# RETTENS DOM (Fjerde Udvidede Afdeling)

28. april 1999 *

I sag T-221/95,

**Endemol Entertainment Holding BV**, Zevenend (Nederlandene), ved advokaterne Onno W. Brouwer og Peter Wytinck, Bruxelles, og advokat Martijn van Empel, Amsterdam, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Jacques Loesch, 11, rue Goethe,

sagsøger,

mod

**Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber** ved Wouter Wils, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos Gómez de la Cruz, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagnercentret, Kirchberg,

sagsøgt,

* Processprog: engelsk.

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 96/346/EF af 20. september 1995 om en procedure i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol) (EFT 1996 L 134, s. 32), hvorved etableringen af joint venture-selskabet Holland Media Groep blev erklæret for uforenelig med fællesmarkedet,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS

(Fjerde Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Lindh, og dommerne R. García-Valdecasas, K. Lenaerts, J.D. Cooke og M. Jaeger,

justitssekretær: H. Jung,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 15. juli 1998,

afsagt følgende

## Dom

### De relevante bestemmelser

1 Det bestemmes i artikel 2 i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (berigtiget version offentliggjort i EFT 1990 L 257, s. 13, som er den version, der finder anvendelse i denne sag, herefter »forordning nr. 4064/89«):

»1. Fusioner, der er omfattet af denne forordning, vurderes på grundlag af følgende bestemmelser med henblik på at fastslå, om de er forenelige med det fælles marked.

I denne vurdering tager Kommissionen hensyn til:

a) nødvendigheden at af bevare og udvikle en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet navnlig på baggrund af alle de berørte markeders struktur samt den reelle eller potentielle konkurrence fra virksomheder, der er beliggende i eller uden for Fællesskabet

b) de deltagende virksomheders position på markedet, deres økonomiske og finansielle styrke, leverandørernes og brugernes valgmuligheder, deres

adgang til forsyninger eller afsætningsmarkeder, retlige eller faktiske hindringer for adgang til markedet, udbuds- og efterspørgselsudviklingen for de enkelte varer og tjenesteydelser, de interesser, som forbrugerne i mellemleddene og de endelige forbrugere har, samt udviklingen i det tekniske eller økonomiske fremskridt, for så vidt som dette er til fordel for forbrugerne, og det ikke udgør en hindring for konkurrencen.

2. Fusioner, der ikke skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres forenelige med fællesmarkedet.

3. Fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet.«

2 I artikel 3, stk. 1, bestemmes det:

»En sammenslutning opstår, når

a) to eller flere hidtil uafhængige virksomheder fusioneres

b) — en eller flere personer, som allerede kontrollerer mindst en virksomhed,

eller

— en eller flere virksomheder

gennem erhvervelse af andele eller aktiver, gennem aftale eller på anden vis helt eller delvis opnår den direkte eller indirekte kontrol over en eller flere andre virksomheder.«

3 Det bestemmes i artikel 3, stk. 3:

»Efter denne forordning opnås kontrol over en virksomhed gennem rettigheder, aftaler eller på andre måder, som enkeltvis eller tilsammen, under hensyn til alle faktiske og retlige forhold, giver mulighed for at få afgørende indflydelse på virksomhedens drift, særlig ved:

a) ejendoms- eller brugsret til virksomhedens samlede formue eller dele deraf

b) rettigheder eller aftaler, som sikrer afgørende indflydelse på sammensætningen af virksomhedens organer, deres rådslagninger og afstemninger eller beslutninger.«

4 Det fastsættes i artikel 8, stk. 2:

»Finder Kommissionen, at en anmeldt sammenslutning, eventuelt efter at de berørte virksomheder har foretaget ændringer, opfylder kriteriet i artikel 2, stk. 2, vedtager den en beslutning, hvorved den erklærer sammenslutningen for forenelig med fællesmarkedet.

Kommissionen kan til sin beslutning knytte betingelser og påbud med henblik på at sikre, at de pågældende virksomheder overholder de forpligtelser med henblik på at ændre det oprindelige udkast til sammenslutning, som de har påtaget sig over for Kommissionen. Beslutningen om, at sammenslutningen er forenelig med fællesmarkedet, omfatter også de restriktioner, der har direkte forbindelse med og er nødvendige for sammenslutningens gennemførelse.«

5 I artikel 8, stk. 3, bestemmes det:

»Finder Kommissionen, at en sammenslutning opfylder kriteriet i artikel 2, stk. 3, vedtager den en beslutning, hvorved den erklærer sammenslutningen for uforenelig med fællesmarkedet.«

6 Det fastsættes i artikel 11:

»1. Til løsning af de opgaver, der ved denne forordning pålægges Kommissionen, kan denne indhente alle fornødne oplysninger fra medlemsstaternes regeringer og kompetente myndigheder, fra de i artikel 3, stk. 1, litra b), omhandlede personer, samt fra virksomheder og sammenslutninger af virksomheder.

2. Fremsætter Kommissionen over for personer, virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder en begæring om oplysninger, sender den samtidig hermed en genpart af denne begæring til de kompetente myndigheder i den medlemsstat, hvor personen har bopæl, eller virksomheden eller sammenslutningen af virksomheder har sit hjemsted.

3. I begæringen skal Kommissionen angive retsgrundlaget for og formålet med begæringen samt de i artikel 14, stk. 1, litra c), i denne forordning fastsatte sanktioner for afgivelse af urigtige oplysninger.

4. Pligten til at afgive oplysninger påhviler, for så vidt angår virksomheder, virksomhedernes indehavere eller disses repræsentanter, og for så vidt angår juridiske personer og selskaber eller foreninger uden status som juridisk person, de personer, der ifølge loven eller vedtægterne er bemyndiget til at repræsentere dem.

5. Hvis en person, en virksomhed eller en sammenslutning af virksomheder inden udløbet af en af Kommissionen fastsat frist ikke eller ikke udtømmende meddeler de krævede oplysninger, fremsætter Kommissionen krav om oplysningerne i form af en beslutning. Denne skal angive, hvilke oplysninger der kræves, fastsætte en passende frist for deres afgivelse og indeholde en henvisning til de i artikel 14, stk. 1, litra c), og artikel 15, stk. 1, litra a), fastsatte sanktioner, såvel som til adgangen til at indbringe klage over beslutningen for Domstolen.

6. Samtidig sender Kommissionen en genpart af beslutningen til den kompetente myndighed i den medlemsstat, hvor den pågældende person, henholdsvis virksomhed eller sammenslutning af virksomheder har sin bopæl, henholdsvis sit hjemsted.«

7 Det bestemmes i artikel 19, stk. 2:

»Kommissionen gennemfører de i denne forordning nævnte procedurer i snæver og vedvarende forbindelse med medlemsstaternes kompetente myndigheder, som har ret til at fremsætte deres bemærkninger til procedurerne [...]«

8 I artikel 22, stk. 3, bestemmes det:

»Hvis Kommissionen efter anmodning fra en medlemsstat fastslår, at en sammenslutning efter artikel 3, som er uden fællesskabsdimension i henhold til artikel 1, skaber eller styrker en dominerende stilling, således at den faktiske konkurrence bliver hæmmet betydeligt på denne medlemsstats område, kan den, for så vidt sammenslutningen påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, vedtage de i artikel 8, stk. 2, andet afsnit, samt stk. 3 og 4, omhandlede beslutninger.«

## Faktiske omstændigheder

9 Ved beslutning 96/346/EF af 20. september 1995 om en procedure i henhold til Rådets forordning nr. 4064/89 (IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol) (EFT 1996 L 134, s. 32, herefter »den anfægtede beslutning«), der er vedtaget i henhold til artikel 8, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, har Kommissionen erklæret sammen-

slutningen i form af joint venture-selskabet Holland Media Groep (herefter »fusionen«) for uforenelig med fællesmarkedet.

10 Parterne i denne fusion var Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion SA (herefter »CLT«), NV Verenigd Bezit VNU (herefter »VNU«), RTL 4 SA (herefter »RTL«), Endemol Entertainment Holding BV (herefter »Endemol«) og Veronica Omroep Organisatie (herefter »Veronica«).

11 CLT er et tv-selskab stiftet efter luxembourgsk ret, som beskæftiger sig med tv- og radiotransmission, forlagsvirksomhed og dertil knyttede aktiviteter i forskellige lande.

12 VNU er et selskab stiftet efter nederlandsk ret, som beskæftiger sig med udgivelse af publikationer rettet til forbrugere og erhvervslivet og af databaser. Det besidder kapitalandele i tv-selskaber, heraf en minoritetsandel på 44,4% af kapitalen i det kommercielle belgiske tv-selskab VTM og indirekte en andel på 38% af kapitalen i RTL.

13 RTL er et selskab stiftet efter luxembourgsk ret, der delvist udbyder nederlandsksprogede tv- og radioprogrammer. Disse programmer transmitteres af CLT, der ejer — direkte eller indirekte — 47,27% af RTL's selskabskapital. CLT kontrollerer i sidste ende RLT, som besad 51% af kapitalen i Holland Media Groep (herefter »HMG«).

14 Veronica er en forening stiftet efter nederlandsk ret, som indtil den 1. september 1995 optrådte på det nederlandske tv- og radiomarked som offentligt tv-selskab. Veronica var et af de fire offentlige tv-selskaber, der sendte deres programmer på den offentlige kanal »Nederland 2«. Den 1. september 1995 trådte Veronica ud af det offentlige tv-system for at blive en kommerciel tv-kanal.

15 Endemol er et selskab, der er stiftet efter nederlandsk ret ved en fusion mellem J.E. Entertainment BV og John de Mol Communications BV i 1994. Endemol's virksomhed er koncentreret i Nederlandene, men selskabet har andre virksomheder i Europa. Endemol's primære aktiviteter er produktion af tv-programmer, drift af tv-studier, udnyttelsen af tv-formater (dvs. originale programkoncepter, der er egnede til at blive reproduceret), produktion og udnyttelse af teaterprogrammer og arrangering af fremvisninger.

16 Med henblik på fusionen dannede Veronica og Endemol selskabet Veronica Media Groep (herefter »VMG«), der er et nederlandsk selskab, og hvoraf de ejer henholdsvis 53% og 47% af aktiekapitalen. VMG besidder 49% af aktierne i HMG.

17 Formålet med fusionen var at etablere HMG, som skal sammensætte og udbyde tv- og radioprogrammer, som transmitteres til Nederlandene og Luxembourg af HMG selv, af CLT, Veronica eller andre. Alle parternes radio- og tv-aktiviteter rettet mod Nederlandene er blevet overført til HMG. De aktiver, som RTL overførte til HMG, omfattede tv-kanalerne RTL 4 og RTL 5 og dertil knyttede aktiver, RTL's rock-radiokanal, rettighederne til at udnytte CLT's sendetilladelse (koncession), alle aktiviteter i forbindelse med udbydning og sammensætning af primært nederlandsksprogede tv- og radioprogrammer, som skal transmitteres til Nederlandene og Luxembourg, og RTL's aktiepost på 50% i IPN SA (herefter »IPN«), som er et reklameselskab, der sælger sendetid til reklamer på RTL 4 og RTL 5. De aktiver, som Veronica og Endemol overførte, omfattede Veronica's tv-kanal og dertil knyttede aktiver samt Endemol's radioaktiviteter (dvs. Holland FM radio-kanalen).

18 Endemol og HMG havde ligeledes indgået en tiårig produktionsaftale, der svarede til HMG's produktionsbehov for sine tre kanaler. I henhold til denne aftale forpligtede Endemol sig til at dække 60% af HMG's behov for nederlandsksprogede produktioner. Til gengæld forpligtede HMG sig til at købe 60% — målt i værdi — af de særlige programmer, som det ville have behov for,

hos Endemol. Desuden havde HMG en ret til som den første at få tilbudt tv-stjerner og nye tv-formater, som Endemol havde lanceret, købt eller opdaget.

19 Den 19. april 1995 sendte den nederlandske regering Kommissionen en skrivelse efter artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, hvori Kommissionen blev anmodet om at undersøge fusionen, som var uden fællesskabsdimension.

20 Den 22. maj 1995 vedtog Kommissionen en beslutning i medfør af artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89, hvorved anden fase i den procedure, der er fastsat i forordningen, blev indledt.

21 Da indledningen af en procedure efter artikel 22 i forordning nr. 4064/89 ikke har den opsættende virkning, der normalt følger af artikel 7, stk. 1, i denne forordning, har parterne kunnet gennemføre fusionen under de omstændigheder, der er beskrevet ovenfor i præmis 17. Fra den 1. september 1995 blev RTL 4 og RTL 5's programmer udsendt i henhold til den sendetilladelse, der var blevet tildelt CLT af de luxembourgske myndigheder. Veronica's programmer blev udsendt i henhold til den sendetilladelse for kommercielle programmer, som de nederlandske myndigheder havde udstedt.

22 Den 20. september 1995 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning, hvorefter aftalen om dannelse af joint venture-selskabet HMG blev erklæret for uforenelig med fællesmarkedet med den begrundelse, at fusionen vil føre til skabelse af en dominerende stilling på markedet for tv-reklamer i Nederlandene og til styrkelse af Endemol's dominerende stilling på markedet for uafhængige nederlandsksprogede tv-produktioner i Nederlandene, som vil føre til, at den effektive konkurrence i Nederlandene vil blive betydeligt hæmmet.

23 Kommissionen opfordrede samtidig parterne til senest tre måneder efter meddelelsen af denne beslutning at foreslå, hvilke foranstaltninger der kan træffes for at genoprette en effektiv konkurrence på markedet for tv-reklamer og markedet for uafhængige nederlandsksprogede tv-produktioner i Nederlandene.

**Retsforhandlingerne, sagens forløb efter sagsanlægget og parternes påstande**

24 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 4. december 1995 har parterne i fusionen anlagt denne sag.

25 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 7. maj 1996 har sagsøgerne forklaret, at der var forhandlinger i gang med Kommissionens tjenestegrene med henblik på at nå en aftale om en ændret fusion, som sidstnævnte kunne anse for forenelig med fællesmarkedet.

26 Ved Kommissionens beslutning 96/649/EF af 17. juli 1996 om en procedure i henhold til forordning nr. 4064/89 (IV/M. 553 — RTL/Veronica/Endemol) (EFT L 294, s. 14) blev fusionen efter parternes ændringer erklæret forenelig med fællesmarkedet under forudsætning af, at de betingelser og forpligtelser, der fremgår af parternes aftale, respekteres i sin helhed. Forpligtelserne, der var nævnt i beslutningens betragtning 11 og 12, var følgende:

a) Endemol har trukket sig ud af HMG; følgelig er Endemol ikke længere aktionær i HMG; i henhold til den nyligt indgåede fusionsaftale besidder RTL 65% og Veronica 35% af kapitalen i HMG.

b) Pr. 1. januar 1997 skulle HMG ophøre med at drive RTL 5 som en bred kanal og i stedet for den nuværende RTL 5-kanal drive en nyhedskanal (dvs. en tv-kanal, der i alt væsentligt kun sender nyheder og nyhedsrelaterede programmer) efter en programplan, som HMG forelagde Kommissionen udkast til den 1. maj 1996. Ifølge denne plan var det meningen, at kanalen til sin tid skulle drives som en betalings-tv-kanal, som skulle hente størsteparten af sine indtægter fra seerne og kabeloperatørerne. Efter anmodning fra parterne kunne Kommissionen forlænge fristen for RTL 5's omdannelse til en nyhedskanal med tre måneder, hvis det var tvingende nødvendigt, for at parterne kunne gennemføre denne omdannelse. I en femårig periode efter vedtagelsen af beslutningen ville HMG ikke ændre noget væsentligt ved RTL5's karakter af nyhedskanal eller på noget væsentligt punkt fravige ovennævnte programplan uden forudgående godkendelse fra Kommissionen.

27 Denne beslutning blev meddelt parterne ved skrivelse af 25. juli 1996.

28 Efter denne beslutning har Veronica, RTL, CLT og VNU ved skrivelse indleveret til Rettens Justitskontor den 11. september 1996 anmodet om, at de slettes på listen over sagsøgere i denne sag.

29 Ved kendelse afsagt af formanden for Fjerde Udvidede Afdeling den 7. oktober 1996 blev Veronica, RTL, CLT og VNU slettet på listen over sagsøgere i denne sag og dømt til at bære deres egne omkostninger samt fire femtedele af sagsøgtes omkostninger, der var påløbet, indtil de hævede sagen.

30 Endemol er herefter eneste tilbageværende sagsøger i denne sag.

31 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse. Sagsøgeren og

Kommissionen blev dog den 17. juni 1998 opfordret til at svare på visse skriftlige spørgsmål og til at fremlægge visse dokumenter. Sagsøgeren og Kommissionen har svaret på spørgsmålene og har fremlagt de krævede dokumenter den 6. juli 1998.

32 Som svar på de af Retten stillede spørgsmål har sagsøgeren den 6. juli 1998 frafaldet to af argumenterne, som selskabet havde fremført i forbindelse med det fjerde anbringende, vedrørende henholdsvis HMG's stilling på markedet for tv-transmissioner og HMG's dominerende stilling på markedet for tv-reklamer.

33 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål i retsmødet den 15. juli 1998.

34 Sagsøgeren har for Retten nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

35 Kommissionen har for Retten nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

## Realiteten

36 Sagsøgeren har fremført fire anbringender til støtte for sit søgsmål. Det første vedrører Kommissionens manglende kompetence til at vedtage den anfægtede beslutning, idet den kun var beføjet til at undersøge markedet for tv-reklamer, men ikke markedet for tv-produktion. Det andet anbringende vedrører en tilsidesættelse af retten til kontradiktion, idet sagsøgeren ikke har haft tilstrækkelig adgang til akterne. Det tredje og fjerde anbringende vedrører henholdsvis væsentlige formelle mangler og en tilsidesættelse af artikel 2 og 3 i forordning nr. 4064/89.

### 1. *Første anbringende om Kommissionens manglende kompetence*

*Parternes argumenter*

37 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen alene var beføjet til at undersøge markedet for tv-reklamer, men ikke markedet for tv-produktion. Kommissionen har kun kompetence for så vidt angår fusioner uden fællesskabsdimension, såfremt der foreligger en anmodning fra en medlemsstat, jf. artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89. I denne sag havde den nederlandske regering anmodet Kommissionen om at undersøge fusionen alene for så vidt angår markedet for tv-reklamer. Heraf følger, at Kommissionen kun kunne undersøge dette marked og ikke på eget initiativ udvide undersøgelsen.

38 Anmodningens begrænsning til markedet for tv-reklamer var udtrykkeligt anført af den nederlandske regering, ikke kun i dennes skrivelse af 19. april 1995, men ligeledes i den forklarende note til dette brev. Heri var det præciseret, at de mulige indvirkninger på markedet for tv-reklamer var grunden til, at den nederlandske regering ønskede at få undersøgt denne fusion efter forordning nr. 4064/89.

39 Kommissionen har gjort gældende, at artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 er blevet vedtaget for at sikre en effektiv kontrol med fusioner i de tilfælde, hvor en medlemsstat ikke råder over en sådan lovgivning. Den nævnte bestemmelse giver derfor en medlemsstat mulighed for at anmode Kommissionen om at undersøge en sag, når de nationale foranstaltninger ikke er tilstrækkelige til at afhjælpe de konkurrencebegrænsende virkninger af en fusion.

40 Denne bestemmelse indebærer til gengæld en fuldstændig undersøgelse af fusionen og tillader ikke, at medlemsstaterne anmoder Kommissionen om alene at undersøge et bestemt aspekt af en fusion. Efter en sådan anmodning skal Kommissionen undersøge fusionen, som var den af fællesskabsdimension. De beføjelser, som den råder over i denne henseende, ville ikke være egnede, hvis man forventede, at den pågældende medlemsstat i sin anmodning allerede havde identificeret problemet ved den fusion, hvorom der skal træffes en afgørelse.

41 Kommissionen har yderligere anført, at den nederlandske regering i sagen ikke har begrænset sin anmodning til markedet for tv-reklamer. Det fremgår klart af skrivelsen, som den nederlandske regering sendte Kommissionen, at regeringen anmodede Kommissionen om at undersøge, om fusionen i sin helhed var forenelig med forordning nr. 4064/89. Den nederlandske regering havde alene anført, at fusionen efter regeringens opfattelse ikke væsentligt styrkede parternes stilling på andre markeder end markedet for tv-reklamer, og at anmodningen til Kommissionen var begrundet af dens bekymringer i denne henseende. Der er ligeledes intet i den forklarende note, der ledsagede skrivelsen til Kommissionen, der antydede, at den kun anmodede Kommissionen om at undersøge markedet for tv-reklamer.

*Rettens bemærkninger*

42 Det bestemmes i det væsentlige i artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, at Kommissionen efter anmodning fra en medlemsstat kan undersøge, om en fusion uden fællesskabsdimension er forenelig med forordningen. Kommissionens undersøgelse er alene afgrænset af bestemmelserne i artikel 22. Det er f.eks. fastsat i artikel 22, stk. 5, at Kommissionen kun træffer de foranstaltninger, som er strengt nødvendige for at sikre eller genskabe den faktiske konkurrence i den medlemsstat, på hvis anmodning den har grebet ind. På den anden side er der ikke i artikel 22 tildelt medlemsstaten beføjelser til at kontrollere gennemførelsen af Kommissionens undersøgelse, når først den har forelagt den pågældende fusion for Kommissionen, eller til at afgrænse området for Kommissionens undersøgelse i denne henseende.

43 Desuden fremgår det klart af sagen, at den nederlandske regering ikke har villet begrænse Kommissionens undersøgelse af den pågældende fusion, i modsætning til hvad sagsøgeren hævder.

44 Det fremgår således af skrivelsen af 19. april 1995, som den nederlandske regering sendte til Kommissionen, at den forventer, at Kommissionen undersøger fusionen i sin helhed og ikke kun et enkelt aspekt af denne. Det første punkt i skrivelsen lyder som følger:

»Idet jeg henviser til artikel 22, stk. 3, i forordning nr. 4064/89, anmoder jeg Dem på vegne af den nederlandske regering om at undersøge, om 'joint venture-selskabet' mellem RTL, CLT, VNU, Veronica og Endemol er foreneligt med forordningen om kontrol med fusioner.«

45 Det fremgår ligeledes af det tredje punkt i denne skrivelse, at selv om den nederlandske regering særligt har henledt Kommissionens opmærksomhed på markedet for tv-reklamer, har den imidlertid ikke afgrænset udstrækningen af Kommissionens undersøgelse. Under dette punkt er anført:

»Efter hvad den nederlandske regering har forstået, vil partnerskabet tage form af en fusion [...] Den nederlandske regering anser det for ønskeligt, at det bliver undersøgt nærmere, om fusionen kunne føre til dannelsen eller en styrkelse af en dominerende stilling med den følge, at en effektiv konkurrence hæmmes betydeligt på markedet for tv-reklamer på nederlandsk område.«

46 Denne konklusion forstærkes af det forhold, at Det Rådgivende Udvalg i sin udtalelse af 5. september 1995 om udkastet til den anfægtede beslutning, der er påkrævet i medfør af artikel 19 i forordning nr. 4064/89, støttede Kommissionens opfattelse, hvorefter undersøgelsen burde omfatte fusionen i sin helhed og ikke kun særlige aspekter af denne. Det Rådgivende Udvalgs udtalelse var enstemmig på dette punkt, da den nederlandske repræsentant var indforstået hermed.

47 Det fremgår af det ovenstående, at det første anbringende skal afvises som værende grundløst.

2. *Andet anbringende om tilsidesættelse af retten til kontradiktion*

*Parternes argumenter*

48 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ved sin behandling af sagsøgerens ret til aktindsigt har tilsidesat dennes ret til kontradiktion.

49 Retten til kontradiktion omfatter de berørte virksomheders ret til at få adgang til de dokumenter, som Kommissionen påberåber sig, med henblik på at de kan fremsætte deres bemærkninger til rigtigheden og relevansen af disse dokumenter. Kommissionen er forpligtet til at give de virksomheder, der er berørt af en procedure i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, aktindsigt i alle de dokumenter, der er indsamlet ved undersøgelsen, uanset om de er til skade eller til gunst for virksomhederne, dog ikke andre virksomheders forretningshemmeligheder, Kommissionens interne dokumenter og andre fortrolige oplysninger (Rettens dom af 18.12.1992, forenede sager T-10/92, T-11/91, T-12/92 og T-15/92, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2667, præmis 41).

50 Selv om denne retspraksis er udviklet i sager vedrørende procedurer om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86, har sagsøgeren imidlertid gjort gældende, at princippet om beskyttelse af retten til kontradiktion ikke kan medføre, at retten til aktindsigt i Kommissionens akter begrænses, når princippet anvendes i procedurer i henhold til forordning nr. 4064/89. Artikel 18 i forordning nr. 4064/89 og ligeledes artikel 13 i Kommissionens forordning (EF) nr. 3384/94 af 21. december 1994 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (EFT L 377, s. 1, herefter »forordning nr. 3384/94«, der var den dagældende gennemførelsesforordning) indeholder bestemmelser vedrørende retten til at blive hørt, som er identiske med bestemmelserne i artikel 19, stk. 1, 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) og bestemmelserne i artikel 4 i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42, herefter

»forordning nr. 99/63«). Det er derfor indlysende, at den citerede retspraksis fuldt ud finder anvendelse på procedurerne i henhold til forordning nr. 4064/89.

51 Sagsøgeren har gjort gældende, at akterne, som parterne i fusionen har haft adgang til, var åbenbart ufuldstændige, hovedsageligt fordi Kommissionen havde erstattet adskillige dokumenter, der stammer fra parterne på markedet, med ikke-fortrolige sammendrag, der ikke angav disse parters identitet. Kommissionen nægtede endda at afsløre identiteten på virksomheder, der ikke havde bedt om fortrolighed, med den begrundelse, at det ville gøre parterne i stand til at udlede, hvem de andre selskaber var. Sagsøgeren har vedgået, at denne indstilling måske kunne forsvares for så vidt angår Kommissionens første spørgeskema, som blev sendt til fem uafhængige producenter af tv-programmer, men den er nærmest uforståelig for så vidt angår det andet generelle spørgeskema, der blev sendt til alle de andre uafhængige producenter, der stod opført i Nederlands Omroep Handboek 1994/1995 (håndbog fra kontoret for nederlandsksprogede radio- og tv-udsendelser, herefter »Handboek«).

52 Disse ikke-fortrolige sammendrag gav et vildledende billede af markedsvilkårene, da der manglede enhver angivelse af, hvilke selskaber der havde svaret, og sagsøgeren ville derfor ikke være i stand til at svare på klagepunkterne uden at kende disse selskaber.

53 Sagsøgeren har også klaget over, at indholdsfortegnelsen, der blev fremsendt sammen med de dokumenter, som parterne i fusionen har haft adgang til, hverken angav dokumenternes art eller indhold. Sagsøgeren er af den opfattelse, at de oplysninger, der fremgik af indholdsfortegnelsen, burde have givet tilstrækkeligt præcise oplysninger til, at parterne kunne afgøre, om de beskrevne dokumenter var relevante for deres forsvar.

54 Sagsøgeren har gjort gældende, at parterne ikke har haft adgang til svarene fra en uafhængig producent, IDTV, som havde modtaget et særligt spørgeskema fra Kommissionen. Desuden var der ikke blevet sendt et spørgeskema til D & D

Productions International BV, som er det nederlandske datterselskab af det belgiske produktionsselskab D & D, og heller ikke til Sleeswijk Entertainment BV, der er blevet overtaget af D & D.

55 Sagsøgeren har anført, at Kommissionen har indsamlet yderligere dokumenter, efter at parterne i fusionen havde haft adgang til akterne, og at de hverken var blevet informeret herom eller havde haft mulighed for at se disse dokumenter. Kommissionens konklusion, hvorefter offentlige tv-selskabers interne produktion hovedsageligt var beregnet til eget brug, kan kun forklares dermed, at Kommissionen har indhentet oplysninger efter høringen. Hvis det antages, at denne konklusion er baseret på oplysninger, som parterne i fusionen har leveret, hvilket er mindre sandsynligt, er den behæftet med en åbenbar indholdsmangel.

56 Sagsøgeren har desuden klaget over, at svarene blev indhentet telefonisk af Kommissionen, og at de aldrig blev forelagt parterne i fusionen. Følgelig har sagsøgeren ikke været i stand til at fremsætte sin vurdering af disse oplysninger. I øvrigt burde Kommissionen ikke have benyttet disse oplysninger, idet de under alle omstændigheder ikke kan kontrolleres. Indsamlingen af oplysninger pr. telefon strider imod de grundlæggende principper om retten til kontradiktion i konkurrencesager. Ikke alene kan disse oplysninger misforstås, men der eksisterer ingen lovtekster, der forpligter den adspurgte person til at give præcise oplysninger, i modsætning til en forespørgsel, der indeholder en tydelig advarsel om de sanktioner, som urigtige oplysninger kan medføre. I øvrigt ville en sådan indsamling åbenbart være i strid med bestemmelserne og med EF-lovgivers hensigter, og Kommissionen ville faktisk dermed afslå at anvende fællesskabsretten. De praktiske vanskeligheder, som Kommissionen er stødt på, kan ikke fritage den for sin forpligtelse til at anvende forordning nr. 4064/89.

57 Kommissionen er enig i, at principperne for aktindsigt i sager efter traktatens artikel 85 og 86 ligeledes skal finde anvendelse i sager efter forordning nr. 4064/89. Den har dog bemærket, at da beslutninger om fusioner er undergivet meget strenge tidsfrister for at beskytte de involverede parters interesser, skal

deres konkrete anvendelse forene retten til kontradiktion med den bredere offentlige interesse i, at fusioner underkastes en effektiv undersøgelse.

58 Adgangen til sammendragene af svarene på de spørgeskemaer, der blev sendt til de uafhængige producenter, var tilstrækkelig for sagsøgeren til at bestride de indsamlede beviser, da de klart angav de udenforståendes vurdering af fusionens mulige konsekvenser. Troværdigheden af disse vurderinger påvirkes ikke af identiteten af dem, der har fremsat disse. Det væsentlige er, at de belyser de bekymringer, som aktørerne på produktionsmarkedet har, og styrken af begrundelsen, der er fremført til støtte for deres opfattelse. Sagsøgeren var altså selv i stand til at svare på enhver påstand, som en udenforstående virksomhed havde fremsat, og som sagsøgeren ikke var enig i.

59 Kommissionen har forklaret, at den skal kunne indhente sande og udtømmende udtalelser fra udenforstående virksomheder, der kan være berørt, for at kunne løse den offentlige opgave, der består i at kontrollere fusionerne. Den skal også kunne garantere, at deres kommentarer behandles fortroligt (Rettens dom af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, præmis 33, stadfæstet ved Domstolens dom af 6.4.1995, sag C-310/93, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. I, s. 865, præmis 26 og 27).

60 Den omstændighed, at man ikke havde modtaget alle svarene på de udsendte spørgeskemaer, da sagsøgeren fik adgang til akterne, formindsker ikke værdien af de beviser, som Kommissionen har støttet sig på. Flertallet af de vigtigste uafhængige producenter, som er opført i Handboek, havde svaret på det spørgeskema, som de havde fået tilsendt. De svar, som Kommissionen rådede over, da den udfærdigede meddelelsen af klagepunkter, repræsenterede synspunkterne hos de vigtigste aktører på markedet for nederlandsksprogede tv-produktioner.

61 Kommissionen har understreget, at indholdsfortegnelsen gav parterne generelle oplysninger om arten af de oplysninger, der var blevet indsamlet.

62 Kommissionen har desuden forklaret, at parterne har haft adgang til svarene, som IDTV og D & D havde afgivet, i form af ikke-fortrolige sammendrag.

63 Kommissionen har bekræftet, at den ikke har fået yderligere beviser efter den 26. juli 1995, hvor parterne gennemså akterne. Det er imidlertid korrekt, at de uafhængige producenter, der ikke havde svaret på spørgeskemaet, blev kontaktet telefonisk efter denne dato. Dette forhold blev bragt til parternes kendskab under høringerne, men de har ikke anmodet om adgang til de supplerende oplysninger, der er indsamlet på denne måde. Disse oplysninger vedrørte kun antallet af de tv-programtimer, som den adspurgte virksomhed havde produceret, samt disse programmers værdi i gylden. Eftersom kun de adspurgte virksomheder nøjagtigt kunne kende disse oplysninger, ville det ikke have givet parterne mulighed for at bestride dem, at de havde kendt dem. Følgelig er sagsøgeren ikke blevet skadet, selv om der var blevet begået en proceduremæssig fejl, hvilket Kommissionen bestrider.

64 Kommissionen har endelig forklaret, at det ville være urimeligt at anvende proceduren efter artikel 11, stk. 5, i forordning nr. 4064/89 i en sag som denne, hvori flertallet af de berørte virksomheder er meget små. Det var derfor passende, at Kommissionen supplerede de skriftlige svar, som den havde modtaget, med telefoniske undersøgelser.

*Rettens bemærkninger*

Adgangen til ikke-fortrolige sammendrag

65 Det fremgår af retspraksis, at reglerne om aktindsigt i forbindelse med konkurrencesager har til formål at give adressaterne for en meddelelse af klagepunkter mulighed for at gøre sig bekendt med bevismaterialet i Kommis-

sionens sagsakter således, at de på et relevant grundlag kan udtale sig om de konklusioner, som Kommissionen på grundlag af dette materiale har anført i meddelelsen om klagepunkter. Retten til aktindsigt er begrundet med nødvendigheden af at sikre de pågældende virksomheder mulighed for at forsvare sig effektivt imod de klagepunkter, som rettes mod dem i den nævnte meddelelse (dommen i sagen Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, a.st., præmis 38).

66 Det fremgår ligeledes af retspraksis, at adgang til visse dokumenter kan nægtes, navnlig dokumenter eller dele heraf, der indeholder andre virksomheders forretningshemmeligheder, Kommissionens interne dokumenter, oplysninger om de klagende parters identitet, hvis disse ikke ønsker denne afsløret, samt oplysninger, der fremsendes til Kommissionen med et forbehold om, at disse er at betragte som fortrolige (dommen af 1.4.1993, sag T-65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, a.st., præmis 29, stadfæstet ved Domstolens dom af 6.4.1995, sag C-310/93, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, a.st., præmis 26 og 27).

67 Retten har allerede fastslået, at virksomhedernes ret til beskyttelse af forretningshemmeligheder skal afvejes i forhold til sikkerheden for retten til kontradiktion (Rettens dom af 29.6.1995, sag T-36/91, ICI mod Kommissionen, Sml. II, s. 1847, præmis 98). Kommissionen kan således forene hensynet til de modstående interesser ved at udarbejde ikke-fortrolige versioner af de dokumenter, der indeholder forretningshemmeligheder eller andre ømtålelige oplysninger (dommen i sagen ICI mod Kommissionen, a.st., præmis 103).

68 Retten finder, at de samme principper kan finde anvendelse på aktindsigt i sager om fusioner, der undersøges inden for rammerne af forordning nr. 4064/89, selv om anvendelsen af disse principper med rimelighed kan gøres betinget af kravet om hurtighed, der generelt karakteriserer forordningen (Rettens dom af 27.11.1997, sag T-290/94, Kayserberg mod Kommissionen, Sml. II, s. 2137, præmis 113).

69 Det er i nærværende sag uomtvistet, at visse uafhængige producenter har svaret på Kommissionens spørgeskema under forudsætning af, at denne ikke afslører deres identitet over for parterne i fusionen. Det følger heraf, at man ikke kan bebrejde Kommissionen, at den har skjult virksomhedernes identitet og kun har tilsendt parterne et ikke-fortroligt sammendrag af deres svar.

70 Desuden var det nødvendigt for at respektere denne betingelse, at Kommissionen ikke afslørede identiteten af andre uafhængige producenter, der ikke havde anmodet om denne fortrolighed, inden de svarede på Kommissionens spørgeskema. Som Kommissionen har anført, gav svarene på spørgeskemaerne oplysninger om det markedssegment, hvor vedkommende er aktiv. Under disse omstændigheder kunne Kommissionen ikke udelukke muligheden for, at parterne kunne udlede identiteten af de producenter, der havde bedt om en fortrolig behandling af deres svar, hvis den afslørede identiteten af de producenter, der ikke havde bedt herom.

71 I øvrigt indeholdt svarene på spørgeskemaerne, som Kommissionen med rette har anført, alene udenforstående virksomheders vurdering af fusionens mulige virkninger. De ikke-fortrolige sammendrag angav klart indholdet af disse vurderinger. Det var derfor ikke nødvendigt at kende de pågældende virksomheders identitet for at være i stand til at bestride de fremsatte udtalelser.

72 Det følger heraf, at den omstændighed, at sagsøgeren alene har haft adgang til nogle ikke-fortrolige sammendrag af besvarelsen af spørgeskemaerne, som blev sendt til de uafhængige producenter, ikke udgør en tilsidesættelse af dennes ret til kontradiktion.

Udformningen af indholdsfortegnelsen

73 Retten er af den opfattelse, at udformningen af den af Kommissionen udarbejdede indholdsfortegnelse svarer til den, som Retten allerede har godkendt i den ovennævnte dom af 1. april 1993, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, præmis 29-33, og som Domstolen tiltrådte i appelsagen (dom af 6.4.1995, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, a.st.).

74 Det er i sagen ubestridt, at dokumenterne i sagsakten, som parterne fik adgang til den 26. juli 1995, blev angivet i kronologisk rækkefølge, og at Kommissionen havde udarbejdet en sammenfattende liste over de 279 dokumenter, som udgjorde sagsakten. Denne liste, som er gengivet i stævningens bilag 16, indeholdt to registre. Først var dokumenterne ordnet efter deres type. Til dette formål havde de berørte virksomheder modtaget en klassifikation på 13 rubrikker (årsrapporter, interne noter, forespørgsler mv.). Listen indeholdt for hvert dokument eller gruppe af dokumenter angivelsen af nøgletal, der svarede til den rubrik, som dokumentet eller gruppen hørte til. Derefter præciserede listen for hvert dokument eller gruppe af dokumenter, om dette materiale var tilgængeligt for de pågældende virksomheder, delvist tilgængeligt for virksomhederne, fortroligt eller uden relevans.

75 Parterne er blevet nægtet adgang til fem typer dokumenter. Det drejer sig for det første om Kommissionens rent interne dokumenter, for det andet om visse breve, der er udvekslet med medlemsstaterne, for det tredje om nogle svar på anmodninger om oplysninger efter artikel 11 i forordning nr. 4064/89, for det fjerde om brevveksling med tredjemænd, og endelig for det femte om en eller flere undersøgelser.

76 Sagsøgeren kan ikke med føje klage over, at Kommissionen har nægtet selskabet adgang til rent interne dokumenter, som Retten allerede har fastslået ikke skulle meddeles (jf. præmis 66 ovenfor). Det samme gælder for korrespondancen, som er udvekslet med medlemsstaterne og visse tredjemænd, og som Kommissionen

med rette har kunnet nægte adgang til på grund af dens fortrolige karakter. For så vidt angår svarene på anmodninger om oplysninger, som Kommissionen har rettet til tredjemænd, har Retten allerede fastslået, at Kommissionen i denne sag ikke har krænket retten til kontradiktion ved kun at udlevere nogle ikke-fortrolige sammendrag af disse svar (se præmis 69-72 ovenfor).

77 For så vidt angår den eller de undersøgelser, som er nævnt i den sammenfattende liste, som sagsøgeren har henvist til i replikken, og som ikke er blevet udleveret til sagsøgeren, bemærkes, at Kommissionen kun har henvist til to undersøgelser i den anfægtede beslutning samt i meddelelsen af klagepunkter, der blev sendt i medfør af artikel 18 i forordning nr. 4064/89. Disse undersøgelser var henholdsvis en økonometrisk undersøgelse foretaget af KPMG Management Consulting med henblik på behandlingen af sagen og en undersøgelse med titlen *Media in Europe, Europe Media Cost Comparison 1993*, som blev foretaget af Young & Rubicam. En kopi af den første undersøgelse blev sendt til parterne, og en kopi af den anden lå i sagen, som parterne havde adgang til den 26. juli 1995. Kommissionen har ikke henvist til andre undersøgelser i den anfægtede beslutning eller i meddelelsen af klagepunkter, og sagsøgeren er ikke fremkommet med andre konkrete oplysninger, hvorefter disse dokumenter kunne være baseret på oplysninger, der var indsamlet fra en sådan undersøgelse.

78 Det følger heraf, at den udformning af indholdsfortegnelsen over sagsakterne, som Kommissionen har valgt i denne sag, ikke indebærer en tilsidesættelse af retten til kontradiktion.

Svarene fra IDTV og Sleeswijk-D & D

79 Det bemærkes, at sagsøgeren ikke har bestridt Kommissionens anbringende om, at sagsøgeren har haft adgang til de ikke-fortrolige sammendrag af svarene fra IDTV og Sleeswijk-D & D. Klagepunktet skal derfor forkastes.

Anbringendet om indsamling af dokumenter, efter at sagsøgeren gennemså sagsakterne

80 Retten er af den opfattelse, at sagsøgeren ikke har underbygget sin påstand om, at Kommissionen har indsamlet nye dokumenter om markedet for nederlandske tv-produktioner, efter at sagsøgeren havde haft adgang til sagsakterne, og at Kommissionen ikke har meddelt sagsøgeren disse dokumenter. I stævningen har sagsøgeren særlig henvist til de tre første sætninger i beslutningens betragtning 89, der er formuleret således:

»De offentlige tv-selskabers egenproduktion produceres primært til eget brug. De udbydes undertiden på det internationale marked, men normalt ikke til andre tv-selskaber på det nederlandske marked. Der er derfor ingen direkte konkurrence mellem egenproduktion og de uafhængigt producerede programmer, der udbydes på markedet.«

81 Under retsforhandlingerne har Kommissionen imidlertid fremlagt bevis for, at disse to sætninger er gentaget i henholdsvis meddelelsen af klagepunkter og parternes svar på denne meddelelse. Meddelelsen af klagepunkter er dateret den 18. juli 1995 og ligger dermed forud for parternes gennemsyn af sagsakterne den 26. juli. Den tredje sætning er alene den logiske konklusion af de to første sætninger og indeholder ingen nye oplysninger.

82 Med hensyn til Nederlandse Vereniging van Erkende Reclame Adviesbureaus' skrivelse af 25. august 1995 til Kommissionen (den nederlandske sammenslutning af reklamebureauer, herefter »VEA«) er det unødvendigt at undersøge, om Kommissionens behandling af denne skrivelse har tilsidesat retten til kontradiktion, idet sagsøgeren har frafaldet argumentet vedrørende Kommissionens analyse af HMG's stilling på markedet for tv-reklamer (se præmis 32 overfor).

Indsamlingen af oplysninger pr. telefon

83 Det er ubestridt, at Kommissionen har sendt en skrivelse i medfør af artikel 11 i forordning nr. 4064/89 med et vedlagt spørgeskema til alle uafhængige producenter, der var opført i Handboek, og at Kommissionen efterfølgende telefonisk har kontaktet dem, der ikke havde svaret, for at få oplyst det antal tv-programtimer, som de havde produceret i løbet af 1994, samt værdien af disse programmer i gylden. Disse tal var nødvendige for Kommissionen, for at den kunne vurdere størrelsen af markedet for uafhængig tv-produktion og Endemol's markedsandel.

84 Det bemærkes, at formålet med artikel 11 i forordning nr. 4064/89 er at give Kommissionen mulighed for at indsamle alle de oplysninger, der er nødvendige for at kunne fuldføre de opgaver, som er blevet den pålagt ved denne forordning. Når Kommissionen retter en anmodning til en person, skal den angive hjemmelen for og formålet med anmodningen samt de sanktionsmuligheder, der er fastsat i tilfælde af, at der gives en urigtig oplysning. Artikel 11 kræver imidlertid ikke, at de således kontaktede virksomheder svarer skriftligt. I sagen har flertallet af de største virksomheder faktisk afgivet skriftlige svar. Under hensyn til det krav om hurtighed, der generelt karakteriserer forordning nr. 4064/89 (dommen i sagen Kayserberg mod Kommissionen, a.st., præmis 113), har Kommissionen valgt telefonisk at indhente svarene fra de virksomheder, som den havde sendt en skrivelse til i medfør af artikel 11, men som endnu ikke havde svaret. Da flertallet af de virksomheder, der blev kontaktet på denne måde, ligeledes har givet de svar, der var nødvendige for Kommissionens analyse, og dermed har opfyldt deres forpligtelse efter artikel 11 i forordning nr. 4064/89, ville det være urimeligt at benytte den formelle procedure i forordningens artikel 11, stk. 5.

85 Det følger heraf, at Kommissionen ikke har tilsidesat bestemmelserne i artikel 11 i forordning nr. 4064/89, da den — for at afrunde sine undersøgelser — telefonisk kontaktede de virksomheder, som den allerede havde sendt en skrivelse til i henhold til denne bestemmelse, og som ikke havde svaret.

86 Uanset at der ikke foreligger en tilsidesættelse af forordning nr. 4064/89's bestemmelser, og i det omfang det ikke er bestridt mellem parterne, at de telefonisk indsamlede oplysninger ikke som sådan er blevet forelagt for sagsøgeren, bør det stadig undersøges, om Kommissionen ved at handle således har tilsidesat retten til kontradiktion i den ovenfor (i præmis 65) citerede retspraksis' forstand.

87 Ifølge retspraksis er det tilstrækkeligt til at fastslå, at der foreligger tilsidesættelse af retten til kontradiktion, at den manglende meddelelse af de omhandlede dokumenter har kunnet påvirke procedurens forløb og beslutningens indhold til skade for sagsøgeren (dommen i sagen ICI mod Kommissionen, a.st., præmis 78).

88 Det bemærkes i denne henseende, at en tilsidesættelse af retten til kontradiktion skal undersøges ud fra de specielle omstændigheder i hvert enkelt tilfælde (dommen i sagen ICI mod Kommissionen, a.st., præmis 70).

89 Retten bemærker for det første, at de telefonisk indsamlede oplysninger er blevet brugt af Kommissionen til at beregne Endemol's markedsandel på markedet for uafhængig nederlandsksproget tv-produktion, som den vurderede til »tydeligt mere end 50%«. Dette samlede tal blev meddelt sagsøgeren under høringen den 8. august 1995. Kommissionen har ligeledes beregnet markedsandelene for de ti vigtigste øvrige producenter på markedet ud fra disse oplysninger. Kommissionen havde allerede i den meddelelse, der blev sendt til Endemol den 18. juli 1995 i henhold til artikel 18 i forordning nr. 4064/89, og under parternes adgang til sagsakterne den 26. juli 1995, tilkendegivet over for Endemol, at den vurderede, at selskabet havde en markedsandel på ca. 60%. Samtidig havde Kommissionen tillige meddelt et første skøn over de andre fem vigtigste producenters markedsandele. Endemol har dermed haft mulighed for at fremsætte sine kommentarer til disse vurderinger skriftligt i parternes bemærkninger, der blev indleveret den 4. august 1995, og at diskutere de af Kommissionen reviderede procentsatser under selve høringen.

90 For det andet er det ubestridt, at de pågældende oplysninger, som blev udleveret af de enkelte virksomheder, alene vedrørte antallet af tv-programtimer, som de havde produceret som uafhængige producenter i 1994, og disse programmers værdi. Således kunne alene de adspurgte virksomheder nøjagtigt kende disse. Heraf følger, at selv om Kommissionen havde afsløret disse oplysninger, som i øvrigt var fortrolige, ville Endemol ikke have kunnet bestride dem.

91 Det følger af det foranstående, at Kommissionen ikke har tilsidesat sagsøgerens ret til kontradiktion ved ikke at meddele oplysningerne i den form, hvori de enkelte producenter havde udleveret dem.

3. *Tredje anbringende om væsentlige formelle mangler*

*Parternes argumenter*

92 Sagsøgeren har gjort gældende, at adskillige nye og vigtige faktiske og retlige forhold kom frem under høringen den 8. august 1995. Heraf kan det udledes, at Det Rådgivende Udvalg og samtlige medlemmer af Kommissionen ikke har kunnet have fuldstændigt kendskab til sagens væsentlige faktiske omstændigheder, eftersom de ikke havde modtaget rapporten, der indeholdt referatet af høringen. Den omstændighed, at høringen er blevet optaget på bånd, afhjælper på ingen måde denne væsentlige formelle mangel, der bør føre til annullation af den anfægtede beslutning.

93 Kommissionen har heroverfor i det væsentlige anført, at den ikke er forpligtet til at udarbejde et officielt referat af høringer i sager vedrørende forordning nr. 4064/89, og at det i øvrigt ikke kunne have haft indflydelse på procedurens resultat, at et sådan referat ikke blev udleveret til Det Rådgivende Udvalg eller til Kommissionens medlemmer.

*Rettens bemærkninger*

94 Det fremgår klart af bestemmelserne i artikel 15, stk. 5, i forordning nr. 3384/94, at Kommissionen under en formel høring kun er forpligtet til at føre hver enkelt persons udtalelser til protokols. På den anden side er Kommissionen ikke forpligtet til at udarbejde et referat af en sådan høring til forskel fra den procedure, der er fastsat i artikel 9, stk. 4, i forordning nr. 99/63, hvori det er bestemt, at det væsentlige indhold af de af hver enkelt person fremsatte udtalelser »føres til protokols. Protokollatet oplæses for og godkendes af den pågældende«.

95 Det følger ligeledes heraf, at sagsøgeren ikke kan gøre gældende, at et sådant referat skulle have været sendt til medlemmerne af Kommissionen eller af Det Rådgivende Udvalg inden vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

96 Dette anbringende må derfor forkastes som værende grundløst.

4. *Det fjerde anbringende om en tilsidesættelse af artikel 2 og artikel 3, stk. 1 og 3, i forordning nr. 4064/89*

97 Med sit fjerde anbringende har sagsøgeren bestridt rigtigheden af den konklusion, som Kommissionen har draget, og hvorefter sagsøgerens andel af kapitalen i HMG styrkede selskabets dominerende stilling på det nederlandske marked for uafhængig nederlandsk tv-produktion. Sagsøgeren har i denne henseende fremført to hovedklagepunkter. For det første har sagsøgeren ikke en dominerende stilling på det relevante marked. For det andet styrker selskabets deltagelse i fusionen ikke dets stilling på det nævnte marked.

*Sagsøgerens dominerende stilling*

98 Sagsøgeren har gjort gældende, dels at Kommissionen har defineret det relevante marked for uafhængig nederlandsksproget tv-produktion forkert, og dels at sagsøgeren ikke kan anses for at have en dominerende stilling på dette marked, selv om man skulle acceptere den snævre definition af det relevante marked, som Kommissionen har lagt til grund.

Fejlagtig definition af det relevante marked

— Parternes argumenter

99 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen har defineret det relevante marked forkert, idet den har antaget, at markedet for uafhængig nederlandsksproget tv-produktion ikke er det samme marked som markedet for offentlige tv-selskabers egenproduktion. De tre grunde, Kommissionen har fremført til støtte for denne konklusion, nemlig at de offentlige tv-selskaber producerer andre typer programmer end Endemol's, at offentlige tv-selskabers produktion hovedsageligt er beregnet til eget brug, og at de offentlige tv-selskaber ikke har mulighed for frit at vælge selv at producere et program eller at bestille et sådant hos en uafhængig producent, er fejlagtige.

100 For det første har Kommissionen med urette antaget, at de offentlige tv-selskaber producerer programmer, der er forskellige fra sagsøgerens. De producerer underholdningsprogrammer, der kan sammenlignes med sagsøgerens, som selv producerer spilleprogrammer, talk-shows og blandede underholdnings- og oplysningsprogrammer. I 1994 udgjorde de store underholdningsudsendelser kun 35% af sagsøgerens produktion målt i værdi og 16,7% målt i producerede timer.

101 For det andet er de offentlige tv-selskabers produktion ikke hovedsageligt beregnet til eget brug, og sagsøgeren har i denne henseende nærmere anført, at disse selskaber har udbudt 345 programmer på det internationale marked via Nederlandse Omroepprogramma Stichting's salgskontorer (NOS er et organ, der leverer administrative tjenester til offentlige radio- og tv-selskaber). Sagsøgerens katalog for dette marked indeholder kun et udbud på 80 programmer.

102 For det tredje er det forkert, når det hævdes, at et offentligt tv-selskab ikke har et frit valg mellem at producere et program selv eller at bestille et program hos en uafhængig producent. Visse selskaber har meget store interne produktionsafdelinger, hvorimod andre råder over meget mere beskedne ressourcer. Kommissionens argument, hvorefter de offentlige tv-selskaber på grund af deres betydelige investeringer er bundet til at producere deres egne programmer, er følgelig ikke i overensstemmelse med den faktiske beskrivelse af markedet, som Kommissionen har fremlagt. Desuden vil et tv-selskab have lettere ved at vælge mellem intern og ekstern produktion, hvis det har tilstrækkeligt med personale og materiel til et betydeligt antal produktioner.

103 Kommissionen har for det første gjort gældende, at offentlige tv-kanaler har en klar tendens til at købe dyre underholdningsprogrammer af andre og selv producere dels programmer, der hører sammen med deres rolle som offentlige tv-selskaber, dels udfyldende, billige programmer. Sagsøgeren står meget stærkere på området for store underholdningsudsendelser. Mens sagsøgeren kun producerer 13,3% af den samlede varighed af udsendelser, der udsendes i Nederlandene, svarer selskabets produktion til 17,8% målt i værdi. Følgelig koster sagsøgerens produktion 42% mere pr. time i forhold til resten af markedet, hvilket klart viser, at dennes »production mix« er en helt anden.

104 For det andet har Kommissionen bemærket, at de interne produktioner ikke sælges, i det mindste ikke i Nederlandene. Selv om NOS udbyder 345 programmer produceret af de offentlige tv-selskaber på det internationale marked, har de internationale salg ingen indvirkning på det nederlandske marked.

105 For det tredje har Kommissionen gjort gældende, at muligheden for en »make or buy«-beslutning i det store og hele er illusorisk. Hvis et offentligt tv-selskab har foretaget betydelige investeringer i interne produktionsinstallationer, udgør disse installationer en betydelig omkostning, hvoraf en stor del vil være faste. Der er derfor på kort sigt ikke andet valg end at benytte disse installationer i videst muligt omfang. Da de tv-selskaber, som ikke råder over interne produktionsinstallationer, ikke står over for en sådan beslutning, kan de vanskeligt anses for at udøve indflydelse på markedet for uafhængig produktion.

— Rettens bemærkninger

106 Inden Kommissionens definition af det pågældende marked undersøges, skal det bemærkes, at de materielle bestemmelser i forordning nr. 4064/89, navnlig dens artikel 2, tillægger Kommissionen et skøn, herunder for så vidt angår økonomiske vurderinger. Følgelig skal Fællesskabets retsinstansers kontrol af udøvelsen af dette skøn, som er væsentligt som led i reglerne om fusioner, foretages under hensyntagen til den skønsmargen, som er knyttet til de bestemmelser med økonomiske aspekter, der indgår i regelsættet om fusioner (Domstolens dom af 31.3.1998, forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1375, præmis 223 og 224).

107 Retten er af den opfattelse, at den definition af markedet, som Kommissionen har foretaget i den foreliggende sag, er korrekt, for så vidt som Kommissionen har konkluderet, at den uafhængige produktion af nederlandske tv-programmer ikke er det samme marked som markedet for offentlige tv-selskabers egenproduktion.

108 For det første er programmerne, der er produceret af uafhængige producenter, kun delvis substituerbare med programmer, der er produceret af offentlige tv-selskaber. Offentlige tv-selskaber producerer således for det meste programmer, der hører sammen med deres rolle som offentligt tv-selskab, og udfyldende, billige programmer. På den anden side er det ikke blevet bestridt, at sagsøgeren, der er langt den vigtigste uafhængige producent i Nederlandene, står meget stærkere på

området for store underholdningsudsendelser end de offentlige tv-selskaber, idet denne type udsendelser udgør 35% af sagsøgerens produktion. Ifølge de af Kommissionen fremlagte tal, som sagsøgeren ikke har bestridt, er dennes omkostninger pr. produktionstime 42% højere end resten af markedets omkostninger, hvilket klart viser, at sagsøgerens programmer har en anden profil.

109 For det andet har det ingen indvirkning på det nederlandske marked, at visse programmer, der er produceret af offentlige tv-selskaber, sælges på det internationale marked. For så vidt angår det nederlandske marked har sagsøgeren anerkendt, at offentlige tv-selskabers interne produktion hovedsageligt er til eget brug. Der eksisterer derfor ikke en direkte konkurrence mellem offentlige tv-selskabers interne produktion, hvis programmer i princippet ikke udbydes til andre tv-selskaber på det nederlandske marked, og programmer produceret af uafhængige producenter, som udbydes på dette marked.

110 For det tredje finder Retten, at Kommissionen med rimelighed har kunnet konkludere, at et offentligt tv-selskab ikke i almindelighed har mulighed for at vælge mellem at producere et program selv og at bestille det hos en uafhængig producent.

111 For det første har sagsøgeren ikke tilbagevist Kommissionens argument, hvorefter offentlige tv-selskaber, som har omfattende interne produktionsaktiviteter, har foretaget betydelige investeringer til dette formål. De har navnlig ansat det nødvendige produktionspersonale, som udgør en stor del af et programs kostpris. Under disse omstændigheder har Kommissionen med rimelighed kunnet fastslå, at selv om de offentlige tv-selskaber besluttede at øge antallet af bestillinger hos uafhængige producenter væsentligt på bekostning af deres interne produktion, må de stadig bære omkostningerne til deres interne produktionskapacitet uden at forrente de foretagne investeringer i form af producerede programmer. En sådan politik ville ikke ud fra et kommercielt synspunkt være mulig på lang sigt.

112 For det andet svækkes Kommissionens argument, hvorefter offentlige tv-selskaber er tvunget til selv at producere deres programmer på grund af deres betydelige investeringer, ikke af den omstændighed, at visse tv-selskaber kun har meget beskedne produktionsafdelinger, fordi det er indlysende, at sådanne tv-selskaber dermed er nødsaget til at bestille programmer hos uafhængige producenter, idet de ikke selv har produktionsmulighederne.

Anbringendet om, at Endemol ikke har en dominerende stilling på det relevante marked

— Parternes argumenter

113 Sagsøgeren har gjort gældende, at selv om man antager Kommissionens snævre definition af markedet, kan sagsøgeren ikke anses for at have en dominerende stilling på dette marked. Faktisk er der 97 producenter på markedet i Nederlandene. Kun 29 har svaret skriftligt på Kommissionens spørgeskema, og de oplysninger, som de øvrige telefonisk har meddelt, er ikke troværdige. Kommissionen har dermed beregnet sagsøgerens markedsandel på basis af ufuldstændige beviser.

114 Kommissionen har på grundlag af den omstændighed, at sagsøgeren ikke kendte til de producenter, der ikke var opført i Handboek — hvori var anført navnene på 85 uafhængige producenter, herunder sagsøgeren selv — antaget, at de var så små, at de ikke havde nogen betydning for markedsanalysen.

115 Kommissionen har mindet om, at meget store markedsandele anses for at være et særdeles vigtigt element, når man skal bestemme en virksomheds dominerende stilling. En virksomhed, der gennem en lang periode uændret har en stor markedsandel, kan blive en tvungen partner, således at man under sådanne omstændigheder allerede på grundlag af markedsandelen kan antage, at der

foreligger en dominerende stilling. Sagsøgeren havde i denne sag en markedsandel på over 50% og var langt den største erhvervsdrivende på markedet.

116 Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at andre faktorer, som Kommissionen har lagt til grund for antagelsen om, at sagsøgeren har en dominerende stilling på det relevante marked, er fejlagtige.

117 For det første er det ikke korrekt, at sagsøgeren har privilegeret adgang til udenlandske formater, som så tilpasses det nederlandske publikum. Sagsøgeren har kun produceret 38 programmer baseret på udenlandske formater i gennem de sidste tre år, og ikke mere end 60, som Kommissionen har hævdet. Kommissionen har tilsyneladende støttet sig på visse subjektive svar fra konkurrenterne, som ikke er troværdige, da disse ikke nøjagtigt kunne vide, hvilke formater sagsøgeren er i besiddelse af.

118 I øvrigt var 45 af de 143 programmer, som sagsøgeren producerede i 1994, ikke baseret på et format. Desuden tilhørte flere af de populære formater, som sagsøgeren benyttede, tv-selskaber. Det er ikke korrekt, at sagsøgeren ejer de mest populære nederlandske formater.

119 Kommissionen mener i tilstrækkeligt omfang at have påvist, at sagsøgeren ejede et stort antal af de mest populære nederlandske formater og havde en privilegeret adgang til udenlandske formater. Ved konstateringen om, at sagsøgeren havde en privilegeret adgang til disse formater, har Kommissionen simpelthen henholdt sig til opfattelsen blandt et stort antal af selskabets konkurrenter, hvorefter sagsøgeren havde en stærk stilling, navnlig fordi den rådede over et økonomisk grundlag, der gjorde det muligt at erhverve programmer ved indgåelse af »output deals« (kontrakter med et tv-selskab for en bestemt mængde programmer). Sagsøgeren producerede i sæsonen 1993/1994 halvdelen af de mest populære underholdningsprogrammer, der ikke var sport.

120 For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at det ikke er korrekt, at denne har indgået kontrakter med et stort antal tv-værter og stjerner, der er blandt de mest populære i nederlandsk tv.

121 Desuden udgør sagsøgerens tilstedeværelse på teaterområdet ikke et vigtigt element for tv-personlighederne, idet ingen af dem i praksis drager fordel af denne mulighed. Det er ligeledes uden betydning, at sagsøgeren har sit eget stjernebureau. Selskabet har alene et bureau, der tager sig af begivenhedskalenderne, og som ikke har nogen beføjelser til at indgå engagementskontrakter med disse stjerner.

122 Kommissionen har heroverfor anført, at den på grundlag af de betænkeligheder, som de andre erhvervsdrivende på produktionsmarkedet havde givet udtryk for, konkluderede, at sagsøgeren havde indgået aftaler, ofte eksklusivaftaler, med et stort antal tv-værter og stjerner, herunder de mest populære i nederlandsk tv. Den omstændighed, at disse personer kun i ringe grad har benyttet mulighederne for at optræde andre steder end på tv, har næppe betydning, fordi tilstedeværelsen af disse muligheder kan få dem til at vælge at arbejde med sagsøgeren fremfor med et andet selskab, hvorved sagsøgerens stilling styrkes. Under alle omstændigheder har Kommissionen aldrig været af den opfattelse, at det drejede sig om et særlig vigtigt element ved bestemmelsen af sagsøgerens dominerende stilling.

123 For det tredje har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen fejlagtigt er gået ud fra, at indtægterne fra andre lande kan styrke sagsøgerens stilling i Nederlandene. Disse ressourcer benyttes først og fremmest til at udvikle datterselskaberne i de pågældende lande.

124 Kommissionen har gjort gældende, at de vidtspændende aktiviteter, som sagsøgeren har udviklet uden for Nederlandene, styrker dennes dominerende stilling på det nederlandske marked. Datterselskaberne giver sagsøgeren en privilegeret adgang til det internationale marked og forøger hele koncernens ressourcer, idet de finansierer store produktioner eller er afgørende for, hvilke fremtidige investeringer der kan vise sig at være de mest indbringende. Dette fremgår især

af den omstændighed, at sagsøgeren er den største leverandør til RTL Tyskland, som selv er Tysklands største kommercielle tv-kanal.

125 For det fjerde har sagsøgeren gjort gældende, at visse faktiske forhold, som denne havde fremført, men som Kommissionen har set bort fra, beviser, at sagsøgeren ikke har en dominerende stilling. For det første er sagsøgeren ikke i stand til at trænge de nuværende konkurrenter ud eller forhindre, at nye kommer ind, idet adskillige selskaber er kommet ind på det nederlandske produktionsmarked i løbet af de seneste år. For det andet står selskabets kunder ikke i et afhængighedsforhold til det, hvilket de offentlige tv-selskabers boykot, som sagsøgeren har været genstand for siden dannelsen af HMG, beviser. Disse har givet afkald på tre meget populære programmer. For det tredje har Kommissionen ikke taget tilstrækkeligt hensyn til den fremtidige vækst på markedet for tv-produktion og til den omstændighed, at denne vækst ikke kommer sagsøgeren til gode. Den nye private kanal, SBS, har således ikke indgået en produktionsaftale med sagsøgeren. Kindernet, som er en anden ny kanal, vil konkurrere direkte med RTL 4, og Euro 7, som er en tredje kanal, har ikke skullet bestille produktioner hos sagsøgeren i 1995.

126 Kommissionen har understreget, at de virksomheder, som det er lykkedes at etablere sig på det nederlandske marked igennem de seneste år, har haft behov for en partner, der er etableret der. D & D har indgået partnerskab med Sleeswijk, som allerede var en stor nederlandsk producent. Grundy har etableret sig på det nederlandske marked via et joint venture med sagsøgeren. Det er derfor klart, at selv de store internationale koncerner ikke kan trænge ind på det nederlandske marked uden støtte fra selskaber, der allerede er etableret på dette marked.

127 Kommissionen har yderligere anført, at hvis udviklingen på det nederlandske tv-marked skulle vise en stigende efterspørgsel fra alle tv-kanaler, vil den største stigning i efterspørgslen efter al sandsynlighed stamme fra den ekstra programlægning for Veronica. Da sagsøgeren er Veronica's hovedleverandør og desuden kan drage fordel af en produktionsaftale og en strukturel forbindelse via den fælles kontrol, som sagsøgeren udøver sammen med RTL over HMG, er det vanskeligt at forestille sig, at den største del af Veronica's ekstra programlægning ikke vil blive leveret af sagsøgeren. Desuden vil Veronica's efterspørgsel — som

det økonomisk stærkeste tv-selskab — efter al sandsynlighed yderligere omfatte dyre fiktions- og underholdningsprogrammer, som sagsøgeren har specialiseret sig i. På den anden side har de tre nye private tv-kanaler mere beskedne budgetter, og deres produktionsbehov vil derfor være relativt ubetydelige.

128 Endelig har Kommissionen anført, at den har påvist, at offentlige tv-selskabers indtægter vil falde i fremtiden, hvilket gør det usandsynligt, at der vil ske en stigning i køb af dyre programmer. Det er urigtigt, at de offentlige tv-selskabers interne produktionskapacitet vil kunne have en væsentlig konkurrencemæssig indvirkning på markedet for uafhængig produktion.

— Rettens bemærkninger

129 Først må den metode, som Kommissionen har benyttet til at beregne sagsøgerens markedsandel på det nederlandske marked for uafhængige nederlandsksprogede tv-produktioner, undersøges.

130 For det første finder Retten, at Kommissionen med rette har beregnet de forskellige producenters markedsandele ud fra programmernes værdi og ikke ud fra produktionens omfang i timer. Sagsøgeren har faktisk ikke bestridt resultaterne af Kommissionens undersøgelse, som klart har vist, at værdien af tv-produktioner spænder fra 30 000 NLG til 300 000 NLG i timen. Under disse omstændigheder er det den rigtige fremgangsmåde at beregne markedsandelene på basis af værdi og ikke volumen.

131 For det andet finder Retten, at Kommissionens beregning af Endemol's markedsandel er rimelig. Det fremgår af de skriftlige svar, som Kommissionen har fremlagt for Retten, at Kommissionen havde sendt spørgeskemaer til 84 uafhængige producenter, og ikke kun til 75, således som det var angivet i de skriftlige indlæg. Disse 84 producenter var alle de producenter, som var nævnt i Handboek, med undtagelse af sagsøgeren. Ifølge de notater, der blev udarbejdet

under undersøgelsen af sagen, har Kommissionen modtaget skriftlige oplysninger fra 29 producenter, som bl.a. vedrørte antallet af tv-programtimer, som var blevet produceret i 1994, samt disse programmers værdi i gylden. Kommissionen har ligeledes modtaget telefoniske oplysninger fra 37 andre producenter om disse to spørgsmål. Kommissionen har dermed modtaget svar fra 78% af de 84 producenter. Herefter har den anslået den omtrentlige værdi af de timer, som de 18 andre producenter — som den ikke havde nogen oplysninger om — havde produceret, på grundlag af oplysninger fra andre producenter med et lignende antal ansatte. Endelig har Kommissionen taget de oplysninger, som sagsøgeren har meddelt, i betragtning med henblik på at beregne størrelsen af det samlede marked og sagsøgerens markedsandel.

132 Det må derfor fastslås, at Kommissionen ikke har begået en fejl ved i den anfægtede beslutning at angive, at Endemol's markedsandel »tydeligt [var] mere end 50%«.

133 I øvrigt har Kommissionen som svar på et af Rettens skriftlige spørgsmål forklaret, at selv om den burde have medregnet en anslået værdi af de programmer, som en af de 29 producenter, der havde svaret skriftligt, men som ikke havde givet de nødvendige taloplysninger, havde produceret, ville dette ikke have ændret ved vurderingen af Endemol's markedsandel, som altid havde været klart over 50%.

134 Herefter skal det undersøges, om Kommissionen med rette har kunnet fastslå, at Endemol havde en dominerende stilling på det pågældende marked. Retten bemærker i denne henseende, at ifølge fast retspraksis kan en særlig stor markedsandel i sig selv udgøre et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling, især når de andre selskaber på markedet kun har markedsandele, der er langt mindre (jf. Domstolens dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 41, og af 3.7.1991, sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359, præmis 60, samt Rettens dom af 12.12.1991, sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen, Sml. II, s. 1439, præmis 91 og 92).

135 Det bemærkes, at Kommissionen på grundlag af sine undersøgelser har konstateret, at den næststørste producent havde en markedsandel på 5-10%, at fire andre producenter hver havde en markedsandel på 2-5%, og at de fem andre største producenter hver havde en markedsandel på 1-2%, samt at resten af producenterne hver havde en markedsandel på mindre end 1%. Under disse omstændigheder finder Retten, at Kommissionens konklusion, hvorefter sagsøgeren havde en dominerende stilling på det pågældende marked, ikke er behæftet med et åbenbart urigtigt skøn.

136 I øvrigt har Kommissionen henvist til andre fordele, der gav Endemol en stilling, der var klart bedre end konkurrenternes. Retten vil i det følgende undersøge hvert af disse forhold.

137 For det første finder Retten for så vidt angår sagsøgerens privilegerede adgang til udenlandske formater, at selskabet ikke har tilbagevist Kommissionens påstand, hvorefter det befinder sig i en stærk stilling på grund af dets økonomiske grundlag, som gør det muligt for det at indgå »output deals«. Som Kommissionen forklarede under retsmødet, er det lettere for en producent at skaffe sig de nødvendige formater, når denne allerede har underskrevet en kontrakt med et tv-selskab for et vis mængde programmer. Dette gælder, i modsætning til hvad sagsøgeren har hævdet, selv om det i kontrakten i princippet ikke er fastsat, hvilket indhold programmerne skal have. Det afgørende er, at selskabet allerede har en kontrakt med et tv-selskab, som garanterer det muligheden for at producere et vist antal programtimer.

138 For så vidt angår formaterne i almindelighed har sagsøgeren ikke bestridt, at denne i sæsonen 1993/1994 producerede halvdelen af de mest populære underholdningsprogrammer, der ikke var sport, og at 24 af disse 28 programmer var baseret på et format. Under disse omstændigheder svækkes Kommissionens konklusioner ikke af det forhold, at en tredjedel af de programmer, som sagsøgeren producerede i 1994, ikke var baseret på et format, og heller ikke af det forhold, at andre populære formater ifølge sagsøgeren tilhørte tv-selskaber og ikke sagsøgeren selv.

139 Kommissionen har ligeledes med rette anført, at sagsøgeren havde produceret mere end 60 programmer baseret på udenlandske formater i løbet af de seneste tre år forud for fusionen, hvilket fremgår af den liste, som sagsøgeren selv har fremlagt for Kommissionen som bilag til svaret af 14. juli 1995 på Kommissionens anmodning om oplysninger forespørgsel af 7. juni 1995, og som findes som bilag 11 til stævningen. Det fremgår af denne liste, at tallet 38 programmer, som sagsøgeren har nævnt, henviser til antallet af udenlandske formater, der er blevet benyttet i denne periode, og ikke til antallet af programmer, der er baseret på disse formater.

140 Retten finder i øvrigt, at Kommissionen ikke kunne se bort fra opfattelsen blandt andre producenter, tv-selskaber og andre private tv-kanaler, ifølge hvilke sagsøgeren var i besiddelse af et stort antal af de mest populære nederlandske formater og havde en fortrinsadgang til udenlandske formater.

141 For det andet er sagsøgerens konstatering af, at et stort antal tv-personligheder enten er tilknyttet tv-selskaber i henhold til en kontrakt eller står til rådighed for enhver interesseret, ikke tilstrækkelig til at tilbagevise Kommissionens skøn, hvorefter sagsøgeren har indgået kontrakter med et stort antal af de mest populære tv-værter og stjerner i nederlandsk tv. For så vidt angår disse personers muligheder for at optræde andre steder end på tv, og den omstændighed, at sagsøgeren har sit eget stjernebureau, kan det ikke udelukkes, at disse elementer, selv om de ikke er vigtige for bestemmelsen af sagsøgerens dominerende stilling, hvilket Kommissionen har erkendt, i et vist omfang vil kunne styrke sagsøgerens stilling på markedet.

142 For det tredje finder Retten for så vidt angår aktiviteterne uden for Nederlandene, at sagsøgeren ikke har tilbagevist Kommissionens antagelse, hvorefter de vidtspændende aktiviteter, som sagsøgeren har udviklet uden for Nederlandene, kan styrke dennes dominerende stilling på det nederlandske marked, idet sagsøgerens datterselskaber giver denne en privilegeret adgang til det internationale marked og bidrager til hele koncernens ressourcer.

143 For det fjerde finder Retten, at de andre faktiske omstændigheder, som sagsøgeren har fremført, ikke understøtter sagsøgerens påstand. Selv om det er korrekt, at andre selskaber er trængt ind på det nederlandske produktionsmarked i årene forud for fusionen, har sagsøgeren ikke tilbagevist, at disse nye selskaber har haft behov for en partner, der er etableret der, i det mindste i begyndelsen. For så vidt angår den boykot, som visse offentlige tv-selskaber hævdes at have ført over for sagsøgeren, bemærkes det, som sagsøgeren selv har konstateret, at denne har leveret 88,2% af sin produktion i 1994 til kanalerne Veronica, RTL 4 og RTL 5, og at det derfor ikke er urimeligt, at Kommissionen fandt, at en sådan boykot kun var af mindre betydning.

144 Sagsøgeren har heller ikke bevist, hvorfor Kommissionen med urette skulle have anset Kindernet og Euro 7 for at være tv-kanaler med et meget beskedent budget, idet Kindernet hovedsageligt henvender sig til børn i dagtimerne, og Euro 7 er en informations- og dokumentationskanal, og at deres produktionsbehov målt i værdi er relativt beskedent. Desuden er de programmer, som sagsøgeren producerer, ikke interessante for Euro 7. Sagsøgeren har i øvrigt ikke bestridt, at budgettet alene for Veronica's programmer var næsten tre gange så stort som budgettet for SBS.

145 Desuden har sagsøgeren ikke bevist, at Kommissionen fejlagtigt har antaget, at størstedelen af den ekstra efterspørgsel efter nederlandske produktioner ville komme fra Veronica, som da ville have behov for programmer til yderligere fire og en halv dags sendetid, mens de offentlige tv-selskaber kun skulle fylde yderligere to og en halv dags sendetid som følge af, at Veronica er ophørt som offentligt tv-selskab. Da sagsøgeren allerede på daværende tidspunkt var Veronica's hovedleverandør, har Kommissionen ligeledes med rimelighed kunnet slutte, at størstedelen af Veronica's ekstra programlægning ville blive leveret af sagsøgeren.

146 I betragtning af det ovenstående finder Retten, at Kommissionen har defineret det pågældende marked og sagsøgerens markedsandel korrekt, og at den med rette har fastslået, at sagsøgeren har en dominerende stilling på dette marked.

147 Dette argument skal derfor afvises som værende grundløst.

*Styrkelsen af sagsøgerens dominerende stilling*

148 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen fejlagtigt har konkluderet, dels at VMG og RTL i fællesskab kontrollerede HMG, og dels at sagsøgerens deltagelse i fusionen styrkede dennes stilling på det nederlandske marked for uafhængig nederlandsksproget tv-produktion.

Anbringendet om, at VMG og RTL ikke i fællesskab kontrollerer HMG

— Parternes argumenter

149 Sagsøgeren har gjort gældende, at HMG har fire organer, nemlig generalforsamlingen, repræsentantskabet, bestyrelsen og programdirektionen. Bestyrelsen skal indhente generalforsamlingens forudgående samtykke til de vigtigste kommercielle beslutninger vedrørende HMG's strategi, den treårige handlingsplan og det årlige budget, vigtige kapitalinvesteringer samt indgåelse af forpligtelser og optagelse af lån. Det »kombinerede programlægningskoncept« er ligeledes en del af denne liste, ligesom udnævnelse og afskedigelse af programdirektører og af generaldirektøren.

150 På generalforsamlingen har VMG og RTL det samme antal repræsentanter. Dog er Endemol, som inden for VMG er forbundet med Veronica, minoritetsaktionær, idet VMG kun ejer 49% af kapitalen i HMG, og idet VMG og RTL ifølge

luxembourgsk ret, som HMG hører under, stemmer i forhold til deres respektive andele og ikke i forhold til antallet af repræsentanter.

151 Ifølge fusionsaftalens artikel 3, stk. 4, vil generalforsamlingen forsøge at løse problemerne ved at vedtage en fælles holdning. Hvis der ikke opnås enighed, vil spørgsmålet blive sat på dagsordenen for den næstfølgende generalforsamling, hvorunder »det relevante forslag vil kunne vedtages med simpelt flertal af stemmerne på denne generalforsamling«. Dette betyder, at RTL i praksis råder over et flertal på 51% af stemmerne på den anden generalforsamling.

152 Under henvisning til Rettens dom af 19. maj 1994 (sag T-2/93, Air France mod Kommissionen, Sml. II, s. 323), hvorunder den omstændighed, at bestyrelsens vigtige beslutninger skulle vedtages med mindst én repræsentant fra TAT SA og én fra British Airways, førte til, at det blev fastslået, at der forelå fælles kontrol, har sagsøgeren anført, at det er RTL, der udøver enekontrol, fordi ingen andre aktionærer end RTL kan blokere de vigtige beslutninger.

153 HMG's repræsentantskab, som omfatter det samme antal repræsentanter fra RTL og fra VMG, træffer afgørelser med enstemmighed, men er alene kompetent vedrørende de i fusionsaftalens artikel 3, stk. 3, anførte spørgsmål, nemlig den normale beskyttelse af mindretalsaktionærer, som intet har at gøre med HMG's programlægning.

154 Sagsøgeren har herefter konkluderet, at Kommissionen ikke har fremført noget overbevisende argument eller bevis til støtte for sin opfattelse, hvorefter sagsøgeren via den strukturelle forbindelse til HMG er i stand til at øve indflydelse på HMG's generelle strategi vedrørende programlægning og køb af programmer på en sådan måde, at sagsøgerens stilling på det pågældende marked

for uafhængige produktioner vil blive styrket (betragtning 100 til den anfægtede beslutning).

155 Sagsøgeren har yderligere anført, at eftersom selskabet kun har en minoritetspost af HMG's kapital, opfylder det ikke de betingelser, som Domstolen har fastlagt i dom af 17. november 1987 (forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, herefter »Phillip Morris«-dommen) for, at besiddelsen af en kapitalandel i en konkurrerende virksomhed kan falde ind under forbuddet i traktatens artikel 85, hvorfor fusionen ikke giver anledning til problemer for konkurrencen.

156 Kommissionen har bemærket, at den har antaget, at HMG blev kontrolleret i fællesskab af RTL og VMG, fordi de vigtigste strategiske beslutninger, som bestyrelsen træffer, skulle forhåndsgodkendes af generalforsamlingen. Selv om RTL i teorien i sidste ende kan gennemtrumfe sin vilje, er det ikke sandsynligt, at det vil gøre dette, når der henses til tidsfristen efter den procedure, der er beskrevet i artikel 3, stk. 4, i fusionsaftalen, og til, at HMG og RTL skal bevare deres gode forhold til sagsøgeren, eftersom denne er HMG's hovedleverandør af programmer ifølge produktionsaftalen. Det følger heraf, at VMG udøver afgørende indflydelse på HMG derved, at RTL og VMG i praksis må tage de vigtigste beslutninger vedrørende HMG i fællesskab. Kommissionen gør i denne henseende gældende, at sagsøgeren har misfortolket betydningen af den ovennævnte dom i sagen Air France mod Kommissionen.

157 Kommissionen har yderligere anført, at repræsentantskabet er til for at løse de problemer, der kræver alle aktionærernes tilslutning. Beslutninger om på væsentlig måde at ændre programlægningens profil, målgruppe eller formatet af en af de tre kanaler kan kun træffes ved enstemmighed. En lignende procedure er påkrævet for at ændre de almindelige kontraktvilkår for kanalernes personale. Kravet om, at sådanne ændringer kun kan foretages med enstemmighed, går videre, end det er nødvendigt for at beskytte en mindretalsaktionærs interesser, og

er derfor medvirkende til at styrke Kommissionens konklusion, hvorefter HMG er undergivet fælles kontrol.

158 Kommissionen finder i øvrigt, at Phillip Morris-dommen ikke er relevant i denne sag.

— Rettens bemærkninger

159 Ifølge artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 4064/89 opnås kontrol over en virksomhed gennem rettigheder, aftaler eller på andre måder, som enkeltvis eller tilsammen, under hensyn til alle faktiske og retlige forhold, giver mulighed for at få afgørende indflydelse på virksomhedens drift.

160 Under hensyn til de faktiske og retlige omstændigheder i sagen finder Retten, at Kommissionen med rette har konkluderet, at VMG (Veronica og Endemol) og RTL udøver en fælles kontrol med HMG.

161 Det fremgår af fusionsaftalen, at de vigtigste strategiske beslutninger skal godkendes af generalforsamlingen, inden de forelægges for bestyrelsen. Disse beslutninger omfatter navnlig HMG's strategi, den treårige handlingsplan og det årlige budget, vigtige investeringer, det »kombinerede programlægningskoncept« samt udnævnelse og afskedigelse af programdirektører og af generaldirektøren.

162 Ifølge artikel 3, stk. 4, i fusionsaftalen skal de for generalforsamlingen forelagte spørgsmål løses med enstemmighed. RTL og VMG skal derfor forsøge at nå til enighed om alle disse spørgsmål, og hvis en sådan enighed ikke kan nås, er der fastsat en frist på 15 dage, hvori RTL's og VMG's repræsentanter skal gøre alle bestræbelser på at opnå denne enighed. Det er først efter disse to faser, at en endelig beslutning kan træffes med simpelt flertal, og hvor RTL råder over et flertal på 51% af stemmerettighederne.

163 I øvrigt skal repræsentantskabet, som træffer afgørelse med enstemmighed, forhåndsgodkende visse af bestyrelsens beslutninger, hvilket går videre end det, der er nødvendigt for at beskytte en mindretalsaktionærs interesser. Således kan en beslutning, der på væsentlig måde ændrer programlægningens profil, målgruppe eller formatet af en af de tre kanaler, kun træffes med enstemmighed. Det samme gælder vedrørende en beslutning om dannelsen af en ny kanal, der skal konkurrere direkte med de tre eksisterende kanaler. Det følger heraf, at der nødvendigvis må være fuldstændig enighed mellem RTL og VMG om disse spørgsmål vedrørende HMG's strategi og vedrørende det »kombinerede programlægningskoncept«.

164 Det følger heraf, at Kommissionen i betragtning af bestemmelserne i fusionsaftalen med rimelighed har kunnet slutte, at RTL og VMG tilsammen kontrollerer HMG. Det er derfor ikke nødvendigt at behandle sagsøgerens argumenter, som støttes på RTL's påståede enekontrol eller på Phillips Morris-dommen.

Manglende styrkelse af sagsøgerens dominerende stilling på det relevante marked

— Parternes argumenter

165 Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabets andel af kapitalen i HMG ikke sætter det i stand til at udøve indflydelse på programlægningen eller HMG's køb af programmer. Sagsøgerens påståede mulighed for at forhindre andre producenters adgang til HMG hviler på en formodet fælles kontrol, men for så vidt angår RTL 4, RTL 5 og Veronica havde sagsøgeren allerede været RTL's og Veronica's hovedleverandør i fem år, og selskabets programmer har således i vidt omfang været medvirkende til at skabe RTL's og Veronica's image i denne

periode. Derfor er sagsøgerens stilling ikke blevet styrket, og konkurrencen ikke blevet hindret, ved dannelsen af HMG.

166 Kommissionen har anført, at moderselskaberne kun kunne sikre ledelsen af HMG, hvis de var enige om de vigtigste strategiske beslutninger. Det ville være usandsynligt, at sagsøgerens deltagelse alene skulle være en økonomisk investering, som ikke ville give sagsøgeren nogen fordel i form af afgørende indflydelse på HMG's aktiviteter. Kommissionens væsentligste anliggende har derfor været at forhindre, at de strukturelle forbindelser mellem sagsøgeren og HMG lukker markedet for andre producenter og styrker sagsøgerens stilling på dette marked.

— Rettens bemærkninger

167 Retten finder, at Kommissionen ikke har begået et fejlskøn ved at konkludere, at sagsøgeren ville sikre sig en bred afsætningsmulighed for sin produktion gennem den strukturelle forbindelse, som der var skabt mellem parterne i fusionen, og gennem den fælles kontrol, som sagsøgeren — i overensstemmelse med Veronica — herefter ville udøve sammen med RTL over HMG. Uden denne strukturelle forbindelse ville det have været realistisk at forudse muligheden for, at andre producenter ville levere en meget større del af HMG's behov for yderligere programmer. Ingen anden producent i Nederlandene havde den samme adgang til en sikker afsætningsmulighed for sine produktioner og mulighed for at øve indflydelse på et tv-selskabs køb af programmer. Denne konklusion kunne kun bestyrkes af ordlyden af produktionsaftalen (jf. præmis 18 ovenfor).

168 Desuden har parterne selv erklæret, at Endemol's leverandørforbindelse med RTL og med Veronica var en væsentlig faktor i skabelsen af et image for RTL 4, RTL 5

og Veronica, og at den ligeledes vil være afgørende for HMG's succes. Parterne har også indrømmet, at fusionen til dels skulle gøre det muligt for sagsøgeren at mindske den risiko, som selskabet løb ved at producere nye programformater, idet den tilsigtede at optimere indtægterne, som sagsøgeren fik fra succesformater. Kommissionen har derfor med rimelighed antaget, at sagsøgeren ville levere sine mest lovende programmer eller programmer, der allerede havde vist deres tiltrækningsevne, til HMG på bekostning af de øvrige tv-selskaber.

169 Under disse omstændigheder finder Retten, at sagsøgeren ikke har bevist, at Kommissionen har overskredet grænserne for sin skønsbeføjelse, eller at den har begået en åbenbar fejl, da den konkluderede, at fusionen havde til følge at styrke sagsøgerens dominerende stilling på det nederlandske marked for uafhængige nederlandsksprogede tv-produktioner, og at den effektive konkurrence på markedet derved blev alvorligt hæmmet.

170 Det følger heraf, at dette argument skal forkastes, og at Kommissionen følgelig skal frifindes i det hele.

## Sagens omkostninger

171 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, og da Kommissionen har nedlagt påstand om, at sagsøgeren pålægges at betale sagens omkostninger, og under henvisning til kendelsen afsagt af formanden for Fjerde Udvidede Afdeling den 7. oktober 1996, pålægges det sagsøgeren at bære sine egne omkostninger og at betale en femtedel af Kommissionens omkostninger, indtil Veronica, RTL, CLT og VNU udtrådte af sagen, og herefter alle Kommissionens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Udvidede Afdeling)

1) **Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.**

2) **Sagsøgeren bærer sine egne omkostninger og betaler en femtedel af Kommissionens omkostninger, indtil de øvrige parter udtrådte af sagen den 7. oktober 1996, og herefter alle dennes omkostninger.**

Lindh García-Valdecasas Lenaerts

Cooke Jaeger

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 28. april 1999.

H. Jung P. Lindh

Justitssekretær Afdelingsformand