

RETTENS DOM (Tredje Afdeling)

30. september 2003 *

I de forenede sager T-346/02 og T-347/02,

Cableuropa, SA, Madrid (Spanien),

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

Valencia de Cable, SA, Madrid,

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

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

ved advokaterne L. Castresana Sánchez og G. Samaniego Bordiu, og med valgt
adresse i Luxembourg,

sagsøgere i sag T-346/02,

* Processprog: spansk.

Aunacable, SA, Madrid, ved advokaterne **A. Creus Carreras** og **N. Lacalle Mangas**,

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

Euskaltel, SA, Zamudio-Bizkaia (Spanien),

Telecable de Avilés, SA, Avilés (Spanien),

Telecable de Oviedo, SA, Oviedo (Spanien),

Telecable de Gijón, SA, Gijón (Spanien),

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

Tenaria, SA, Cordovilla (Spanien),

ved advokat **J. Jiménez Laiglesia**,

sagsøgere i sag T-347/02,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved **F. Castillo de la Torre**, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

støttet af

Kongeriget Spanien ved L. Fraguas Gadea, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

Sogecable, SA, Madrid, ved advokaterne S. Martínez Lage og H. Brokelmann,

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

og

Telefónica de Contenidos, SAU, Madrid,

ved advokaterne M. Merola og S. Moreno Sánchez,

intervenienter,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 14. august 2002 om henvisning af undersøgelsen af fusionen mellem DTS Distribuidora de Televisión Digital, SA (Vía Digital) og Sogecable, SA, til de spanske konkurrencemyndigheder i henhold til artikel 9 i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (sag COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS
RET I FØRSTE INSTANS (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, K. Lenaerts, og dommerne J. Azizi og M. Jaeger,

justitssekretær: fuldmægtig J. Palacio González,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 11. juni 2003,

afsagt følgende

Dom

Retsforskrifter

- 1 Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1), som berigtiget (EFT 1990 L 257, s. 13), og som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 1310/97 af 30. juni 1997 (EFT L 180, s. 1), (herefter »forordning nr. 4064/89«), fastsætter en kontrolordning, der administreres af Kommissionen, og som omfatter alle fusioner af fællesskabsdimension i artikel 1, stk. 2 og 3, i forordning nr. 4064/89's forstand.

- 2 Artikel 9 i forordning nr. 4064/89 giver Kommissionen beføjelse til at henvise undersøgelsen af en fusion til medlemsstaterne. I artikel 9 hedder det bl.a.:

»1. Kommissionen kan ved en beslutning, som den straks meddeler de deltagende virksomheder og de kompetente myndigheder i de øvrige medlemsstater, henvise en anmeldt fusion til de kompetente myndigheder i den berørte medlemsstat på følgende betingelser:

2. Senest tre uger efter modtagelsen af kopien af anmeldelsen kan en medlemsstat meddele Kommissionen, som skal underrette de deltagende virksomheder herom, at

- a) en fusion truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling, hvorved den faktiske konkurrence vil blive betydeligt hæmmet på et marked i denne medlemsstat, der på enhver måde fremstår som et særskilt marked, eller
- b) en fusion påvirker konkurrencen på et marked i denne medlemsstat, som på enhver måde fremstår som et særskilt marked og ikke udgør nogen væsentlig del af fællesmarkedet.

3. Finder Kommissionen under hensyn til markedet for de pågældende varer eller tjenester og til det geografiske referencemarked, jf. stk. 7, at der foreligger et sådant specifikt marked og en sådan trussel,

- a) behandler den enten selv sagen med henblik på at bevare eller genoprette den effektive konkurrence på det pågældende marked, eller
- b) henviser den hele sagen eller en del af den til de kompetente myndigheder i den pågældende medlemsstat, således at dennes nationale konkurrencelovgivning kan finde anvendelse.

Finder Kommissionen derimod, at der ikke foreligger et sådant specifikt marked eller en sådan trussel, vedtager den en beslutning herom, som den retter til den pågældende medlemsstat.

I sager, hvor en medlemsstat har underrettet Kommissionen om, at en fusion påvirker konkurrencen på et særskilt marked på dens område, der ikke udgør en væsentlig del af fællesmarkedet, henviser Kommissionen hele eller en del af den sag, der vedrører dette særskilte marked, til den pågældende medlemsstat, såfremt den finder, at der består et sådant særskilt marked.

[...]

7. Ved det geografiske referencemarked forstås et område, på hvilket virksomhederne deltager i udbud og efterspørgsel af varer og tjenester, hvor konkurrencevilkårene er tilstrækkeligt ensartede, og som kan skelnes fra de

tilstødende områder, især fordi konkurrencevilkårene er mærkbart forskellige fra dem, der gælder på disse områder. Ved denne vurdering skal der især tages hensyn til de pågældende varers og tjenesters beskaffenhed og karakteristika, hindringer for adgang, forbrugernes præferencer såvel som væsentlige forskelle i virksomhedernes markedsandele eller væsentlige prisforskelle mellem det pågældende område og de tilstødende områder.

8. Ved anvendelsen af denne artikel må den pågældende medlemsstat kun træffe de foranstaltninger, der er strengt nødvendige for at bevare eller genoprette en effektiv konkurrence på det pågældende marked.

[...]«

Berørte virksomheder

- 3 Cableuropa, SA (herefter »Cableuropa«), den første sagsøger i sag T-346/02, er en telekabeloperatør (herefter »kabeloperatør«), som bl.a. opererer på betalings-tv-markederne i Spanien, og som ejer aktiemajoriteten hos de øvrige sagsøgere i denne sag, nemlig Región de Murcia de Cable, SA, Valencia de Cable, SA, Mediterránea Sur Sistemas de Cable, SA, og Mediterránea Norte Sistemas de Cable, SA, som ligeledes er aktive kabeloperatører i Spanien.
- 4 Aunacable, SAU (herefter »Aunacable«), den første sagsøger i sag T-347/02, er et selskab, der omfatter fem aktive kabeloperatører i Spanien, nemlig Able i Aragonien, Canarias Telecom på De Kanariske Øer, Madritel i Madrid, Menta i Katalonien samt Supercable i størstedelen af Andalusien. De øvrige sagsøgere i

denne sag er regionale kabeloperatører (herefter »regionale kabeloperatører«), der ligeledes virker i Spanien.

- 5 Sogecable, SA (herefter »Sogecable«), er et aktieselskab, hvis erhvervsaktiviteter især omfatter drift og styring af en analog betalings-tv-kanal (Canal+) på det spanske marked. Sogecable driver ligeledes en platform til digital satellitbaseret betalings-tv, Canalsatélite Digital, hvori Sogecable har en kapitalandel på 83,25%. Selskabets aktiviteter omfatter ligeledes levering af tekniske tjenester, administration af abonnements-tjenesten, produktion og salg af tv-temakanaler, produktion, distribution og fremvisning af film samt erhvervelse og salg af sportsrettigheder. Gennem Canal+ og Canalsatélite Digital er Sogecable den største betalings-tv-operatør i Spanien.

- 6 I henhold til den aftale, der blev indgået den 28. juni 1999 mellem aktionærerne i Promotora de Informaciones, SA (herefter »Prisa«) og Canal+, SA-koncernen (herefter »Canal+-koncernen«) og videreført i 2002, kontrolleres Sogecable i fællesskab af disse to selskaber, der hver ejer 21,27% af aktierne i selskabet, idet de øvrige aktier besiddes af en række mindretalsaktionærer og er børsnoterede. Prisa er en spansk mediekoncern med interesser i presse-, forlags-, radio- og betalings-tv-sektorerne. Canal+-koncernen kontrollerer Vivendi Universal-koncernens (herefter »Vivendi«) europæiske film- og tv-division. Vivendi udøver virksomhed i musik-, tv- og biograf-, telekommunikations-, internet-, forlags- og miljøsektorerne.

- 7 DTS Distribuidora de Televisión Digital, SA (herefter »Vía Digital«), driver og styrer en platform til digitalt tv på det spanske marked. Selskabets aktiviteter omfatter desuden produktion, erhvervelse, salg, reproduktion, distribution og fremvisning af alle former for audiovisuelle værker. Vía Digital er den næststørste operatør af flerkanalbetalings-tv i Spanien.

- 8 Vía Digital kontrolleres af Telefónica de Contenidos, SAU (herefter »Telefónica de Contenidos«), som indtil den 23. oktober 2002 hed Grupo Admira Media, SA (herefter »Admira«). Som 100% ejet datterselskab af Telefónica, SA (herefter »Telefónica«), den største teleoperatør i den spansk-talende verden, samler og forvalter Telefónica de Contenidos kapitalandele i de spanske og latinamerikanske markeder for audiovisuelle tjenester.

Tvistens baggrund

- 9 Den 3. juli 2002 modtog Kommissionen i henhold til forordning nr. 4064/89 anmeldelse af en aftale indgået mellem Sogecable og Admira den 8. maj 2002 med henblik på at integrere Vía Digital i Sogecable ved bytte af aktier. Ifølge aftalen skulle Sogecable tillige overtage Admiras indirekte andel i Audiovisual Sport, SL (herefter »AVS«), hvorigennem Sogecable og Telefónica kontrollerer senderrettighederne til fodboldkampene i første og anden division af den spanske fodboldliga, andre konkurrencer, f.eks. UEFA's Champions League og FIFA's verdensmesterskaber, samt andre sportsbegivenheder.
- 10 Ifølge den til Kommissionen anmeldte aftale forbliver Sogecable under Prisas og Canal+-koncernens fælles kontrol.
- 11 Den 12. juli 2002 offentliggjorde Kommissionen i henhold til artikel 4, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* meddelelsen om anmeldelsen i sag COMP/M.2845 (Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital) og opfordrede interesserede parter til at fremsætte deres eventuelle bemærkninger til den planlagte fusion.

- 12 Samme dag anmodede den spanske regering Kommissionen om i henhold til artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 4064/89 at henvide sagen til de spanske konkurrencemyndigheder med den begrundelse, at fusionen truede med at skabe en dominerende stilling, som ville påvirke konkurrencen på flere spanske markeder.
- 13 Den 18. juli 2002 tilstillede Kommissionen i henhold til artikel 11 i forordning nr. 4064/89 ONO (jf. præmis 72 nedenfor), Aunacable og de regionale kabeloperatører en begæring om oplysninger. De pågældende virksomheder imødekom denne begæring ved skrivelser af 23. juli 2002 (ONO), 26. juli 2002 (de regionale kabeloperatører) og 31. juli 2002 (Aunacable).
- 14 Den 23. juli 2002 supplerede den spanske regering sin anmodning om henvisning med et revideret dokument, der blev tilsendt Kommissionen.

Den anfægtede beslutning

- 15 Ved Kommissionens beslutning af 14. august 2002 henviste Kommissionen sag COMP/M.2845 (Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital) til de kompetente myndigheder i Kongeriget Spanien i medfør af artikel 9 i forordning nr. 4064/89 (herefter »den anfægtede beslutning«).
- 16 I den anfægtede beslutning sondres der mellem forskellige markeder for varer og tjenesteydelser, der berøres af fusionen. Det drejer sig om markedet for betalings-tv og markederne i de tidligere omsætningsled, nemlig markederne for senderrettigheder til film, sportsbegivenheder og andre programmer samt telekommunikationsmarkederne.

17 Ifølge den anfægtede beslutning har hvert relevant produktmarked national dimension.

18 Med hensyn til markedet for betalings-tv hedder det i den anfægtede beslutning (betragtning 17):

»Kommissionen har altid hævdet, at markedet for betalings-tv er afgrænset ved sproglige eller nationale grænser. Selv om visse markedssegmenter som f.eks. sportskanalen Eurosport sender til hele Europa, er tv-udsendelser normalt rettet til nationale markeder især på grund af afvigende nationale bestemmelser, sprogbarrierer, kulturelle forhold og konkurrencevilkår, der varierer fra land til land (f.eks. kabel-tv-markedets struktur). I Spaniens særlige tilfælde er den geografiske dimension således national af sproglige og lovgivningsmæssige årsager. Det spanske marked er derfor det geografiske referencemarked. Markedet fremstår på enhver måde som et særskilt marked som omhandlet i fusionsforordningens artikel 9, stk. 2, litra a), og stk. 7.«

19 Med hensyn til markederne i omsætningsleddene før markedet for betalings-tv hedder det i den anfægtede beslutning, at »de programmer, som især får seerne til at vælge betalings-tv-tjenester i Spanien, er de film, der vises for første gang, og som har det største publikum (det vil normalt være film produceret af filmstudierne i Hollywood eller af de store amerikanske filmselskaber), samt fodboldkampe med deltagelse af spanske hold, især ligakampene« (betragtning 21).

20 Den nationale dimension af markederne for senderrettigheder til film forklares således:

»Enerettighederne til at sende krypterede film tildeles normalt for perioder af forskellig varighed for bestemte sprog- og sendeområder. I Spaniens tilfælde begrænser senderrettighederne sig til spansk område, og de geografiske markeder for rettigheder til biograffilm er nationale. Det spanske marked er således det geografiske referencemarked og fremstår på enhver måde som et særskilt marked som omhandlet i fusionsforordningens artikel 9, stk. 2, litra a), og stk. 7.« (Den anfægtede beslutning, betragtning 26).

21 Med hensyn til senderrettigheder til sportsbegivenheder foretages der i den anfægtede beslutning (betragtning 40-42) en sondring mellem to markeder. Først behandles markedet for senderrettigheder til fodboldbegivenheder, som spanske hold deltager i:

»40) Senderrettighederne til ligakampe og Copa Española samt kampe i UEFA's Champions League og UEFA-Cup'en er blevet solgt til spanske tv-operatører. Hvad angår ligakampene og Copa Española – men ikke finalen i Copa del Rey — har de spanske fodboldklubber hver for sig solgt deres rettigheder frem til år [...] til Telefónica, Sogecable, TV3 og AVS. Operatørerne i de enkelte lande har fået licenser til UEFA's Champions League og UEFA-Cup'en, da efterspørgslen efter kampe af kulturelle årsager varierer fra land til land. UEFA har solgt rettighederne til Champions League frem til år [...] til Televisión Española (TVE).

41) Også engros- og detailmarkederne for køb af rettigheder er nationale, idet rettighederne især udnyttes i Spanien. Hvad angår rettighederne til ligakampene og Copa Española er de af operatørerne blevet solgt til AVS, som herefter har

indrømmet de forskellige betalings-tv-kanaler og gratis-tv-kanaler licenser til at sende kampene. TVE, der som nævnt har erhvervet senderrettighederne til UEFA's Champions League frem til [...], har indrømmet Vía Digital licenser til at anvende rettighederne i betalings-tv frem til [...]. Efterfølgende har Vía Digital indrømmet Sogecable en ikke-eksklusiv licens til at udnytte rettighederne.

42) Det spanske marked er således det geografiske referencemarked og fremstår på enhver måde som et særskilt marked som omhandlet i fusionsforordningens artikel 9, stk. 2, litra a), og stk. 7.«

22 Det andet marked, der behandles, er markedet for senderrettigheder til andre sportsbegivenheder og andre forestillinger, hvortil der gives eneret, og Kommissionen fremhæver, at dette marked af sproglige og kulturelle årsager er et nationalt marked (den anfægtede beslutning, betragtning 57).

23 Med hensyn til markedet i det sidste omsætningsled før betalings-tv-markedet, nemlig markedet for senderrettigheder til andre programmer, hedder det i den anfægtede beslutning (betragtning 63):

»Kommissionen har i tidligere beslutninger anført, at temakanaler er et særskilt produktmarked af national dimension. Normalt markedsføres temakanaler. Den nationale dimension af temakanalerne bekræftes i Spaniens tilfælde af, at distributionen finder sted på spansk område. Det spanske marked er således det geografiske referencemarked, et marked, der på enhver måde fremstår som et særskilt marked som omhandlet i fusionsforordningens artikel 9, stk. 2, litra a), og stk. 7.«

24 Der redegøres i den anfægtede beslutning for den geografiske dimension af telekommunikationsmarkederne (betragtning 80 og 82):

»a) Markederne for internetadgang

80) [...] Kommissionen har i tidligere beslutninger fundet, [...] at markedet for detailsalg til de endelige brugere af internetadgang, enten det er på bredbånds- eller smalbåndsnettet, udgør et marked af hovedsagelig national dimension af både teknologiske årsager (f.eks. behovet for at få adgang til det lokale net og lokale/gratis telefonnumre til nærmeste point of presence eller POP) og lovgivningsmæssige årsager (forskelle mellem de nationale lovgivninger). Det spanske marked er således det geografiske referencemarked og fremstår på enhver måde som et særskilt marked som omhandlet i fusionsforordningens artikel 9, stk. 2, litra a), og stk. 7.

b) Markederne for fastnettelefoni og andre telekommunikationsmarkeder

[...]

82) Kommissionens gængse praksis i tidligere beslutninger bekræfter, at de telekommunikationsmarkeder, der er nævnt i det foregående afsnit, hovedsagelig er nationale markeder (infrastrukturernes nationale karakter, rent nationale tilbud om tjenesteydelser, betingelser for godkendelse af operatører, adgang til mobiltelefonifrekvenser, roamingtakster mv.). Det spanske marked er således det geografiske referencemarked og fremstår på enhver måde som et særskilt marked som omhandlet i fusionsforordningens artikel 9, stk. 2, litra a), og stk. 7.«

- 25 Kommissionen har fastslået, at fusionen på hvert af disse markeder truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling, hvorved den effektive konkurrence bliver hæmmet betydeligt på det spanske marked (den anfægtede beslutning, betragtning 20, 29, 51, 55, 61, 68 og 109).
- 26 Kommissionen har draget følgende generelle konklusioner i den anfægtede beslutning (betragtning 118-121):

»Konklusioner

118) Da Kongeriget Spanien udgør en væsentlig del af fællesmarkedet, råder Kommissionen i henhold til fusionsforordningens artikel 9, stk. 3, over et vidt skøn, når den skal afgøre, om fusionen skal henvises til de nationale myndigheder, således at Spaniens nationale lovgivning kan finde anvendelse.

119) Fusionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling, men kun på markeder af national dimension i Spanien.

120) De nationale spanske myndigheder råder over tilstrækkelige midler og er i stand til at foretage en grundig undersøgelse af fusionen, især i betragtning af den nationale karakter af de markeder, hvor fusionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling.

121) Kommissionen har kontrolleret, at betingelserne i fusionsforordningens artikel 9 for at henvise en fusion til de nationale myndigheder er opfyldt i den foreliggende sag, og finder derfor, at den under udøvelse af det skøn, forordningen

har tillagt den, kan imødekomme de spanske myndigheders anmodning og henvise sagen til dem, således at Spaniens konkurrencelovgivning kan finde anvendelse.«

- 27 Den 18. september 2002 meddelte Kommissionen sagsøgerne i sag T-347/02 den anfægtede beslutning. Den følgende dag blev den anfægtede beslutning meddelt ONO.
- 28 Ved to afgørelser truffet af Consejo de Ministros (ministerrådet) den 29. november 2002 godkendte den spanske regering den pågældende fusion på visse betingelser.

Retsforhandlinger

- 29 Sagsøgerne har anlagt de foreliggende sager, som er blevet registreret under nr. T-346/02 og T-347/02, ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor den 22. november 2002.
- 30 I begge sager har sagsøgerne ved dokumenter indleveret samme dag begæret sagerne behandlet efter den hasteprocedure, som er fastsat i Rettens procesreglements artikel 76a. Rettens Tredje Afdeling, hvortil begge sager er blevet henvist, imødekom begæringen den 16. december 2002.

- 31 Den 22. januar 2003 indleverede Kommissionen sit svarskrift i begge sager.
- 32 Ved processkrifter indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 19. februar og den 4. marts 2003 fremsatte Kongeriget Spanien på den ene side og Sogecable, Vía Digital og Telefónica de Contenidos på den anden side begæring om i begge sager at måtte intervenere til støtte for Kommissionens påstande. Disse begæringer blev imødekommet ved kendelser afsagt henholdsvis den 19. marts 2003 og den 10. april 2003 af formanden for Rettens Tredje Afdeling. Intervenienterne blev opfordret til at gøre deres argumenter gældende i retsmødet.
- 33 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Tredje Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling og truffet foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 64, idet parterne er blevet anmodet om at besvare en række skriftlige spørgsmål og fremlægge visse dokumenter. Parterne har efterkommet disse anmodninger inden for den fastsatte frist.
- 34 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret mundtlige spørgsmål fra Retten i retsmødet, der blev afholdt den 11. juni 2003. I retsmødet blev et dokument efter sagsøgernes anmodning henlagt til akterne i sag T-346/02.
- 35 Efter at have hørt parterne herom i retsmødet har Retten (Tredje Afdeling) besluttet at forene de to sager med henblik på domsafsigelsen.

Parternes påstande

36 I sag T-346/02 har sagsøgerne nedlagt følgende påstande:

- Den anfægtede beslutning annulleres.

- Hver part bærer sine egne omkostninger.

37 I sag T-347/02 har sagsøgerne nedlagt følgende påstande:

- Sagen antages til realitetsbehandling og der gives sagsøgerne medhold.

- Den anfægtede beslutning annulleres.

- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

38 I begge sager har Kommissionen med støtte fra intervenienterne nedlagt følgende påstande:

- Sagerne afvises.

- Subsidiært frifindes Kommissionen.

- Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Formaliteten

Parternes argumenter

- 39 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne fremhævet, at den anfægtede beslutning alene er rettet til Kongeriget Spanien, således at sagsøgerne, da de ikke er adressater for beslutningen, skal godtgøre, at de er umiddelbart og individuelt berørt i henhold til artikel 230, stk. 4, EF. Sagsøgerne er imidlertid hverken umiddelbart eller individuelt berørt af den anfægtede beslutning.
- 40 For det første foregriber en beslutning med det indhold, den anfægtede beslutning har, på ingen måde de nationale myndigheders endelige beslutning med hensyn til fusionen. Da Spanien således senere skal træffe en selvstændig beslutning, kan sagsøgerne ikke anses for umiddelbart berørt af den anfægtede beslutning. Kommissionen har i denne forbindelse henvist til Rettens dom af 24. marts 1994, *Air France mod Kommissionen* (sag T-3/93, Sml. II, s. 121), og af 27. april 1995, *CCE de la Société générale des grandes sources m.fl. mod Kommissionen* (sag T-96/92, Sml. II, s. 1213, præmis 40), samt til retspraksis vedrørende borgernes ret til indsigelse mod statsstøttebeslutninger (Rettens dom af 5.12.2002, sag T-114/00, *Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum mod Kommissionen*, Sml. II, s. 5121, præmis 73) og mod direktiver (Rettens dom af 27.6.2000, forenede sager T-172/98, T-175/98-T-177/98, *Salamander m.fl. mod Parlamentet og Rådet*, Sml. II, s. 2487, præmis 70).

41 Kommissionen har i den forbindelse fremhævet, at den anfægtede beslutning i sagen Air France mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 40 ovenfor, ikke sikrede, at der ville blive truffet en beslutning om realiteten i fusionssagen i medfør af den nationale konkurrencelovgivning. Tværtimod godkendte den anfægtede beslutning i denne sag en øjeblikkelig gennemførelse af den planlagte fusion og fratog tredjeparter deres processuelle rettigheder. I den foreliggende sag giver den anfægtede beslutning på ingen måde tilladelse til fusionen. Beslutningen overfører blot kompetence uden at foregribe interesserede tredjeparters processuelle garantier. Under henvisning til Domstolens dom af 19. maj 1993, Cook mod Kommissionen (sag C-198/91, Sml. I, s. 2487), af 15. juni 1993, Matra mod Kommissionen (, sag C-225/91, Sml. I, s. 3203), og af 17. november 1998, Kruidvat mod Kommissionen (sag C-70/97 P, Sml. I, s. 7183), har Kommissionen tilføjet, at det er overholdelsen af retten til at afgive udtalelse og ikke overholdelsen af specifikke processuelle regler, der er afgørende for, om en sag kan admittes. Medmindre det antages, at medlemsstaterne, især Kongeriget Spanien, ikke respekterer denne grundlæggende garanti, må det fastslås, at sagsøgerne ikke er umiddelbart berørt af den anfægtede beslutning. Under alle omstændigheder kan søgsmålskompetence ikke »gradbøjes« efter, hvilke processuelle garantier der findes i det land, som beføjelsen til at undersøge en fusion er overført til (jf. i denne retning Domstolens dom af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 43). Finder sagsøgerne, at deres ret til at afgive udtalelse ikke er tilstrækkelig sikret, når de spanske konkurrencemyndigheder skal behandle sagen, kan de gøre deres argumenter gældende i en sag anlagt til prøvelse af disse myndigheders endelige beslutning. Hvad angår sagsøgernes argument om, at interesserede tredjeparter ikke har ret til en mundtlig kontradiktorisk drøftelse med de spanske myndigheder, har Kommissionen anført, at i henhold til artikel 16 i Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 af 1. marts 1998 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til forordning nr. 4064/89 (EFT L 61, s. 1) har en tredjepart ej heller en sådan ret i den administrative procedure for Kommissionen. Tredjeparter kan nemlig alene fremføre deres synspunkter mundtligt, såfremt Kommissionen finder det hensigtsmæssigt.

42 De foreliggende sager afviger tillige på mange punkter fra den sag, der førte til Rettens dom af 4. marts 1999, Assicurazioni Generali og Unicredito mod Kommissionen (sag T-87/96, Sml. II, s. 203). I sidstnævnte sag fandt Kommissionen i den anfægtede beslutning, at oprettelsen af et joint venture ikke udgjorde en fusion i forordning nr. 4064/89's forstand. Sagsøgerne i sagen Assicurazioni Generali og Unicredito mod Kommissionen deltog nemlig i fusionen og var derfor adressater for den anfægtede beslutning. Kommissionen har tilføjet, at selv om der består en subjektiv ret til at få en oprettelse af et joint venture vurderet på

baggrund af forordning nr. 4064/89, når betingelserne for forordningens anvendelse er opfyldt, er der ingen subjektiv ret til at få transaktionen behandlet af denne eller hin myndighed, når betingelserne for at henvise sagen til en medlemsstat er opfyldt.

- 43 I sag T-347/02 har Kommissionen endvidere påpeget, at i henhold til artikel 9, stk. 8, i forordning nr. 4064/89 kan den medlemsstat, sagen er blevet henvist til, kun træffe de foranstaltninger, der er strengt nødvendige for at bevare eller genoprette en effektiv konkurrence på det pågældende marked. Hvis de nationale myndigheders endelige beslutning ikke overholder denne bestemmelse, kan sagsøgerne påberåbe sig denne tilsidesættelse i en sag anlagt til prøvelse af beslutningen.
- 44 For det andet har Kommissionen gjort gældende, at sagsøgerne ej heller er individuelt berørt af den anfægtede beslutning. At en person deltager på den ene eller den anden måde i den procedure, der går forud for en beslutning, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til at individualisere personen i artikel 230, stk. 4, EF's forstand, medmindre deltagelsen er et led i udøvelsen af processuelle garantier, der er fastsat i selve fællesskabsretten (Rettens kendelse af 3.6.1997, sag T-60/96, Merck m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 849, præmis 73, og af 15.9.1998, sag T-109/97, Molkerei Großbraunshain og Bene Nahrungsmittel mod Kommissionen, Sml. II, s. 3533, præmis 68). Men borgerne spiller formelt ingen rolle i proceduren i henhold til artikel 9 i forordning nr. 4064/89, idet denne procedure er en rent bilateral procedure mellem Kommissionen og den pågældende medlemsstat. Den omstændighed, at sagsøgerne har fremsat bemærkninger til henvisningsbegæringen under den administrative procedure, kan således ikke individualisere sagsøgerne i artikel 230, stk. 4, EF's forstand.
- 45 I sag T-346/02 har Kommissionen tilføjet, at de af ONO fremsendte dokumenter ikke viser, hvilken forbindelse der er mellem sagsøgerne og ONO. Det er således også umuligt at vide, i hvilket omfang ONO's bemærkninger til fusionens følger for ONO afspejler fusionens følger for sagsøgerne.

- 46 Sagsøgerne i begge sager har gjort gældende, at de er umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede beslutning.

Rettens bemærkninger

- 47 Det bemærkes, at det i artikel 230, stk. 4, EF, fastslås, at »[e]nhver fysisk eller juridisk person kan [...] indbringe klage over beslutninger, der retter sig til ham, samt over beslutninger, som, skønt de er udfærdiget i form af en forordning eller en beslutning rettet til en anden person, dog berører ham umiddelbart og individuelt.«
- 48 Sagsøgerne er ikke adressater for den anfægtede beslutning, som af Kommissionen er rettet til den medlemsstat, der har begæret sagen henvist i henhold til artikel 9, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, nemlig Kongeriget Spanien. Derfor må det undersøges, om sagsøgerne er umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede beslutning.

Spørgsmålet, om sagsøgerne er umiddelbart berørt af den anfægtede beslutning

- 49 Det fremgår af fast retspraksis, at den anfægtede fællesskabsretsakt — for at en fysisk eller juridisk person kan anses for umiddelbart berørt af den — umiddelbart skal have indvirkning på den pågældendes retsstilling, og dens gennemførelse skal ske helt automatisk, udelukkende i medfør af fællesskabsreglerne og uden anvendelse af andre mellemkommende regler (jf. bl.a. Domstolens dom af 5.5.1998, sag C-386/96 P, Dreyfus mod Kommissionen, Sml. I, s. 2309, præmis 43, og Rettens dom af 22.11.2001, sag T-9/98, Mitteldeutsche Erdöl-Raffinerie mod Kommissionen, Sml. II, s. 3367, præmis 47).

- 50 Dette gælder bl.a., når adressaterne kun har en rent teoretisk mulighed for at undlade at efterkomme denne retsakt, og der ikke er nogen tvivl om, at de vil give retsaktens virkninger efter dens indhold (Domstolens dom af 17.1.1985, sag 11/82, Piraiki-Patraiki m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 8-10, samt dommen i sagen Dreyfus mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 49 ovenfor, præmis 44; dommen i sagen Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 40 ovenfor, præmis 73).
- 51 I den foreliggende sag skal Retten derfor undersøge, om den anfægtede beslutning umiddelbart og uden videre kan få retlige virkninger for sagsøgerne, eller om de retlige virkninger derimod vil opstå som følge af den beslutning, de spanske konkurrencemyndigheder træffer efter at have fået henvist sagen.
- 52 I den anfægtede beslutning har Kommissionen ikke taget stilling til fusionens forenelighed med fællesmarkedet, men har henvist undersøgelsen af fusionen til de spanske konkurrencemyndigheder, som anmodede herom den 12. juli 2002. Ifølge artikel 9, stk. 3, første afsnit, litra b), i forordning nr. 4064/89 skal de spanske myndigheder undersøge fusionens virkninger på baggrund af den nationale konkurrencelovgivning. De eneste forpligtelser, som forordning nr. 4064/89 pålægger de spanske konkurrencemyndigheder i denne forbindelse, er dels, at myndighederne skal tage stilling til sagen senest fire måneder efter Kommissionens henvisning, jf. artikel 9, stk. 6, dels, at de kun må træffe »de foranstaltninger, der er strengt nødvendige for at bevare eller genoprette en effektiv konkurrence på det pågældende marked«, jf. artikel 9, stk. 8. Da disse forpligtelser imidlertid ikke siger noget nøjagtigt eller sikkert om, hvilket resultat de spanske konkurrencemyndigheder vil nå frem til efter behandlingen af realiteten, må det fastslås, at henvisningsbeslutningen ikke umiddelbart kan påvirke sagsøgernes konkurrencemæssige stilling, idet alene de spanske konkurrencemyndigheders endelige beslutning kan få sådanne virkninger.
- 53 Heraf kan dog ikke udledes, at den anfægtede beslutning ikke berører sagsøgerne umiddelbart. Spørgsmålet, om en tredjepart er direkte berørt af en fællesskabsretsakt, som ikke er rettet til ham, skal vurderes på baggrund af formålet med den pågældende retsakt. Den anfægtede beslutning har ikke til formål at tage stilling

til fusionens virkninger for de relevante markeder, der er genstand for henvisningsbeslutningen, men at overføre ansvaret for denne undersøgelse til de nationale myndigheder, der har anmodet herom, således at deres nationale konkurrencelovgivning kan finde anvendelse. I betragtning af dette formål er det i den foreliggende sag uden betydning, at den anfægtede beslutning ikke umiddelbart påvirker sagsøgerenes konkurrencemæssige stilling på de relevante markeder i Spanien (jf. i denne retning Rettens dom af 3.4.2003, sag T-119/02, Royal Philips Electronics mod Kommissionen, Sml. II, s. 1433, præmis 276).

- 54 For at vurdere, om sagsøgerne er umiddelbart berørt af den anfægtede beslutning, skal det blot undersøges, om beslutningen umiddelbart og uden videre har retlige virkninger for dem.
- 55 I denne forbindelse bemærkes, at i henhold til artikel 1, stk. 1, og artikel 22, stk. 1, i forordning nr. 4064/89 finder denne forordning principielt alene anvendelse på fusioner af fællesskabsdimension som defineret i forordningens artikel 1, stk. 2 og 3. Medlemsstaternes nationale konkurrencelovgivning kan således i henhold til artikel 21, stk. 2, første afsnit, i forordning nr. 4064/89 principielt ikke anvendes på fusioner af fællesskabsdimension.
- 56 I den foreliggende sag har Kommissionen ved at henvise undersøgelsen af den pågældende fusion til de spanske konkurrencemyndigheder afsluttet den procedure i henhold til forordning nr. 4064/89, der blev indledt med anmeldelsen af aftalen om integration af Vía Digital i Sogecable. Ifølge artikel 9, stk. 3, første afsnit, litra b), i forordning nr. 4064/89 skal de kompetente myndigheder i den pågældende medlemsstat efter henvisningen anvende deres nationale konkurrencelovgivning.

- 57 Den anfægtede beslutning i den foreliggende sag har således til følge, at eneansvaret for kontrollen af fusionen overlades til de spanske konkurrencemyndigheder, som tager stilling til fusionen på grundlag af deres nationale konkurrencelovgivning.
- 58 Det må fastslås, at den anfægtede beslutning derfor påvirker sagsøgenes retsstilling (jf. i denne retning dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 281-287).
- 59 Den anfægtede beslutning har nemlig ved henvisningen til den nationale konkurrencelovgivning fastslået, efter hvilke kriterier lovligheden af den pågældende fusion skal vurderes, samt hvilken procedure og hvilke eventuelle sanktioner der skal finde anvendelse på fusionen, og har derved ændret sagsøgenes retsstilling ved at fratage sagsøgerne muligheden for at lade Kommissionen undersøge lovligheden af den pågældende fusion i henhold til forordning nr. 4064/89 (jf. i analogi hermed dommen i sagen Assicurazioni Generali og Unicredito mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 42 ovenfor, præmis 37-44).
- 60 En fusionskontrol, der er gennemført på grundlag af en national lovgivning, kan imidlertid med hensyn til sin rækkevidde og virkninger ikke sidestilles med den kontrol, der udøves af Kommissionen i henhold til forordning nr. 4064/89 (dommen i sagen Air France mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 40 ovenfor, præmis 69).
- 61 I modsætning til, hvad Kommissionen har hævdet, kan enhver beslutning, der medfører en ændring af de retsregler, der finder anvendelse på undersøgelsen af en fusion, påvirke retsstillingen ikke alene for parterne i den pågældende fusion, således som tilfældet er i sagen Assicurazioni Generali og Unicredito mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 42 ovenfor, men ligeledes for en sådan fusions tredjeparter.

- 62 Det skal nemlig bemærkes, at uafhængigt af, om spansk konkurrenceret tillægger tredjeparter processuelle rettigheder svarende til dem, der er sikret ved forordning nr. 4064/89, har den anfægtede beslutning ved at afslutte proceduren i henhold til forordning nr. 4064/89 til følge at fratage tredjeparter de processuelle rettigheder, der tillægges dem ved nævnte forordnings artikel 18, stk. 4.
- 63 Ved den anfægtede beslutning forhindrer Kommissionen endelig tredjeparter i at påberåbe sig den retslige beskyttelse, traktaten giver dem. Ved at henvise undersøgelsen af fusionen til de spanske konkurrencemyndigheder, som tager stilling på grundlag af deres nationale konkurrencelovgivning, fratager Kommissionen nemlig tredjeparter muligheden for senere under henvisning til artikel 230 EF at anfægte de spanske myndigheders vurderinger på dette punkt for Retten, mens Kommissionens vurderinger, hvis sagen ikke var blevet henvist, derimod kunne have været anfægtet ved Retten.
- 64 Da den anfægtede beslutning har til følge at fratage sagsøgerne muligheden for at anvende forordning nr. 4064/89 og de processuelle rettigheder, forordningen tillægger tredjeparter, samt den retslige beskyttelse i henhold til traktaten, må den anfægtede beslutning således anses for at påvirke sagsøgernes retsstilling.
- 65 Denne påvirkning må anses for at være umiddelbar, idet den anfægtede beslutning ikke kræver nogen yderligere gennemførelsesforanstaltning for at give henvisningen virkning. Når først beslutningen er vedtaget af Kommissionen, får henvisningen nemlig umiddelbar virkning for den pågældende medlemsstat, som herved bliver beføjet til at vurdere den fusion, der er genstand for henvisningen, på baggrund af sin nationale konkurrencelovgivning.

- 66 Hertil kommer, at det i overensstemmelse med artikel 9, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 er de spanske myndigheder, der har anmodet Kommissionen om at henvise undersøgelsen af fusionens virkninger for de relevante markeder i Spanien til dem. Under disse omstændigheder forekommer det udelukket, at de spanske myndigheder ikke vil reagere på den anfægtede beslutning, hvilket i den foreliggende sag i øvrigt bekræftes af, at de spanske konkurrencemyndigheder den 29. november 2002 traf beslutning om den pågældende fusion.
- 67 Det må således antages, at den anfægtede beslutning berører sagsøgerne umiddelbart.
- 68 Denne konklusion berøres ikke af, at sagsøgerne som fremhævet af Kommissionen kan anlægge sag til prøvelse af den nationale myndigheds beslutning ved de nationale retter og eventuelt her anmode om at få spørgsmålet forelagt Domstolen til præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF. At der er retsmidler på nationalt plan, der eventuelt kan anvendes, kan ikke udelukke, at der i henhold til artikel 230 EF kan anlægges direkte søgsmål ved Fællesskabets retsinstanser til prøvelse af lovligheden af en beslutning truffet af en EF-institution (dommen i sagen Air France mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 40 ovenfor, præmis 69, og dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 290).

Spørgsmålet, om sagsøgerne er individuelt berørt af den anfægtede beslutning

- 69 Det skal bemærkes, at andre end adressaterne for en beslutning kun kan gøre gældende, at de er individuelt berørt, såfremt beslutningen berører dem på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde

som en adressat (Domstolens dom af 15.7.1963, sag 25/62, Plaumann mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411, på s. 414, org.ref.: Rec. s. 197, på s. 223, og dommen i sagen Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, der er nævnt i præmis 41 ovenfor, præmis 36).

- 70 I den foreliggende sag har Kommissionen ikke bestridt, at sagsøgernes konkurrencemæssige stilling er berørt af den fusion, hvis behandling er blevet henvist til de spanske myndigheder. Det er nemlig ubestridt, at sagsøgerne er de største nuværende konkurrenter til fusionsparterne på de fleste af de berørte markeder. I den anfægtede beslutnings betragtning 84 anføres således, at »[d]e eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger af den anmeldte fusion [...] især truer med at berøre kabeloperatørerne i Spanien, som er hovedkilden (og næsten eneste kilde når henses til situationen for jordbaseret digitalt tv i Spanien) til konkurrence over for den satellitbaserede tv-plattform, der er en følge af fusionen«, og at »[d]isse kabeloperatører [...] ligeledes er det vigtigste konkurrencemæssige alternativ (i visse tilfælde faktisk, i andre tilfælde potentielt) til Telefónica på forskellige telekommunikationsmarkeder, hvor den historiske spanske operatør allerede er dominerende«.
- 71 Endvidere må det fastslås, at sagsøgerne har deltaget i den administrative procedure, der har ført til vedtagelsen af den anfægtede beslutning.
- 72 Hvad angår sagsøgerne i sag T-346/02 skal nemlig bemærkes, at ONO den 27. juni 2002 kontaktede Kommissionen, som den 18. juli 2002 sendte ONO en begæring om oplysninger i henhold til artikel 11 i forordning nr. 4064/89, hvilken begæring ONO besvarede ved skrivelse af 23. juli 2002. ONO's deltagelse i den administrative procedure kan sidestilles med sagsøgernes deltagelse i den administrative procedure i sag T-346/02. Sidstnævnte sagsøgere har nemlig som svar på et spørgsmål fra Retten anført, at som nævnt i ovennævnte skrivelse af 23. juli 2002 er ONO det navn, under hvilket de alle opererer på det spanske marked. Sagsøgerne har i denne skrivelse og i deres svar til Retten uimodsagt af

Kommissionen forklaret, at ONO var det navn, under hvilket den gruppe kabeloperatører, der udgøres af selskabet »Grupo ONO«, opererer; Grupo ONO ejer 100% af aktierne i Cableuropa, som igen har aktiemajoriteten i de andre kabeloperatørvirksomheder, der er sagsøgere i sag T-346/02.

73 Aunacable og de øvrige sagsøgere i sag T-347/02 har endvidere tilstillet Kommissionen skrivelser dateret henholdsvis 9. og 22. juli 2002, hvori de har anført, at betingelserne i artikel 9 i forordning nr. 4064/89 ikke var opfyldt. Den 18. juli 2002 tilsendte Kommissionen sagsøgerne en begæring om oplysninger i henhold til artikel 11 i forordning nr. 4064/89, som sagsøgerne besvarede henholdsvis den 26. juli 2002 (alle sagsøgere bortset fra Aunacable) og den 31. juli 2002 (Aunacable).

74 På denne baggrund må det for det første fastslås, at sagsøgerne ville have haft ret til at blive hørt af Kommissionen, hvis denne ikke havde besluttet at henvise sagen til de spanske myndigheder, men derimod havde indledt den såkaldte fase II-procedure, der er omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89.

75 I henhold til artikel 18, stk. 4, i forordning nr. 4064/89 har tredjeparter nemlig ret til at blive hørt af Kommissionen, især før vedtagelsen af en beslutning i afslutningen af fase II, forudsat at de har anmodet herom, og såfremt de godtgør, at de har en berettiget interesse deri (Rettens dom af 27.11.1997, sag T-290/94, Kaysersberg mod Kommissionen, Sml. II, s. 2137, præmis 105). Da sagsøgernes konkurrencemæssige stilling påvirkes af den fusion, hvis behandling er blevet henvist til de spanske myndigheder, havde sagsøgerne således en berettiget interesse i at blive hørt (jf. dommen i sagen Kaysersberg mod Kommissionen, præmis 109).

- 76 Sagsøgerne, der har processuelle garantier i henhold til artikel 18, stk. 4, i forordning nr. 4064/89, kan kun opnå, at garantierne respekteres, hvis de har adgang til at indbringe den anfægtede beslutning for en af Fællesskabets retsinstanser (jf. i denne retning dommen i sagen Cook mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 41 ovenfor, præmis 23).
- 77 For det andet skal Retten bemærke, at hvis der ikke var sket henvisning, ville sagsøgerne som konkurrerende virksomheder også have været individuelt berørt af en endelig godkendelsesbeslutning vedtaget af Kommissionen med hjemmel i artikel 6, stk. 1, litra b), i forordning nr. 4064/89.
- 78 Det må således fastslås, at sagsøgerne, hvis der ikke var sket henvisning, ved at anlægge annullationssøgsmål på grundlag af artikel 230, stk. 4, EF, kunne have anfægtet Kommissionens vurdering af fusionens virkninger for de relevante markeder i Spanien (jf. i denne retning dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 295).
- 79 Da den anfægtede beslutning har til følge, at sagsøgerne fratages muligheden for at lade Retten efterprøve en række vurderinger, som de ville have været berettiget til at anfægte for Retten, hvis der ikke var sket nogen henvisning, må det antages, at den anfægtede beslutning berører sagsøgerne individuelt på samme måde, som de ville være blevet berørt af godkendelsesbeslutningen, hvis der ikke var sket nogen henvisning (jf. i denne retning dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 297).
- 80 Sagsøgerne må følgelig anses for at være individuelt berørt af den anfægtede beslutning.

- 81 Det fremgår af det ovenfor anførte, at sagsøgerne er umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede beslutning.
- 82 Sagerne kan således antages til realitetsbehandling.

Realiteten

- 83 Sagsøgerne har gjort tre fælles anbringender gældende til støtte for deres påstande. Det første anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 9 i forordning nr. 4064/89 derved, at fusionen har virkninger, der rækker ud over Spaniens grænser. Det andet anbringende vedrører ligeledes tilsidesættelse af artikel 9 i forordning nr. 4064/89 samt tilsidesættelse af princippet om god forvaltningskik derved, at Kommissionen kun undtagelsesvis er berettiget til at henvise en fusion til de nationale myndigheder, når de af fusionen berørte markeder udgør en væsentlig del af fællesmarkedet. Det tredje anbringende vedrører tilsidesættelse af artikel 253 EF. Sagsøgerne i sag T-346/02 har endvidere påberåbt sig et fjerde anbringende, som vedrører tilsidesættelse af artikel 9 i forordning nr. 4064/89 derved, at den anfægtede beslutning indeholder en »blankohenvielse« til de spanske myndigheder. Det første, andet og fjerde anbringende skal behandles før det tredje anbringende.

Det første anbringende: Tilsidesættelse af artikel 9 i forordning nr. 4064/89 derved, at fusionen har virkninger, der rækker ud over Spaniens grænser

Parternes argumenter

- 84 Sagsøgerne i begge sager har gjort gældende, at artikel 9 i forordning nr. 4064/89 i den foreliggende sag ikke giver Kommissionen mulighed for at henvise undersøgelsen af den pågældende fusion til de nationale myndigheder.

85 I sag T-346/02 har sagsøgerne gjort gældende, at det fremgår af denne forordnings artikel 9, stk. 2, at Kommissionen ikke har ret til at henvise undersøgelsen af en fusion til de nationale myndigheder, når de pågældende markeder rækker ud over en medlemsstats grænser. Da fusionen har klar international dimension, eller da Kommissionen i hvert fald ikke uden videre kan afvise, at den har international dimension, har Kommissionen tilsidesat forordningens artikel 9, stk. 2.

86 For at påvise fusionens internationale dimension har sagsøgerne i sag T-346/02 for det første påpeget, at koncernerne Telefónica, Canal+, Vivendi og Prisa har et stærkt fodfæste i Europa såvel på telekommunikationsområdet som på betalings-tv-området. Sagsøgerne har for det andet anført, at telekommunikationsmarkederne rækker ud over de nationale grænser, at internettet ikke er nationalt, og at en lang række tjenester, f.eks. satellittransmitterede signaler, er grænseoverskridende. For det tredje er også markedet for audiovisuelle rettigheder grænseoverskridende. Kommissionen har selv i beslutning af 21. marts 2002, B SkyB/KirchPayTV (COMP/JV.37) erkendt, at markedet for erhvervelse og udnyttelse af audiovisuelle rettigheder var europæisk og endog globalt.

87 De samme sagsøgere har i retsmødet anført, at fusionsparterne selv i fusionsanmeldelsen har erkendt, at nogle af de berørte markeder rækker ud over Spaniens grænser, især markedet for satellittjenester, markedet for tekniske tjenester, de audiovisuelle markeder (f.eks. filmproduktionsmarkedet, som er et globalt marked) samt markedet for senderrettigheder til sportsbegivenheder, et marked, hvor tv-operatørerne konkurrerer mod europæiske kanaler. Sagsøgerne har påpeget, at sprogbarriererne gradvis forsvinder, og at udsendelse af film og sportsprogrammer via internettet gør disse programmer tilgængelige i andre lande end Spanien og gør det muligt for seeren at vælge sit foretrukne sprog. I den anfægtede beslutning har Kommissionen blot hævdet, at nogle af de markeder, de nationale myndigheder har nævnt i deres henvisningsanmodning, ikke behøvede

at blive undersøgt, idet de ikke rejste konkurrencemæssige problemer, uden imidlertid at undersøge, om disse markeder var nationale markeder.

- 88 Under retsmødet har de pågældende sagsøgere til støtte for deres argumenter fremlagt en genpart af den ikke-fortrolige udgave af fusionsanmeldelsen.
- 89 Under retsmødet har de samme sagsøgere endvidere gjort gældende, at Kommissionen kun kunne henvise sagen til de nationale myndigheder, såfremt disse i deres henvisningsanmodning havde betegnet de pågældende markeder som nationale markeder. Den reviderede udgave af denne henvisningsanmodning er imidlertid ikke blevet forelagt sagsøgerne under den administrative procedure for Kommissionen og i øvrigt heller ikke under procedurerne for de spanske myndigheder. Da det pågældende dokument efter anmodning fra Retten er blevet henlagt til sagens akter, påhviler det Retten at kontrollere, om henvisningsanmodningen opfylder betingelserne i artikel 9 i forordning nr. 4064/89.
- 90 I sag T-347/02 har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved i betragtning 119 til den anfægtede beslutning at hævde, at »fusionen alene truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling på markeder af national dimension i Kongeriget Spanien« uden at undersøge den anmeldte fusions eventuelle grænseoverskridende virkninger. Såfremt der forelå sådanne grænseoverskridende virkninger, kunne sagen ikke henvises til de spanske myndigheder, idet betingelserne i artikel 9 i forordning nr. 4064/89 i så fald ikke var opfyldt.
- 91 Sagsøgerne i denne sag har hævdet, at fusionen kunne få grænseoverskridende virkninger. For det første er de virksomheder, der potentielt kan blive berørt af fusionen, ikke alene konkurrenterne på det spanske marked for flerkanalbeta-

lings-tv, men også andre virksomheder på nabomarkedene (især programmarkedet), som ikke nødvendigvis er etableret på det spanske marked. Da Canal+ er et af de selskaber, der deltager i den fælles kontrol med den platform, der fremkommer ved fusionen, og da dette selskab er en operatør, der har interesser i det europæiske tv-marked, er det således muligt, at fusionen vil styrke denne operatørs stilling på de internationale programmarkeder, der er opstrømsmarkeder i forhold til markedet for betalings-tv. I lighed med de øvrige sagsøgere har sagsøgerne i sag T-347/02 fremhævet, at Kommissionen selv i sin ovennævnte beslutning vedrørende BSkyB/KirchPayTV har erkendt, at erhvervsen og udnyttelsen af audiovisuelle rettigheder er aktiviteter, der berører mere end én medlemsstat. Endelig har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen i sin undersøgelse af den anmeldte fusion også burde have analyseret de såkaldte »output deals«, der er indgået af betalings-tv-selskaberne med de store amerikanske filmstudier.

92 I retsmødet har sagsøgerne i sag T-347/02 anført, at det for at godtgøre, at der findes et eller flere »særskilte markeder« som omhandlet i artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 4064/89, ikke er tilstrækkeligt, at de relevante geografiske markeder er nationale markeder. En medlemsstat kan nemlig alene anses for at udgøre et »særskilt marked«, såfremt konkurrencestrukturen i denne medlemsstat afviger fra konkurrencestrukturen i andre medlemsstater.

93 For det første har sagsøgerne påpeget, at sprogkriteriet ikke er tilstrækkeligt til at kunne betegne et marked som »særskilt«, især ikke da det samme program kan udbydes på flere sprog, som f.eks. film, der udbydes på dvd. For det andet rejser den nationale lovgivning på det audiovisuelle område ikke adgangshindringer, der er specifikke for Spanien, eftersom den pågældende lovgivning er harmoniseret på fællesskabsplan, jf. bl.a. Domstolens dom af 22. januar 2002, Canal Satélite Digital (sag C-390/99, Sml. I, s. 607). For det tredje bevirker den omstændighed, at programrettighederne distribueres på territorialt plan, ikke, at det spanske

marked bliver et »særskilt marked«, idet det samme program distribueres andre steder i samme format og på grundlag af samme afgiftssystem.

- 94 Ifølge sagsøgerne taler flere forhold imod at betegne det spanske marked som et »særskilt marked«. For det første afspejler Sogecables tilhørsforhold til Canal+ koncernen den igangværende konsolideringsproces på samtlige europæiske markeder, som skyldes de økonomiske vanskeligheder i den audiovisuelle sektor. For det andet må det erkendes, at de udbudte varer og tjenester på alle de europæiske markeder er identiske. For det tredje er adgangshindringerne identiske og vedrører bl.a. adgangen til programmer og til den dominerende distributionsplatform.
- 95 Sagsøgerne har bestridt, at de har påberåbt sig nye anbringender i retsmødet. De har forklaret, at de alene har tilpasset deres argumentation efter afsigelsen af dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, som fandt sted, efter at de havde indleveret deres stævninger. De har blot uddybet de argumenter, de allerede har påberåbt sig i deres stævninger. Sagsøgerne i sag T-347/02 har tilføjet, at argumentet, hvorefter et markeds nationale dimension ikke er tilstrækkelig til at gøre markedet »særskilt« i artikel 9 i forordning nr. 4064/89's forstand, allerede blev fremført i sagsøgernes skrivelse af 22. juli 2002 til Kommissionen.
- 96 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne heroverfor anført, at det afgørende kriterium ved vurderingen af, om Kommissionen kan henvise en sag til de nationale myndigheder, er, om der består risiko for konkurrencebegrænsende virkninger på markeder i en medlemsstat, der fremstår som særskilte markeder. I den anfægtede beslutning har Kommissionen i henhold til artikel 9, stk. 2, litra a), i nævnte forordning identificeret de geografiske referencemarkeder og undersøgt fusionens konkurrencemæssige følger for disse markeder og derefter konkluderet, at fusionen alene truede med at skabe eller styrke en dominerende stilling på markeder af national dimension i Kongeriget Spanien.

- 97 Etableringen af Telefónica-, Canal+- og Vivendi-koncernerne i hele Europa samt de pågældende koncerners internationale aktiviteter kan som sådan ikke bestemme den geografiske dimension af de forskellige produktmarkeder, som disse koncerner opererer på. En fusions grænseoverskridende virkninger er ej heller afgørende, når det skal besluttes, om en fusionsplan skal henvises til de nationale myndigheder eller ej.
- 98 Kommissionen har endvidere anført, at sagsøgerne i retsmødet for første gang har påberåbt sig anbringender, der ikke fremgår af stævningen. F.eks. er argumentet om, at der findes visse »andre markeder«, som er blevet nævnt enten i fusionsparternes anmeldelse eller i de spanske myndigheders henvisningsanmodning, og som Kommissionen angiveligt ikke har undersøgt i den anfægtede beslutning, nyt. Desuden fremgår argumentet om sondringen mellem begrebet »særskilt marked« som omhandlet i artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 4064/89 og begrebet relevant geografisk marked ikke af stævningen. Retten bør derfor afvise disse anbringender i henhold til procesreglementets artikel 48, stk. 2. Sagsøgerne kan ikke påberåbe sig, at der mellem tidspunktet for stævningens indlevering og retsmødet er afsagt dom i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, idet det fremgår af fast retspraksis, at en dom afsagt efter indleveringen af en stævning ikke er et nyt bevis i procesreglementets artikel 48, stk. 1's forstand. Hvad angår sagsøgernes udtalelse om, at nogle af argumenterne allerede var fremført i bilagene til stævningen, har Kommissionen erindret om, at det ikke påhviler Retten at søge efter anbringender, der ikke fremgår af stævningen, i bilagene hertil.
- 99 Under alle omstændigheder kan sagsøgernes argumenter ikke tages til følge.

Retten bemærkninger

- 100 Det bemærkes, at de spanske myndigheder har anmodet om at få henvist fusionen på grundlag af artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 4064/89. I den anfægtede beslutning har Kommissionen konstateret, at »fusionen alene truer med at skabe

eller styrke en dominerende stilling på markeder af national dimension i Kongeriget Spanien« (betragtning 119). Kommissionen har i medfør af artikel 9, stk. 3, første afsnit, i forordning nr. 4064/89 besluttet at henvise sagen til de spanske konkurrencemyndigheder, som skal afgøre den på grundlag af den spanske konkurrencelovgivning.

- 101 Det fremgår af artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 4064/89, at to betingelser skal være opfyldt samtidigt for at kunne henvise en fusion i henhold til forordningens artikel 9. For det første skal fusionen true med at skabe eller styrke en dominerende stilling, hvorved den effektive konkurrence vil blive betydeligt hæmmet på et marked i denne medlemsstat. For det andet skal dette marked på enhver måde fremstå som et særskilt marked.
- 102 Hvad angår opfyldelsen af de betingelser, der er fastsat i artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 4064/89, skal Retten bemærke, at de i denne bestemmelse fastsatte henvisningsbetingelser har retlig karakter og skal fortolkes på grundlag af objektive kriterier. Fællesskabets retsinstanter skal derfor under hensyntagen til både de konkrete omstændigheder i den forelagte tvist og den tekniske eller komplekse karakter af Kommissionens vurderinger foretage en fuldstændig prøvelse med henblik på at afgøre, om en fusion er omfattet af nævnte forordnings artikel 9, stk. 2, litra a) (dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 326).
- 103 Med hensyn til den første betingelse må det konstateres, at sagsøgerne ikke har bestridt, at fusionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling i Spanien på de forskellige produktmarkeder, der er identificeret i den anfægtede beslutning.

- 104 Sagsøgerne har imidlertid i den foreliggende sag gjort gældende, at den anden betingelse ikke er opfyldt. Ifølge sagsøgerne er de produktmarkeder, der er identificeret i den anfægtede beslutning, ikke markeder i en medlemsstat, der fremstår som særskilte markeder.
- 105 Det skal indledningsvis bemærkes, at i henhold til artikel 9, stk. 3, første afsnit, i forordning nr. 4064/89 afgør Kommissionen, om der foreligger et særskilt marked, »under hensyntagen til markedet for de pågældende varer eller tjenester og til det geografiske referencemarked, jf. stk. 7«.
- 106 Sammenholdes artikel 9, stk. 3, første afsnit, med artikel 9, stk. 7, i forordning nr. 4064/89, fremgår det, at Kommissionen ved afgørelsen af, om en medlemsstat udgør et særskilt marked i henhold til samme forordnings artikel 9, stk. 2, skal tage hensyn til kriterierne i forordningens artikel 9, stk. 7, som bl.a. vedrører de pågældende varers eller tjenester beskaffenhed og karakteristika, hindringer for adgang, forbrugernes præferencer såvel som væsentlige forskelle i virksomhedernes markedsandele eller væsentlige prisforskelle mellem områderne (dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 333).
- 107 I retsmødet har sagsøgerne i sag T-347/02 hævdet, at for at et nationalt marked kan anses for et »særskilt marked« som omhandlet i artikel 9, stk. 2, i forordning nr. 4064/89, skal det pågældende marked adskille sig fra andre markeder, ikke alene fordi det udgør et særskilt geografisk marked, men også fordi det har en anden konkurrencestruktur end markederne i andre medlemsstater.
- 108 Det skal først undersøges, om dette argument, som blev fremført for første gang under retsmødet, kan antages til realitetsbehandling.

- 109 Retten skal i denne forbindelse bemærke, at selv om det i procesreglementets artikel 76a, stk. 3, bestemmes, at parterne som led i en hasteprocedure kan uddybe deres argumentation og fremføre yderligere beviser under den mundtlige forhandling, idet de skal begrunde, hvorfor beviserne først påberåbes på dette tidspunkt, fremgår det af selve ordlyden af denne bestemmelse, at den finder anvendelse med forbehold af procesreglementets artikel 48 stk. 2, som fastslår, at nye anbringender ikke må fremsættes under sagens behandling, medmindre de støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under retsforhandlingerne.
- 110 Dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen (nævnt i præmis 53 ovenfor), som blev afsagt efter anlæggelsen af de foreliggende sager, og hvortil sagsøgerne har henvist som begrundelse for uddybningen af deres argumentation, jf. præmis 107 ovenfor, kan ikke anses for at begrunde fremsættelsen af et nyt anbringende. Denne dom bekræfter nemlig blot en retstilstand, som sagsøgerne kendte på det tidspunkt, da de anlagde deres sag (Domstolens dom af 1.4.1982, sag 11/81, Dürbeck mod Kommissionen, Sml. s. 1251, præmis 17; og Rettens dom af 11.12.1996, sag T-521/93, Atlanta m.fl. mod EF, Sml. II, s. 1707, præmis 39).
- 111 Imidlertid skal et anbringende, der udgør en uddybning af et anbringende, der tidligere er fremsat direkte eller indirekte i stævningen, og som har en nær sammenhæng med dette, antages til realitetsbehandling (Rettens dom af 19.9.2000, sag T-252/97, Dürbeck mod Kommissionen, Sml. II, s. 3031, præmis 39).
- 112 I den foreliggende sag må det fastslås, at argumentet, som er gengivet i præmis 107 ovenfor, ikke overskrider rammerne for tvisten, således som denne er afgrænset i stævningen.
- 113 Retten skal i denne forbindelse bemærke, at sagsøgerne i sag T-347/02 i deres stævning har hævdet, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at henvise en fusion til de nationale myndigheder trods den manglende opfyldelse af

betingelserne i artikel 9 i forordning nr. 4064/89. Uden at det er nødvendigt at fastslå, om sagsøgerne i stævningen har påberåbt sig en sondring mellem begrebet særskilt marked på den ene side og begrebet geografisk referencemarked på den anden side, fremgår det af stævningen, at sagsøgerne gjorde opmærksom på, at den anfægtede beslutning var ulovlig, idet Kommissionen havde anvendt betingelserne i forordningens artikel 9, især betingelsen vedrørende særskilte markeder, fejlagtigt. Det må i denne forbindelse fastslås, at argumenterne om, at der skal sondres mellem begreberne særskilt marked og geografisk referencemarked, blot er en uddybning af sagsøgernes argumenter i stævningen, hvorefter Kommissionen har tilsidesat artikel 9 i forordning nr. 4064/89 ved at anse de relevante produktmarkeder for at udgøre markeder i en medlemsstat, som på enhver måde fremstår som et særskilt marked. Det argument, der er gengivet i præmis 107 ovenfor, har nær sammenhæng med det første anbringende i stævningen og skal derfor antages til realitetsbehandling.

114 Med hensyn til, om argumentet skal tages til følge, skal Retten fastslå, at artikel 9 i forordning nr. 4064/89 ikke kan fortolkes som hævdet af sagsøgerne. Det fremgår nemlig af selve ordlyden af forordningens artikel 9, stk. 3, at Kommissionen skal afgøre, om der foreligger et specifikt marked under hensyn dels til definitionen af markedet for de pågældende varer og tjenester, dels til definitionen af det geografiske referencemarked i stk. 7's forstand.

115 Som det fremgår af såvel artikel 9, stk. 7, i forordning nr. 4064/89 som af punkt 8 i Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT 1997 C 372, s. 5) forstås ved det geografiske referencemarked et område, på hvilket virksomhederne deltager i udbud og efterspørgsel af varer og tjenester, hvor konkurrencevilkårene er tilstrækkeligt ensartede, og som kan skelnes fra de tilstødende områder, især fordi konkurrencevilkårene er mærkbart forskellige fra dem, der gælder på disse områder. Som nævnt i præmis 106 ovenfor skal der ved denne vurdering bl.a.

tages hensyn til de pågældende varers eller tjenesters beskaffenhed og karakteristika, hindringer for adgang, forbrugernes præferencer såvel som væsentlige forskelle i virksomhedernes markedsandele eller væsentlige prisforskelle mellem områderne.

- 116 Når bedømmelsen af alle disse faktorer fører til den konklusion, at konkurrencevilkårene på de relevante markeder for varer og tjenester i en medlemsstat er væsentligt forskellige, således at der er tale om forskellige geografiske markeder, skal disse markeder anses for særskilte markeder som omhandlet i artikel 9, stk. 2, i forordning nr. 4064/89 (jf. i denne retning dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 335-337).
- 117 I modsætning til, hvad sagsøgerne har hævdet, er det i denne forbindelse uden betydning, om visse af de strukturelle forhold på de pågældende markeder også består på andre geografiske markeder. For så vidt det godtgøres at konkurrencevilkårene ikke er tilstrækkeligt homogene, og at bl.a. forbrugernes præferencer samt en række adgangshindringer begrænser et bestemt marked til en enkelt medlemsstats område, er det ikke tilstrækkeligt til at bestride det nævnte markeds særskilte karakter, at der i visse andre nationale områder findes tilsvarende varer eller tjenester eller tilsvarende salgsmetoder. Med hensyn til eksistensen af lignende adgangshindringer, kan man ikke under henvisning hertil benægte, at de pågældende geografiske markeder har særskilt karakter. Tværtimod bekræfter denne omstændighed, at der er tale om særskilte markeder.
- 118 Retten vil nu gennemgå sagsøgernes argumenter om, at Kommissionen ikke var berettiget til at konkludere, at der forelå særskilte geografiske markeder som omhandlet i artikel 9, stk. 2, i forordning nr. 4064/89.

- 119 I denne forbindelse skal det erindres, at domstolsprøvelsen af Kommissionens vurderinger hvad angår definitionen af referencemarkederne går ud på at undersøge, om Kommissionen har begået en åbenbar fejl (jf. i denne retning Rettens dom af 6.6.2002, sag T-342/99, Airtours mod Kommissionen, Sml. II, s. 2585, præmis 26 og 32).
- 120 Det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionens konklusion, hvorefter det spanske marked er det geografiske referencemarked for hvert enkelt produktmarked, er baseret på nedenstående synspunkter.
- 121 Hvad angår markedet for betalings-tv anføres i den anfægtede beslutning, at »[s]elv om visse markedssegmenter som f.eks. sportskanalen Eurosport sender til hele Europa, er tv-udsendelser normalt rettet til nationale markeder især på grund af afvigende nationale bestemmelser, sprogbarrierer, kulturelle forhold og konkurrencevilkår, der varierer fra land til land (f.eks. kabel-tv-markedets struktur)«, og at »i Spaniens særlige tilfælde er den geografiske dimension således national af sproglige og lovgivningsmæssige årsager« (betragtning 17).
- 122 Hvad angår markederne i omsætningsleddene før markedet for betalings-tv har Kommissionen for det første angående enerettighederne til at sende film anført, at disse »rettigheder [...] normalt tildeles for perioder af forskellig varighed for bestemte sprog- og sendeområder«, og at »senderrettighederne i Spaniens tilfælde begrænser sig til spansk område, og at de geografiske markeder for rettigheder til biograffilm er nationale« (den anfægtede beslutningbetragtning 26). Med hensyn til markedet for senderrettigheder til fodboldbegivenheder, der har deltagelse af spanske hold, er dette marked ligeledes spansk. Ifølge Kommissionen er senderrettighederne til fodboldkampe blevet indrømmet spanske tv-operatører (den anfægtede beslutning, betragtning 40), og disse »rettigheder udnyttes især i Spanien« (den anfægtede beslutning, betragtning 41). Angående enerettighederne til at sende andre sportsbegivenheder og andre forestillinger har Kommissionen fremhævet, at tilskuernes præferencer varierer fra land til land, og at

konkurrencevilkårene på markedet for erhvervelse af disse rettigheder ligeledes varierer (betragtning 57). Markedet for senderrettigheder til disse begivenheder er i Spaniens tilfælde et nationalt marked af sproglige og kulturelle årsager (betragtning 57). Endelig bekræftes den nationale dimension af temakanalernes marked »i Spaniens tilfælde af, at distributionen finder sted på spansk område« (den anfægtede beslutning, betragtning 63).

- 123 Med hensyn til den geografiske dimension af telekommunikationsmarkederne hedder det i den anfægtede beslutning, at markedet for detailsalg til de endelige brugere af internetadgang, hvad enten det er på bredbånds- eller på smalbåndsnettet, udgør et marked af hovedsagelig national dimension af både teknologiske årsager (f.eks. behovet for at få adgang til det lokale net og lokale/gratis telefonnumre til nærmeste »point of presence« eller »POP«) og lovgivningsmæssige årsager (forskelle mellem de nationale lovgivninger) (betragtning 80). Markederne for fastnettelefoni og andre telekommunikationsmarkeder er nationale af følgende årsager: »infrastrukturernes nationale karakter, rent nationale tilbud om tjenesteydelser, betingelser for godkendelse af operatører, adgang til mobiltelefonifrekvenser, roamingtakster m.v.« (betragtning 82).
- 124 Kommissionen har til støtte for sit synspunkt, hvorefter de pågældende markeder har spansk dimension, ligeledes henvist til tidligere beslutningspraksis i den anfægtede beslutning (betragtning 17, 63, 80 og 82).
- 125 Det må fastslås, at de oplysninger, sagsøgerne har fremlagt i de to sager, ikke beviser, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved sin afgrænsning af de pågældende geografiske markeder.

- 126 Hvad for det første angår sagsøgernes henvisning til, at såvel fusionsparterne som deres moderselskaber er etableret i hele Europa, skal blot anføres, at den omstændighed, at en virksomhed udøver aktiviteter i forskellige medlemsstater, ikke automatisk indebærer, at de markeder, hvorpå den pågældende virksomhed opererer, rækker ud over de pågældende medlemsstaters område. En virksomhed kan nemlig operere på flere særskilte markeder af national dimension.
- 127 Det skal endvidere bemærkes, at parterne i de fusioner, der er omfattet af forordning nr. 4064/89, normalt har international dimension, idet tærskel-systemet i artikel 1 i forordning nr. 4064/89 indebærer, at disse virksomheder har en vis minimumsomsætning i forskellige medlemsstater, således at det sikres, at fusioner omfattet af nævnte forordning, dvs. også de fusioner, der kan henvises til de nationale myndigheder i henhold til forordningens artikel 9, alle har en »fællesskabsdimension«.
- 128 Hvad dernæst angår den geografiske dimension af markederne for audiovisuelle rettigheder som afgrænset i Kommissionens beslutning BSKyB/KirchPayTV af 21. marts 2002 (nævnt i præmis 86 ovenfor) bemærkes, at der ikke er nogen selvmodsigelse mellem afgrænsningen af det geografiske marked i sidstnævnte beslutning og den afgrænsning, der lægges til grund i den anfægtede beslutning.
- 129 I BSKyB/KirchPayTV-beslutningen har Kommissionen nemlig udtalt (betragtning 45): »Hvad angår det geografiske marked for erhvervelse af senderrettigheder må det ligeledes fastslås, at selv om erhvervelsen af rettigheder kan ske på globalt plan, og selv om visse operatører erhverver rettighederne for mere end ét område ad gangen, sker erhvervelsen af rettigheder fortsat med henblik på et land eller et sprogområde. Kommissionen har derfor konstateret, at senderrettighederne til film normalt indrømmes for en bestemt sprogversion og for et bestemt sendeområde.« Kommissionen har således i denne beslutning i lighed med den anfægtede

beslutning støttet sig på, at erhvervelsen af tv-rettigheder normalt sker for et sprogområde og et bestemt geografisk — især nationalt — område.

- 130 Ganske vist har Kommissionen i betragtning 46 til BSKyB/KirchPayTV-beslutningen erkendt, at forbrugerinteressen for visse sportsbegivenheder som f.eks. De Olympiske Lege er europæisk, men Kommissionen har i nævnte beslutning ikke taget stilling til, om der er tale om et særskilt geografisk marked. Derimod har Kommissionen understreget, at tv-rettighederne til sådanne sportsbegivenheder, selv om de erhverves med eneret for hele Europa, dog senere videresælges til de enkelte lande.
- 131 Betragtningerne til BSKyB/KirchPayTV-beslutningen beviser således ikke, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved i den anfægtede beslutning at vurdere, at det spanske marked er et særskilt marked, når der er tale om senderrettighederne til de forskellige programmer.
- 132 Hvad for det tredje angår sagsøgerens påstand i sag T-347/02 om, at Canal+, som sammen med et andet selskab har fælles kontrol over den platform, der er resultatet af fusionen, har interesser i det europæiske tv-marked, således at fusionen styrker Canal+'s stilling på de internationale markeder for programmer, bemærkes, at hverken den internationale karakter af selskabets aktiviteter eller selskabets styrke på markederne for programmer modsiger Kommissionens konstatering af, at senderrettigheder erhverves for et land eller et sprogområde, hvilket blev bekræftet i retsmødet af Sogecable.
- 133 Kommissionens konklusion med hensyn til de pågældende markeders nationale dimension modsiges ej heller af sagsøgernes påstand om, at tv-operatørerne i forbindelse med visse sportsbegivenheder konkurrerer med kanaler, der sender til

hele Europa. At der på et bestemt marked findes operatører, hvis aktiviteter er internationale, er ikke ensbetydende med, at det pågældende markeds geografiske dimension rækker ud over de nationale grænser. I øvrigt har Kommissionen i betragtning 17 til den anfægtede beslutning anført, at den omstændighed, at en række operatører som f.eks. sportskanalen Eurosport sender til hele Europa, ikke er til hinder for, at markederne for tv-udsendelser især betragtes som nationale som følge af forskellene mellem de nationale lovgivninger, sprogbarrierer, kulturforhold og konkurrencevilkår, der varierer fra land til land. Sagsøgerne kan således ikke hævde, at Kommissionen ikke har taget behørigt hensyn til, at en kanal, der sender til hele Europa, er til stede på de spanske markeder for sportsbegivenheder.

- 134 Hvad for det fjerde angår argumenterne om sprogbarrierernes begrænsede betydning og om, at visse programmer udbydes på flere sprog, bemærkes, at sagsøgerne har påberåbt sig forbrugernes voksende muligheder for at vælge deres foretrukne sprogversion af dvd'er og af musik, film og sportsbegivenheder, der distribueres via internettet. Det må dog fastslås, at sagsøgerne ikke har fremlagt det mindste bevis, der gør det muligt at afvise Kommissionens konstatering af, at sproget er et relevant kriterium ved vurderingen af den geografiske udstrækning af markederne for betalings-tv, senderrettigheder, audiovisuelle rettigheder og telekommunikation. Endvidere vedrører den pågældende fusion hverken markederne for dvd-film eller markederne for transmission af musikværker. Med hensyn til internetdistribution af film og sportsprogrammer har sagsøgerne i sag T-346/02 i retsmødet selv bekræftet, at disse markeder er helt nye.

- 135 Med hensyn til den mulighed, der ifølge sagsøgerne er for at få adgang til visse programmer via internettet eller tredjegerationsmobiltelefonien (UMTS) fra andre lande end Spanien, bemærkes ligeledes, at sagsøgerne ikke har godtgjort, hvorledes denne mulighed kan være i strid med den anfægtede beslutnings afgrænsning af markederne for erhvervelse af programmer og betalings-tv.

Muligheden for at få adgang udefra til de varer og tjenester, der udbydes på det spanske marked, fratager nemlig ikke dette marked den særskilte karakter, Kommissionen har tillagt det i den anfægtede beslutning.

- 136 For det femte har sagsøgerne i sag T-347/02 gjort gældende, at Kommissionen i forbindelse med sagen om den anmeldte fusion også burde have analyseret de »output deals«, der er indgået mellem betalings-tv-selskaberne og de store amerikanske studier.
- 137 I den forbindelse fremgår det af betragtning 27-29 til den anfægtede beslutning, at Kommissionen rent faktisk har taget hensyn til disse aftaler ved vurderingen af konkurrencen på det spanske marked for erhvervelsen af rettighederne til de film, som har det største biografpublikum ved første og anden fremvisning.
- 138 Sagsøgerne har imidlertid ikke redegjort for, hvorledes en nærmere gennemgang af nævnte »output deals« kunne have stillet spørgsmålstejn ved den geografiske afgrænsning af de relevante markeder. At der foreligger tilsvarende aftaler i andre medlemsstater, indebærer ikke automatisk, at der foreligger et europæisk marked, idet en sådan konstatering bygger på en gennemgang af samtlige konkurrencevilkår i de pågældende områder. Ej heller på dette punkt har sagsøgerne således godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn i den anfægtede beslutning ved at fastslå, at de af fusionen berørte markeder for audiovisuelle rettigheder udgør særskilte markeder af spansk dimension.
- 139 For det sjette har sagsøgerne i sag T-346/02 gjort gældende, at telekommunikationsmarkederne rækker ud over de nationale grænser, at internettet ikke er nationalt, og at en lang række tjenester som f.eks. satellittransmission af signaler er grænseoverskridende.

- 140 Med hensyn til telekommunikationsmarkederne, herunder markedet for internetadgang, må det imidlertid fastslås, at sagsøgerne ikke har fremført noget argument, der sætter spørgsmålstegn ved konstateringerne i betragtning 80 og 82 til den anfægtede beslutning (jf. præmis 123 ovenfor) vedrørende den geografiske afgrænsning af telekommunikationsmarkederne.
- 141 Med hensyn til satellittransmission af signaler bemærkes, at dette marked i lighed med de markeder for tekniske tjenester og filmproduktion, som sagsøgerne i sag T-346/02 har nævnt i retsmødet, ikke er at finde blandt de markeder, Kommissionen har identificeret som markeder, hvor fusionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling.
- 142 Sagsøgerne har i den forbindelse i retsmødet præciseret, at Kommissionen ikke var berettiget til at henvise fusionen til de nationale myndigheder uden at have undersøgt alle de markeder, der enten af fusionsparterne i anmeldelsen eller af de spanske myndigheder i henvisningsanmodningen er nævnt som markeder, der påvirkes af fusionen.
- 143 Hvad angår spørgsmålet, om denne argumentation kan antages til realitetsbehandling, bemærkes, at sagsøgerne i det væsentlige har hævdet, at det ikke er udelukket, at visse andre markeder, der er identificeret enten af fusionsparterne eller af de spanske myndigheder, rækker ud over Spaniens grænser. Denne argumentation bør imidlertid anses for en uddybning af det første anbringende i sagsøgernes stævning, hvorefter Kommissionen ikke var bemyndiget til at henvise en fusion til de nationale myndigheder, da de pågældende markeder påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne og mere end én medlemsstat. Da denne argumentation har nær sammenhæng med det første anbringende i stævningen, må den anses for at kunne tages i betragtning.

- 144 Det må imidlertid fastslås, at sagsøgerne ikke som argument kan bruge den omstændighed, at Kommissionen angiveligt ikke har undersøgt visse markeder, der er identificeret i anmeldelsen eller henvisningsanmodningen.
- 145 For det første identificerer Kommissionen i sin undersøgelse af en anmeldt fusion de af denne fusion berørte markeder på grundlag af sin egen analyse, og Kommissionen kan ikke være bundet af den vurdering af de nævnte markeder, der er foretaget af fusionsparterne eller af den medlemsstat, der anmoder om at få sagen henvist. Det kan således på ingen måde foreholdes Kommissionen, at den ikke har fulgt fusionsparternes konklusioner med hensyn til de berørte markeder og deres geografiske dimension.
- 146 For så vidt angår fusionsparternes geografiske afgrænsning af de i anmeldelsen identificerede markeder bemærkes endvidere, at mens det ifølge artikel 9, stk. 3, første afsnit, i forordning nr. 4064/89 sammenholdt med stk. 2, litra a), i samme artikel kræves, at Kommissionen undersøger de markeder, hvor fusionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling, hvorved den effektive konkurrence vil blive betydeligt hæmmet på et marked i denne medlemsstat, der på enhver måde fremstår som et særskilt marked, fremgår det derimod af Kommissionens bestemmelser vedrørende anmeldelse af en fusion, der er omfattet af nævnte forordning, og bl.a. af del 6 i den CO-formular til anmeldelse af en fusion efter forordning nr. 4064/89, der er bilag til forordning nr. 447/98, at parterne i en fusion i deres anmeldelse skal angive, ikke alene de af en sådan fusion »berørte markeder«, herunder samtlige produktmarkeder, på hvilke der er en vis overlapning mellem parternes aktiviteter, enten på det samme produktmarked, eller på markeder i tidligere eller senere omsætningsled i forhold til et produktmarked, hvor en anden part opererer, men ligeledes »markeder, som er beslægtet med de berørte markeder«, på hvilke en eller flere af fusionsparterne er aktive, og som ikke selv er berørte markeder, samt, hvis der ikke er nogen berørte markeder, de »ikke-berørte markeder«, som den anmeldte transaktion kan have indvirkning på.

- 147 Som intervenienterne har påpeget, er den blotte omstændighed, at fusionsparterne har identificeret visse markeder i deres anmeldelse, derfor ikke i sig selv ensbetydende med, at markederne er berørt af fusionen. Således har Sogecable i retsmødet uimodsagt af sagsøgerne oplyst, at fusionsparterne hverken opererer på markedet for satellittjenester eller på markedet for signalbærende tjenester, mens Telefónica, der opererer på det sidstnævnte marked og har en minoritetsaktiepost i et selskab, der opererer på det førstnævnte marked, ikke er part i fusionen.
- 148 Hvad angår de nationale myndigheders geografiske afgrænsning af de markeder, de har identificeret i deres henvisningsanmodning, må det fastslås, at det påhviler Kommissionen, inden den henviser sagen til de nationale myndigheder, at kontrollere, om betingelserne i artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 4064/89, især betingelsen om, at der skal være tale om særskilte markeder, er opfyldt. Retten skal alene prøve lovligheden af henvisningsbeslutningen. Det er således ved undersøgelsen af den anfægtede beslutnings lovlighed irrelevant, om de spanske myndigheder i deres henvisningsanmodning har betegnet visse markeder som markeder, der rækker ud over Spaniens grænser.
- 149 Under alle omstændigheder må det fastslås, at sagsøgerne, som under retsforhandlingerne har disponeret over en ikke-fortrolig udgave af den reviderede henvisningsanmodning af 23. juli 2002, ikke i dette dokument har kunnet finde noget konkret argument, der kan stille spørgsmålstejn ved Kommissionens vurdering af de markeder, der berøres af fusionen.
- 150 Det bemærkes endvidere, at Kommissionen i betragtning 14 til den anfægtede beslutning har anført, at dens markedsundersøgelse har ført til følgende konstatering: »Hvad angår visse af de markeder, som de nationale myndigheder har identificeret som markeder, med hensyn til hvilke man var nødt til at undersøge, hvorvidt fusionen kunne hæmme den effektive konkurrence ved at skabe eller styrke en dominerende stilling, kunne denne trussel udelukkes.

Herefter nævnes de markeder, hvor fusionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling.« Det fremgår af denne passus i den anfægtede beslutning, at når Kommissionen ikke har undersøgt visse af de markeder, der er identificeret i de nationale myndigheders henvisningsanmodning, skyldes dette, at Kommissionen ikke finder, at den pågældende fusion truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling på disse markeder.

- 151 Det bemærkes, at sagsøgerne ikke har fremført noget argument, der kan rejse tvivl om Kommissionens konklusion, hvorefter der ikke var fare for en skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling på andre markeder end dem, der er gennemgået i den anfægtede beslutning. Sagsøgerne begrænser sig til udelukkende til at fremhæve den internationale karakter af visse andre markeder, der ikke er gennemgået i den anfægtede beslutning.
- 152 Det følger heraf, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at Kommissionen burde have undersøgt visse andre markeder, som fusionsparterne har identificeret i deres anmeldelse, eller som de spanske myndigheder har identificeret i deres henvisningsanmodning.
- 153 Det følger af det foregående, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at fastslå, at de af fusionen berørte markeder udgør særskilte markeder af spansk dimension.
- 154 Endelig skal det fastslås, at sagsøgerne i hele deres argumentation vedrørende det første anbringende blot kritiserer den geografiske afgrænsning af de relevante markeder uden at anføre, hvilken geografisk dimension Kommissionen ifølge sagsøgerne burde have lagt til grund i den anfægtede beslutning.

- 155 Kommissionen har således med rette kunnet anse de relevante produktmarkeder for at udgøre særskilte markeder af spansk dimension.
- 156 Det fremgår af det ovenfor anførte, at Kommissionen med rette har konkluderet, at den anden betingelse, der er fastsat i artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 4064/89 for at kunne henvise sagen til de spanske myndigheder, var opfyldt.
- 157 Det første anbringende skal derfor forkastes.

Det andet anbringende: Tilsidesættelse af artikel 9 i forordning nr. 4064/89 samt tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik derved, at Kommissionen kun undtagelsesvis er berettiget til at henvise en fusion til de nationale myndigheder, når de af fusionen berørte markeder udgør en væsentlig del af fællesmarkedet

Parternes argumenter

- 158 Sagsøgerne i begge sager har gjort gældende, at selv om det antages, at den anmeldte fusion alene berører nationale markeder, har Kommissionen, når de af fusionen berørte særskilte markeder udgør en væsentlig del af fællesmarkedet, kun undtagelsesvis ret til at henvise sagen til de nationale myndigheder. I tilfælde af, at de af fusionen berørte særskilte markeder udgør en væsentlig del af fællesmarkedet, kan artikel 9 i forordning nr. 4064/89 nemlig kun anvendes, såfremt den pågældende medlemsstats konkurrencemæssige interesser ikke kan beskyttes effektivt på nogen anden måde.

- 159 Sagsøgerne i sag T-346/02 har i denne forbindelse henvist til de forklarende noter til forordning nr. 4064/89 (*Bulletin for De Europæiske Fællesskaber — Supplement* nr. 2/90) samt til Kommissionens beslutningspraksis. Sagsøgerne har anført, at Kommissionen tidligere har behandlet 180 fusionssager inden for telekommunikations-, radio- og tv-områderne. Sagsøgerne har især nævnt sagerne MSG Media Service (sag IV/M.469), BSKyB/KirchPayTV (der er nævnt i præmis 86 ovenfor), Bertelsmann/Kirch/Premiere (sag IV/M.993) og Newscorp/Telepiù (sag COMP/M.2876), som ikke er blevet henvist til de nationale myndigheder.
- 160 Sagsøgerne i sag T-347/02 har henvist til betragtning 27 til forordning nr. 4064/89, til de forklarende noter til nævnte forordning, til betragtning 10 og 11 til forordning nr. 1310/97 samt til Kommissionens praksis, hvorefter en sådan henvisning af fusioner, der påvirker hele en medlemsstats område, alene sker i undtagelsestilfælde (Kommissionens beslutninger af 12.12.1992 (sag IV/M.180 — Steetley/Tarmac IP/92/104), af 29.10.1993 (sag IV/M.330 — McCormick/CPC/Rabobank/Ostmann), af 22.3.1996 (sag IV/M.716 — GEHE/Lloyds Chemist IP/96/254), af 24.4.1997 (sag IV/M.894 — Rheinmetall/British Aerospace/STN Atlas), af 10.11.1997 (sag IV/M.1001 — Preussag/Hapag-Lloyd og IV/M.1019 — Preussag/TUI), af 19.6.1998 (sag IV/M.1153 — Krauss-Maffei/Wegmann) og af 22.8.2000 (sag IV/M.2044 — Interbrew/Bass)). Med hensyn til markedet for betalings-tv har Kommissionen ifølge sagsøgerne tidligere nægtet at imødekomme henvisningsanmodninger fra de nationale konkurrencemyndigheder. Sagsøgerne har i denne forbindelse især henvist til Kommissionens beslutning af 27. maj 1998 (sag IV/M.993) Bertelsmann/Kirch/Premiere.
- 161 De samme sagsøgere har gjort gældende, at da fusionen i den foreliggende sag vedrører hele det nationale marked, og da en medlemsstats samlede område udgør en væsentlig del af fællesmarkedet, har Kommissionen tilsidesat ånden i artikel 9 i forordning nr. 4064/89 samt sin egen beslutningspraksis ved at vedtage den anfægtede beslutning. Kommissionens faste praksis har nemlig været at undersøge dels fusioner mellem programudbydere, der har en dominerende stilling, dels fusioner mellem virksomheder, der dominerer inden for infrastruktur- og/eller transmissionsområdet. Kommissionen har systematisk forbudt sådanne fusioner af fællesskabsdimension, hvis de har kunnet medføre en udelukkelse af

konkurrenterne fra markedet, en situation, der også kan opstå i den foreliggende sag. Sagsøgerne har i denne forbindelse henvist til sagerne MSG Media Service (IV/M.469, EFT 1994 L 364, s. 1), Nordic Satellite Distribution (sag IV/M.490, EFT 1996 L 53, s. 20), RTL/Verónica/Endemol (sag IV/M.535, EFT 1996 L 134, s. 32) og Telefónica/Sogecable/Cablevisión (sag IV/M.709). I sidstnævnte sag er der ikke truffet nogen beslutning, som forbyder fusionen. De pågældende parter besluttede nemlig at opgive fusionen og tilbagekalde anmeldelsen efter at have erfaret, at Kommissionen ville forbyde fusionen.

- 162 I lighed med situationen i de sager, der er nævnt i præmis 161, skulle Kommissionen have undersøgt fusionen i den foreliggende sag for at sikre, at markedet for betalings-tv i Spanien forbliver åbent for konkurrenterne. Kommissionen kunne således have sikret, at fusioner af samme art blev behandlet på samme måde i samtlige medlemsstater. Endvidere har sagsøgerne gjort opmærksom på, at Kommissionen har til hensigt at liberalisere telekommunikationssektoren. Kommissionen er den, der bedst kan sikre, at fusioner ikke truer gennemførelsen af målene i Fællesskabets telekommunikationspolitik i en væsentlig del af fællesmarkedet som f.eks. Spanien.

- 163 Sagsøgerne har desuden henvist til den fusion af de digitale betalings-tv-platformer i Italien, der blev anmeldt til Kommissionen den 16. oktober 2002 (sag COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù), men som Kommissionen på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning allerede havde fået forelagt i »før anmeldelsesfasen«, jf. den kronologiske nummerering af de fusionssager, der anmeldes til Kommissionen. Det drejede sig om et nyt forsøg på at fusionere Telepiù og Streams platforme efter et første fusionsprojekt, der var blevet behandlet af de italienske konkurrencemyndigheder (provvedimento de l'Autorità Garante de la Concorrenza e del Mercato af 13.5.2002 (C5109 — Groupe Canal+/Stream)). Trods de italienske myndigheders betingede godkendelse havde parterne til slut

opgivet fusionen. Trods deres erfaringer på dette område havde de italienske myndigheder ikke efter anmeldelsen til Kommissionen af Newscorp/Telepiù-fusionen indgivet nogen anmodning om henvisning. Under disse omstændigheder burde Kommissionen ligeledes have undersøgt den foreliggende fusionsplan og således udnyttet, at der forelå to sager af samme art på samme tid, når den skulle fastlægge sin politik på dette område.

- 164 Sagsøgerne, der har fået kendskab til den offentlige udgave af Kommissionens beslutning af 2. april 2003, hvorved Newscorp/Telepiù-fusionen blev godkendt, har i retsmødet påpeget forskellene mellem på den ene side betingelserne for kabeloperatørernes adgang til enerettigheder som følge af de spanske myndigheders beslutning om at godkende den fusion, der var blevet henvist til dem ved den anfægtede beslutning, og på den anden side de gunstigere betingelser for adgang til det italienske marked, som Kommissionen har krævet i Newscorp/Telepiù-beslutningen.
- 165 Sagsøgerne har tilføjet, at det eneste problem, som fusionen i den foreliggende sag rejser, og som de spanske myndigheder har påberåbt sig til støtte for deres henvisningsanmodning, er, at Kommissionens godkendelse af fusionen ville have medført en forpligtelse til at ændre den spanske lovgivning. En sådan begrundelse er imidlertid utilstrækkelig til at retfærdiggøre sagens henvisning.
- 166 Endvidere har sagsøgerne i begge sager anført, at Sogecable og Telefónica gennem AVS kontrollerer senderrettighederne til fodboldkampe i første og anden division i den spanske fodboldliga, andre konkurrencer som f.eks. UEFA's Champions League eller FIFA's verdensmesterskaber samt andre sportsbegivenheder. For at få del i senderrettighederne til disse fodboldkampe måtte kabeloperatørerne indgå kontrakter om senderrettighederne med Canalsatélite Digital og AVS, der er henholdsvis ejer og bruger. En ny udgave af disse kontrakter («AVS II»-kontrakterne) blev anmeldt til Kommissionen den 30. september 1999 med henblik på at opnå fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF. Da Kommissionen efterforskede en sag, der havde nær sammenhæng med fusionen, og som vedrørte

de samme parter, finder sagsøgerne, at Kommissionen bedre end de spanske myndigheder kunne vurdere den pågældende fusions forenelighed med fællesmarkedet.

- 167 I retsmødet har sagsøgerne i sag T-346/02 ligeledes henvist til Kommissionens igangværende undersøgelse af de foreliggende »output deals«.
- 168 Sagsøgerne i sag T-347/02 har gjort gældende, at Kommissionen under disse omstændigheder ved at vedtage den anfægtede beslutning ligeledes har tilsidesat princippet om god forvaltningsskik. Sagsøgerne har påberåbt sig en række andre forhold med henblik på at bevise, at Kommissionen var den, der bedst kunne undersøge fusionen. Fusionen rejser væsentlige spørgsmål af fællesskabsinteresse f.eks. om relationerne mellem medierne og telekommunikationsindustrien og den igangværende konsolidering. Kommissionen havde tidligere haft kontakt med parterne og de tredjeparter, der berøres af fusionen, hvilket havde bevirket, at den var kommet længere med fusionsundersøgelsen. Kommissionen havde modtaget klager fra de andre operatører på det pågældende spanske marked og kendte udmærket problemerne i sektoren. Kommissionen var allerede bekendt med fusionen mellem de italienske tv-platformer Telepiù og Stream.
- 169 De spanske myndigheder har derimod kun ringe erfaring med at analysere transaktioner på markedet for betalings-tv og telekommunikationsmarkedet. Endvidere giver spansk lovgivning (artikel 14-18 i Ley 16/89 de defensa de la competencia (lov 16/89 om beskyttelse af konkurrencen)) de spanske myndigheder mulighed for at godkende fusioner ud fra helt andre kriterier end dem, der er fastsat i forordningens artikel 2, nemlig industri- og socialpolitiske kriterier. Anvendelsen af den nationale ret gør det således vanskeligt for Kommissionen fortsat at sikre en ensartet politik på de berørte markeder.

- 170 I begge sager har sagsøgerne i retsmødet hævdet, at den omstændighed, at Kommissionen har fundet det nødvendigt i den anfægtede beslutning at anføre, at betingelserne for at anvende reglerne om nødlidende selskaber ikke var opfyldt, bekræfter, at Kommissionen selv frygter, at de spanske myndigheders anvendelse af deres nationale lovgivning kan rejse tvivl om Kommissionens konkurrencepolitik.
- 171 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne påstået anbringendet forkastet.

Rettens bemærkninger

- 172 Med dette andet anbringende har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat artikel 9 i forordning nr. 4064/89 samt princippet om god forvaltningsskik under udøvelsen af det skøn, den råder over, når begge betingelser i artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 4064/89 er opfyldt.
- 173 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det fremgår af artikel 9, stk. 3, første afsnit, i forordning nr. 4064/89, at hvis de særskilte markeder, der berøres af fusionen, udgør en væsentlig del af fællesmarkedet, er Kommissionen ikke forpligtet til at henvise behandlingen af fusions sagen til de kompetente myndigheder i den pågældende medlemsstat. Kommissionen kan nemlig vælge enten selv at behandle sagen eller at henvise behandlingen af fusions sagen til de nationale myndigheder.
- 174 Det fremgår klart af artikel 9, stk. 3, første afsnit, i forordning nr. 4064/89, at Kommissionen råder over et vidt skøn, når den skal foretage dette valg. Men denne skønsbeføjelse er ikke ubegrænset. I artikel 9, stk. 3, første afsnit, litra a), hedder det nemlig, at Kommissionen kan beslutte selv at behandle sagen »med henblik på at bevare eller genoprette den effektive konkurrence på det pågældende

marked«. Af artikel 9, stk. 8, fremgår det i øvrigt, at den pågældende medlemsstat »kun [kan] træffe de foranstaltninger, der er strengt nødvendige for at bevare eller genoprette en effektiv konkurrence på det pågældende marked«.

- 175 Det kan af disse bestemmelser udledes, at selv om artikel 9, stk. 3, første afsnit, i forordning nr. 4064/89 tillægger Kommissionen et vidt skøn, når den skal afgøre, om en fusionssag skal henvises eller ej, kan Kommissionen ikke beslutte at henvise sagen, såfremt det på tidspunktet for behandlingen af henvisningsanmodningen fra den pågældende medlemsstat på grundlag af en række præcise og samstemmende indicier står klart, at henvisningen ikke vil føre til bevarelse eller genoprettelse af en effektiv konkurrence på de pågældende markeder (dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 342 og 343).
- 176 Den kontrol, Fællesskabets retsinstanser udøver med henblik på at fastslå, om Kommissionen har udøvet sit skøn med hensyn til, om en fusionssag skal henvises eller ej, korrekt, må således anses for en begrænset kontrol, der i henhold til artikel 9, stk. 3 og 8, i forordning nr. 4064/89 skal begrænses til en undersøgelse af, om Kommissionen uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn kan nå til den konklusion, at henvisningen til de nationale konkurrencemyndigheder gør det muligt at bevare eller genoprette en effektiv konkurrence på det pågældende marked, således at det ikke er nødvendigt, at Kommissionen behandler sagen selv (dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 344).
- 177 Det må i den foreliggende sag konstateres, at den pågældende medlemsstat har en særlig lovgivning om fusionskontrol samt specialiserede organer, der sikrer lovgivningens gennemførelse under de nationale retters kontrol.

- 178 Som hævdet af Kommissionen må det erkendes, at de nationale konkurrencemyndigheder normalt er mindst lige så godt rustet som Kommissionen til at undersøge fusioner af ren national dimension i kraft af deres direkte kendskab såvel til de pågældende markeder, fusionsparterne og tredjeparterne som den gældende nationale lovgivning.
- 179 Da de spanske myndigheder i deres henvisningsanmodning præcist har peget på de konkurrenceproblemer, fusionen rejser på de pågældende markeder, og da Kommissionen har sikret sig, at betingelserne i artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 4064/89 er opfyldt, har den med rette i henvisningsbeslutningen kunnet fastslå, at »[d]e nationale spanske myndigheder råder over tilstrækkelige midler og er i stand til at foretage en grundig undersøgelse af fusionen især i betragtning af den nationale karakter af de markeder, hvor fusionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling« (betragtning 120).
- 180 Under disse omstændigheder har Kommissionen med rimelighed kunnet formode, at de spanske konkurrencemyndigheder i den beslutning, de skulle træffe efter henvisningen, ville vedtage foranstaltninger, der gjorde det muligt at bevare eller genoprette en effektiv konkurrence på de pågældende markeder.
- 181 Med hensyn til sagsøgernes påstand om, at de spanske myndigheder har anført, at det er nødvendigt at ændre den nationale lovgivning for at begrunde henvisningen, hvilket Kongeriget Spanien har bestridt i retsmødet, skal Retten blot fastslå, at denne begrundelse ikke fremgår af den anfægtede beslutning.
- 182 Hvad angår det forhold, at fusioner af fællesskabsdimension kun undtagelsesvis henvises til de nationale myndigheder, har sagsøgerne ret i, at fællesskabslovgiver ved vedtagelsen af forordning nr. 4064/89 har bestemt, at sådanne henvisninger principielt kun skal ske i undtagelsestilfælde, hvis referencemarkederne omfatter

en væsentlig del af fællesmarkedet. Lovgivers hensigt fremgår bl.a. af en fælles erklæring afgivet af Rådet og Kommissionen vedrørende artikel 9 i forordning nr. 4064/89 (*Bulletin for De Europæiske Fællesskaber — Supplement nr. 2/90*):

»Rådet og Kommissionen finder, at når et særligt marked udgør en væsentlig del af det fælles marked, bør den i artikel 9 fastsatte henvisningsprocedure kun finde anvendelse i undtagelsestilfælde. Man bør nemlig gå ud fra princippet om, at en sammenslutning, der skaber eller styrker en dominerende stilling på en væsentlig del af det fælles marked, skal erklæres for uforenelig med det fælles marked. Rådet og Kommissionen finder, at en sådan anvendelse af artikel 9 skal begrænses til de tilfælde, hvor den pågældende medlemsstats konkurrencehensyn ikke kan tilgodeses tilstrækkeligt på anden måde.«

- 183 Som Retten har fastslået i præmis 351-353 i dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, er denne erklæring fortsat relevant, også efter at forordning nr. 4064/89 er blevet ændret ved forordning nr. 1310/97. De ved forordning nr. 1310/97 gennemførte ændringer vedrører nemlig stort set ikke henvisningsbetingelserne i artikel 9, stk. 2, litra a), som i det væsentlige har været uændrede siden vedtagelsen af forordning nr. 4064/89, men derimod de henvisningsbetingelser, der er fastsat i artikel 9, stk. 2, litra b), som ikke har relevans for den foreliggende sag. Således har Kommissionen i den grøn bog, der blev offentliggjort før vedtagelsen af forordning nr. 1310/97 (Kommissionens grøn bog om revision af fusionsforordningen, KOM(96) 19 endelig af 31.1.1996), erindret om formålet med henvisningsproceduren (punkt 94):

»[Den] mener, at eventuelle ændringer i artikel 9 bør begrænses, især hvis tærsklerne ikke bliver sænket, for ellers risikerer man at forrykke den hårfine balance, der er skabt af de nuværende henvisningsbestemmelser, eller at miste

fordelene ved »one-stop-shop«-princippet. En for hyppig brug af artikel 9 kunne formindske retssikkerheden for virksomhederne og forudsætter nok en harmonisering af de vigtigste bestemmelser i de nationale fusionsforordninger.«

- 184 Rådet har ligeledes i betragtning 10 til forordning nr. 1310/97 anført, at »[reglerne for henvisning af fusioner] blev indført for at sikre en tilstrækkelig beskyttelse af medlemsstaternes interesser på konkurrenceområdet og samtidig tilgodese behovet for retssikkerhed og princippet om kun én kontrolinstans«.
- 185 Det fremgår imidlertid af erklæringerne ovenfor, at henvisningens undtagelsesvis karakter for en stor dels vedkommende er knyttet til det »one-stop-shop«-princip, som er grundlaget for forordning nr. 4064/89 (jf. i denne retning dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 350), og som sikrer, at virksomheder kan forvente, at en fusion af fællesskabsdimension principielt kun behandles af én konkurrencemyndighed.
- 186 Det må fastslås, at dette princip ikke berøres i en situation som den foreliggende, hvor alle de berørte markeder har national dimension, og hvor henvisningen af sagen til en medlemsstats myndigheder bevirker, at alene disse myndigheder skal behandle fusionen i henhold til den nationale konkurrencelovgivning.
- 187 Sagsøgerne har desuden hævdet, at Kommissionen har tilsidesat sin beslutningspraksis ved at henvise fusionen til de spanske myndigheder. Normalt afviser Kommissionen nemlig at imødekomme nationale myndigheders henvisningsanmodninger, især hvis der er tale om betalings-tv-sektoren. Sagsøgerne har i den forbindelse henvist til Kommissionens beslutning af 27. maj 1998 (sag IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere) og de øvrige beslutninger, der er nævnt i præmis 161 ovenfor.

- 188 Det må imidlertid fastslås, at den omstændighed, at Kommissionen i sin anfægtede beslutning ikke har fulgt sin tidligere praksis på området, er irrelevant, idet den fremgangsmåde, Kommissionen har fulgt i den anfægtede beslutning, opfylder bestemmelserne i artikel 9 i forordning nr. 4064/89, særlig stk. 2, litra a) og b), og stk. 3, første afsnit (dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 357).
- 189 Endvidere har sagsøgerne ikke påvist, hvorledes Kommissionen ved at vedtage den anfægtede beslutning har handlet i strid med de af sagsøgerne påberåbte beslutninger, som vedrører såvel tilfælde, hvor Kommissionen har nægtet at henvise en sag til de nationale myndigheder, som tilfælde, hvor Kommissionen har foretaget en hel eller delvis henvisning til de nationale myndigheder. Den blotte omstændighed, at Kommissionen tidligere har nægtet at henvise en sag til de nationale myndigheder, kan nemlig ikke forhindre den i at foretage en sådan henvisning, hvad angår en sag, der senere er blevet anmeldt til den i situationer, hvor markeds- eller konkurrencevilkårene er anderledes.
- 190 Sagsøgerne har dernæst påberåbt sig en række forhold, som efter deres opfattelse viser, at Kommissionen var forpligtet til selv at undersøge den fusion, som de spanske myndigheder havde anmodet om at få henvist. De har i denne forbindelse henvist til Kommissionens beslutningspraksis i den audiovisuelle sektor og til risikoen for, at en afvigende national beslutning vil berøre ensartetheden af Kommissionens fusionspolitik, samt til en række forhold, der kun vedrører den foreliggende sag, som f.eks. Kommissionens samtidige undersøgelse af Newscorp/Telepiù-sagen, AVS II-kontrakterne og de forskellige »output deals« samt Kommissionens kontakter med diverse operatører på det pågældende marked.
- 191 Det skal i denne forbindelse for det første bemærkes, at den omstændighed, at Kommissionen i en bestemt sektor har besluttet selv at undersøge en fusion og tidligere har forbudt visse fusioner, på ingen måde kan påvirke henvisningen og/eller undersøgelsen af en senere fusion, idet Kommissionen skal gennemgå hver anmeldt fusion for sig ud fra den pågældende sags særlige omstændigheder og uden at være bundet af tidligere beslutninger, der vedrører andre virksomheder,

andre markeder for varer og tjenester og andre geografiske markeder på forskellige tidspunkter. Af samme årsager kan Kommissionens tidligere beslutninger vedrørende fusioner i en bestemt sektor ikke påvirke den beslutning, Kommissionen skal træffe vedrørende en anmodning om henvisning af en fusion inden for samme sektor til de nationale myndigheder.

192 Med hensyn til den omstændighed, at Kommissionen ved den anfægtede beslutning har henvist behandlingen af en fusionssag til de spanske myndigheder, selv om Kommissionen har besluttet selv at behandle den italienske fusionssag inden for samme sektor, hvilket har ført til vedtagelsen af Newscorp/Telepiù-beslutningen af 2. april 2003, skal blot fastslås, at de spanske myndigheder i den foreliggende sag i henhold til forordningens artikel 9, stk. 2, har anmodet om at få henvist sagen, mens de italienske myndigheder i Newscorp/Telepiù-sagen ikke har indgivet en sådan anmodning.

193 Hvad angår den påståede modsætning mellem på den ene side de tilsagn, Kommissionen har accepteret i Newscorp/Telepiù-beslutningen, og på den anden side de betingelser, de spanske myndigheder efter at have fået henvist sagen har fastsat i deres beslutning om godkendelse af den pågældende fusion i den foreliggende sag, bemærkes, at spørgsmålet, om den nationale godkendelsesbeslutning er forenelig med fællesskabsretten, herunder Kommissionens tidligere beslutninger, overskrider rammerne for den foreliggende sag, hvor det er lovligheden af Kommissionens henvisningsbeslutning, der anfægtes. For så vidt sagsøgerne i denne påståede modsætning har fundet argumenter, der kan påvise ulovligheden af den anfægtede beslutning, skal blot konstateres, at såvel Newscorp/Telepiù-beslutningen som de spanske myndigheders beslutning er vedtaget efter den anfægtede beslutning og således ikke har kunnet berøre dennes gyldighed (jf. i denne retning Domstolens dom af 8.11.1983, forenede sager 96/92-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, præmis 15 og 16, og dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 346).

- 194 For så vidt sagsøgerne har hævdet, at Kommissionen ikke længere havde ret til at henvise sagen til de spanske myndigheder, efter at den var blevet bekendt med, at den ville få anmeldt en fusion inden for samme sektor i Italien, må det fastslås, at Kommissionen på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, nemlig den 14. august 2002, endnu ikke havde fået forelagt en anmeldelse i forordning nr. 4064/89's forstand vedrørende den pågældende italienske sag, idet denne først blev anmeldt den 16. oktober 2002.
- 195 Ganske vist kendte Kommissionen, som den selv har erkendt i retsmødet, på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning planerne om fusion af de italienske betalings-tv-platforme, men det må hertil bemærkes, at Kommissionen på det pågældende tidspunkt ikke kunne vide, om den i Newscorp/Telepiù-sagen ville modtage en henvisningsanmodning fra de italienske myndigheder. Under alle omstændigheder påvirker den blotte mulighed for, at der inden for den nærmeste fremtid vil blive indgået en anden fusionsaftale i en tilsvarende sektor, men på et andet geografisk marked, og at denne aftale vil blive anmeldt til Kommissionen, ikke Kommissionens skønsbeføjelse, når den i forbindelse med en anmeldt fusion skal tage stilling til en henvisningsanmodning indgivet af de nationale myndigheder i henhold til artikel 9 i forordning nr. 4064/89.
- 196 Sagsøgerne kan ej heller hævde, at den anfægtede beslutning er ulovlig med den begrundelse, at Kommissionen ved at henvise sagen til de spanske myndigheder har krænket den ensartede karakter af konkurrencepolitikken på de pågældende markeder, især fordi det efter spansk lovgivning er muligt at godkende en fusion ud fra andre kriterier end dem, der er fastsat i forordning nr. 4064/89.
- 197 I den henvisningsmekanisme, der er indført ved artikel 9 i forordning nr. 4064/89, er der nemlig en iboende risiko for, at de nationale myndigheder efter at have fået henvist en fusion træffer en beslutning om en fusion i en bestemt sektor, der ikke helt svarer til Kommissionens egen beslutningspraksis. Som det fremgår af artikel 9, stk. 3, artikel 21, stk. 2, og artikel 22, stk. 1, i forordning nr. 4064/89, vurderes de fusioner af fællesskabsdimension, der henvises til de nationale

myndigheder, efter andre retsregler end dem, der finder anvendelse på andre fusioner, der er omfattet af nævnte forordning, idet Kommissionen er forpligtet til at undersøge fusioner alene ud fra forordning nr. 4064/89, mens fusionssager henvist til de nationale myndigheder behandles i henhold til den nationale konkurrencelovgivning.

- 198 Skulle de nationale myndigheder tilsidesætte deres forpligtelser i henhold til artikel 10 EF samt artikel 9, stk. 6 og 8, i forordning nr. 4064/89 (jf. præmis 52 ovenfor), kan Kommissionen endvidere i givet fald beslutte at anlægge sag mod den pågældende medlemsstat i henhold til artikel 226 EF. Borgerne har mulighed for at anfægte den beslutning, de nationale myndigheder træffer efter henvisningen, ved at bruge de interne retsmidler, der er fastsat i den nationale lovgivning (dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 383).
- 199 Endvidere viser Kommissionens gennemgang af AVS-sagen ikke, at den har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at beslutte at henvise undersøgelse af fusionen mellem Vía Digital og Sogecable til de spanske myndigheder. Det er nemlig ubestridt, at undersøgelsen af AVS-sagen vedrører anvendeligheden af artikel 81 EF på AVS II-kontrakter, især på udnyttelsen af de senderrettigheder, AVS er i besiddelse af. Selv om det er korrekt, at AVS efter fusionen vil være kontrolleret af Sogecable, mens AVS tidligere var kontrolleret i fællesskab af Telefónica/Admira og Sogecable, udelukker dette ikke, at denne strukturelle ændring undersøges af en anden myndighed end den, der i henhold til artikel 81 EF undersøger lovligheden af AVS' udnyttelse af senderrettighederne. I øvrigt indebærer den omstændighed, at artikel 9, stk. 3, første afsnit, litra b), i forordning nr. 4064/89 med hensyn til behandling af en fusionssag giver mulighed for en delvis henvisning a fortiori, at en sag vedrørende anvendelsen af artikel 81 EF og en sag vedrørende anvendelsen af forordning nr. 4064/89 kan behandles af forskellige myndigheder, også selv om sagerne til dels vedrører de samme virksomheder.

- 200 Af samme grunde forhindrer den omstændighed, at visse »output deals« undersøges af Kommissionen, ikke Kommissionen i at henvise en fusionssag, der bl.a. vedrører markederne for senderrettigheder til film, til de spanske myndigheder.
- 201 Endelig kan den omstændighed, at Kommissionen har kontakt med en række virksomheder, der opererer på de af fusionen berørte markeder, og at visse tredjeparter har indgivet klage til Kommissionen, ikke i sig selv anfægte Kommissionens kompetence til at henvise en sag til de nationale myndigheder.
- 202 Selv om Kommissionen har ekspertise på de pågældende områder efter selv at have behandlet en lang række fusionssager samt andre konkurrencesager vedrørende de af fusionen berørte markeder og ved i den forbindelse at have opretholdt kontakt med de pågældende virksomheder, bemærkes, at Kommissionens beslutninger i disse sager altid kan tjene som vejledning for de nationale myndigheder, når disse skal udøve deres egne beføjelser. At Kommissionen besidder en sådan ekspertise, viser således på ingen måde, at den har anlagt et åbenbart urigtigt skøn eller tilsidesat princippet om god forvaltningsskik ved at henvise sagen til de spanske myndigheder.
- 203 Det fremgår af det ovenfor anførte, at Kommissionen med rimelighed har været af den opfattelse, at henvisningen af sagen til de spanske konkurrencemyndigheder gjorde det muligt at bevare eller genoprette en effektiv konkurrence på de pågældende markeder, således at det ikke var nødvendigt, at den selv behandlede sagen.
- 204 Det andet anbringende skal således forkastes.

Det fjerde anbringende: Tilsidesættelse af artikel 9 i forordning nr. 4064/89 derved, at den anfægtede beslutning indeholder en »blankohenviisning« til de spanske myndigheder

Parternes argumenter

- 205 Sagsøgerne i sag T-346/02 har anført, at konklusionen i den anfægtede beslutning er udformet på en måde, som indebærer en »blankohenviisning« af sagen til de spanske myndigheder, hvilket er en tilsidesættelse af artikel 9 i forordning nr. 4064/89.
- 206 Ifølge sagsøgerne burde Kommissionen i den anfægtede beslutnings artikel 1 have anført, på hvilke af de af fusionen berørte markeder fusionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling, hvorved den effektive konkurrence begrænses betydeligt på et marked i Spanien. Desuden burde den anfægtede beslutnings artikel 1 ifølge sagsøgerne have pålagt de spanske myndigheder at træffe de nødvendige foranstaltninger for at bevare konkurrencen på disse markeder.
- 207 Sagsøgerne har tilføjet, at de spanske myndigheder i den foreliggende sag faktisk har handlet, som om de havde fået en »blankofuldmagt«. De har nemlig behandlet sagen, som om det var en fusion, der skulle undersøges ab initio uden hensyntagen til den anfægtede beslutning samt gældende fællesskabsret på konkurrenceområdet.

- 208 Kommissionen har med støtte fra intervenienterne påstået dette anbringende forkastet.

Rettens bemærkninger

- 209 Det skal bemærkes, at det i den anfægtede beslutnings artikel 1 hedder, at »[i] overensstemmelse med artikel 9 i Rådets forordning nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser [henvises] den anmeldte fusion mellem DTS Distribuidora de Televisión Digital, SA (Vía Digital) og Sogecable, SA, herved til de kompetente spanske myndigheder«.
- 210 Kommissionen har således blot henvist fusionen til de kompetente spanske myndigheder, således som den er blevet anmeldt til dem, uden i den anfægtede beslutnings konklusion at angive, på hvilke markeder fusionen ifølge Kommissionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling, hvorved den effektive konkurrence hæmmes betydeligt på et marked i Spanien, der på enhver måde fremstår som et særskilt marked.
- 211 En retsakts konklusion kan imidlertid ikke adskilles fra dens betragtninger, hvorfor den om nødvendigt må fortolkes under hensyntagen til de betragtninger, der har ført til dens vedtagelse (Domstolens dom af 15.5.1997, sag C-355/95 P, TWD mod Kommissionen, Sml. I, s. 2549, præmis 21, og Rettens dom af 13.6.2000, forenede sager T-204/97 og T-270/97, EPAC mod Kommissionen, Sml. II, s. 2267, præmis 39).
- 212 I betragtningerne til den anfægtede beslutning afgrænses hvert af de relevante produktmarkeder (den anfægtede beslutning, betragtning 15, 16, 21-25, 30-38, 56, 62-64 og 71-79), identificeres de geografiske referencemarkeder (den anfægtede beslutning, betragtning 17, 26, 39-42, 57, 62-64 og 80-82) og

analyseres fusionens følger for konkurrencen på disse markeder (den anfægtede beslutning, betragtning 18-20, 27-29, 43-55, 58-61, 65-68 og 83-109). Det konkluderes i den anfægtede beslutning, at fusionen på hvert af de identificerede produktmarkeder, dvs. markedet for betalings-tv og markederne i de tidligere omsætningsled (markederne for senderrettigheder til film, sportsbegivenheder og andre programmer) samt telekommunikationsmarkederne truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling, hvorved den effektive konkurrence hæmmes betydeligt på det spanske marked (den anfægtede beslutning, betragtning 20, 29, 51, 55, 61, 68 og 109).

- 213 Ifølge den retspraksis, der er nævnt i præmis 211 ovenfor, var Kommissionen på ingen måde forpligtet til i konklusionen at gentage, på hvilke af de af fusionen berørte markeder fusionen truede med at skabe eller styrke en dominerende stilling.
- 214 Det skal i øvrigt fremhæves, at henvisningen i den foreliggende sag er en fuldstændig henvisning. Der er således ikke tale om en delvis henvisning, som kunne have nødvendiggjort, at det i konklusionen blev specificeret, nøjagtig hvilke markeder der var omfattet af henvisningen til de nationale myndigheder.
- 215 Med hensyn til den manglende instruks til de spanske myndigheder om at vedtage de nødvendige foranstaltninger for at bevare konkurrencen på de pågældende markeder konstateres, at der i artikel 1 i konklusionen henvises til artikel 9 i forordning nr. 4064/89, som i stk. 8 bestemmer, at den pågældende medlemsstat kun må træffe de foranstaltninger, der er strengt nødvendige for at bevare eller genoprette en effektiv konkurrence på det pågældende marked. Det var

overflødigt at gengive en forpligtelse, der direkte kan udledes af de lovbestemmelser, hvortil der henvises i konklusionen, ordret i samme konklusion.

- 216 Med hensyn til den undersøgelse, de spanske myndigheder har gennemført efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning, bemærkes, at lovligheden af en retsakt skal vurderes på det tidspunkt, hvor retsakten bliver vedtaget (jf. i analogi hermed Domstolens dom af 3.10.2002, sag C-394/01, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 8245, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis). De spanske myndigheders adfærd kan således ikke påvirke lovligheden af den anfægtede beslutning.
- 217 Endelig bemærkes, at når Kommissionen gennemgår de henvisningsbetingelser, der er fastsat i artikel 9, stk. 2, litra a), i forordning nr. 4064/89, kan den ikke uden at tømme forordningens artikel 9, stk. 3, første afsnit, litra b), for indhold behandle spørgsmålet om fusionens forenelighed med fællesmarkedet på en sådan måde, at de pågældende nationale myndigheder bindes med hensyn til realiteten, men må nøjes med at tage stilling til, om de oplysninger, den råder over på tidspunktet for vurderingen af henvisningsanmodningens berettigelse, umiddelbart tyder på, at den fusion, der er genstand for henvisningsanmodningen, truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling på de relevante markeder (dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 377). Når blot de nationale konkurrencemyndigheder overholder de forpligtelser, der følger af såvel artikel 9, stk. 6 og 8, i forordning nr. 4064/89 som af artikel 10 EF, kan de frit tage stilling til realiteten i den henviste fusionssag efter selv at have foretaget en undersøgelse af sagen på grundlag af den nationale konkurrencelovgivning (jf. i denne retning dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 369-371). De kompetente spanske myndigheder kan som følge heraf ikke anses for at være bundet af den foreløbige vurdering af konkurrencesituationen på de pågældende markeder, som Kommissionen har foretaget efter en prima facie-undersøgelse i dennes henvisningsbeslutning og alene med henblik på denne henvisningsbeslutning.
- 218 Det fjerde anbringende skal således ligeledes forkastes.

Det tredje anbringende: Tilsidesættelse af artikel 253 EF

Parternes argumenter

- 219 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat artikel 253 EF, idet den ikke har begrundet sin imødekommelse af de spanske myndigheders henvisningsanmodning.
- 220 Sagsøgerne i sag T-346/02 har hævdet, at Kommissionen i den anfægtede beslutning burde have anført ikke alene grundene til, at den undtagelsesvis har accepteret at henvise fusionen i den foreliggende sag, men også grundene til, at den har brudt med fast beslutningspraksis.
- 221 Ifølge samme sagsøgere burde Kommissionen ligeledes have besvaret de argumenter, der blev fremført af ONO under den administrative procedure, vedrørende fusionens europæiske dimension og umuligheden af at henvise undersøgelsen af en sådan fusion til de nationale myndigheder.
- 222 Sagsøgerne i sag T-347/02 har gjort gældende, at den anfægtede beslutning indeholder et paradoks. I beslutningen beskrives nemlig i detaljer de konkurrenceproblemer, som fusionen vil rejse på de pågældende markeder, mens der kun er afsat to afsnit til at begrunde, hvorfor Kommissionen har imødekommet de spanske myndigheders henvisningsanmodning.
- 223 Den anfægtede beslutning indeholder følgende begrundelser for henvisningen: Fusionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling på visse markeder af national dimension; Kommissionen råder over et skøn ved afgørelsen af, om der

skal foretages henvisning, og de spanske myndigheder er i stand til at foretage en grundig undersøgelse af fusionen. Disse begrundelser er ikke tilstrækkelige, når der som i den foreliggende sag er tale om et undtagelsestilfælde, hvor fusionen berører en væsentlig del af fællesmarkedet. Kommissionen har i den anfægtede beslutning end ikke analyseret de eventuelle grænseoverskridende følger af fusionen. Endelig er den omstændighed, at Kommissionen råder over et vist skøn, ikke ensbetydende med, at Kommissionen er fritaget for begrundelsespligten.

- 224 Kommissionen har, støttet af intervenienterne, gjort gældende, at den anfægtede beslutning er tilstrækkelig begrundet, idet der i beslutningen foretages en grundig undersøgelse af, om de betingelser, der er fastsat i artikel 9 i forordning nr. 4064/89 for at henvise sagen til de nationale myndigheder, er opfyldt.

Rettens bemærkninger

- 225 Den forpligtelse, der i medfør af artikel 253 EF påhviler Fællesskabets institutioner til at begrunde deres beslutninger, skal gøre det muligt for Fællesskabets retsinstanter at udøve deres legalitetskontrol og for den berørte at gøre sig bekendt med begrundelsen for den trufne foranstaltning med henblik på at kunne varetage sine interesser og afgøre, om beslutningen er lovlig (jf. Rettens dom af 15.9.1998, forenede sager T-126/96 og T-127/96, BFM og EFIM mod Kommissionen, Sml. II, s. 3437, præmis 57).

- 226 I denne forbindelse skal bemærkes, at den anfægtede beslutning er vedtaget med hjemmel i artikel 9, stk. 3, første afsnit, i forordning nr. 4064/89. Under behandlingen af det første anbringende er det allerede fastslået, at de to betingelser, der er fastsat i artikel 9, stk. 2, litra a), skal være opfyldt, før en

fusion kan henvises til de nationale myndigheder i henhold til denne bestemmelse. For det første skal fusionen true med at skabe eller styrke en dominerende stilling, hvorved den effektive konkurrence vil blive betydeligt hæmmet på et marked i den pågældende medlemsstat, og for det andet skal dette marked på enhver måde fremstå som et særskilt marked.

227 For at opfylde den i artikel 253 EF fastsatte begrundelsespligt skal en henvisningsbeslutning, der er vedtaget med hjemmel i artikel 9, stk. 3, første afsnit, i forordning nr. 4064/89, således indeholde en tilstrækkelig og relevant angivelse af de forhold, der er indgået i vurderingen af dels, om der foreligger en trussel om at skabe eller styrke en dominerende stilling, hvorved den effektive konkurrence vil blive betydeligt hæmmet på et marked i denne medlemsstat, dels om der foreligger et særskilt marked (dommen i sagen Royal Philips Electronics mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 53 ovenfor, præmis 395).

228 Hvad angår den første betingelse fastslås, at den anfægtede beslutning klart angiver grundene til, at Kommissionen finder, at den pågældende transaktion truer med at skabe en dominerende stilling, hvorved den effektive konkurrence vil blive betydeligt hæmmet på de relevante produktmarkeder i Spanien. Grundene er dels parternes markedsandele på de pågældende markeder i Spanien, dels følgerne af fusionen mellem den dominerende virksomhed og den næststørste virksomhed på markedet for betalings-tv, der er præget af store adgangshindringer, dels fusionsparternes enerettigheder (den anfægtede beslutning, betragtning 18-20, 27-29, 43-55, 58-61, 65-68 og 83-109).

229 Med hensyn til den anden betingelse fastslås ligeledes, at den anfægtede beslutning klart angiver grundene til, at Kommissionen anser de relevante markeder i Spanien for at være særskilte nationale markeder (den anfægtede beslutning, betragtning 17, 26. 39-42, 57, 62-64 og 80-82).

230 Med hensyn til Kommissionens udøvelse af det skøn, den råder over, når de særskilte markeder udgør en væsentlig del af fællesmarkedet, har Kommissionen i den anfægtede beslutning forklaret, at »[f]usionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling, men kun på markeder af national dimension i Spanien», og at »[d]e nationale spanske myndigheder råder over tilstrækkelige midler og er i stand til at foretage en grundig undersøgelse af fusionen især i betragtning af den nationale karakter af de markeder, hvor fusionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling«. Kommissionen har anført, at den efter at have kontrolleret, at betingelserne i artikel 9 i forordning nr. 4064/89 er opfyldt, og under udøvelsen af det skøn, der tillægges den ved forordning nr. 4064/89, finder, »at den [...] kan imødekomme de spanske myndigheders anmodning og henvise sagen til dem, således at Spaniens konkurrencelovgivning kan finde anvendelse« (betragtning 119-121 til den anfægtede beslutning).

231 Denne forklaring er tilstrækkelig, idet det fremgår, at Kommissionen fandt, at de spanske myndigheder var i stand til at bevare eller genoprette den effektive konkurrence på de pågældende markeder (jf. præmis 176 og 177 ovenfor).

232 For så vidt angår de argumenter, ONO fremførte under den administrative procedure, bemærkes, at selv om Kommissionen er forpligtet til at begrunde sine beslutninger og herved anføre de faktiske og retlige omstændigheder, som er afgørende for foranstaltningens lovlighed, samt de betragtninger, der har ført til dens beslutning, er den ikke forpligtet til at imødegå samtlige faktiske og retlige indsigelser, der er rejst af hver enkelt af de berørte parter under den administrative procedure (dommen i sagen Kaysersberg mod Kommissionen, der er nævnt i præmis 75 ovenfor, præmis 150). Kommissionen har ved at kvalificere de relevante produktmarkeder som særskilte markeder af national dimension og ved at begrunde denne kvalificering taget stilling til ONO's argumenter vedrørende fusionens påståede europæiske dimension.

233 Under disse omstændigheder må det konkluderes, at den anfægtede beslutning er tilstrækkeligt begrundet.

234 Det fremgår af det ovenfor anførte, at Kommissionen bør frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

235 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgerne har tabt sagen, skal de bære deres egne omkostninger og herudover in solidum betale de omkostninger, der er afholdt i deres respektive sager af Kommissionen, Sogecable, Vía Digital og Telefónica de Contenidos, i overensstemmelse med disses påstande herom.

236 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, første afsnit, bærer medlemsstater, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. Det følger heraf, at Kongeriget Spanien bærer sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEEN (Tredje Afdeling)

- 1) Sag T-346/02 og T-347/02 forenes med henblik på domsafsigelsen.
- 2) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.
- 3) Sagsøgerne bærer deres egne omkostninger og betaler in solidum de omkostninger, der er afholdt i deres respektive sager af Kommissionen, Sogecable, Vía Digital og Telefónica de Contenidos.
- 4) Kongeriget Spanien bærer sine egne omkostninger.

Lenaerts

Azizi

Jaeger

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 30. september 2003.

H. Jung

K. Lenaerts

Justitssekretær

Afdelingsformand