5. I situationer, som kræver komplicerede økonomiske vurderinger, som f.eks. den, Kommissionen befinder sig i, når en virksomhed anmoder om, at der træffes foreløbige forholdsregler i henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17, må domstolskontrollen begrænses til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger en åbenbar vildfarelse eller magtfordrejning.

I sådanne tilfælde, hvor fællesskabsinstitutionerne har et skøn med henblik på varetagelsen af deres opgaver, må der lægges endnu større vægt på overholdelsen af de garantier, som fællesskabsretten giver med hensyn til den administrative sagsbehandling. Disse garantier omfatter bl.a. kravet om, at Kommissionen omhyggeligt og upartisk skal undersøge alle relevante forhold i den enkelte sag.

RETTENS DOM (Første Afdeling)
24. januar 1992 *

I sag T-44/90,

La Cinq SA, Paris, ved advokat Gilbert Parleani, Paris, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Philippe Hoss, 15, Côte d'Eich,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved B. J. Drijber og E. Buissart, Kommissionens Juridiske Tjeneste, og med valgt adresse i Luxembourg hos Roberto Hayder, der er udstationeret som national ekspert ved Kommissionens Juridiske Tjeneste, Centre Wagner, Kirchberg,

sagsøgt,

* Processprog: fransk.

støttet af

Union européenne de radiodiffusion, Genève, ved professor Hanns Ullrich, Münchens Universitet, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Jean Welter, 100, boulevard de la Pétrusse,

intervenient,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 14. august 1990 om en procedure i henhold til EØF-Traktatens artikel 85 og 86 (IV/33.249 — La Cinq SA mod Union européenne de radiodiffusion),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Første Afdeling)

sammensat af præsidenten, J. L. Cruz Vilaça, og dommerne R. Schintgen, D. A. O. Edward, H. Kirschner og K. Lenaerts,

justitssekretær: H. Jung,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 2. juli 1991,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder

1 Denne sag er anlagt til prøvelse af en beslutning af 14. august 1990, hvorved Kommissionen afviste at tage en af sagsøgeren fremsat begæring om foreløbige forholdsregler til følge. Begæringen var fremsat i forbindelse med klager, sagsøgeren havde indgivet til Kommissionen, og hvori sagsøgeren under henvisning til EØF-Traktatens artikel 85 og 86 havde anfægtet dispositioner, som var truffet af Union européenne de radiodiffusion (Den Europæiske Radiounion, herefter benævnt »EBU«).

2 La Cinq SA (herefter benævnt »La Cinq«) er et fransk selskab, som blev stiftet i 1987, og som af de franske myndigheder fik tilladelse til i ti år — indtil den 1. marts 1997 — at drive tv-virksomhed på privat basis i Frankrig ved terrestrisk transmission af ukodede programmer.

3 EBU, som blev oprettet i 1950, og som har hjemsted i Genève, er en ikke-erhvervsdrivende branchesammenslutning af radiofoniselskaber. I henhold til artikel 2 i vedtægterne har EBU til formål at fremme samarbejdet mellem medlemmerne og med radio- og tv-selskaber i hele verden og at varetage sine medlemmers interesser på bl.a. programområdet, det juridiske og det tekniske område. Sammenslutningen har 39 aktive medlemmer i 32 lande inden for det europæiske transmissionsområde.

4 På det tidspunkt, da EBU blev oprettet, udøvedes radio- og tv-spredningsvirksomhed i Europa næsten udelukkende af organer, der henhørte under den offentlige sektor, eller som var pålagt at udføre offentlige tjenesteydelser, ofte med monopol. I den anden halvdel af 1980'erne — som var kendetegnet ved, at der opstod kommercielle radio- og tv-selskaber — optog EBU som medlemmer private tv-selskaber, som f.eks. de franske selskaber Canal Plus og TF 1 (det sidstnævnte selskab bevarede sin status som aktivt medlem, efter at det blev privatiseret i 1986). På grund af den voldsomme tekniske udvikling inden for det audiovisuelle område, der fandt sted i samme periode, mistede området det relativt ensartede præg, det oprindelig havde, idet nye former for selskaber, enten nationale, regionale eller grænseoverskridende, og ofte specialiseret inden for bestemte programområder (kultur, sport, musik) eller finansieret ved tegning af abonnement (betalings-tv) dukkede op på markedet med henblik på at udnytte muligheden for at fordele tv-programmer gennem kabel-anlæg eller for at transmittere via satellit.

5 EBU's vedtægter blev ændret i 1988. I denne forbindelse lagde man, som anført af EBU selv, vægt på »medlemmernes forpligtelse til at udføre en særlig opgave i det offentliges interesse, som de er forpligtet til i henhold til national lovgivning og/eller national sædvane, hvorved de udgør en særlig gruppe af radiofoniselskaber med fælles forpligtelser og interesser«. For at tage hensyn til tidligere medlemmers velerhvervede rettigheder er det i artikel 21 i EBU's ændrede vedtægter fastsat, at den

nye affattelse af artikel 3, stk. 2, ikke berører retsstillingen for de selskaber, som ved bestemmelsens ikrafttræden, dvs. den 1. marts 1988, allerede var aktive medlemmer, men som ikke længere opfylder alle de betingelser, der er angivet i bestemmelsen.

6 Den del af den nye affattelse af artikel 3 i EBU's vedtægter, der er relevant med henblik på afgørelsen af nærværende sag, har følgende ordlyd:

»Stk. 1. EBU har to kategorier af medlemmer:

a) aktive medlemmer

b) associerede medlemmer.

Stk. 2. Som aktive medlemmer af EBU kan optages radio- og tv-selskaber eller sammenslutninger af sådanne selskaber i et land, som er medlem af Den Internationale Telekommunikationsunion (ITU), og som ligger inden for det europæiske transmissionsområde — således som dette er fastlagt i det regulativ om radiokommunikation, der er vedlagt som bilag til den internationale telekommunikationskonvention — forudsat at selskabet eller sammenslutningen i det pågældende land med myndighedernes tilladelse varetager en omfattende og landsdækkende spredning af radio- og tv-programmer og desuden dokumenterer at opfylde alle nedenstående betingelser:

a) De skal være forpligtede til at sende til alle landets indbyggere og skal faktisk allerede sende til en væsentlig del heraf og gøre, hvad der står i deres magt for snarest at dække hele landet.

b) De skal være forpligtede til at have og skal faktisk have et varieret og alsidigt programudbud, der henvender sig til alle dele af befolkningen, og en rimelig del af programmerne skal tilgodese særlige / minoritære interesser hos forskellige dele af publikum, uanset forholdet mellem omkostningerne og udsendelsernes lytter-/seer-tal.

c) De skal faktisk producere og/eller lade producere en væsentlig del af de udsendte programmer, således at de i sidstnævnte tilfælde selv fører kontrol med programindholdet.

...

Stk. 6. Selskaber, der er associerede medlemmer, og selskaber, der ikke er medlemmer af EBU, kan på kontraktvilkår få adgang til Eurovision. En sådan kontraktmæssig adgang meddeles og tilbagekaldes ved beslutning truffet af bestyrelsen.«

7 Eurovision er den vigtigste ramme for programudvekslingen mellem EBU's aktive medlemmer. Eurovision har bestået siden 1954 og udgør et væsentligt led i EBU's målsætning. Ordningen er i vedtægternes artikel 3, stk. 5, nærmere beskrevet som følger:

»Eurovision er baseret på en forpligtelse for medlemmerne til, på betingelse af gensidighed, indbyrdes at tilbyde dækning af væsentlige nyheder, herunder nyhedsreportager, og dækning af sportsarrangementer og kulturelle arrangementer på deres nationale område, for så vidt som de kan være af interesse for de øvrige medlemmer af Eurovision.«

8 Indtil 1987 var det kun medlemmerne, der havde adgang til at gøre brug af EBU's tjenesteydelser. I bestemmelsen i vedtægternes artikel 3, stk. 6, som indsattes i forbindelse med ændringen i 1988, er det fastsat, at selskaber, der er associerede medlemmer, og selskaber, der ikke er medlemmer af EBU, kan få kontraktmæssig adgang til Eurovision. En sådan kontraktmæssig adgang eller meddelelse af underlicenser til Eurovision's programudvekslingsordning indebærer, at ikke-medlemmer kan supplere deres egne programmer (navnlig sports- og nyhedsprogrammer), i det omfang de ikke selv har erhvervet transmissionsrettighederne på markedet. I henhold til det såkaldte »embargo«-princip (udsendelsesforbud) kan ikke-medlemmer normalt kun erhverve ret til forskudte transmissioner.

9 Den 3. april 1989 indgav EBU en anmeldelse til Kommissionen af sine regler for erhvervelse af tv-rettigheder i forbindelse med sportsarrangementer, for udveksling af sportsprogrammer inden for rammerne af Eurovision og for tredjeparters kontraktmæssige adgang til sådanne programmer. Sammen med anmeldelsen anmodede EBU om udstedelse af negativattest eller, subsidiært, om fritagelse i henhold til EØF-Traktatens artikel 85, stk. 3. Ved meddelelse i henhold til artikel 19, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81, herefter benævnt »forordning nr. 17«) offentliggjorde Kommissionen anmeldelsens indhold i hovedtræk i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* (EFT 1990 C 251, s. 2). Den anførte heri, at den påtænkte at træffe en positiv beslutning om de anmeldte regler. Under den mundtlige forhandling oplyste Kommissionen imidlertid over for Retten, at den var blevet klar over, at de anmeldte regler gav anledning til en række problemer i forbindelse med deres anvendelse i praksis, og at den derefter havde tilstillet EBU en meddelelse af klagepunkter.

10 Det fremgår af sagen, at det sagsøgende selskab flere gange siden sin stiftelse (én gang i 1987, 1988 og 1990 og to gange i 1989) havde anmodet om at blive medlem af EBU, enten direkte eller gennem Organisme français de radiodiffusion et de télévision (herefter benævnt »OFRT«), som er medlem af EBU, og som sagsøgeren blev medlem af i 1987. Den seneste anmodning om optagelse som medlem, som sagsøgeren indgav direkte til EBU i februar 1990, blev afvist ved beslutning meddelt den 1. juni 1990.

11 Herefter indgav det sagsøgende selskab den 28. juli 1989 en første klage til Kommissionen, hvori det omtalte de successive afslag, det havde modtaget på sine anmodninger om optagelse som medlem af EBU, og anførte derefter, at det var udsat for forskelsbehandling fra EBU's side, idet det kun havde mulighed for en indirekte kontraktmæssig adgang til EBU's tjenesteydelser, herunder til Eurovisions-nettet, og dette endog på meget ugunstige vilkår. Ifølge det sagsøgende selskab kunne denne adfærd fra EBU's side betegnes som et kartel i henhold til EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, eller som misbrug af en dominerende stilling i henhold til Traktatens artikel 86. Selskabet anmodede principalt Kommissionen om at fastslå, at der var tale om en konkurrencebegrænsende adfærd, som er uforenelig med det fælles marked, og som måtte tilskrives EBU eller dennes medlemmer. Det anmodede endvidere Kommissionen om at træffe de fornødne foranstaltninger til at få adfærden bragt til ophør og med henblik herpå at pålægge EBU at optage La Cinq som medlem. Som en foreløbig forholdsregel, der ifølge sagsøgeren var begrundet ud fra den skade, sagsøgeren blev påført som følge af de begrænsninger, selskabet blev udsat for med hensyn til adgangen til markedet for sports- og ny-

hedsprogrammer, og som følge af de virkninger, begrænsningerne havde på markedet for tv-reklamer, anmodede sagsøgeren Kommissionen om at fastslå, at EBU's organer — uanset bestemmelserne i artikel 3 i EBU's vedtægter, hvorefter sagsøgeren havde ret til at blive aktivt medlem af sammenslutningen — havde meddelt sagsøgeren et afslag på anmodningen om optagelse, som var truffet på grundlag af et skøn og navnlig var udtryk for forskelsbehandling. Som følge heraf måtte det pålægges EBU inden for en nærmere fastsat frist at træffe fornyet beslutning om La Cinq's anmodning om at blive optaget som medlem, eller i det mindste at sikre, at selskabets retsstilling blev, som den ville have været, hvis selskabet var blevet anerkendt som aktivt medlem.

12 Som svar på en anmodning, La Cinq havde modtaget fra direktør Overbury, Generaldirektorat IV, »Konkurrence«, tilstillede det sagsøgende selskab den 9. april 1990 Kommissionen en skrivelse, hvori det gav en kronologisk redegørelse for sine forbindelser med EBU og påpegede, at det er nødvendigt for alle almindelige tv-stationer, som f.eks. La Cinq, at være aktivt medlem af EBU for at kunne konkurrere på markedet, særlig med hensyn til to kategorier af billedmateriale, nemlig nyheder og sport. I skrivelsen gjorde sagsøgeren opmærksom på, hvilken dominans EBU havde på markederne for de nævnte to kategorier af billedmateriale, og forsøgte at godtgøre, at alle de vedtægtsmæssige betingelser for at blive aktivt medlem af sammenslutningen var opfyldt. Samtidig understregede sagsøgeren, dels hvilken forskelsbehandling sagsøgeren var udsat for som følge af EBU's afslag på at optage sagsøgeren som medlem, dels hvilken »alibi-funktion« sagsøgerens kontraktmæssige adgang udgjorde.

13 Efter at have modtaget EBU's seneste afslag på at blive optaget som medlem indgav sagsøgeren den 12. juli 1990 en klage til Kommissionen, hvori sagsøgeren »gentog klagen og anmodede om, at der blev truffet sikrende foranstaltninger«. I klagen henviste sagsøgeren til sin tidligere klage og anmodede om, at der, under hensyn til uopsætteligheden og til den overhængende fare for at lide uoprettelig skade, blev truffet sikrende foranstaltninger i form af to påbud over for EBU, nemlig for det første — indtil der er truffet endelig afgørelse i sagen — et påbud om at give sagsøgeren en »tilstrækkelig adgang« med henblik på at opretholde konkurrencen med hensyn til alle transmissioner af de sportsarrangementer, der tilbydes over Eurovisionsnettet, og for det andet et påbud om, at der snarest muligt på en ekstraordinær generalforsamling gennemføres en fuldstændig og saglig drøftelse af sagsøgerens ansøgning.

14 Ved den anfægtede beslutning af 14. august 1990 tog Kommissionen ikke anmodningen om sikrende foranstaltninger til følge, idet de nødvendige betingelser herfor ikke fandtes at være opfyldt. Kommissionen anførte nærmere, at det på grundlag af en umiddelbar og summarisk gennemgang af de faktiske omstændigheder ikke kunne antages, at der var tale om en klar og åbenbar tilsidesættelse af EØF-Traktatens artikel 85 og 86. Det forekom heller ikke sandsynligt, at La Cinq ville lide uoprettelig skade som følge af, at Kommissionen ikke greb ind. Hertil kom, at La Cinq havde kontraktmæssig adgang til EBU's billedmateriale og således kunne transmittere et betydeligt antal store sportsarrangementer. Netop på grund af denne omstændighed forelå der efter Kommissionens opfattelse heller ikke en sådan særlig uopsættelighed, der kunne begrunde, at de begærede foranstaltninger blev truffet.

Retsforhandlinger

15 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 12. oktober 1990 har La Cinq i medfør af EØF-Traktatens artikel 173, stk. 2, anlagt denne sag med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 14. august 1990 (IV/33.249 — La Cinq SA mod Union européenne de radiodiffussion).

16 Efter et uformelt møde med parterne den 31. januar 1991, som Retten havde indkaldt til, har sagsøgeren ved skrivelse af 11. februar 1991 givet afkald på at indgive replik.

17 Ved kendelse af 31. januar 1991 tillod Retten (Første Afdeling) EBU at indtræde i sagen til støtte for sagsøgtes påstande. Intervenienten har indleveret indlæg til Justitskontoret den 13. marts 1991.

18 Ved dokument af 8. april 1991 har Kommissionen fremsat sine skriftlige bemærkninger til EBU's indlæg. Også sagsøgeren har, den 15. april 1991, fremsat bemærkninger til intervenientens indlæg.

19 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Første Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse og anmodet sagsøgeren om med henblik på den mundtlige forhandling at fremkomme med konkrete oplysninger, der kan godtgøre den alvorlige og uoprettelige skade, sagsøgeren hævder at blive påført. Ved processkrift indgivet til Justitskontoret den 27. juni 1991 har sagsøgeren svaret på Rettens spørgsmål.

20 Under den mundtlige forhandling den 2. juli 1991 har parterne afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål. Formanden erklærede den mundtlige forhandling for tilendebragt med afslutningen af retsmødet.

21 Sagsøgeren har i stævningen nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens beslutning af 14. august 1990 annulleres.

— Spørgsmålet om, hvorvidt der bør træffes sikrende foranstaltninger, hjemvises til Kommissionen til fornyet behandling.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

22 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

23 Union européenne de radiodiffusion har nedlagt følgende påstande:

— Sagsøgte frifindes.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder intervenientens.

Realiteten

24 Til støtte for annullationspåstanden har sagsøgeren i det væsentlige fremført to anbringender. Ifølge sagsøgeren er den omtvistede beslutning dels utilstrækkeligt begrundet, og dels behæftet med en åbenbar faktisk og retlig fejl. Sagsøgeren har påberåbt sig disse anbringender i forbindelse med, hvad Kommissionen har fastslået med hensyn til de forskellige betingelser, som ifølge Kommissionen skal være opfyldt, for at den kan udøve den kompetence, den er tillagt med henblik på at træffe foreløbige forholdsregler.

25 I denne forbindelse bemærkes, at Kommissionen i beslutningen anførte, at »de betingelser, der skal være opfyldt, for at der kan træffes foreløbige forholdsregler i en sag som den foreliggende er:

— Der skal kunne antages at foreligge en overtrædelse på grundlag af oplysninger, hvoraf det tilstrækkeligt klart fremgår, at der sandsynligvis er sket en overtrædelse.

— Der skal være sandsynlighed for, at klageren påføres en alvorlig og uoprettelig skade, såfremt Kommissionen ikke griber ind.

— Det skal godtgøres, at der foreligger uopsættelighed.«

26 Retten finder herefter anledning til, inden den behandler parternes anbringender og argumenter, at præcisere, hvilke betingelser der i henhold til Domstolens praksis skal være opfyldt, for at Kommissionen kan udøve sin kompetence til at træffe foreløbige forholdsregler som led i anvendelsen af Traktatens konkurrenceregler.

27 I denne forbindelse bemærkes indledningsvis, at Domstolen har anerkendt Kommissionens kompetence til at træffe foreløbige forholdsregler ved kendelse af 17. januar 1980 (sag 792/79 R, Camera Care mod Kommissionen, Sml. s. 119). Heri fastslog Domstolen, at det inden for rammerne af den kontrol, som Kommissionen ifølge Traktaten og forordning nr. 17 skal føre på konkurrenceområdet, tilkommer den i henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 at træffe beslutning om, hvorvidt der skal træffes foreløbige forholdsregler, såfremt den modtager en begæring herom.

28 I øvrigt fremgår det af Domstolens praksis (ovennævnte kendelse i Camera Care-sagen, nr. 14 og 18 i kendelsens grunde, og kendelse afsagt den 29.9.1982 af Domstolens præsident, forenede sager 228/82 og 229/82 R, Ford mod Kommissionen, Sml. s. 3091, nr. 13 i kendelsens grunde), at der kun kan træffes sikrende foranstaltninger, når bestemte virksomheders praksis umiddelbart synes at udgøre en overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceregler, som Kommissionen kan skride ind over for i form af en beslutning. Det er desuden nødvendigt, at sådanne foranstaltninger kun bliver truffet i tilfælde, hvor der godtgøres at foreligge uopsættelighed, for at hindre en situation, som vil kunne medføre et alvorligt og uopretteligt tab for den part, som begærer dem, eller en situation, som af almene hensyn ikke kan tolereres.

29 Det følger af det anførte, at den betingelse vedrørende uopsættelighed, som Kommissionen i den anfægtede beslutning opstillede som en tredje betingelse for, at der kan træffes foreløbige forholdsregler, reelt kun er et aspekt af betingelsen vedrørende risikoen for et alvorligt og uopretteligt tab.

30 Endvidere bemærkes, at de to betingelser for at kunne træffe foreløbige forholdsregler begge skal være opfyldt. Hvis derfor blot den ene af betingelserne ikke var opfyldt i det konkrete tilfælde, var Kommissionen afskåret fra at udøve sin kompetence inden for området.

31 Endelig bemærkes, at Kommissionen i denne sag begrundede afslaget på at træffe foreløbige forholdsregler med, at ingen af de betingelser, der skal være opfyldt, for at Kommissionen kan udøve sin kompetence, faktisk var opfyldt.

32 Med henblik på afgørelsen af, om Kommissionens konklusioner er begrundede, skal Retten tage stilling til de forskellige anbringender og argumenter, sagsøgeren har fremført med hensyn til Kommissionens konstateringer vedrørende hver enkelt af de to betingelser, der skal være opfyldt, for at der kan træffes foreløbige forholdsregler, således som Retten netop har defineret betingelserne, dvs. at det skal være sandsynligt, at der foreligger en overtrædelse, og der skal være sandsynlighed for en alvorlig og uoprettelig skade, som gør det uopsætteligt at træffe sådanne forholdsregler.

A — *Betingelsen om, at det skal være sandsynligt, at der foreligger en overtrædelse*

33 Sagsøgeren har bestridt Kommissionens konstatering af, at betingelsen om, at det skal være sandsynligt, at der foreligger en overtrædelse, ikke er opfyldt i den foreliggende sag. På dette punkt er den omtvistede beslutning efter sagsøgerens opfattelse ikke tilstrækkeligt begrundet, og den er desuden behæftet med en åbenbart faktisk og retlig fejl.

Anbringendet vedrørende utilstrækkelig begrundelse

34 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen ikke har taget stilling til de mest afgørende argumenter og faktiske omstændigheder, som sagsøgeren fremkom med i klagen. Konkret er forholdet efter sagsøgerens opfattelse det, at når der i den anfægtede beslutning kun er taget stilling til, om La Cinq opfylder de betingelser, der er opstillet i artikel 3, stk. 2, i EBU's vedtægter, er Kommissionen krøbet uden om klagens egentlige genstand og den væsentligste begrundelse for begæringen om, at der træffes sikrende foranstaltninger, nemlig den åbenbare forskelsbehand-

ling, sagsøgeren er udsat for i forhold til visse af sine private konkurrenter, navnlig Canal Plus og TF 1, der begge har fuldt medlemskab af EBU. Således kan Canal Plus, som tilbyder tv-programmer mod betaling, allerede af den grund ikke være forpligtet til at »sende til alle et lands indbyggere«, og tilmed er programudvalget ikke alsidigt, idet det er koncentreret om film; med hensyn til TF 1 har Conseil supérieur de l'audiovisuel français (herefter benævnt »CSA«) rettet samme kritik mod programudvalget som mod sagsøgerens programudvalg.

35 Sagsøgeren har i denne forbindelse henvist til Domstolens faste praksis, hvorefter Kommissionen ikke er forpligtet til at tage stilling til hele den argumentation, en part har udviklet, forudsat at den i beslutningen giver en tilstrækkelig begrundelse (jf. dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487), der er relevant, dvs. afpasset efter alle de faktiske og retlige omstændigheder, der foreligger for den, således at Domstolen kan udøve sin legalitetskontrol (jf. dom af 4.7.1963, sag 24/62, Tyskland mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 407, org. ref.: Rec. 1963, s. 131, og dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia mod Kommissionen, Sml. s. 2545). Ifølge sagsøgeren indeholder den omtvistede beslutning imidlertid ingen bemærkninger med hensyn til sagsøgerens centrale argumentation vedrørende den grove og åbenbare forskelsbehandling, sagsøgeren hævder at være udsat for, og heller ingen oplysninger om faktiske omstændigheder, som må antages at gendrive sagsøgerens bemærkninger på dette punkt. Det er derfor åbenbart og retligt fastslået, at begrundelsen er utilstrækkelig.

36 I bemærkningerne til intervenientens indlæg har sagsøgeren desuden anført, at der både med det pågældende indlæg og Kommissionens svarskrift reelt tilsigtes en efterfølgende »berigtigelse« af begrundelsen i beslutningen af 14. august 1990. Herved påvises det over for Retten, ikke alene at den oprindelige begrundelse var spinkel og ufuldstændig, men også, at den åbenbart var utilstrækkelig til, at Retten kan udøve sin prøvelsesret.

37 Som svar på anbringendet om, at begrundelsen er utilstrækkelig, har Kommissionen først understreget, at der er indbyrdes modstrid mellem den ihærdighed, La Cinq har udvist i forbindelse med sin ansøgning om optagelse i EBU, og den omstændighed, at La Cinq betegner spørgsmålet om optagelsesbetingelserne som »sekundært og perifert« i forhold til spørgsmålet om forskelsbehandling.

38 Kommissionen har i øvrigt anført, at der reelt er tale om to argumenter, der er snævert forbundne, eftersom den påståede forskelsbehandling beror på EBU's afslag på at optage La Cinq som medlem, mens andre tv-selskaber, som hævdes ikke at opfylde de betingelser, der er fastsat i EBU's vedtægter, er blevet optaget som aktive medlemmer.

39 Kommissionen har dernæst anført, at da der i den foreliggende sag var tale om en hasteprocedure, behøvede Kommissionen blot gennem en begrundet argumentation at påvise, at en af de kumulative betingelser, der skal være opfyldt for, at der kan træffes foreløbige forholdsregler (f.eks. betingelsen om en uoprettelig skade), ikke var opfyldt. Selv om Kommissionen efter sin egen opfattelse ikke var forpligtet til det, tog den imidlertid også nærmere stilling til en af de to omstændigheder, der umiddelbart måtte antages at kunne udgøre en overtrædelse, dvs. spørgsmålet om, hvorvidt La Cinq opfyldte betingelserne for at blive optaget som medlem af EBU, hvilket imidlertid ikke nødvendigvis indebærer, at Kommissionen ikke tog stilling til, om der skete en forskelsbehandling. Dette aspekt er i øvrigt så komplekst, at det bør behandles mere indgående, end det kan ske under en hasteprocedure.

40 Ud fra parternes argumenter vedrørende dette første anbringende skal Retten — med henblik på sin legalitetskontrol af den anfægtede beslutning — undersøge, om Kommissionen har overholdt den forpligtelse, den i henhold til EØF-Traktatens artikel 190 har til at begrunde sin beslutning om ikke at tage en begæring om foreløbige forholdsregler til følge.

41 Som Domstolen ved flere lejligheder har fastslået (jf. domme af 14.7.1972, sag 55/69, Cassella mod Kommissionen, Sml. s. 237, org. ref.: Rec. 1972, s. 887, og sag 56/69, Hoechst mod Kommissionen, Sml. s. 241, org. ref.: Rec. 1972, s. 927, og dom af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19), er Kommissionen ikke i begrundelsen for sine beslutninger forpligtet til at tage stilling til alle de argumenter, som de berørte har påberåbt sig til støtte for deres anmodning. Kommissionen behøver kun at redegøre for de faktiske omstændigheder og retlige betragtninger, der har været afgørende med henblik på beslutningens konklusion.

42 Det fremgår også af Domstolens faste praksis (jf. dom af 4.7.1963, sag 24/62, Tyskland mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 407, org. ref.: Rec. 1963, s. 133, af 30.9.1982, sag 110/81, Roquette Frères mod Rådet, Sml. s. 3159, og ovennævnte dom af 17.1.1984, VBVB og VBBB mod Kommissionen), at begrundelsen for en beslutning, der indeholder et klagepunkt, skal gøre det muligt for Fællesskabets retsinstanser 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.

43 Retten bemærker i den forbindelse, at uanset at visse af de argumenter, sagsøgeren har påberåbt sig, ikke er blevet behandlet i den omtvistede beslutning, indeholder beslutningen oplysning om de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder i forbindelse med de forskellige betingelser for, at der kan træffes foreløbige forholdsregler, som har ført til, at Kommissionen afviste at træffe de begærede forholdsregler, således at sagsøgeren kan anfægte beslutningens lovlighed og Retten kan udøve sin legalitetskontrol.

44 Det følger af ovennævnte bemærkninger, at sagsøgerens første anbringende må forkastes.

Anbringendet vedrørende en åbenbar faktisk og retlig fejl

45 Sagsøgeren har anført, at da Kommissionen ikke har undersøgt, om der faktisk var tale om forskelsbehandling, men har koncentreret sin behandling af sagen om et perifert spørgsmål, nemlig om La Cinq opfylder de betingelser, der er fastsat i artikel 3, stk. 2, i EBU's vedtægter, har Kommissionen kun taget en del af de faktiske forhold i betragtning. Beslutningen er således behæftet med en åbenbar faktisk fejl. En sådan fremgangsmåde udgør samtidig en åbenbar retlig fejl, idet Kommissionen har afvist at overveje — selv om dette påhvilede den med henblik på at opretholde konkurrencereglernes gennemslagskraft — at bringe fællesskabsretten i anvendelse i et tilfælde, hvor en sammenslutning, som indtager en dominerende stilling på markedet, afviste at optage et selskab som La Cinq som medlem, selv om La Cinq i højere grad opfyldte betingelserne for at blive medlem af EBU end andre selskaber, der var blevet optaget som aktive medlemmer.

46 Sagsøgeren har i øvrigt bestridt Kommissionens udtalelser om, at det ikke er givet, at La Cinq opfylder de optagelsesbetingelser, der i EBU's vedtægter er fastsat med hensyn til tv-dækningen af alle landets indbyggere og kvaliteten af programudbuddet [artikel 3, stk. 2, litra a) og b), i EBU's vedtægter].

47 Det sagsøgende selskab har i den forbindelse nærmere anført, at det er et landsdækkende tv-selskab, som allerede sender til over 72% af befolkningen, og som arbejder hen imod at sende til hele landet, hvorimod der ikke findes tv-selskaber, der dækker et land 100% og/eller en befolkning 100%. Sagsøgeren har i øvrigt kritiseret, at Kommissionen ikke har foretaget en sammenligning mellem sagsøgerens programudbud og programudbuddet for de forskellige tv-selskaber, der er medlemmer af EBU. Kommissionen ville herved have kunnet fastslå, at der er betydelige lighedspunkter, og således nå frem til, at de optagelsesbetingelser, der er fastsat i EBU's vedtægter, er mindre præcise og lempeligere end de betingelser, der efter de interne franske bestemmelser kræves opfyldt, f.eks. med hensyn til, hvor stor en del af programmerne, der skal være franske. På dette punkt har Kommissionen dog uden grund foretaget en sammenligning.

48 Som svar på sagsøgerens argumenter har Kommissionen først anført, at der efter dens opfattelse er begrundet tvivl om, hvorvidt La Cinq ubestrideligt opfylder alle de nødvendige betingelser for at blive medlem af EBU.

49 For så vidt angår forpligtelsen til at sende til hele befolkningen har Kommissionen bemærket, at en sådan forpligtelse må opfattes som et led i udførelsen af en offentlig tjenesteydelse (i modsætning til en rent kommerciel »ydelse«) og ikke kan sidestilles med et krav om, at udsendelser skal være »landsdækkende« (i modsætning til »udsendelser i et lokalt område«). Ifølge de oplysninger, Kommissionen råder over, sender La Cinq på nuværende tidspunkt kun til omkring 72% af de franske husstande, og har sat sig som mål kun at nå ud til 92%. Heraf fremgår det klart, at La Cinq ikke opfylder forpligtelsen om at sende til hele befolkningen, selv om ordet »hele« måtte forstås som 95%.

50 Med hensyn til betingelsen om et »varieret og alsidigt programudbud« har Kommissionen over for La Cinq's udtalelse om, at Kommissionen har lagt CSA's kritik med hensyn til La Cinq's manglende opfyldelse af visse nationale administrative bestemmelser til grund, anført, at Kommissionen tværtimod kun har lagt den del af kritikken til grund, der vedrører den ringe variation og alsidighed i La Cinq's programmer, idet La Cinq's mere tematiske end generelle profil i det væsentlige domineres af filmprogrammer og nyhedsudsendelser.

51 For det andet og uden at Kommissionen på forhånd vil udelukke, at der kan foreligge forskelsbehandling — idet det ikke er åbenbart, at Canal Plus fuldt ud opfylder optagelsesbetingelserne i henhold til EBU's nuværende vedtægter — har Kommissionen anført, at de to tv-selskaber ikke på forhånd kan antages at befinde i en egentlig konkurrencesituation, eftersom Canal Plus har fået tilladelse til at levere en offentlig tjenesteydelse og er et betalings-tv-selskab, hvis indtægter i det væsentlige stammer fra abonnementer, mens La Cinq næsten udelukkende skaffer sine indtægter ved reklame. På den baggrund er det Kommissionens opfattelse, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en forskelsbehandling som påstået, om forskelsbehandlingens eventuelle omfang og om, hvorledes den bedst kan bringes ud af verden, først kan afgøres på et senere tidspunkt og efter en detaljeret undersøgelse.

52 Intervenienten har bestridt de argumenter, sagsøgeren har fremført i sin klage til støtte for sit krav om at blive optaget som aktivt medlem af EBU via en kommissionsbeslutning, hvorved EBU skulle pålægges at imødekomme sagsøgerens ansøgning. Intervenienten har nærmere anført, at sagsøgeren har påberåbt sig EØF-Traktatens artikel 85 og 86, men dermed ikke umiddelbart har givet en fyldestgørende retlig begrundelse for sin klage, idet de nævnte bestemmelser kun vedrører konkurrencebegrænsninger, men ikke tilsigter en kontrol med den virksomhed, der udøves af en branchesammenslutning som sådan; selv om de nævnte bestemmelser efter intervenientens opfattelse i øvrigt er til hinder for dispositioner over for handelspartnere, der er udtryk for forskelsbehandling, er de ikke til hinder for en egentlig horisontal forskelsbehandling.

53 Intervenienten har i denne sammenhæng bl.a. påpeget, at de argumenter, sagsøgeren har fremført til støtte for, at sagsøgeren skulle optages som aktivt medlem af EBU, såvel i medfør af EØF-Traktatens artikel 85 som artikel 86, på et grundlæg-

gende punkt er selvmodsigende. Intervenienten har anført, at hvis man — som sagsøgeren hævder — måtte nå frem til, at Eurovision er et kartel, som ikke kan opnå fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3, og at EBU i øvrigt indtager en dominerende stilling på markedet for transmissionsrettigheder til sportsarrangementer, kan denne situation ikke afhjælpes ved, at et selskab, der udsættes for forskelsbehandling, optages som medlem af kartellet eller den sammenslutning af virksomheder, der dominerer markedet; dette ville forvride konkurrencen yderligere, idet det ville medvirke til, at kartellet blev udvidet, eller til, at den dominerende stilling blev forstærket.

54 Intervenienten har endvidere anført, at i og med, at sagsøgeren har anmodet om, at der træffes sikrende foranstaltninger — som svarer til, at sagsøgeren får fuld adgang til Eurovision's programudvekslingsordning — har sagsøgeren anmodet Kommissionen om at træffe en beslutning, som Kommissionen ikke kan træffe, uden at den foregriber sin afgørelse med hensyn til, hvorledes der skal gribes ind over for den hævdede overtrædelse, uden at den foregriber sin afgørelse af, om EBU skal meddeles fritagelse i henhold til EØF-Traktatens artikel 85, stk. 3, og uden at den gør indgreb i foreningsfriheden. Ifølge intervenienten kan Kommissionen i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 kun pålægge en virksomhed at bringe overtrædelsen til ophør, hvorimod det er overladt til virksomheden selv at bestemme, hvorledes den vil opfylde denne negative forpligtelse.

55 EBU har desuden fremhævet, at sagsøgeren på intet tidspunkt har opfyldt og fortsat ikke opfylder betingelserne for at blive optaget som medlem af EBU.

56 For så vidt navnlig angår kravet om, at selskabet skal sende til alle indbyggere i et land, har intervenienten anført, at der er tale om en særdeles streng betingelse, hvori der ikke alene ligger et krav om, at selskabet skal sende til hele det pågældende lands befolkning, men derudover og samtidig, at det radiofoniselskab, der ansøger om optagelse, faktisk allerede sender til en væsentlig del af landet og samtidig gør, hvad der står i dets magt for så hurtigt som muligt at opnå total dækning. Da omkostningerne ved at nå ud til lytterne stiger uforholdsmæssigt og voldsomt med stigende dækningsgrad — og i et omfang, som ikke er begrundet ud fra snævre rentabilitetsbetragtninger — er det netop den obligatoriske dækning af hele et lands befolkning, der er karakteristisk for landsdækkende, almindelige radiofoniselskaber.

57 Med hensyn til den anden betingelse for at blive optaget som medlem af EBU, dvs. kravet om et varieret og alsidigt programudbud, der henvender sig til alle dele af befolkningen, har intervenienten i det væsentlige henvist til CSA's konstateringer og i øvrigt understreget forskellene mellem de bestemmelser, der i Frankrig gælder for almindelige radio- og tv-selskaber og dem, der gælder for kommercielle selskaber, hvilket indebærer, at EBU's forskellige behandling af radiofoniselskaberne er lovlig i relation til EØF-Traktatens konkurrenceregler.

58 Intervenienten har endvidere anført, at det har været fast praksis ikke at imødekomme ansøgninger fra nye selskaber, der drives på kommercielt grundlag. Denne praksis er begrundet i de formål og driftsprincipper, der gælder for sådanne selskaber. Den blotte omstændighed, at TF 1 og Canal Plus tilvejebringer deres indtægter ad kommerciel vej, kan ikke påberåbes som bevis for, at der er tale om forskelsbehandling, idet den forskellige behandling skyldes særlige forhold i forbindelse med det enkelte selskab. I øvrigt er der den forskel mellem de nævnte to selskaber og sagsøgeren, at der må tages hensyn til deres velerhvervede rettigheder. De blev således optaget som aktive medlemmer af EBU noget før EBU's vedtægter blev ændret i 1988, og inden udbredelsen af kommercielle selskaber tog fart. Hvis kommercielle selskaber blev optaget som aktive medlemmer af EBU på linje med almindelige selskaber, kunne Eurovision's programudvekslingsordning ikke fortsætte uændret, idet den bygger på solidariteten mellem selskaber af samme art og indirekte virker til fordel for de svageste medlemmer.

59 På baggrund af det anførte bemærkes, at Retten med henblik på sin legalitetskontrol af den omtvistede beslutning for det første skal tage stilling til, om Kommissionen har anlagt en korrekt fortolkning af betingelsen om, at det skal være sandsynligt, at der foreligger en overtrædelse, og for det andet skal tage stilling til, om Kommissionen, som hævdet af sagsøgeren, ved vurderingen af de faktiske omstændigheder har begået en åbenbar fejl, som må antages at have bevirket, at Kommissionen fastslog, at betingelsen ikke var opfyldt i det foreliggende tilfælde.

60 Indledningsvis bemærkes, at Kommissionen, da den fastslog, at det ikke var sandsynligt, at der forelå en overtrædelse, bemærkede, at »en umiddelbar vurdering af de faktiske omstændigheder ikke giver grundlag for at antage, at der er tale om en klar og åbenbar tilsidesættelse (en umiddelbar tilsidesættelse) af Traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86«.

61 Som Retten fastslog i dom af 12. juli 1991 (sag T-23/90, Peugeot mod Kommissionen, Sml. II, s. 653), i tilslutning til den argumentation Kommissionen havde udviklet under sagen (jf. dommens præmis 59), kan man ikke under en sag vedrørende lovligheden af en beslutning om, hvorvidt der skal træffes foreløbige forholdsregler, sidestille kravet om en konstatering af, at der umiddelbart foreligger en overtrædelse, med det krav om sikkerhed herfor, som en endelig beslutning skal opfylde. I den foreliggende sag svarer den begrundelse, Kommissionen har givet i den omtvistede beslutning og i øvrigt bekræftet under den mundtlige forhandling, til et krav om, at det er en betingelse for, at der kan træffes foreløbige forholdsregler, at det allerede under den første umiddelbare vurdering, som skal danne grundlag for, om der kan træffes sådanne forholdsregler, godtgøres, at der er tale om en klar og åbenbar overtrædelse.

62 Da Kommissionen ved afgørelsen af, om der skulle træffes foreløbige forholdsregler, har sidestillet kravet om, at der skal foreligge en »umiddelbar overtrædelse« med kravet om, at det fastslås, at der foreligger en »klar og åbenbar overtrædelse«, har Kommissionen således anlagt en fejlagtig fortolkning af betingelsen om, at det skal være sandsynligt, at der foreligger en overtrædelse.

63 Retten finder, at den retlige fejl, Kommissionen har begået i forbindelse med fortolkningen af betingelsen om, at det skal være sandsynligt, at der foreligger en overtrædelse, i høj grad kan påvirke lovligheden og rigtigheden af vurderinger, som Kommissionen har kunnet anlægge med hensyn til, om denne første nødvendige betingelse for at træffe de begærede foreløbige forholdsregler faktisk var opfyldt.

64 Rettens bemærkning vedrører Kommissionens vurdering af, om sagsøgeren opfylder de vedtægtsmæssige betingelser for at blive aktivt medlem af EBU, særlig betingelserne i vedtægternes artikel 3, stk. 2, litra a) og litra b), som er det eneste punkt, som Kommissionen i beslutningen har lagt til grund for, at det ikke var sandsynligt, at der forelå en overtrædelse.

65 Den fejl, Kommissionen har begået i forbindelse med sin argumentation, fremgår direkte af selve ordlyden af den omtvistede beslutning, idet det heri hedder, at »det ... ikke uden videre [er] givet, at La Cinq opfylder betingelserne for at blive optaget som medlem, og ... det ... således ikke [er] åbenbart, at afslaget er udtryk for forskelsbehandling og er uberettiget« (beslutningens punkt 5), og at »det ... vanskeligt umiddelbart [kan] hævdes, at La Cinq utvivlsomt opfylder de vedtægtsmæssige betingelser for at blive optaget som medlem, og at der åbenbart er tale om en overtrædelse fra EBU's side« (beslutningens punkt 8).

66 Det følger af ovennævnte bemærkninger, at det resultat, Kommissionen nåede frem til, dvs. at betingelsen om, at det skal være sandsynligt, at der foreligger en overtrædelse, ikke var opfyldt i den foreliggende sag, er baseret på en fejlagtig fortolkning af den pågældende betingelse.

B — *Betingelsen om, at der skal være risiko for en alvorlig og uoprettelig skade, som gør det uopsætteligt at træffe foreløbige forholdsregler*

67 Sagsøgeren har bestridt Kommissionens udtalelser om, at der ikke har været risiko for, at sagsøgeren ville lide en alvorlig og uoprettelig skade, som kunne begrunde, at det var uopsætteligt at træffe de begærede foreløbige forholdsregler. Ifølge sagsøgeren er denne konstatering behæftet med en åbenbar faktisk fejl, idet Kommissionen ikke har taget hensyn til de særlige omstændigheder i sagen eller til de særlige forhold i den pågældende økonomiske sektor, og til støtte for beslutningen oven i købet har lagt faktiske omstændigheder til grund, der helt klart er ukorrekte. Sagsøgeren har endvidere anført, at Kommissionen ikke har taget hensyn til alle de forhold, der bør indgå i vurderingen, og at den således også har begået en åbenbar retlig fejl.

Anbringendet om, at Kommissionen har begået en åbenbar faktisk og retlig fejl

68 Sagsøgeren har anført, at de konkrete omstændigheder i sagen medfører, at afslaget på at give sagsøgeren adgang til Eurovision som aktivt medlem af EBU ikke kan undgå at påføre sagsøgeren en alvorlig og uoprettelig skade.

69 Sagsøgeren har nærmere anført, at den kontraktmæssige adgang til Eurovision, som Kommissionen har henvist til i den anfægtede beslutning, og som sagsøgeren har i henhold til en såkaldt underlicens, som sagsøgeren har indgået med OFRT, ikke på noget tidspunkt har medført, at sagsøgeren kunne modtage billeder fra større sportsarrangementer, som tilbydes over Eurovisions-nettet, bortset fra to tilfælde, hvoraf det ene først blev en realitet efter en sag om foreløbige forholdsregler ved de franske domstole. Den kontraktmæssige adgang til Eurovision's programudvekslingsordning er ifølge sagsøgeren blevet indført for at tage hensyn til interesserne hos de radio- og tv-stationer og -selskaber, som ikke kan blive aktive medlemmer af EBU, fordi de ikke opfylder de betingelser, der kræves i den forbindelse. Da dette ikke har været tilfældet for sagsøgeren, er afslaget efter sagsøgerens opfattelse udtryk for en åbenbar og notorisk forskelsbehandling, hvilket Cour d'appel de Paris i øvrigt allerede har anerkendt ved en dom afsagt den 15. november 1989.

70 Ifølge sagsøgeren er en risiko for en alvorlig og uoprettelig skade ikke nødvendigvis det samme som en risiko for, at virksomheden ophører eller erklæres konkurs. I den foreliggende sag er det snarere risikoen for, at sendetilladelsen, som udløber den 1. marts 1997, ikke fornys, der skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om der kan træffes sikrende foranstaltninger. Da den administrative procedure fortsætter ved Kommissionen og den afgørelse, der træffes som afslutning på proceduren, antagelig vil blive indbragt for Retten, hvis afgørelse eventuelt appelleres til Domstolen, vil den erstatning, som sagsøgeren har krav på, såfremt der ikke træffes foreløbige forholdsregler, i bedste fald blive tilkendt sagsøgeren på et tidspunkt, der ligger relativt tæt på det tidspunkt, hvor den sendetilladelse, de franske myndigheder har meddelt sagsøgeren, udløber.

71 Sagsøgeren har i denne forbindelse understreget, at det image, et tv-selskab har hos publikum, er en afgørende omstændighed, både for seertallet, indtægterne fra reklameindslagene, og når der skal tages stilling til, om sendetilladelsen skal for-

nyes. Et negativt image som følge af en forskelsbehandling, et tv-selskab er udsat for med hensyn til transmissioner, kan kun langsomt ændres, og dette sker i takt med udviklingen i publikums opfattelse og ikke blot som følge af, at selskabet tilkendes erstatning, navnlig fordi en sådan erstatning på udbetalingstidspunktet ikke indebærer, at La Cinq vil kunne nå at styrke sin konkurrenceevne. I retsmødet har sagsøgeren i øvrigt anført, at da konkurrencen på markedet for reklamer hænger direkte sammen med et tv-selskabs seertal, kan en ugunstig konkurrencemæssig stilling som sagsøgerens, hvor selskabet ikke kan få fuldt udbytte af reklameindslag, i sig selv føre til en alvorlig og uoprettelig skade, som ikke kan opgøres nærmere.

72 Ifølge sagsøgeren har Kommissionen heller ikke taget hensyn til et andet forhold, der gør sig gældende i denne sag, nemlig at hvis EBU's afslag på at optage La Cinq som medlem erklæres ugyldigt, skal der med tilbagevirkende gyldighed ske en regulering af sagsøgerens forhold i relation til arrangementer, der allerede er transmitteret, eller som endnu ikke er transmitteret, men allerede fordelt mellem EBU's medlemmer, inden tidspunktet for Kommissionens vedtagelse af en beslutning, i henhold til de flerårige kontrakter, der er indgået med alle de større arrangører af internationale sportsbegivenheder.

73 De påberåbte omstændigheder godtgør ifølge sagsøgeren, at det var og fortsat er uopsætteligt at træffe de begærede foreløbige forholdsregler. Uopsætteligheden fremgår med endnu større tydelighed, når man ser på listen over de særdeles populære tv-begivenheder, der vil blive transmitteret i 1991 og 1992, og som sagsøgeren ikke vil få adgang til, såfremt de begærede foreløbige forholdsregler ikke træffes.

74 Heroverfor har Kommissionen understreget, at La Cinq har ubegrænset adgang til de tv-nyheder, der hver dag udsendes af EBU. Det er under sagen endvidere oplyst, at sagsøgeren indtager en stærk position med hensyn til sportstransmissioner, navnlig af tennis og automobilvæddeløb, og at sagsøgeren har en næsten absolut eneret med hensyn til transmissioner af Formel 1-løb og motorcykelløb på bane.

75 Selv om det som hævdet af La Cinq måtte antages, at den nævnte adgang kun er teoretisk og i praksis kun har ført til transmission af nogle få fodboldkampe, kan det ifølge Kommissionen ikke på dette grundlag alene fastslås, at der foreligger en uoprettelig og uigenkaldelig skade, som kan begrunde, at der træffes sikrende foranstaltninger. Hertil kommer, at La Cinq ikke har dokumenteret dette, f.eks. i form af oplysninger vedrørende en eventuel nedgang i seertallet eller et fald i reklameindtægterne. Under alle omstændigheder står det fortsat sagsøgeren frit for at tage kampen op gennem en »modsatrettet« programpolitik, f.eks. ved at sende programmer af høj kvalitet, der skal tiltrække den del af publikum, som ikke er interesseret i sportsbegivenheder.

76 For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt de begærede foranstaltninger er uopsættelige, har Kommissionen anført, at La Cinq indgav sin første ansøgning om optagelse som medlem af EBU i februar 1987, og at det sidste afslag, som La Cinq modtog i juni 1990, intet har ændret ved den situation, La Cinq allerede havde befundet sig i i tre år. Det kan derfor næppe antages, at situationen pludselig er blevet så uopsættelig, at Kommissionen nødvendigvis må gribe ind for at afhjælpe problemet.

77 Retten skal indledningsvis bemærke, at Kommissionen i beslutningen har lagt følgende omstændigheder til grund for at antage, at det ikke er sandsynligt, at sagsøgeren lider en alvorlig og uoprettelig skade, som gør de begærede forholdsregler uopsættelige. For det første har La Cinq ifølge Kommissionen kontraktmæssig adgang til EBU's billedmateriale, og La Cinq har kunnet transmittere et betydeligt antal større sportsbegivenheder, herunder kampe fra de seneste verdensmesterskaber i fodbold. For det andet kan kun sådanne skader antages at være uoprettelige, som ikke kan afhjælpes ved en efterfølgende beslutning, hvilket f.eks. ville være tilfældet, såfremt La Cinq på grund af EBU's adfærd blev tvunget til at indstille sin virksomhed. Efter Kommissionens opfattelse var risikoen herfor beskeden, og det økonomiske tab, som sagsøgeren risikerede at lide, ville kunne genoprettes gennem erstatningssøgsmål ved de nationale domstole, efter at det var fastslået, at EBU havde overtrådt konkurrencereglerne.

78 Som ovenfor i forbindelse med Rettens behandling af betingelsen om, at det skal være sandsynligt, at der foreligger en overtrædelse, må der også her først tages

stilling til, om Kommissionen har anlagt en korrekt fortolkning af betingelsen om, at der skal være risiko for en alvorlig og uoprettelig skade, der gør det uopsætteligt at træffe foreløbige forholdsregler.

79 I denne forbindelse bemærkes, at når Kommissionen i beslutningen har anført, at »kun de skader kan antages at være uoprettelige, som ikke kan genoprettes gennem en efterfølgende beslutning«, har den lagt en ukorrekt fortolkning til grund af begrebet uoprettelig skade, som, hvis den indtræder eller eventuelt indtræder, kan begrunde, at der træffes foreløbige forholdsregler.

80 Når Kommissionen har opstillet den nævnte betingelse i forbindelse med begrebet uoprettelig skade, er den gået ud over, hvad der kræves i henhold til Domstolens praksis, hvori der kun henvises til de skader, som ikke kan genoprettes ved den beslutning, Kommissionen måtte træffe som afslutning på den administrative procedure (jf. ovennævnte kendelse af 17.1.1980, Camera Care).

81 Såfremt man tiltræder Kommissionens fortolkning, vil det i øvrigt være næsten umuligt at afgøre, om betingelsen er opfyldt, hvilket i praksis vil indebære, at den kompetence, Kommissionen har fået tillagt med hensyn til at træffe foreløbige forholdsregler, vil blive illusorisk.

82 Det er i denne sammenhæng, at Kommissionen ved afgørelsen af, om skaden er alvorlig og uoprettelig, har undladt at tage hensyn til, at den sendetilladelse, La Cinq har fået, er af begrænset varighed, og til den betydning, denne omstændighed kan have for sagsøgerens muligheder for i tide — bl.a. med henblik på fornyelsen af tilladelsen — at afhjælpe følgerne af eventuelle retsstridige handlinger, der berører sagsøgeren, og for at opnå erstatning.

83 Kommissionen findes herefter at have begået en retlig fejl i forbindelse med fortolkningen af betingelsen om, at der skal være risiko for en alvorlig og uoprettelig skade, der gør det uopsætteligt at træffe de begærede foreløbige forholdsregler.

84 Der skal herefter tages stilling til, om Kommissionen har anlagt at åbenbart fejlagtigt skøn, i og med at den under henvisning til La Cinq's kontraktmæssige adgang til EBU's billedmateriale ikke har efterprøvet, om betingelsen vedrørende sandsynligheden for en alvorlig og uoprettelig skade var opfyldt.

85 I denne forbindelse bemærkes, således som Domstolen bl.a. har præciseret i ovennævnte dom af 11. juli 1985, Remia (sag 42/84), og ovennævnte dom af 17. november 1987, BAT og Reynolds (forenede sager 142/84 og 156/84), at den kontrol, som Domstolen udøver vedrørende komplicerede økonomiske vurderinger, nødvendigvis må begrænses til en efterprøvelse af, om formforskrifterne er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger en åbenbar vildfarelse eller magtfordrejning.

86 Retten skal — i tilknytning til hvad Domstolen for nylig har udtalt i en dom af 21. november 1991 (sag C-269/90, Technische Universität München, Sml. I, s. 5469, præmis 14 og præmis 26 ff.) tilføje, at såfremt fællesskabsinstitutionerne har et skøn med henblik på varetagelsen af deres opgaver, må der lægges endnu større vægt på overholdelsen af de garantier, som fællesskabsretten giver med hensyn til den administrative sagsbehandling. Disse garantier omfatter bl.a. kravet om, at den kompetente institution omhyggeligt og upartisk skal undersøge alle relevante forhold i den enkelte sag.

87 Det må imidlertid fastslås, at Kommissionen ganske vist har henvist til, at sagsøgeren har kontraktmæssig adgang til Eurovision's billedmateriale, men ikke har taget nærmere stilling til de betingelser, som gælder i den forbindelse.

88 De oplysninger, som sagsøgeren er fremkommet med, dels i klagerne af 28. juli 1989 og 12. juli 1990, dels under retsforhandlingerne for Retten, og som Kommissionen var bekendt med eller uden særlige vanskeligheder kunne have fået kendskab til, må give anledning til alvorlige betænkeligheder med hensyn til den praktiske betydning og det reelle indhold af den kontraktmæssige adgang eller underlicenssystemet, som i begrænset omfang skal give tv-selskaber, der ikke er medlemmer af EBU, mulighed for at benytte Eurovision's billedmateriale.

89 I denne forbindelse bemærkes, at artikel 3, stk. 6, i EBU's vedtægter bestemmer, at den kontraktmæssige adgang til Eurovision »meddeles og tilbagekaldes ved beslutning truffet af bestyrelsen«, hvilket indebærer, at tv-selskaber, der ikke er medlemmer af EBU, bliver underlagt beslutninger, der på dette område træffes af et organ, der er sammensat af repræsentanter for EBU's aktive medlemmer.

90 Det bemærkes endvidere, at selv om underlicenssystemet kun vedrører den indirekte adgang til rettigheder, som EBU's medlemmer allerede har erhvervet, og det derfor ikke har betydning for spørgsmålet om direkte adgang til de rettigheder til transmission af internationale sportsbegivenheder og andre arrangementer, som de forskellige selskaber kan opnå på markedet, har Kommissionen imidlertid undladt at tage hensyn til den betydning, det kan have for den faktiske adgang til Eurovision for selskaber, som ikke er aktive medlemmer af EBU, at EBU har en betydelig indflydelse på de forskellige markeder, navnlig når henses til, at EBU omfatter de fleste almindelige tv-selskaber i Europa, at EBU ofte deltager i forhandlinger med henblik på erhvervelse af transmissionsrettigheder på sine medlemmers vegne, og at der har udviklet sig en praksis for, at der indgås flerårige kontrakter med arrangørerne af internationale sportsbegivenheder. Alle disse forhold må umiddelbart antages at medføre en væsentlig begrænsning af de konkurrencemæssige muligheder, som et tv-selskab har, der opererer individuelt på markedet for rettigheder til transmission af begivenheder, der interesserer et stort antal seere, som f.eks. store internationale sportsbegivenheder.

91 Endvidere bemærkes, at sagsøgeren allerede i sin første klage gjorde opmærksom på, dels at sagsøgerens optagelse som medlem af OFRT på begæring af EBU inde-

bar, at sagsøgeren blev afskåret fra at erhverve eneret til transmission af større sportsbegivenheder i udlandet, dels at ordningen vedrørende kontraktmæssig adgang til Eurovision var forbundet med indviklede, diskriminerende og ufordelagtige økonomiske vilkår, som blev fastlagt i en aftale af 25. august 1987 mellem OFRT og EBU. I skrivelsen af 26. september 1989 til direktør Overbury præciserede sagsøgeren, at OFRT havde overført de nævnte vilkår på sagsøgeren ved en aftale af 1. oktober 1988, uden at der i den forbindelse var mulighed for nogen form for forhandling.

92 Det bemærkes i øvrigt i denne forbindelse, at sagsøgeren har anført og Kommissionen ikke bestridt, at i den periode, der gik forud for vedtagelsen af den omtvistede beslutning, var det, bortset fra kampen Stuttgart-Napoli den 17. maj 1989, først efter at have indgivet en begæring om foreløbige forholdsregler til de franske domstole, at La Cinq under de seneste verdensmesterskaber i fodbold kunne sende billeder fra fire sekundære kampe, som Antenne 2 og FR 3 havde overdraget sagsøgeren.

93 Endelig bemærkes, at betænkelighederne med hensyn til det reelle indhold af den kontraktmæssige ordning, der er gennemført med henblik på, at tv-selskaber, der ikke er medlemmer af EBU, på rimelige konkurrencemæssige vilkår sikres en alternativ adgang til Eurovision's billedmateriale, kun bekræftes af, at Kommissionen har ændret standpunkt i forhold til, hvad den anførte i den meddelelse, den oprindelig offentliggjorde i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17. Mens Kommissionen i meddelelsen anførte, at den påtænkte at træffe en positiv beslutning vedrørende Eurovisionsreglerne, har den meddelt Retten, at den siden da har tilstillet EBU en meddelelse af klagepunkter, som efter det oplyste træder i stedet for en tidligere meddelelse.

94 Kommissionen findes herefter ikke at have overholdt sin forpligtelse til at tage hensyn til alle de for sagen relevante omstændigheder ved afgørelsen af, om der i relation til sagsøgeren var risiko for en alvorlig og uoprettelig skade, der gør det uopsætteligt at træffe de begærede forholdsregler, og ved vedtagelsen af den omtvistede beslutning er der derfor foretaget et åbenbart fejlagtigt skøn.

95 Det følger af det anførte, at det resultat, Kommissionen er nået frem til, dvs. at betingelsen om, at der skal være en risiko for en alvorlig og uoprettelig skade, som gør det uopsætteligt at træffe foreløbige forholdsregler, ikke var opfyldt i den foreliggende sag, er baseret på en fejlagtig fortolkning af den pågældende betingelse og et åbenbart fejlagtigt skøn med hensyn til de faktiske omstændigheder.

96 Det fremgår af ovennævnte bemærkninger, at Kommissionen på grundlag af en fejlagtig fortolkning af de to betingelser, som gælder for udøvelsen af dens kompetence til at træffe foreløbige forholdsregler, er nået frem til, at de pågældende betingelser ikke var opfyldt i den foreliggende sag. Det fremgår også, for så vidt angår den anden af de to betingelser, at Kommissionen desuden har anlagt et åbenbart fejlagtigt skøn. Den omtvistede beslutning vil herefter være at annullere.

Sagens omkostninger

97 I henhold til artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, såfremt der er nedlagt påstand herom. Kommissionen har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger. Intervenienten bør bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Afdeling)

1) Kommissionens beslutning af 24. august 1990 (IV/33.249 — La Cinq SA mod Union européenne de radiodiffusion) annulleres.

2) Kommissionen betaler sagens omkostninger. Intervenienten bærer sine egne omkostninger.

Cruz Vilaça Schintgen

Edward Kirschner Lenaerts

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 24. januar 1992.

H. Jung
Justitssekretær

J. L. Cruz Vilaça
Præsident