5. In situaties die een ingewikkelde economische beoordeling met zich brengen, zoals het geval waarvoor de Commissie zich geplaatst ziet wanneer een onderneming verzoekt om vaststelling van voorlopige maatregelen op grond van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17, dient de rechterlijke toetsing zich te beperken tot de vraag of de procedurevoorschriften in acht zijn genomen, of de motivering afdoende is, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijke onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid.

In dergelijke gevallen, waarin de instellingen van de Gemeenschap over een beoordelingsvrijheid beschikken om hun taak te kunnen vervullen, is de eerbiediging van de door de communautaire rechtsorde in administratieve procedures geboden waarborgen van des te groter fundamenteel belang. Tot die waarborgen behoort met name de verplichting van de Commissie alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken.

ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer)
24 januari 1992 *

In zaak T-44/90,

La Cinq SA, vennootschap naar Frans recht, gevestigd te Parijs, vertegenwoordigd door G. Parleani, advocaat te Parijs, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van P. Hoss, Côte d'Eich 15,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. J. Drijber en E. Buissart, leden van haar juridische dienst, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij R. Hayder, nationaal ambtenaar, gedetacheerd bij de juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

* Procestaal: Frans.

ondersteund door,

Europese Radio-Unie, vennootschap naar Zwitsers recht, gevestigd te Genève, vertegenwoordigd door H. Ullrich, hoogleraar aan de universiteit van München, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Welter, advocaat aldaar, Boulevard de la Pétrusse 100,

interveniënte,

betreffende een verzoek om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 14 augustus 1990 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag (IV/33.249 — La Cinq SA/Europese Radio-Unie),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: J. L. Cruz Vilaça, president, R. Schintgen, D. A. O. Edward, H. Kirschner en K. Lenaerts, rechters,

griffier: H. Jung

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 2 juli 1991,

het navolgende

Arrest

De feiten

1 Het onderhavig beroep is gericht tegen een beschikking van de Commissie van 14 augustus 1990, houdende afwijzing van het verzoek om voorlopige maatregelen, dat verzoekster bij de Commissie heeft gedaan in het kader van de klachten die zij op grond van artikel 85 en 86 EEG-Verdrag bij de Commissie tegen het optreden van de Europese Radio-Unie (hierna: „ERU") heeft ingediend.

2 La Cinq SA (hierna: „La Cinq") is een vennootschap naar Frans recht, opgericht in 1987, die door de bevoegde Franse autoriteiten is gemachtigd om gedurende tien jaar — tot 1 maart 1997 — in Frankrijk een particuliere televisiemaatschappij te exploiteren die via de ether uitzendt.

3 De ERU is een vereniging zonder winstoogmerk van omroeporganisaties, die is opgericht in 1950 en is gevestigd te Genève. Volgens artikel 2 van haar statuten heeft de ERU als doel het bevorderen van de samenwerking tussen haar leden alsmede met omroeporganisaties over de hele wereld en het behartigen van de belangen van haar leden op het gebied van programma's en juridische, technische en andere aangelegenheden. Zij telt 39 gewone leden in 32 landen, gelegen in het Europese omroepgebied.

4 Ten tijde van de oprichting van de ERU werd de omroep in Europa vrijwel uitsluitend verzorgd door organisaties uit de openbare sector, of door met een openbare dienst belaste organisaties die vaak een monopoliepositie bezaten. In de tweede helft van de jaren tachtig — die werden gekenmerkt door het ontstaan van overwegend commerciële radio- en televisieondernemingen — liet de ERU particuliere televisiemaatschappijen toe, zoals Canal Plus en TF 1, die na de privatisering in 1986 haar hoedanigheid van gewoon lid behield. Als gevolg van belangrijke technische ontwikkelingen in de audiovisuele sector verloor deze in dezelfde periode zijn aanvankelijk betrekkelijk homogeen karakter, aangezien nieuwe soorten zenders, met een nationaal, regionaal of internationaal karakter, soms gespecialiseerd in bepaalde genres van programma's (cultuur, sport, muziek), of gefinancierd door houders van een abonnement („abonnee-tv"), op de markt hun intrede hadden gedaan om televisieuitzendingen via de kabel of de satelliet te exploiteren.

5 In 1988 werden de statuten van de ERU gewijzigd om zo, aldus de ERU zelf, de nadruk te leggen „op de verplichting van de leden een bijzondere taak van openbaar belang te vervullen, aan welke verplichting zij op grond van hun nationale wetgeving en/of nationale praktijk zijn onderworpen en die hen kenmerkt als een bijzondere groep van omroepen met gemeenschappelijke verplichtingen en belangen". Ten einde rekening te houden met de verworven rechten van bestaande le-

den bepalen de herziene statuten van de ERU in artikel 21 dat artikel 3, lid 2, in zijn nieuwe redactie geen gevolgen zal hebben voor het statuut van organisaties die op het moment van haar inwerkingtreding — maart 1988 — reeds de hoedanigheid van gewoon lid bezitten maar toch niet aan alle in deze paragraaf neergelegde voorwaarden voldeden.

6 De nieuwe versie van artikel 3 van de statuten van de ERU luidt, voor zover zij voor de oplossing van het onderhavige geschil relevant is, als volgt:

„1. De ERU kent twee categorieën van leden:

a) gewone leden;

b) buitengewone leden.

2. Gewone leden van de ERU kunnen zijn omroeporganisaties of groepen van dergelijke organisaties uit een Lid-Staat van de Internationale Telecommunicatie-unie (ITU) en gelegen in het Europese omroepgebied, zoals gedefinieerd in het Radioreglement dat als bijlage is gehecht aan het Internationaal Verdrag betreffende de verre berichtgeving, en die in dit land, met toestemming van de bevoegde autoriteiten, landelijke radio- en televisieprogramma's met een nationaal karakter uitzenden en die bovendien kunnen aantonen dat zij aan de hieronder gestelde voorwaarden voldoen:

a) zij zijn verplicht de gehele nationale bevolking te bedienen, en zij bedienen in feite reeds ten minste een belangrijk gedeelte daarvan, waarbij zij al het mogelijke doen om binnen redelijke tijd het gehele publiek te bedienen.

b) zij zijn verplicht, een gevarieerd en evenwichtig, voor alle bevolkingsgroepen bestemd programma te bieden, — en bieden zulks ook aan —, dat voor een redelijk aandeel uit programma's voor bijzondere groepen en/of minderheidsgroepen bestaat, ongeacht de verhouding tussen de kosten en de luisterdichtheid;

c) zij produceren een wezenlijk deel van de omroepprogramma's zelf en/of laten deze onder hun eigen redactioneel toezicht produceren.

(...)

6. Buitengewone leden en niet-leden van de ERU kunnen op basis van een overeenkomst toegang hebben tot Eurovisie. De toegang wordt bij besluit van de Raad van Bestuur verleend of ingetrokken."

7 Eurovisie vormt het belangrijkste kader waarbinnen gewone leden van de ERU programma's uitwisselen. Zij bestaat sinds 1954 en vormt een wezenlijk onderdeel van de doelstellingen van de ERU. Haar taak wordt in artikel 3, lid 5, van de statuten omschreven als volgt:

„Eurovisie is gefundeerd op de verbintenis van de leden om elkaar op basis van wederkerigheid hun reportages van belangrijke gebeurtenissen, alsmede hun actualiteitenreportages en hun reportages van sportmanifestaties en culturele evenementen, die op hun nationaal grondgebied plaatsvinden, aan te bieden, wanneer deze van belang kunnen zijn voor de andere leden van Eurovisie."

8 Tot 1987 konden uitsluitend haar leden van de diensten van de ERU gebruik maken. De bij de herziening van 1988 aan artikel 3 van de statuten toegevoegde lid 6 regelde de contractuele toegang tot Eurovisie voor buitengewone leden en niet-leden van de ERU. Deze toegang tot het systeem van programmauitwisseling van Eurovisie, op basis van overeenkomst of onderlicentie, geeft niet-leden de mogelijkheid om met name hun sport- en actualiteitenprogramma's aan te vullen, voor zover zij niet zelf op de markt de zendrechten hebben verworven. Volgens het zogenaamde „embargo"-beginsel krijgen niet-leden slechts het recht op uitgestelde uitzending.

9 Op 3 april 1989 meldde de ERU bij de Commissie de regels betreffende de verwerving van televisierechten op sportevenementen, de uitwisseling van sportprogramma's in het kader van Eurovisie en de contractuele toegang tot dergelijke programma's voor derden aan; tegelijkertijd verzocht zij om een negatieve verklaring of, indien dit niet mogelijk was, een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag. Door middel van een bekendmaking overeenkomstig artikel 19, lid 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, nr. 13, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17") publiceerde de Commissie de voornaamste punten van de aanmelding in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* (PB 1990, C 251, blz. 2), en kondigde zij aan dat zij voornemens was met betrekking tot deze regels een gunstige beschikking te geven. Ter terechtzitting heeft de Commissie het Gerecht echter meegedeeld dat zij, nadat zij zich had gerealiseerd dat de praktische toepassing van de aangemelde regels verschillende problemen opleverde, de ERU een mededeling van de punten van bezwaar had toegestuurd.

10 Uit de processtukken blijkt, dat verzoekster sinds haar oprichting (eenmaal in 1987, 1988 en 1990 en tweemaal in 1989) bij de ERU verzoeken om toetreding heeft ingediend, nu eens rechtstreeks, dan weer via het Organisme français de radiodiffusion et de télévision (hierna: „OFRT"), dat lid was van de ERU en waartoe verzoekster in 1987 was toegetreden. Het laatste verzoek om toelating, dat verzoekster in februari 1990 rechtstreeks bij de ERU had ingediend, is afgewezen in een op 1 juni 1990 ter kennis gebracht besluit.

11 In deze omstandigheden diende verzoekster op 28 juli 1989 bij de Commissie een eerste klacht in, waarin zij, na aan de verschillende weigeringen van haar lidmaatschap van de ERU te hebben herinnerd, stelde dat zij door de ERU werd gediscrimineerd, aangezien verzoekster enkel op indirecte wijze contractueel toegang kon hebben tot haar diensten, vooral het Eurovisienetwerk, en dan nog slechts onder zeer ongunstige voorwaarden. Verzoekster betoogde dat de gedragingen die zij de ERU tegenwierp, konden worden beschouwd als een mededingingsregeling in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, of als misbruik van een machtspositie als bedoeld in artikel 86 EEG-Verdrag. Zij verzocht de Commissie primair vast te stellen dat er sprake was van de concurrentiebeperkende, niet met de gemeenschappelijke markt verenigbare praktijken die aan de ERU of haar leden waren toe te rekenen, hieraan de juridische gevolgen te verbinden die een einde konden maken aan deze beperkingen, en te dien einde de ERU op te dragen La Cinq toe te

laten. Bij wijze van voorlopige maatregelen, die werden gerechtvaardigd door de schade die een gevolg was van de beperkingen die in de weg werden gelegd aan haar toegang tot de markten voor sport- en nieuwsreportages, en van het effect van de beperkingen op de markt voor televisiereclame, vroeg verzoekster de Commissie vast te stellen dat de organen van de ERU, ondanks de bepalingen van artikel 3 van de statuten van de ERU, op grond waarvan verzoekster gewoon lid van deze vereniging mocht worden, haar verzoek om toetreding op willekeurige en vooral discriminerende wijze hadden afgewezen, en deze organen derhalve te gelasten, zich binnen een vast te stellen termijn opnieuw uit te spreken over de lidmaatschapsaanvraag van La Cinq of althans ervoor te zorgen dat verzoekster in een positie komt te verkeren die gelijk is aan die waarin zij zou hebben verkeerd, indien zij als gewoon lid zou zijn aanvaard.

12 In antwoord op een verzoek van Overbury, directeur van het directoraat-generaal IV, „Concurrentie", zond verzoekster de Commissie op 9 april 1990 een brief waarin zij een historisch overzicht gaf van haar contacten met de ERU en nog eens benadrukte dat het voor elke algemene zender als La Cinq noodzakelijk is om gewoon lid te zijn van de ERU, ten einde met betrekking tot in het bijzonder twee categorieën van reportages, namelijk actualiteiten en sport, op de markt te kunnen concurreren. In haar brief vestigde verzoekster de aandacht op de machtspositie van de ERU op de markt voor deze twee categorieën van reportages, en trachtte zij aan te tonen dat zij voldeed aan alle in de statuten gestelde voorwaarden om gewoon lid van deze vereniging te kunnen worden, waarbij zij enerzijds benadrukte dat zij door de weigering van de ERU om haar toe te laten werd gediscrimineerd, en anderzijds dat de contractuele toegang die voor haar in petto werd gehouden, slechts een „alibi" was.

13 Na de laatste weigering van de ERU om haar toe te laten, diende verzoekster op 12 juli 1990 bij de Commissie „nogmaals een klacht in, met het verzoek conservatoire maatregelen te nemen", waarin zij naar de inhoud van haar eerdere klacht verwees en in verband met het spoedeisend karakter van een en ander en de dreiging van onherstelbare schade, opnieuw verzocht om conservatoire maatregelen, bestaande uit een tweeledig bevel aan de ERU, namelijk enerzijds dat verzoekster, in afwachting van de definitieve beslechting van het geschil, in zoverre zou worden toegelaten dat ten aanzien van alle uitzendingen van door Eurovisie aangeboden sportevenementen de concurrentie werd gewaarborgd, en anderzijds dat onverwijld in een buitengewone algemene vergadering een diepgaande en faire gedachtenwisseling over haar kandidatuur zou worden georganiseerd.

14 In de bestreden beschikking van 14 augustus 1990 verwierp de Commissie het verzoek om conservatoire maatregelen, aangezien niet was voldaan aan de daarvoor gestelde voorwaarden. Volgens de Commissie was uit een eerste beknopt onderzoek van de feiten niet a priori een duidelijke en kennelijke inbreuk op de artikelen 85 en 86 gebleken, en leek enige onherstelbare schade voor La Cinq tengevolge van een niet-handelen van de Commissie niet waarschijnlijk, te meer daar La Cinq contractueel toegang kon hebben tot de uitzendingen van de ERU en zij op deze wijze een aanzienlijk aantal belangrijke sportevenementen zou kunnen uitzenden; om dezelfde reden was er volgens de Commissie ook geen enkele bijzondere, dringende noodzaak voor het vaststellen van de gevraagde maatregelen.

Procedure

15 Bij op 12 oktober 1990 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft La Cinq krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag het onderhavige beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 14 augustus 1990 (IV/33.249 — La Cinq SA/Europese Radio-Unie) ingesteld.

16 Na een informele bijeenkomst met partijen die op 31 januari 1991 op verzoek van het Gerecht heeft plaatsgevonden, zag verzoekster in een brief van 11 februari 1991 af van repliek.

17 Bij beschikking van het Gerecht (Eerste kamer) werd de ERU toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van verweerster. De opmerkingen van interveniënte zijn op 13 maart 1991 ter griffie neergelegd.

18 Bij brief van 8 april 1991 diende de Commissie schriftelijke opmerkingen in met betrekking tot de memorie van interventie van de ERU. Verzoekster heeft op 15 april 1991 eveneens opmerkingen over de memorie van interveniënte ingediend.

19 Het Gerecht (Eerste kamer) heeft, op rapport van de rechter-rapporteur, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan en verzoekster uitgenodigd voor de terechtzitting aan te geven waarin precies de door haar gestelde ernstige en onherstelbare schade bestaat. Verzoekster heeft in een op 27 juni 1991 ter griffie neergelegde memorie op de haar door het Gerecht gestelde vragen geantwoord.

20 Partijen zijn ter terechtzitting van 2 juli 1991 in hun pleidooien en in hun antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord. De president heeft aan het einde van de terechtzitting de mondelinge procedure voor gesloten verklaard.

21 In haar beroep concludeert verzoekster, dat het het Gerecht behage:

— de beschikking van de Commissie van 14 augustus nietig te verklaren;

— het onderzoek van het verzoek om conservatoire maatregelen naar de Commissie terug te verwijzen;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

22 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

23 De Europese Radio-Unie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten, waaronder begrepen de kosten van interveniënte.

Ten gronde

24 Tot staving van haar conclusie tot nietigverklaring voert verzoekster in hoofdzaak twee middelen aan. Volgens verzoekster is de beschikking enerzijds onvoldoende gemotiveerd en bevat zij anderzijds een kennelijke dwaling ten aanzien van het recht en de feiten. Deze middelen worden aangevoerd tegen de vaststellingen van de Commissie betreffende de verschillende voorwaarden waaraan volgens verweerster moet zijn voldaan alvorens zij gebruik kan maken van de haar verleende bevoegdheid tot het nemen van voorlopige maatregelen.

25 Het Gerecht merkt in dit verband op, dat de Commissie in haar beschikking heeft overwogen dat „de voorwaarden voor het nemen van voorlopige maatregelen, in een geval als het onderhavige, zijn:

— vaststelling van een inbreuk op basis van gegevens die voldoende duidelijk zijn om een inbreuk te doen vermoeden;

— de waarschijnlijkheid van ernstige en onherstelbare schade voor de verzoeker zonder optreden van de Commissie;

— een aangetoond spoedeisend karakter".

26 In deze omstandigheden is het Gerecht van mening dat, alvorens de middelen en argumenten van partijen worden onderzocht, moet worden verduidelijkt onder welke voorwaarden volgens de rechtspraak van het Hof de Commissie gebruik mag maken van haar bevoegdheid om in het kader van de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag voorlopige maatregelen te nemen.

27 Om te beginnen is de bevoegdheid van de Commissie op dit gebied door het Hof erkend in zijn beschikking van 17 januari 1980 (zaak 792/79 R, Camera Care, Jurispr. 1980, blz. 119), volgens welke het aan de Commissie staat om, in het kader van de uitoefening van de controle waarmee het Verdrag en verordening nr. 17 haar op het gebied van de mededinging belasten, krachtens artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 te beslissen of er voorlopige maatregelen moeten worden genomen, wanneer hiertoe verzoek is ingediend.

28 Overigens blijkt uit de rechtspraak van het Hof (beschikking in de zaak Camera Care, reeds aangehaald, r. o. 14 en 18, en beschikking van de president van het Hof van 29 september 1982, gevoegde zaken 228/82 en 229/82 R, Jurispr. 1982, blz. 3091), dat conservatoire maatregelen slechts kunnen worden genomen indien de gedragingen van bepaalde ondernemingen op het eerste gezicht van dien aard zijn dat zij een schending van de communautaire mededingingsregels kunnen opleveren, voor welke schending bij een beschikking van de Commissie een sanctie kan worden opgelegd. Bovendien mogen dergelijke maatregelen slechts worden genomen wanneer vaststaat dat zij geen uitstel gedogen, ten einde een situatie af te wenden die aan degene die om de maatregelen verzoekt, ernstige en onherstelbare schade kan toebrengen of die voor het algemeen belang onduldbaar is.

29 Uit het voorgaande vloeit voort dat de voorwaarde betreffende het spoedeisend karakter, die de Commissie in de bestreden beschikking als een derde voorwaarde voor het nemen van voorlopige maatregelen beschouwde, in werkelijkheid slechts een aspect is van de voorwaarde betreffende het risico van ernstige en onherstelbare schade.

30 Aangezien de twee voorwaarden voor het nemen van voorlopige maatregelen cumulatief zijn, vormde bovendien de omstandigheid dat in het onderhavige geval aan een van deze voorwaarden niet was voldaan, reeds een beletsel voor de Commissie om van haar bevoegdheid op dit gebied gebruik te kunnen maken.

31 Ten slotte baseerde de Commissie in het onderhavige geval haar weigering om voorlopige maatregelen te nemen, op de overweging dat aan geen van de voorwaarden voor de uitoefening van haar bevoegdheid was voldaan.

32 Om de juistheid van de conclusies van de Commissie te kunnen beoordelen, dient het Gerecht de verschillende middelen en argumenten te onderzoeken die verzoekster heeft aangevoerd tegen de bevindingen van de Commissie met betrekking tot elk van de twee voorwaarden voor het nemen van voorlopige maatregelen, zoals deze zojuist door het Gerecht zijn omschreven, namelijk het vermoeden van een inbreuk en de waarschijnlijkheid van ernstige en onherstelbare schade, waaruit blijkt dat de vaststelling van dergelijke maatregelen geen uitstel lijdt.

A — *De voorwaarde van een vermoedelijke inbreuk*

33 Verzoekster bestrijdt de vaststelling van de Commissie dat aan de voorwaarde van een vermoedelijke inbreuk in het onderhavige geval niet zou zijn voldaan. In dit opzicht zou de bestreden beschikking onvoldoende zijn gemotiveerd en een kennelijke dwaling ten aanzien van de feiten en van het recht bevatten.

Het middel: onvoldoende motivering

34 Volgens verzoekster is de Commissie in het geheel niet ingegaan op de argumenten en de meest beslissende feiten die zij in haar klacht had uiteengezet. Door uitsluitend de vraag te behandelen, of La Cinq al dan niet aan de in artikel 3, lid 2, van de statuten van de ERU gestelde voorwaarden voldoet, ontwijkt de bestreden beschikking volgens verzoekster in feite het eigenlijke voorwerp van de klacht en de voornaamste grond voor het verzoek om conservatoire maatregelen, namelijk de kennelijke discriminatie van verzoekster ten opzichte van enige van

haar concurrenten in de particuliere sector, te weten Canal Plus en TF 1, die volwaardig lid zijn van de ERU. Immers Canal Plus, dat abonnee-tv aanbiedt, kan niet, als was het enkel om die reden, verplicht zijn „alle inwoners van een land (te) bedienen", en bovendien zijn haar programma's niet evenwichtig, aangezien zij zijn toegespitst op films; ten aanzien van de programma's van TF 1 heeft de Conseil supérieur de l'audiovisuel français (hierna: „CSA") dezelfde kritiek geuit als ten aanzien van de programma's van verzoekster.

35 Verzoekster herinnert in dit verband aan de vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke de Commissie niet verplicht is op alle argumenten van een partij te antwoorden, op voorwaarde dat zij haar beschikking toereikend motiveert (arrest van 17 november 1987, zaken 142/84 en 156/84, BAT en Reynolds, Jurispr. 1987, blz. 4487), deze motivering ter zake doende is, dat wil zeggen toegespitst op de situatie — feitelijk en rechtens — die aan haar is voorgelegd, en dat zij het Hof in staat stelt zijn controle uit te oefenen (arresten van 4 juli 1963, zaak 24/62, Duitsland/Commissie, Jurispr. 1963, blz. 137, en 11 juli 1985, zaak 42/84, Remia, Jurispr. 1985, blz. 2545). Volgens verzoekster is in de bestreden beschikking geen enkele verwijzing te vinden naar verzoeksters hoofdargumenten betreffende de ernstige en kennelijke discriminatie waarvan zij het slachtoffer zou zijn geweest, noch naar feitelijke elementen die haar verklaringen op dat punt zouden kunnen ontkrachten. De ontoereikende motivering is hiermee duidelijk en rechtens aangetoond.

36 In haar opmerkingen over de memorie van de interveniërende partij stelt verzoekster eveneens dat deze memorie alsmede het verweerschrift van de Commissie in werkelijkheid trachten, de motivering van de beschikking van 14 augustus 1990 achteraf te „herstellen", waardoor aan het Gerecht niet alleen het bewijs wordt geleverd dat deze motivering gebrekkig en onvolledig was, maar bovendien dat zij kennelijk niet voldoende was om het Gerecht in staat te stellen zijn rechterlijk toezicht uit te oefenen.

37 In reactie op het aan het motiveringsgebrek ontleende middel benadrukt de Commissie in de eerste plaats de tegenstrijdigheid tussen de vasthoudendheid waarmee La Cinq zich kandidaat heeft gesteld voor de ERU, en het feit dat zij de kwestie van de toelatingsvoorwaarden afdoet als „van secundair en marginaal belang" in vergelijking met de kwestie van de discriminatie.

38 Volgens de Commissie gaat het hier in werkelijkheid echter om twee grieven die nauw verband met elkaar houden, aangezien de gestelde discriminatie haar oorsprong vindt in de weigering van de ERU om La Cinq als lid toe te laten, terwijl andere zenders, die niet aan de in de statuten van de ERU neergelegde voorwaarden voldoen, als gewone leden zijn toegelaten.

39 De Commissie betoogt vervolgens dat zij, aangezien het in casu een spoedprocedure betrof, slechts aan de hand van een gemotiveerde redenering behoefde aan te tonen dat aan één van de cumulatieve voorwaarden voor het nemen van voorlopige maatregelen (bij voorbeeld onherstelbare schade) niet was voldaan. Hoewel zij daartoe naar haar mening niet verplicht was, had zij eveneens een analyse gemaakt van een van de twee elementen die op het eerste gezicht konden worden geacht een inbreuk op te leveren, namelijk de vraag of La Cinq al dan niet aan de toelatingsvoorwaarden van de ERU voldeed, wat overigens niet betekent dat zij zou hebben nagelaten het aspect van de „discriminatie" te onderzoeken. Dit laatste aspect is overigens zodanig complex dat het een diepgaander onderzoek verdient dan in het kader van een spoedprocedure kan plaatsvinden.

40 Gezien de argumenten die door partijen ten aanzien van dit eerste middel zijn aangevoerd, moet het Gerecht, ten einde de wettigheid van de bestreden beschikking te kunnen toetsen, nagaan of de Commissie de haar bij artikel 190 EEG-Verdrag opgelegde verplichting, haar beschikking houdende afwijzing van een verzoek om voorlopige maatregelen te motiveren, heeft nageleefd.

41 Zoals het Hof verschillende malen heeft geoordeeld (arresten van 14 juli 1972, zaak 55/69, Cassella, Jurispr. 1972, blz. 887; zaak 56/69, Hoechst, Jurispr. 1972, blz. 927, en 17 januari 1984, gevoegde zaken 43/82 en 63/82, VBVB en VBBB, Jurispr. 1984, blz. 19), is de Commissie niet verplicht in de motivering van haar beschikkingen haar standpunt te bepalen ten aanzien van alle argumenten die belanghebbenden tot staving van hun verzoek kunnen inroepen. Zij kan namelijk volstaan met een uiteenzetting van de feiten en rechtsoverwegingen die in het bestek van haar beschikking van wezenlijk belang zijn.

42 Het is eveneens vaste rechtspraak van het Hof (arresten van 4 juli 1963, zaak 24/62, Duitsland/Commissie, Jurispr. 1963, blz. 137; 30 september 1982, zaak 110/81, Roquette Frères, Jurispr. 1982, blz. 3159, en 17 januari 1984, reeds aangehaald), dat de motivering van een bezwarend besluit de communautaire rechter in staat moet stellen om de wettigheid ervan na te gaan, en de belanghebbende om te weten waarom de maatregel is genomen, zodat hij zijn rechten kan verdedigen en kan nagaan of de beslissing al dan niet gegrond is.

43 Ter zake stelt het Gerecht vast, dat hoewel in de bestreden beschikking bepaalde door verzoekster aangevoerde argumenten niet zijn onderzocht, hierin wel de voornaamste feitelijke en juridische elementen van de verschillende voorwaarden voor voorlopige maatregelen worden aangegeven, naar aanleiding waarvan de Commissie de maatregelen waarom is verzocht, heeft geweigerd, zodat verzoekster in staat is de gegrondheid van deze beschikking te bestrijden en het Gerecht de wettigheid ervan kan nagaan.

44 Uit de voorgaande overwegingen volgt dat dit eerste middel moet worden verworpen.

Het middel: kennelijke dwaling ten aanzien van de feiten en het recht.

45 Volgens verzoekster heeft de Commissie, door niet na te gaan of er daadwerkelijk sprake was van discriminatie en door haar onderzoek te concentreren op een aspect van marginaal belang, in casu de vraag of La Cinq aan de voorwaarden van artikel 3, lid 2, van de statuten van de ERU voldeed, zich tevreden gesteld met een onvolledig beeld van de feitelijke situatie, waardoor haar beschikking een kennelijke feitelijke dwaling bevat; deze benadering levert tegelijkertijd een rechtsdwaling op, aangezien de Commissie, hoewel zij daartoe verplicht was om het nuttig effect van de mededingingsregels te waarborgen, het gemeenschapsrecht niet heeft willen toepassen op een situatie die wordt bepaald door het gedrag van een vereniging die op de markt een machtspositie inneemt en die heeft geweigerd een onderneming als La Cinq als lid toe te laten, ofschoon deze meer recht had om lid van de ERU te worden dan andere maatschappijen die als gewone leden waren toegelaten.

46 Verzoekster is het overigens niet eens met de verklaring van de Commissie, dat het niet zeker is dat La Cinq voldoet aan de in de statuten van de ERU gestelde toelatingsvoorwaarden betreffende het bedienen van de inwoners van een land en de kwaliteit van de programma's (artikel 3, lid 2, sub a en b van de statuten van de ERU).

47 Verzoekster betoogt dat zij een landelijke zender is die reeds meer dan 72% van de bevolking bedient en die er naar streeft het hele nationale grondgebied te bestrijken, terwijl geen enkel televisiestation 100% van het nationale grondgebied en/of 100% van de bevolking bereikt. Verzoekster heeft overigens kritiek op het feit dat de Commissie haar programma niet heeft vergeleken met dat van de verschillende bij de ERU aangesloten zenders, waardoor zij had kunnen vaststellen dat deze zeer veel overeenkomst vertonen en derhalve had kunnen concluderen dat de toelatingsvoorwaarden uit de statuten van de ERU veel vager en minder strikt zijn dan de eisen van de Franse nationale regeling, bij voorbeeld wat betreft het percentage van oorspronkelijk Franstalig werk, met welke regeling de Commissie niettemin wel een ongerechtvaardigde parallel had getrokken.

48 In antwoord op verzoeksters argumenten meent de Commissie in de eerste plaats met recht te mogen betwijfelen dat La Cinq zonder meer aan alle voor het lidmaatschap van de ERU gestelde voorwaarden voldoet.

49 De verplichting om de gehele bevolking te bedienen moet volgens de Commissie worden opgevat als een bestanddeel van een taak in het kader van een openbare dienst (in tegenstelling tot een uitsluitend commerciële „taak") en moet niet worden gelijkgesteld met een „landelijke taak" (in tegenstelling tot een „regionale taak"). Volgens de gegevens waarover de Commissie beschikt, bereikt La Cinq op dit moment slechts ongeveer 72% van de Franse huishoudens en heeft zij zich slechts ten doel gesteld 92% daarvan te bereiken. Uit deze cijfers blijkt duidelijk dat zij niet voldoet aan de verplichting, de gehele bevolking te bereiken, zelfs niet indien onder „gehele" 95% zou worden verstaan.

50 Ten aanzien van de voorwaarde van een „gevarieerd en evenwichtig programmapakket" verweert de Commissie zich tegen de beschuldiging van La Cinq, dat de Commissie de kritiek van de CSA op La Cinq, dat deze zender niet zou voldoen aan bepaalde nationale voorschriften, heeft aanvaard, met de verklaring dat zij integendeel enkel de kritiek betreffende het weinig gevarieerde en weinig evenwichtige karakter van het programma van de zender heeft aanvaard, waarvan het, meer thematische dan algemene, profiel voornamelijk wordt bepaald door fictie en nieuws.

51 Zonder de mogelijkheid van discriminatie direct van de hand te wijzen — aangezien niet zeker is dat Canal Plus volledig aan de toelatingsvoorwaarden uit de huidige statuten van de ERU voldoet betoogt de Commissie in de tweede plaats dat de twee zenders niet a priori werkelijk met elkaar concurreren, aangezien Canal Plus houder is van een openbare concessie en een „abonnee-zender" is, waarvan de inkomsten voornamelijk uit zijn abonnementen afkomstig zijn, terwijl La Cinq haar inkomsten vrijwel uitsluitend uit reclame haalt. In deze omstandigheden meent de Commissie dat het bestaan en de mate van de gestelde discriminatie, alsmede de meest aangewezen manier om deze op te heffen pas in een latere fase, na een minutieus onderzoek, kunnen worden vastgesteld.

52 Interveniënte bestrijdt op haar beurt de argumenten die verzoekster in haar klacht heeft aangevoerd ter rechtvaardiging van haar verzoek om als gewoon lid tot de ERU te worden toegelaten door middel van een beschikking van de Commissie, waarin deze vereniging wordt verplicht haar kandidatuur te aanvaarden. Verzoekster, die een beroep doet op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, heeft haar klacht bij voorbaat juridisch onvoldoende onderbouwd, aangezien deze bepalingen slechts doelen op beperkingen van de mededinging, en zich niet uitstrekken tot de controle van de activiteiten van een vereniging als zodanig; bovendien verbieden de eerdergenoemde bepalingen weliswaar handelingen waardoor wordt gediscrimineerd, doch niet horizontale discriminatie als zodanig.

53 In dit verband wijst interveniënte met name op wat zij beschouwt als een fundamentele tegenstrijdigheid in de argumentatie die verzoekster heeft aangevoerd om aan te tonen dat zij op grond van zowel artikel 85 als artikel 86 EEG-Verdrag als

gewoon lid van de ERU had moeten worden toegelaten. Interveniënte meent dat, indien men tot de conclusie zou komen dat Eurovisie een mededingingsregeling is die niet in aanmerking komt voor een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, en dat de ERU op de markt voor uitzendrechten van sportevenementen bovendien een machtspositie inneemt — zoals verzoekster stelt —, aan deze situatie niet een einde zou kunnen worden gemaakt door een onderneming die het slachtoffer is van discriminatie, te laten toetreden tot de mededingingsregeling of de groep van ondernemingen die op de markt een machtspositie inneemt; een dergelijke maatregel zou neerkomen op een nog ernstigere vervalsing van de mededinging doordat de omvang van de mededingingsregeling zou worden uitgebreid of de machtspositie zou worden versterkt.

54 Interveniënte betoogt eveneens dat verzoekster met haar verzoek om conservatoire maatregelen waardoor zij uiteindelijk volledige toegang tot het stelsel van programmauitwisseling van Eurovisie zou krijgen, de Commissie om een beslissing heeft verzocht, die deze niet kan nemen zonder de aard van de oplossing voor de vermeende inbreuk te prejudiciëren, zonder vooruit te lopen op haar beslissing om de ERU al dan niet een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag te verlenen en zonder de vrijheid van vereniging met voeten te treden. Op grond van artikel 3 van verordening nr. 17 kan de Commissie ondernemingen slechts verplichten een einde te maken aan de inbreuk, waarbij het aan henzelf wordt overgelaten te beslissen op welke manier zij aan deze verplichting tot nalaten zullen voldoen.

55 De ERU merkt bovendien op dat verzoekster op geen enkel tijdstip aan de toelatingscriteria van de ERU heeft voldaan, en zulks nog steeds niet doet.

56 In het bijzonder met betrekking tot de verplichting, alle inwoners van een land te bedienen, betoogt interveniënte dat het een zeer dwingende verplichting betreft, die niet alleen de verplichting omvat om de hele bevolking van dat land te bereiken, maar waarbij bovendien als cumulatieve eis wordt gesteld dat de omroeporganisatie die zich kandidaat stelt, hiervan reeds daadwerkelijk een wezenlijk deel bedient, en dat zij al het mogelijke doet om binnen redelijke termijn de gehele bevolking te bereiken. Aangezien de kosten om de laatste kijker/luisteraar te bereiken onevenredig en sterk toenemen, en vanuit strikt rendementsoogpunt niet te rechtvaardigen zijn, is juist de verplichting om de gehele bevolking van een land te bedienen kenmerkend voor openbare omroeporganisaties.

57 Met betrekking tot het tweede toelatingscriterium van de ERU, namelijk de verplichting van een gevarieerd en evenwichtig programma dat voor alle bevolkingsgroepen bestemd is, verwijst interveniënte voornamelijk naar de bevindingen van het CSA, waarbij zij overigens de aandacht vestigt op de verschillen in de voorschriften die in Frankrijk gelden voor de openbare omroeporganisaties en voor de commerciële omroepsondernemingen, waardoor de verschillende wijze waarop de ERU de zenders behandelt, wat de mededingingsregels van het EEG-Verdrag betreft, wettig is.

58 Interveniënte merkt overigens op dat het altijd haar beleid is geweest om lidmaatschapsaanvragen van nieuwe, overwegend commerciële omroepondernemingen af te wijzen, hetgeen kan worden verklaard vanuit de haar eigen doelstellingen en werkwijze. Het enkele feit dat TF 1 en Canal Plus door commerciële inkomsten worden gefinancierd, kan niet als bewijs van discriminatie worden aangevoerd, aangezien het verschil in behandeling verband houdt met de kenmerkende eigenschappen van elk van beide zenders. Bovendien onderscheiden de beide genoemde ondernemingen zich van verzoekster, omdat rekening moet worden gehouden met hun verworven rechten. Zij zijn immers geruime tijd voor de statutenwijziging van 1988 en voor het ontstaan van overwegend commerciële omroepondernemingen als gewoon lid van de ERU toegelaten. Indien overwegend commerciële omroepmaatschappijen naast openbare omroepen als gewone leden van de ERU zouden worden toegelaten, zou het systeem voor programmauitwisseling van Eurovisie zelf bovendien niet kunnen blijven wat het is, namelijk een op solidariteit berustend stelsel van organisaties met eenzelfde karakter die indirect hun zwakste leden ondersteunen.

59 Gezien het voorgaande is het Gerecht van mening dat het, ten einde de wettigheid van de bestreden beschikking te kunnen toetsen, in de eerste plaats moet onderzoeken of de Commissie al dan niet is uitgegaan van een rechtens juiste uitlegging van de voorwaarde van een vermoedelijke inbreuk en, in de tweede plaats, of de Commissie, zoals verzoekster beweert, de feitelijke omstandigheden kennelijk onjuist heeft beoordeeld, waardoor zij tot de conclusie is kunnen komen dat in het onderhavige geval niet aan deze voorwaarde was voldaan.

60 Er dient vóór alles aan te worden herinnerd dat de Commissie haar conclusie over het ontbreken van een vermoedelijke inbreuk baseert op de overweging dat „bij een summier onderzoek van de feiten niet van een duidelijke en flagrante inbreuk op de artikelen 85, lid 1, en 86 EEG-Verdrag is gebleken".

61 Zoals het Gerecht in zijn arrest van 12 juli 1991 (T-23/90, Peugeot, Jurispr. 1991, blz. II-653) heeft geoordeeld — daarmee de redenering van de Commissie tijdens de procedure bevestigend (zie punt 59 van het arrest) —, kan in het kader van een beroep betreffende de wettigheid van een beschikking waarbij de Commissie voorlopige maatregelen heeft vastgesteld, het vereiste van de vaststelling van een inbreuk op het eerste gezicht niet worden gelijkgesteld met het zekerheidsvereiste waaraan een eindbeschikking moet voldoen. In casu komt de motivering van de Commissie in de bestreden beschikking — die overigens ter terechtzitting is bevestigd — erop neer, dat voor het nemen van voorlopige maatregelen is vereist dat reeds in het stadium van de loutere eerste beoordeling, die als uitgangspunt moet dienen voor het nemen van deze maatregelen, sprake is van een kennelijke overtreding.

62 Hieruit volgt dat de Commissie, door het vereiste van een „a priori inbreuk" gelijk te stellen met het vereiste van de vaststelling van een „duidelijke en flagrante inbreuk", haar redenering heeft gebaseerd op een rechtens onjuiste uitlegging van de voorwaarde van een vermoedelijke inbreuk.

63 Het Gerecht is van mening dat de rechtsdwaling, die de Commissie bij de uitlegging van de voorwaarde van een vermoedelijke inbreuk heeft begaan, van dien aard is dat zij ernstig afbreuk doet aan de regelmatigheid en de relevantie van iedere beoordeling die de Commissie heeft kunnen geven omtrent de vraag of aan deze eerste voorwaarde voor de voorlopige maatregelen waarom is verzocht, ook daadwerkelijk was voldaan.

64 Dit oordeel van het Gerecht geldt voor de beoordeling die de Commissie heeft gegeven omtrent de vraag of verzoekster voldoet aan de statutaire voorwaarden om gewoon lid van de ERU te kunnen worden, met name aan de voorwaarden die worden gesteld in artikel 3, lid 2, sub a en b, van de statuten; dit is het enige argument dat de Commissie in haar beschikking heeft behandeld om te concluderen dat er geen sprake was van een vermoedelijke inbreuk.

65 De dwaling in de redenering van de Commissie blijkt duidelijk uit de inhoud van de bestreden beschikking zelf, volgens welke „het niet zeker is dat La Cinq aan de toelatingsvoorwaarden voldoet en (...) derhalve niet vaststaat dat de weigering discriminerend en ongerechtvaardigd is" (punt 5 van de beschikking) en „moeilijk op het eerste gezicht kan worden gesteld dat La Cinq onbetwistbaar aan de statutaire toelatingsvoorwaarden voldoet en dat er kennelijk een inbreuk is gepleegd door de ERU" (punt 8 van de beschikking).

66 Uit de voorgaande overwegingen blijkt dat de conclusie van de Commissie, dat aan de voorwaarde van een vermoedelijke inbreuk in het onderhavige geval niet was voldaan, op een rechtens onjuiste uitlegging van deze voorwaarde is gebaseerd.

B — *De voorwaarde van gevaar voor ernstige en onherstelbare schade, dat de dringende noodzaak van voorlopige maatregelen aantoont*

67 Verzoekster bestrijdt de vaststelling van de Commissie, dat er voor haar geen gevaar dreigde van ernstige en onherstelbare schade, dat aantoonde dat de gevraagde voorlopige maatregelen dringend noodzakelijk waren. Deze conclusie is feitelijk onjuist, aangezien de Commissie geen rekening heeft gehouden met de bijzonderheden van het dossier en van de betrokken economische sector, en bovendien tot staving van haar beschikking kennelijk onjuiste feitelijke gegevens heeft gebruikt. Overigens heeft de Commissie, door niet alle beoordelingsfactoren in aanmerking te nemen, eveneens kennelijk gedwaald ten aanzien van het recht.

Het enig middel, ontleend aan kennelijke dwaling feitelijk en rechtens

68 Voor verzoekster staat vast dat in de concrete omstandigheden van haar geval de weigering om haar als gewoon lid van de ERU tot Eurovisie toe te laten haar wel ernstige en onherstelbare schade moet veroorzaken.

69 Verzoekster merkt met name op dat zij via de door de Commissie in haar beschikking bedoelde contractuele toegang tot Eurovisie, die voor haar openstaat op basis van een zogenaamde onderlicentie van OFRT, nooit beelden van belangrijke sportevenementen heeft kunnen verkrijgen die in Eurovisie worden aangeboden, op twee uitzonderingen na, waarvan één slechts na een kort geding voor de Franse rechter. Bovendien is deze contractuele toegang tot het systeem van programmauitwisseling van Eurovisie in het leven geroepen om rekening te kunnen houden met de belangen van zenders of omroeporganisaties die geen gewoon lid van de ERU kunnen worden omdat zij niet aan de hiertoe gestelde voorwaarden voldoen. Aangezien dit bij haar niet het geval is, is verzoekster van mening dat de betrokken weigering een kennelijke discriminatie oplevert, wat overigens reeds in een arrest van 15 november 1989 van de Cour d'appel te Parijs is erkend.

70 Naar de mening van verzoekster hoeft het risico van ernstige en onherstelbare schade niet noodzakelijk hetzelfde te betekenen als het risico van staking van ondernemingsactiviteiten of faillissementsaanvraag. In het onderhavige geval moet voor de conservatoire maatregelen veeleer rekening worden gehouden met het risico dat haar zendmachtiging — die op 1 maart 1997 verloopt — niet zal worden verlengd. Gelet op het feit dat de administratieve procedure voor de Commissie doorloopt, en dat tegen de eindbeschikking in de hoofdzaak waarschijnlijk beroep zal worden ingesteld bij het Gerecht en eventueel hogere voorziening bij het Hof, betoogt verzoekster dat zonder voorlopige maatregelen de vervangende schadevergoeding waarop zij dan recht zal hebben, haar in het gunstigste geval betrekkelijk kort voor het verlopen van de zendmachtiging die haar door de Franse autoriteiten is verleend, kan worden toegekend.

71 In dit verband benadrukt verzoekster dat het imago van een zender bij het publiek een bepalende factor is voor de kijkdichtheid, de hoogte van de inkomsten uit reclamezendtijd en het verlengen van haar zendmachtiging. Een negatief imago

tengevolge van discriminatie bij uitzendingen kan slechts geleidelijk, naar gelang de publieke opinie evolueert, worden bijgesteld en niet door de loutere toekenning van een schadevergoeding, te meer niet daar zij op het moment waarop dit gebeurt, La Cinq niet meer in staat zou stellen haar eigen concurrentievermogen te ontwikkelen. Ter terechtzitting heeft verzoekster overigens betoogd dat, aangezien de concurrentie op de reclamemarkt direct samenhangt met de hoogte van de kijkdichtheid van een zender, een nadelige concurrentiepositie als de hare, aangezien zij haar reclamezendtijd niet rendabel kan maken, op zichzelf weer oorzaak kan zijn van een ernstige en onherstelbare schade, die niet in cijfers kan worden uitgedrukt.

72 Volgens verzoekster heeft de Commissie evenmin rekening gehouden met een andere bijzonderheid van de onderhavige zaak, die hierin bestaat dat zelfs indien de weigering van het lidmaatschap door de ERU aan La Cinq onwettig wordt verklaard, alsnog met terugwerkende kracht verzoeksters positie zal moeten worden geregeld ten aanzien van evenementen die reeds zijn uitgezonden, of die nog niet zijn uitgezonden maar reeds wel vóór de beschikking van de Commissie tussen de leden van de ERU zijn verdeeld op grond van meerjarencontracten met alle belangrijke organisatoren van internationale sportevenementen.

73 De aangevoerde omstandigheden tonen de dringende noodzaak aan die bestond — en nog steeds bestaat — voor de voorlopige maatregelen waarom is gevraagd. Deze noodzaak blijkt nog duidelijker indien men kijkt naar de reeks van zeer populaire televisie-evenementen die in de loop van de jaren 1991 en 1992 zullen worden uitgezonden, en die verzoekster zullen worden onthouden indien de gevraagde voorlopige maatregelen niet worden vastgesteld.

74 In antwoord hierop benadrukt de Commissie dat La Cinq onbeperkt toegang heeft tot het televisienieuws dat dagelijks door de ERU wordt uitgezonden. Bovendien blijkt uit de processtukken dat verzoekster een sterke positie inneemt op het gebied van sportreportages, vooral tennis en autorally's, en dat zij een nagenoeg complete exclusiviteit geniet voor grand-prix races voor formule-1-wagens en motorraces.

75 Gesteld dat, zoals La Cinq beweert, deze toegang zuiver theoretisch was en in de praktijk slechts neerkwam op de uitzending van enkele voetbalwedstrijden, dan nog kan op basis van dit enkele feit geen ernstige en onherstelbare schade worden vastgesteld die conservatoire maatregelen rechtvaardigt, te meer daar La Cinq geen enkel tastbaar bewijs, zoals cijfermateriaal betreffende een eventuele lagere kijkdichtheid of verlies van reclame-inkomsten, heeft aangedragen. Verzoekster heeft altijd nog de mogelijkheid om een contrastprogramma te bieden, door uitzendingen van hoge kwaliteit om dat deel van het publiek te trekken dat niet geïnteresseerd is in sportevenementen.

76 Met betrekking tot de dringende noodzaak van de gevraagde maatregelen merkt de Commissie op, dat La Cinq haar eerste aanvraag om toetreding tot de ERU in februari 1987 heeft ingediend en dat de laatste afwijzing hiervan in juni 1990 niets heeft veranderd aan de situatie waarin zij reeds drie jaar verkeerde. Men kan derhalve bezwaarlijk stellen dat de situatie plotseling een dringend karakter had gekregen, die slechts door tussenkomst van de Commissie kon worden opgelost.

77 Het Gerecht merkt in de eerste plaats op dat de Commissie in haar beschikking op basis van de volgende overwegingen heeft weerlegd dat de waarschijnlijkheid van een ernstige en onherstelbare schade voor verzoekster het aannemelijk maakt dat de gevraagde maatregelen geen uitstel gedoogden. Enerzijds stelt zij dat La Cinq op contractsbasis gebruik kan maken van de uitzendingen van de ERU en dat zij een aanzienlijk aantal belangrijke sportevenementen heeft kunnen uitzenden, waaronder wedstrijden van het laatste wereldkampioenschap voetbal. Anderzijds stelt de Commissie dat slechts schade die door geen enkele latere beschikking kan worden hersteld, kan worden beschouwd als onherstelbare schade, wat bij voorbeeld het geval zou zijn indien La Cinq door de houding van de ERU gedwongen zou worden haar activiteiten te staken. De Commissie was van mening dat dit gevaar niet acuut was en dat de financiële schade die verzoekster riskeerde, zou kunnen worden hersteld door vorderingen tot schadevergoeding die bij de nationale rechter worden ingediend nadat is vastgesteld dat de ERU de mededingingsregels heeft geschonden.

78 Evenals in het onderzoek naar de voorwaarde van een vermoedelijke inbreuk, dat het Gerecht eerder heeft verricht, dient hier in de eerste plaats te worden onder-

zocht, of de Commissie is uitgegaan van een rechtens juiste uitlegging van de voorwaarde van het risico van ernstige en onherstelbare schade op grond waarvan het nemen van voorlopige maatregelen geen uitstel gedoogt.

79 Door in haar beschikking te stellen dat „slechts schade die niet bij latere beschikking kan worden hersteld, kan worden beschouwd als onherstelbare schade", is de Commissie uitgegaan van een rechtens onjuist idee van onherstelbare schade, waarvan het bestaan of het risico voorlopige maatregelen kan rechtvaardigen.

80 Door de voorwaarde te stellen die in haar idee van onherstelbare schade besloten ligt, is de Commissie namelijk verder gegaan dan wordt geëist in de rechtspraak van het Hof; daarin is slechts sprake van schade die niet meer ongedaan kan worden gemaakt door de beschikking waartoe de Commissie aan het eind van de administratieve procedure zal komen (beschikking van 17 januari 1980, Camera Care, reeds aangehaald).

81 De uitlegging van de Commissie zou het onderzoek van een dergelijke voorwaarde overigens vrijwel onmogelijk maken, waardoor uiteindelijk de haar verleende bevoegdheid tot het nemen van voorlopige maatregelen zou worden uitgehold.

82 Wat dit aangaat, heeft de Commissie bij de beoordeling van de vraag of de schade ernstig en onherstelbaar was, geen rekening gehouden met de beperkte duur van de aan La Cinq verleende zendmachtiging en de invloed die dit kan hebben op verzoeksters mogelijkheden om tijdig — gelet op met name de verlenging van haar machtiging — de gevolgen van eventuele onwettige handelingen jegens haar ongedaan te maken en financiële genoegdoening te verkrijgen.

83 Hieruit volgt, dat de Commissie rechtens gedwaald heeft bij de uitlegging van de voorwaarde inzake het risico van ernstige en onherstelbare schade op grond waarvan de gevraagde voorlopige maatregelen geen uitstel gedogen.

84 Vervolgens dient te worden onderzocht of de Commissie, door met een beroep op de contractuele toegang van La Cinq tot de uitzendingen van de ERU af te zien van toetsing van de voorwaarde inzake de waarschijnlijkheid van ernstige en onherstelbare schade, een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.

85 In de arresten van 11 juli 1985 (zaak 42/84, Remia, reeds aangehaald) en 17 november 1987 (gevoegde zaken 142/84 en 156/84, BAT en Reynolds, reeds aangehaald), heeft het Hof verklaard dat in situaties die een ingewikkelde economische beoordeling met zich brengen, de rechterlijke toetsing zich dient te beperken tot de vraag of de procedurevoorschriften in acht zijn genomen, of de motivering afdoende is, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijke onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid.

86 Bovendien heeft het Hof onlangs in het arrest van 21 november 1991 (zaak C-269/90, Technische Universität München, Jurispr. 1991, blz. I-5469, r. o. 14, 26 e. v.) geoordeeld, dat wanneer de instellingen van de Gemeenschap over een beoordelingsvrijheid beschikken om hun taak te kunnen vervullen, de eerbiediging van de door de communautaire rechtsorde in administratieve procedures geboden waarborgen van des te groter fundamenteel belang is. Tot die waarborgen behoort met name de verplichting van de bevoegde instelling om alle relevante gegevens van het geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken.

87 Hoewel de Commissie zich beroept op de mogelijkheid van contractuele toegang tot de reportages van de ERU, die verzoekster heeft, heeft zij niettemin nagelaten te onderzoeken, welke voorwaarden voor deze toegang gelden.

88 De gegevens die verzoekster heeft aangevoerd, zowel in haar klachten van 28 juli 1989 en 12 juli 1990 als tijdens de procedure voor het Gerecht, en die de Commissie bekend waren of waarvan zij zich normaliter zonder problemen op de hoogte had kunnen stellen, zijn immers van dien aard dat zij ernstige twijfel kunnen oproepen omtrent het praktisch belang en de werkelijke betekenis van het stelsel van contractuele toegang of van onderlicentie, dat televisieorganisaties die niet als lid tot de ERU zijn toegelaten, onder concurrentiële voorwaarden toegang dient te geven tot de uitzendingen van Eurovisie.

89 In de eerste plaats zij opgemerkt dat artikel 3, lid 6, van de statuten van de ERU bepaalt, dat de contractuele toegang tot Eurovisie „wordt verleend of ingetrokken bij besluit van de Raad van bestuur", wat televisieorganisaties die geen lid zijn van de ERU, afhankelijk maakt van besluiten die ter zake worden genomen door een orgaan dat is samengesteld uit bestuursleden die de gewone leden van de ERU vertegenwoordigen.

90 Bovendien heeft de regeling inzake onderlicenties weliswaar slechts betrekking op de indirecte toegang tot de rechten die de leden van de ERU reeds hebben, en zegt dit derhalve niets over de rechtstreekse toegang tot zendrechten voor onder meer internationale sportevenementen, die de verschillende zenders op de markt kunnen verkrijgen, doch heeft de Commissie geen rekening gehouden met de invloed die de positie die de ERU op de verschillende markten heeft, kan hebben op de daadwerkelijke toegang tot Eurovisie van zenders die geen gewone leden van de ERU zijn, vooral indien in aanmerking wordt genomen dat de meeste algemene zenders in Europa lid van de ERU zijn, dat zij, de ERU, vaak namens haar leden deelneemt aan onderhandelingen voor het verwerven van zendrechten en dat het praktijk is geworden dat zij met organisatoren van internationale sportevenementen onderhandelt over meerjarencontracten. Al deze omstandigheden zijn op het eerste gezicht van dien aard dat zij de concurrentiemogelijkheden voor een zender die individueel opereert op de markt voor zendrechten voor publieksevenementen, zoals belangrijke internationale sportevenementen, aanmerkelijk beperken.

91 Ook heeft verzoekster reeds in haar eerste klacht aangevoerd dat, op initiatief van de ERU, het lidmaatschap van de OFRT haar belette de exclusieve zendrechten te

verkrijgen van grote sportevenementen in het buitenland, alsmede dat aan het stelsel van contractuele toegang tot Eurovisie gecompliceerde, discriminerende en ongunstige financiële voorwaarden waren verbonden, die in een overeenkomst van 25 augustus 1987 tussen de OFRT en de ERU waren vastgelegd. In een brief van 26 september 1989 aan Overbury had verzoekster verklaard dat deze voorwaarden door de OFRT bij overeenkomst van 1 oktober 1988 aan haar waren doorgegeven, zonder dat hierover op enigerlei wijze kon worden onderhandeld.

92 Overigens heeft verzoekster, door verweerster onweersproken, gesteld dat zij in de periode voor de bestreden beschikking, afgezien van de wedstrijd Stuttgart-Napels van 17 mei 1989, pas na het instellen van een kort geding bij de nationale rechter, tijdens het laatste wereldkampioenschap beelden kon uitzenden van vier minder belangrijke wedstrijden, die Antenne 2 en FR 3 hadden overgedragen.

93 Ten slotte betoogt het Gerecht dat de twijfels omtrent de verdienste van het contractuele stelsel, opgezet om voor organisaties die niet lid zijn van de ERU, tegen concurrerende voorwaarden een alternatieve toegang tot de uitzendingen van Eurovisie te bieden, alleen maar zijn bevestigd door de wijziging van het standpunt van de Commissie betreffende de mededeling die zij aanvankelijk op grond van artikel 19, lid 3, van verordening nr. 17 had gepubliceerd. Hoewel de Commissie in deze mededeling van plan was met betrekking tot het Eurovisiestelsel een gunstige beschikking te geven, heeft zij het Gerecht namelijk ervan op de hoogte gesteld dat zij de ERU inmiddels een mededeling van punten van bezwaar had gezonden die in de plaats was gekomen van de eerdere mededeling.

94 Hieruit volgt dat de Commissie niet heeft voldaan aan haar verplichting om alle relevante gegevens van het geval in aanmerking te nemen ten einde vast te stellen of voor verzoekster het risico van ernstige en onherstelbare schade bestond, op grond waarvan de vaststelling van de gevraagde voorlopige maatregelen geen uitstel gedoogde, en dat de bestreden beschikking derhalve een kennelijke beoordelingsfout bevat.

95 Uit een en ander volgt dat de conclusie van de Commissie, dat in het onderhavige geval niet was voldaan aan de voorwaarde van gevaar voor ernstige en onherstelbare schade, op grond waarvan de vaststelling van voorlopige maatregelen geen uitstel gedoogde, is gebaseerd op een rechtens onjuiste uitlegging van deze voorwaarde en op een kennelijk foutieve beoordeling van de betrokken feiten.

96 Mitsdien is de Commissie op grond van een rechtens onjuiste uitlegging van de twee voorwaarden die aan haar bevoegdheid tot het treffen van voorlopige maatregelen zijn gesteld, tot de conclusie gekomen dat in het onderhavige geval niet aan deze voorwaarden was voldaan. Met betrekking tot de tweede voorwaarde blijkt de Commissie bovendien een kennelijke beoordelingsfout te hebben gemaakt. Derhalve moet de bestreden beschikking nietig worden verklaard.

Kosten

97 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover zulks is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten te worden verwezen. Interveniënte zal haar eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

rechtdoende:

1) Verklaart nietig de beschikking van de Commissie van 14 augustus 1990 (IV/33.249, La Cinq SA/Europese Radio-Unie).

2) Verwijst de Commissie in de kosten van het geding. Verstaat dat interveniënte haar eigen kosten zal dragen.

Cruz Vilaça Schintgen

Edward Kirschner Lenaerts

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 24 januari 1992.

De griffier

H. Jung

De president

J. L. Cruz Vilaça