verklaringen wettigen de conclusie dat verzoekster zich in werkelijkheid tegen de oorspronkelijke verbintenissen verzet, en niet tegen de wijzigingen die naar aanleiding van opmerkingen van derden zijn aangebracht om deze uitvoerbaar en doeltreffend te maken, en dat noch de aard, noch de strekking van deze verbintenissen is gewijzigd.

407 Uit het bovenstaande volgt, dat de in de oorspronkelijke verbintenissen aangebrachte wijzigingen beperkt waren in de zin van punt 37 van de mededeling betreffende corrigerende maatregelen.

- 408 Toch moet nog wel worden onderzocht of verzoeksters bewering dat haar procedurele rechten zijn geschaad doordat de Commissie de wijzigingen van de oorspronkelijke verbintenissen na afloop van de termijn van drie weken heeft aanvaard.
- 409 In dit verband moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat verzoekster, voordat zij op 29 februari 2000 door de Commissie werd ingelicht over de voorstellen voor verbintenissen van BSkyB en Kirch, als derde bij de procedure was betrokken en op 11 januari 2000 een verzoek om inlichtingen van de Commissie had ontvangen, op grond waarvan zij haar opmerkingen moest indienen over de gevolgen van het concentratievoornemen voor de mededeling. Deze opmerkingen zijn op 14 en 21 januari 2000 ingediend, en vervolgens heeft op 9 februari 2000 een onderhoud met het directoraat-generaal Concurrentie plaatsgehad.
- 410 Bovendien merkt het Gerecht op, dat verzoekster de Commissie bij brief van 22 januari 2000 desgevraagd heeft meegedeeld, welke eisen, voorwaarden of publieke contractuele verbintenissen zij uit mededingingsrechtelijk oogpunt noodzakelijk achtte.
- 411 Ook wijst het Gerecht erop dat verzoekster, zoals zij in haar verzoekschrift heeft vermeld, is gevraagd om zich binnen een termijn van iets minder dan 48 uur uit te spreken over de oorspronkelijke verbintenissen, en binnen 24 uur over de eerste reeks wijzigingen hierin.
- 412 Ook heeft verzoekster in haar brief van 2 maart 2000 kritiek geleverd op het feit dat de oorspronkelijk door de partijen bij de concentratie voorstelde verbintenissen niet meer inhielden dan de belofte om de machtspositie van KirchPayTV

niet te misbruiken. Verzoekster heeft nog eens herhaald dat het concentratievoornemen, zelfs in combinatie met ruimere verbintenissen, niet in overeenstemming was met het gemeenschapsrecht.

- 413 Verzoekster heeft ook haar opmerkingen over de eerste reeks wijzigingen kunnen maken in haar brief van 15 maart 2000. Daarin heeft zij nogmaals haar vrees geuit over de versterking van de machtspositie van Kirch op de Duitse betaaltelevisiemarkt en over het ontstaan van een nagenoeg monopolistische positie voor de levering van technische platforms en diensten. Zij heeft ook om wijzigingen in de verbintenissen gevraagd om de markt toegankelijker te maken voor andere decoders dan de d-box en om het Kirch-systeem zonder termijnen of discriminerende handelsvoorwaarden en -kosten open te stellen voor de MHP-standaard.
- 414 Gezien het bovenstaande moet worden vastgesteld dat de Commissie de derden, met inbegrip van verzoekster, tijdens de eerste fase heeft gehoord.
- 415 Verzoekster is dan ook ruimschoots in de gelegenheid geweest om haar standpunt kenbaar te maken over de strekking en de aard van de verbintenissen die naar haar mening door de partijen bij de concentratie moesten worden aangegaan en als voorwaarden of verplichtingen door de Commissie dienden te worden opgelegd.
- 416 In punt 119 van het reeds aangehaalde arrest Kaysersberg/Commissie heeft het Gerecht overwogen dat het rechtmatige belang van derden, zoals verzoekster, om hun standpunt kenbaar te maken over de nadelige gevolgen die de concentratie voor de mededinging zou hebben, ten volle wordt gevrijwaard wanneer zij in staat worden gesteld om op basis van de gegevens die hun door de Commissie tijdens de krachtens artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89 ingeleide procedure zijn meegedeeld, en met name van de door de betrokken ondernemingen aangeboden verbintenissen, hun standpunt kenbaar te maken over de

eventuele wijzigingen van het concentratievoornemen om de ernstige twijfel over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt weg te nemen. In dat geval is immers afdoende gewaarborgd dat de overwegingen van de concurrerende derde ondernemingen in voorkomend geval door de Commissie in aanmerking kunnen worden genomen bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de concentratie met het gemeenschapsrecht, en inzonderheid om te bepalen of de door de betrokken ondernemingen voorgestelde verbintenissen daartoe volstaan.

- 417 Wat de omstandigheid betreft dat verzoekster slechts een termijn van iets minder dan 24 uur had om commentaar te leveren op de eerste wijzigingen van de oorspronkelijke verbintenissen, zij opgemerkt dat artikel 18, lid 4, van verordening nr. 4064/89 en verordening nr. 447/98 geen enkele specifieke verplichting aangaande de duur van de door de Commissie gestelde termijn bevatten. In dit verband heeft het Gerecht in het reeds aangehaalde arrest Kaysersberg/Commissie geoordeeld dat:

„[...] de enkele omstandigheid dat verzoekster slechts twee werkdagen heeft gehad om haar opmerkingen over de door[de partijen] voorgestelde wijzigingen van het concentratieplan kenbaar te maken, in het onderhavige geval niet van dien aard is, dat daaruit blijkt dat het haar door artikel 18, lid 4, van verordening nr. 4064/89 verleende recht om te worden gehoord, door de Commissie niet in acht is genomen. Deze uitlegging klemt temeer, daar het rechtmatig belang van gekwalificeerde derden om te worden gehoord, weliswaar kan impliceren dat zij daartoe voldoende tijd krijgen, maar dit moet worden verzoend met het dwingende vereiste van snelheid, dat de algemene opzet van verordening nr. 4064/89 kenmerkt en ingevolge hetwelk de Commissie voor het geven van de eindbeschikking strikte termijnen in acht moet nemen, bij gebreke waarvan de concentratie wordt geacht verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te zijn.”

- 418 Om dezelfde redenen, en te meer omdat het een beslissing van de Commissie tijdens fase I betreft, kan de omstandigheid dat verzoekster slechts een termijn van iets minder dan 24 uur had om opmerkingen over de wijzigingen van de oorspronkelijke verbintenissen te maken, die haar bekend waren, de wettigheid van de beschikking niet aantasten.

- 419 Bovendien voert verzoekster niets aan waaruit kan worden opgemaakt dat een langere termijn haar in de gelegenheid zou hebben gesteld om meer opmerkingen over de eerste reeks wijzigingen van de door B Sky B en Kirch voorgestelde verbintenissen te maken, om mee te delen of de verbintenissen naar haar mening toereikend waren; zij verwijt de Commissie slechts dat de gegunde termijn te kort was. In dit verband is relevant dat verzoekster ten overstaan van het Gerecht in wezen dezelfde kritiek heeft geuit als tijdens de administratieve procedure.
- 420 Hieruit volgt dat de grief dat de aan verzoekster gegunde termijn voor het maken van opmerkingen over de door de partijen bij de concentratie voorgestelde verbintenissen en de wijzigingen daarvan onvoldoende was, ongegrond is.
- 421 Met betrekking tot de grief dat de tweede reeks wijzigingen in de oorspronkelijke verbintenissen niet ter kennis van verzoekster is gebracht en dat zij daarom hierover geen opmerkingen heeft kunnen maken, moet in de eerste plaats eraan worden herinnerd dat, zoals hierboven uiteengezet, verzoekster in de gelegenheid is geweest om haar standpunt kenbaar te maken over de strekking en de aard van de verbintenissen die naar haar mening door de partijen bij de concentratie moesten worden aangegaan en als voorwaarden of verplichtingen door de Commissie moesten worden opgelegd opdat de concentratie als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden beschouwd.
- 422 Bovendien volgt uit het reeds aangehaalde arrest *Kaysersberg/Commissie* (punt 120), dat de Commissie in fase II niet op grond van artikel 18, lid 4, van verordening nr. 4064/89 verplicht is, aan de gekwalificeerde derden voor voorafgaand advies de definitieve versie toe te sturen van de verbintenissen die de betrokken ondernemingen zijn aangegaan op basis van de bezwaren die de Commissie met name na ontvangst van de opmerkingen van de derden over de door de betrokken ondernemingen geformuleerde verbintenisvoorstellen had geformuleerd.

423 Dit geldt a fortiori voor een beschikking van de Commissie aan het einde van fase I.

424 Ook met betrekking tot haar grief betreffende een te korte termijn om haar opmerkingen in te dienen, heeft verzoekster op geen enkele wijze aangegeven welke opmerkingen zij over de tweede reeks wijzigingen had kunnen maken.

425 Hieruit volgt dat het vijfde middel ongegrond is.

426 Uit een en ander volgt, dat het beroep in zijn geheel moet worden verworpen.

Kosten

427 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vorderingen, behalve in haar eigen kosten te worden verwezen in de kosten van de Commissie en in die van de interveniërende partijen KirchPayTV en BSKyB.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer),

rechtdoende:

- 1) Verwerpt het beroep.

- 2) Verstaat dat verzoekster haar eigen kosten en die van de Commissie en de interveniërende partijen KirchPayTV en BskyB zal dragen.

Jaeger

Lenaerts

Azizi

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 30 september 2003.

De griffier

De president van de Derde kamer

H. Jung

K. Lenaerts

Inhoud

Rechtskader	II-3834
De feiten die aan het geschil ten grondslag liggen	II-3836
De bestreden beschikking	II-3839
1. De betaaltelevisiemarkt	II-3839
2. De markt van de digitale interactieve televisiediensten	II-3842
3. De markt van de acquisitie van uitzendrechten	II-3843
4. De verbintenissen	II-3844
Procesverloop en conclusies van partijen	II-3844
Ontvankelijkheid	II-3846
1. Verzoeksters bevoegdheid om het beroep in te stellen	II-3846
Argumenten van partijen	II-3846
Beoordeling door het Gerecht	II-3850
— Het bestaan van een zekere concurrentie tussen gratis televisie en betaal- televisie	II-3855
— Het in de toekomst naar elkaar toegroeien van gratis televisie en betaaltelevisie als gevolg van de digitalisering	II-3856
— De weerslag van de concentratie op digitale interactieve televisiediensten ...	II-3857
— Verzoeksters deelname aan het FUN-project	II-3858
— De acquisitie van uitzendrechten	II-3858
2. De voorwaarden van artikel 44, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering .	II-3860
Ten gronde	II-3860
1. Het eerste middel: onjuiste beoordeling van de feiten wat artikel 2, leden 3 en 4, van verordening nr. 4064/89 betreft	II-3861
Argumenten van partijen	II-3861
Beoordeling door het Gerecht	II-3864

2. Het tweede middel: schending van artikel 6, lid 2, van verordening nr. 4064/89 ..	II - 3869
Argumenten van partijen	II - 3869
Beoordeling door het Gerecht	II - 3877
3. Het derde middel: ontoereikendheid van de verbintenissen	II - 3883
Opmerkingen over alle verbintenissen tezamen	II - 3884
Argumenten van partijen	II - 3884
Beoordeling door het Gerecht	II - 3886
Specifieke opmerkingen over bepaalde verbintenissen	II - 3892
Toegang voor derden tot het Kirch-platform (verbintenissen 1-3)	II - 3892
— Argumenten van partijen	II - 3892
— Beoordeling door het Gerecht	II - 3894
Het toegankelijk maken van het d-boxsysteem van Kirch voor de toepassingen van derden (verbintenis nr. 4)	II - 3896
— Argumenten van partijen	II - 3896
— Beoordeling door het Gerecht	II - 3898
Interoperabiliteit van de toepassingen (verbintenis nr. 5)	II - 3901
— Argumenten van partijen	II - 3901
— Beoordeling door het Gerecht	II - 3901
Interoperabiliteit van concurrerende platforms (verbintenis nr. 6)	II - 3903
— Argumenten van partijen	II - 3903
— Beoordeling door het Gerecht	II - 3905
Toegang van andere technische platforms tot de betaaltelevisiediensten van Kirch (verbintenis nr. 7).	II - 3906
— Argumenten van partijen	II - 3906
— Beoordeling door het Gerecht	II - 3908
Het gebruik van de technologie van het d-boxsysteem door concurrerende platforms (verbintenis nr. 8)	II - 3909
— Argumenten van partijen	II - 3909
— Beoordeling door het Gerecht	II - 3912

De productie van „multisysteem”-decoders (verbintenis nr. 9)	II-3913
— Argumenten van partijen	II-3913
— Beoordeling door het Gerecht	II-3914
Overgang van het analoge naar het digitale systeem (verbintenis nr. 10)	II-3915
— Argumenten van partijen	II-3915
— Beoordeling door het Gerecht	II-3916
Beperking van de aanvullende capaciteiten op de kabelnetten (verbintenis nr. 11)	II-3916
— Argumenten van partijen	II-3916
— Beoordeling door het Gerecht	II-3917
Kritische opmerkingen over het ontbreken van bepaalde, volgens verzoekster onontbeerlijke, verbintenissen	II-3918
Ontbreken van een verbintenis om de d-box van een gemeenschappelijke interface te voorzien	II-3919
— Argumenten van partijen	II-3919
— Beoordeling door het Gerecht	II-3921
Ontbreken van een verbintenis betreffende de eventuele banden tussen Beta Research en Deutsche Telekom	II-3923
— Argumenten van partijen	II-3923
— Beoordeling door het Gerecht	II-3924
Ontbreken van een verbintenis om programma's, technologie en apparatuur te ontclusteren	II-3925
— Argumenten van partijen	II-3925
— Beoordeling door het Gerecht	II-3927
4. Het vierde middel: een procedurefout als gevolg van het niet-inleiden van de procedure krachtens artikel 6, lid 1, sub c, van verordening nr. 4064/89	II-3928
Argumenten van partijen	II-3928
Beoordeling door het Gerecht	II-3930
5. Het vijfde middel: ontoelaatbare beperking van de rechten van derden om aan de procedure deel te nemen	II-3932
Argumenten van partijen	II-3932
Beoordeling door het Gerecht	II-3935
Kosten	II-3946