YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kolmas jaosto)

30 päivänä syyskuuta 2003 *

Asiassa T-158/00,

Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland (ARD), kotipaikka Köln (Saksa), edustajinaan asianajajat P. Mailänder ja A. Bartosch, prosessiosoite Luxemburgissa,

kantajana,

vastaan

Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehenään P. Wiedner, prosessiosoite Luxemburgissa,

vastaajana,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

jota tukevat

KirchPayTV GmbH & Co. KGaA, kotipaikka Unterföring (Saksa), edustajanaan asianajaja K. Metzlaff, prosessiosoite Luxemburgissa,

ja

British Sky Broadcasting Group plc (BSkyB), kotipaikka Isleworth (Yhdistynyt kuningaskunta, edustajinaan solicitor S. Wisking ja solicitor D. Livingston, prosessiosoite Luxemburgissa,

väliintulijoina,

jossa kantaja vaatii yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta kumoamaan 21 päivänä maaliskuuta 2000 tehdyn komission päätöksen SG (2000) D/102552 (Asia COMP/JV.37), jolla yrityskeskittymä, jolla BSkyB on hankkinut yhteisen määräysvallan KirchPayTV:ssä, on julistettu yrityskeskittymien valvonnasta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 6 artiklan 1 kohdan b alakohdan nojalla yhteismarkkinoille ja Euroopan talousalueesta tehdyn sopimuksen toimintaan soveltuvaksi,

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (kolmas jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja M. Jaeger sekä tuomarit K. Lenaerts ja J. Azizi,

kirjaaja: hallintovirkamies D. Christensen,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 9.1.2002 pidetyssä suullisessa käsittelyssä esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Asiaa koskevat oikeussäännöt

1 Yrityskeskittymien valvonnasta 21 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston asetuksen (ETY) N:o 4064/89 (EYVL L 395, s. 1), sellaisena kuin se on oikaistuna (EYVL 1990, L 257, s. 13) ja sellaisena kuin se on muutettuna 30 päivänä kesäkuuta 1997 annetulla neuvoston asetuksella (EY) N:o 1310/97 (EYVL L 180, s. 1; jäljempänä asetus N:o 4064/89 tai yrityskeskittymäasetus) 1 artiklan mukaan kyseistä asetusta sovelletaan tämän artiklan 2 ja 3 kohdassa määriteltyihin yhteisönlaajuisiin keskittymiin.

2 Asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädetään, että jos komissio toteaa, että ilmoitettuun keskittymään sovelletaan asetusta, mutta vakavia epäilyjä ei kuitenkaan ole sen soveltuvuudesta yhteismarkkinoille, komissio päättää, että se ei vastusta keskittymää, ja julistaa, että keskittymä soveltuu yhteismarkkinoille (jäljempänä vaihe I).

3 Asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 1 kohdan c alakohdassa sitä vastoin säädetään, että jos komissio toteaa, että ilmoitettuun keskittymään sovelletaan tätä asetusta ja että sen soveltuvuudesta yhteismarkkinoille on vakavia epäilyjä, komissio päättää menettelyn aloittamisesta (jäljempänä vaihe II).

4 Asetuksen 6 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Jos komissio toteaa, että ilmoitettuun keskittymään ei siihen osallistuvien yritysten tekemien muutosten jälkeen enää kohdistu 1 kohdan c alakohdassa tarkoitettuja vakavia epäilyjä, se voi tehdä päätöksen, jolla se julistaa keskittymän yhteismarkkinoille soveltuvaksi 1 kohdan b alakohdan mukaisesti.

Komissio voi liittää 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettuun päätökseensä ehtoja ja velvoitteita, joiden tarkoituksena on varmistaa, että keskittymään osallistuvat yritykset noudattavat komissiolle antamiaan sitoumuksia keskittymän saattamiseksi yhteismarkkinoille soveltuvaksi."

5 Yrityskeskittymien valvonnasta annetussa neuvoston asetuksessa (ETY) N:o 4064/89 säädetyistä ilmoituksista, määräajoista ja kuulemisista 1 päivänä maaliskuuta 1998 annetun komission asetuksen (EY) N:o 447/98 (EYVL L 61, s. 1) 18 artiklan 1 kohdan mukaan "sitoumukset, joita kyseiset yritykset ehdottavat komissiolle asetuksen (ETY) N:o 4064/89 6 artiklan 2 kohdan mukaisesti ja joihin osapuolet haluavat kyseisen asetuksen 6 artiklan 1 kohdan b alakohdan nojalla tehtävän päätöksen perustuvan, on annettava komissiolle tiedoksi kolmen viikon kuluessa ilmoituksen vastaanottamisesta".

6 Komissio esittää asetuksen N:o 4064/89 ja asetuksen N:o 447/98 mukaan hyväksyttävistä korjaustoimenpiteistä antamassaan tiedonannossa (EYVL 2001, C 68, s. 3; jäljempänä korjaustoimenpiteistä annettu tiedonanto) suuntaviivat, joita se aikoo noudattaa sitoumusten osalta.

Asian taustalla olevat tosiseikat

7 Yhtiöt British Sky Broadcasting Group plc (jäljempänä BSkyB) ja Kirch Vermögensverwaltungs GmbH & Co. KG (jäljempänä KVV) ilmoittivat 22.12.1999 komissiolle suunnitellusta keskittymästä asetuksen N:o 4064/89, sellaisena kuin se on muutettuna 30.6.1997 annetulla neuvoston asetuksella N:o 1310/97 (EYVL L 180, s. 1), ja oikaistuna (EYVL 1998, L 40, s. 17; jäljempänä asetus N:o 1301/97), 4 artiklan mukaisesti. Hankkeen tarkoituksena oli, että BSkyB hankkisi KVV:n kanssa yhteisen määräysvallan yrityksessä KirchPayTV GmbH & Co KGaA (jäljempänä KirchPayTV).

8 BSkyB on brittiläinen yritys, joka harjoittaa toimintaansa media-alalla, lähinnä Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja Irlannissa satelliitin ja kaapelin välityksellä lähetettävien analogisten ja digitaalisten televisiointipalvelujen alalla sekä vähäisemmässä määrin Yhdistyneessä kuningaskunnassa maanpäällisen digitaalisen lähetystoiminnan alalla. BSkyB markkinoi omia maksullisia televisiokanaviaan joko suoraan tai kaapeli- tai antennilähetysyritysten välityksellä. Sillä on myös osuus British Interactive Broadcasting/Open -yhtiössä, joka tarjoaa vuorovaikutteisia digitaalisia televisiointipalveluja Yhdistyneessä kuningaskunnassa. BSkyB tarjoaa myös laajan valikoiman televisiolähetyksiin liittyviä palveluja.

9 Ilmoituksen antamishetkellä BSkyB ei toiminut Saksassa maksutelevision markkinoilla, vuorovaikutteisten digitaalisten televisiolähetysten markkinoilla eikä televisiointioikeuksien hankinnan markkinoilla.

10 Saksalainen yhtiö KirchPayTV oli ilmoituksen antamishetkellä KVV:n yksinomaisessa määräysvallassa, ja KVV puolestaan oli Kirch-konsernin 100-prosenttisesti omistama tytäryhtiö. Kirch on mediakonserni, joka toimii

ilmaistelevision, urheiluohjelmien ja science fiction -teosten lähetysoikeuksien kaupan, elokuvien ja televisio-ohjelmien tuotannon, yritystelevision, maksutelevision sekä maksutelevisioon liittyvien teknisten palvelujen alalla.

11 Suunnitellusta keskittymästä 22.12.1999 tehty ilmoitus julkaistiin virallisessa lehdessä 11.1.2000 (EYVL C 7, s. 5). Kantaja sai samana päivänä komissiolta tietopyynnön, jonka mukaan sen piti esittää 14.1.2000 mennessä näkemyksensä suunnitellun keskittymän vaikutuksista kilpailuun.

12 Kantaja ilmoitti komissiolle määräajassa, että suunniteltu keskittymä johtaisi sen mielestä siihen, että KirchPayTV:n määräävää asemaa maksutelevision, ohjelmien oikeuksien hankinnan ja maksutelevisioon liittyvien teknisten palvelujen tarjoamisen markkinoilla vahvistettaisiin ja että sille syntyisi määräävä asema vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoilla. Kantaja esitti myös huolensa siitä, että Kirchin ja BSkyB:n lähentyminen saattaisi vahvistaa kyseisillä markkinoilla toimivien yritysten vertikaalista yhdentymistä ja rajoittaa kilpailua jäsenvaltioiden välillä erityisesti televisio-ohjelmien hankinnan ja vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen aloilla.

13 Kantaja toimitti 21.1.2000 komissiolle asiaa koskevia lisähuomautuksia ja tarkempia selvityksiä. Se vaati komissiota kieltämään ilmoitetun keskittymän sillä perusteella, että se olisi yhteismarkkinoille soveltumaton. Toissijaisesti se esitti, että mahdolliselle keskittymän hyväksymiselle pitäisi asettaa vähimmäisvaatimuksia ja -ehtoja.

14 Kantaja toimitti komission pyynnöstä tälle 22.2.2000 päivätyllä kirjeellä esityksensä vaatimuksista, ehdoista tai julkisista sitoumuksista, joita se piti kilpailuoikeuden kannalta välttämättöminä kyseisessä keskittymämenettelyssä.

15 Se toisti käsityksensä siitä, että suunnitellun keskittymän hyväksymisen edellytykset eivät täyttäneet, ja esitti toissijaisesti useita ehdotuksia sitoumuksiksi, joita keskittymän osapuolten piti sen mielestä joka tapauksessa hyväksyä.

16 Yrityskeskittymän osapuolet esittivät komissiolle sitoumuspaketin. Komissio pyysi 29.2.2000 kantajaa esittämään huomautuksensa näistä sitoumuksista 2.3.2000 mennessä.

17 Kantaja arvosteli 2.3.2000 päivätyssä vastauksessaan ehdotettuja sitoumuksia, jotka sen mukaan eivät merkinneet muuta kuin lupausta olla käyttämättä KirchPayTV:n määräävää asemaa väärin.

18 Komissio pyysi 14.3.2000 kantajaa esittämään 15.3.2000 kello 13 mennessä huomautuksensa sitoumuspaketin ensimmäisestä muutetusta versiosta. Tämä esitti versiosta lyhyet kommentit.

19 Komissio ei ilmoittanut kantajalle sitoumuskokonaisuuden toista muutettua versiota eikä pyytänyt tältä huomautuksia siitä, mutta kantaja sai siitä 18.3.2000 tiedon kolmansien osapuolten välityksellä.

20 Komissio hyväksyi tietyin ehdoin riidanalaisen yrityskeskittymän asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 1 kohdan b alakohdan ja 6 artiklan 2 kohdan sekä Euroopan talousalueesta (ETA) tehdyn sopimuksen 57 artiklan mukaisesti 21.3.2000 tekemällään päätöksellä (jäljempänä riidanalainen päätös).

Riidanalainen päätös

21 Komissio on tutkinut riidanalaisessa päätöksessä yrityskeskittymän vaikutukset kolmiin relevantteihin markkinoihin eli maksutelevision, vuorovaikutteisten digitaalisten televisiolähetysten ja televisiointioikeuksien hankinnan markkinoihin.

1. *Maksutelevision markkinat*

22 Riidanalaisen päätöksen 23—27 perustelukappaleen mukaan maksutelevisio muodostaa ilmaistelevisiomarkkinoista eli mainonnalla rahoitetun yksityisen television ja televisiolupa- ja mainostuloilla rahoitetun julkisen television markkinoista erilliset markkinat. Komission mukaan maksutelevision markkinat ovat laajuudeltaan kansalliset.

23 Komissio toteaa riidanalaisessa päätöksessä, että KirchPayTV:llä on Premiereyhtiön välityksellä lähes monopoliasema maksutelevisioon liittyvissä palveluissa Saksassa. Se toteaa myös, että BSkyB:llä on määräävä asema maksutelevision markkinoilla Yhdistyneessä kuningaskunnassa. Komissio päättelee 51 perustelukappaleessa, että hankkeen soveltuvuuteen kohdistuu vakavia epäilyjä, koska se vahvistaa KirchPayTV:n määräävää asemaa Saksan maksutele-

vision markkinoilla. Komissio katsoo näet, että KirchPayTV kykenee BSkyB:n mukanaan tuomien taloudellisten resurssien ja tietotaidon ansiosta säilyttämään määräävän asemansa markkinoilla. Se esittää tältä osin seuraavaa:

"Rahavarojen ja tietotaidon antaminen

50. Osapuolet myöntävät itse, että KirchPayTV tarvitsee 'merkittävää resurssipanostusta' kyetäkseen kehittämään liiketoimintaansa. KirchPayTV:n tarvitsemien investointien kokonaismääräksi on arvioitu — — , ja kertyneiden tappioiden määrä on — — . Ilmoituksen mukaan KirchPayTV ei ole kuitenkaan kyennyt hankkimaan tarvitsemiaan varoja markkinoilta. Taloudellisten resurssien lisäksi BSkyB tuo mukanaan arvokasta markkinointiin ja jakeluun liittyvää tietotaitoa, jota KirchPayTV kipeästi kaipaa, kuten tietyt markkinoilla toimivat yhtiötkin ovat komissiolle todenneet.

Koska toimintakustannukset ovat näillä markkinoilla erityisen suuret, erityisesti tarve digitalisoida palvelut lähivuosien aikana, komissio epäilee vakavasti sitä, olisiko KirchPayTV kyennyt säilyttämään asemansa Saksan maksutelevision markkinoilla ilman yrityskeskittymää. Mikäli se ei esimerkiksi kykenisi uudenaikaistamaan maksutelevisioon liittyviä palvelujaan markkinoiden odotusten mukaisesti tai säilyttämään määräysvaltaansa maksutelevisioon tarvittavaan sisältöön, tämä kohentaisi huomattavasti kolmansien osapuolten mahdollisuuksia päästä markkinoille keskipitkällä aikavälillä. Kuten yrityskeskittymäasetuksen 2 artiklan 1 kohdan b alakohdassa täsmennetään, keskittymän osapuolten taloudellinen ja rahoituksellinen vahvuus ovat tekijöitä, jotka komission on otettava huomioon arvioidessaan keskittymän vaikutuksia kilpailuun. Lisäksi on huomattava, että komissio on useissa päätöksissä katsonut, että huomattavien taloudellisten resurssien lisääminen yrityskeskittymän seurauksena voi johtaa määräävän aseman syntymiseen tai vahvistumiseen."

24 Lisäksi komissio on riidanalaisen päätöksen 52—72 perustelukappaleessa tutkinut myös potentiaalisen kilpailun poistamista koskevan kysymyksen. Se on päätellyt tältä osin 54 perustelukappaleessa, että BSkyB sen enempää kuin mikään muukaan yritys ei todennäköisesti tule Saksan maksutelevision markkinoille "lyhyellä tai keskipitkällä aikavälillä". Tämä päätelmä perustuu seuraaviin neljään pääasialliseen syyhyn:

— ilmaistelevision vallitseva asema Saksassa estää maksutelevision huomattavan kehittymisen

— Kirchillä on BetaResearchin välityksellä hallussaan dekoodausinfrastruktuuri (d-box-dekooderi) ja Saksan markkinoille pääsyn valvontaan tarvittava teknologia

— BSkyB:llä ei ole käytettävissään Saksan markkinoille sopivia ohjelmia

— tulo Saksan maksutelevision markkinoille vaatii valtavaa taloudellista panostusta.

25 Komissio on siten päätellyt riidanalaisen päätöksen 70 perustelukappaleessa, että BSkyB ei ollut "lyhyellä tai keskipitkällä aikavälillä" potentiaalinen kyseisille markkinoille tulija.

2. *Vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinat*

26 Riidanalaisessa päätöksessä todetaan, että Saksassa ei ole tällä hetkellä saatavilla vuorovaikutteisia digitaalisia televisiointipalveluja. Komissio kuitenkin korostaa, että KirchPayTV on ryhtymässä toimimaan näillä markkinoilla lähitulevaisuudessa. Komissio toteaa niin ikään, että ainakin neljä muuta yritystä valmistelee markkinoille tuloa lähitulevaisuudessa, eli Bertelsmann, kantaja, UPC ja Primacom-konserni. BSkyB on ainoa yritys Euroopassa, jolla on välitöntä kokemusta vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoilta.

27 Näillä markkinoilla toimivat yhtiöt eivät pääsääntöisesti tuota tuotteita ja palveluja, joita kuluttajat tarjoaisivat ja ostaisivat. Yhtiöt tarjoavat alustan (platform), jonka välityksellä sisällönmyyjät tai -tuottajat mainostavat ja myyvät tuotteitaan ja palvelujaan. Näin ollen ensisijaisesti nämä myyjät muodostavat näiden yhtiöiden kysynnän ja samalla tulolähteen. Palveluja, joita yleensä tarjotaan vuorovaikutteisen digitaalisen television välityksellä ovat kotipankkipalvelut, kotona tehtävät ostokset sekä loma- ja matkapalvelut.

28 Vaikka komissio toteaa, että vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinat muodostavat maksutelevision markkinoista erilliset markkinat, se huomauttaa kuitenkin, että maksutelevision markkinat saattavat toimia "vipuna" eli markkinoina, joiden kautta päästään vuorovaikutteisten digitaalisten televisiontipalvelujen markkinoille. Koska maksutelevisio tarjoaa yksinoikeudella ohjelmia, yhtiöt kykenevät näet houkuttelemaan television ääreen huomattavan määrän katsojia, joiden tulot ovat keskimääräistä suuremmat. Nämä kahdet markkinat ovat erilliset, mutta toisiaan täydentävät. Maantieteelliset markkinat ovat tässäkin tapauksessa kansalliset markkinat.

29 Komissio toteaa vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen osalta, että koska Kirchillä on hallussaan Saksassa pääasiallisesti käytettävä dekoo-

dausinfrastruktuuri (d-box-dekooderi), joka on myös välttämätön vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen suorittamiseksi, sillä on jo merkittävä kilpailuetu näiden palvelujen tarjoamisessa. Komissio katsoo, että yrityskeskittymä saattaisi edistää määräävän aseman syntymistä, koska BSkyB toisi mukanaan tarvittavat taloudelliset varat ja Yhdistyneen kuningaskunnan markkinoilta hankitun tietotaidon. Komissio esittää siis myös tältä osin vakavia epäilyjä hankkeen soveltuvuudesta yhteismarkkinoille.

3. *Lähetysoikeuksien hankinnan markkinat*

30 Riidanalaisen päätöksen mukaan elokuvat ja urheilutapahtumat ovat maksutelevision kärkituotteita, ja on välttämätöntä saada immateriaalioikeudet näihin tuotteisiin, jotta valikoimassa olisi riittävän houkuttelevia ohjelmia potentiaalisten tilaajien vakuuttamiseksi siitä, että televisiolähetyksistä kannattaa maksaa.

31 Lähetysoikeuksien hankkiminen tapahtuu vielä kansallisella tasolla tai kielialueittain (tai yhteisen kielen alueella) — eli tässä tapauksessa Saksan markkinoilla tai saksankielisillä markkinoilla. Tietyt oikeudet urheilutapahtumiin hankitaan sen sijaan euroopanlaajuisesti ja myydään tämän jälkeen edelleen maittain. Saattaa siis olla olemassa erilliset maantieteelliset markkinat euroopanlaajuisille urheilutapahtumia koskeville oikeuksille. Komissio katsoo kuitenkin, että tässä tapauksessa ei ole tarpeen määritellä markkinoita täsmällisemmin.

32 Komissio on todennut riidanalaisessa päätöksessä, että Kirchillä oli määräävä asema oikeuksien hankinnan markkinoilla Saksassa (pitkäaikaisten yksinoikeussopimusten ansiosta), kun BSkyB:llä oli sitä vastoin määräävä asema näillä markkinoilla Yhdistyneessä kuningaskunnassa.

33 Komissio ei ole esittänyt epäilyjä televisiointioikeuksien hankinnan markkinoista. Se pitää epätodennäköisenä erityisesti KirchPayTV:n ja BSkyB:n suorittamien hankintojen kasaantumista.

4. *Sitoumukset*

34 Komissio katsoi, että osapuolten ehdottamat sitoumukset olivat omiaan poistamaan vakavat epäilyt suunnitellun keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille siltä osin kuin kyseessä ovat keskittymän vaikutukset maksutelevision markkinoihin ja vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoihin, ja hyväksyi suunnitellun keskittymän asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaisesti.

Oikeudenkäynti ja asianosaisten vaatimukset

35 Kantaja on nostanut nyt käsiteltävän kanteen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 13.6.2000 toimittamallaan kannekirjelmällä.

36 KirchPayTV pyysi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 29.9.2000 saapuneella hakemuksellaan lupaa saada esiintyä väliintulijana tukeakseen komission vaatimuksia. Väliintulohakemus hyväksyttiin 11.12.2000 annetulla määräyksellä.

37 BSkyB pyysi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 23.11.2000 saapuneella hakemuksellaan lupaa saada esiintyä väliintulijana tukeakseen komission vaatimuksia. Väliintulohakemus hyväksyttiin 19.2.2001 annetulla määräyksellä.

38 Kantaja vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— kumoaa asiassa COMP/JV.37 21.3.2000 tehdyn komission päätöksen ja

— velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

39 Komissio vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— jättää kanteen tutkimatta tai toissijaisesti hylkää sen perusteettomana ja

— velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

40 KirchPayTV vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— jättää kanteen tutkimatta tai toissijaisesti hylkää sen perusteettomana ja

— velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

41 BSkyB vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— jättää kanteen tutkimatta tai toissijaisesti hylkää sen perusteettomana ja

— velvoittaa kantajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, BSkyB:n kulut mukaan lukien.

Tutkittavaksi ottaminen

1. *Kantajan asiavaltuus kanteen nostamiseen*

Osapuolten lausumat

42 Kantaja väittää riidanalaisen asetuksen koskevan sitä suoraan ja erikseen EY 230 artiklan neljännessä kohdassa tarkoitetulla tavalla.

43 Komissio epäilee, koskeeko riidanalainen päätös kantajaa erikseen.

44 Se katsoo, että osallistuminen hallinnolliseen menettelyyn komission pyynnöstäkään ei voi sellaisenaan olla perusteena sille, että riidanalainen päätös koskisi yritystä erikseen etenkään silloin, kun useat muutkin yritykset ovat esittäneet näkemyksiään menettelyn aikana tai olleet komission kuultavina, kuten tässä tapauksessa. Suunnitellun keskittymän tutkiminen edellyttää jo lähtökohtaisesti säännöllistä yhteydenpitoa useiden yritysten kanssa.

45 Se vetoaa siihen, että kantaja toimii tällä hetkellä ainoastaan ilmaistelevisiomarkkinoilla, joita riidanalainen päätös ei koske. Siten velvoitteet, joihin kantaja on vedonnut ja jotka koskevat digitaalisen lähetystekniikan omaksumista koskevien tavoitteiden saavuttamista, koskevat joka tapauksessa vain näitä markkinoita.

46 Sen sijaan mikään ei anna aihetta ajatella, että kantaja aikoisi tulla maksutelevision markkinoille, joita riidanalainen päätös koskee. Sitä ei siis voida pitää edes potentiaalisena kilpailijana kyseisillä markkinoilla.

47 Sitä voitaisiin enintään pitää potentiaalisena kilpailijana vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen tulevaisuuden markkinoilla. Se olisi kuitenkin tällä perusteella vain yksi useista potentiaalisista kilpailijoista näillä tulevaisuuden markkinoilla. Tätä päätelmää ei kyseenalaista se, että se osallistuu kilpailevan teknisen alustan kehittämiseen.

48 Kantajan väitteestä, jonka mukaan riidanalainen päätös koskee sitä erikseen, koska määräävän aseman vahvistumisella maksutelevision markkinoilla on vaikutuksia siihen asemaan, joka osapuolilla on digitaalisen television teknisten palvelujen markkinoilla, ja siten tätä kautta digitaalisiin ilmaistele-

visiomarkkinoihin, komissio toteaa, että kun oikeuskäytännön mukaan se, että kyseessä on vain kilpailija ja lisäksi vielä ainoastaan potentiaalinen kilpailija riidanalaisessa päätöksessä tutkituilla markkinoilla, ei vielä sellaisenaan riitä, jotta päätöksen voitaisiin katsoa koskevan asianomaista erikseen, tämä pätee sitä suuremmalla syyllä silloin, kun kyseessä on yritys, joka toimii markkinoilla, jotka eivät ole edes päätöksen kohteena.

49 Yrityskeskittymän osapuolten antamien sitoumusten osalta komissio katsoo, että mikäli kantaja pitää itseään oikeudenhaltijana, sama pätee muihinkin kolmansiin osapuoliin, jotka aikovat vedota näihin sitoumuksiin.

50 Komissio päättelee, että kantaja on ainoastaan yksi useista yrityksistä, jotka ovat yrityskeskittymän osapuolten potentiaalisia kilpailijoita tai asiakkaita. Kantajan tilanne ei näin ollen eroa kaikkien muiden sellaisten yritysten tilanteesta, jotka ovat KirchPayTV:n (potentiaalisia) kilpailijoita tai jotka toimivat lähimarkkinoilla. Kantaja ei siten ole keskittymän osapuolina olevien yritysten ainoa kilpailija, kuten ns. Air France I -tapauksessa, jossa annettiin 19.5.1994 tuomio (asia T-2/93, Air France v. komissio, Kok. 1994, s. II-323, Kok. Ep. XV, s. II-49, 82 kohta) ja ns. Air France II -tapauksessa, jossa annettiin 24.3.1994 tuomio (asia T-3/93, Air France v. komissio, Kok. 1994, s. II-121, Kok. Ep. XV, s. II-1, 45 kohta). Toisin kuin tapauksen Air France I kantajan tilanne (82 kohta), sen tilanne ei myöskään erotu selvästi samalla alalla toimivien muiden yritysten tilanteesta, kun asiaa tarkastellaan yrityskeskittymän kannalta.

51 KirchPayTV katsoo, että riidanalainen päätös ei koske kantajaa suoraan. Se viittaa tässä yhteydessä edellä mainitussa tapauksessa Air France I annettuun tuomioon (80 kohta), ja päättelee sen perusteella, että jotta päätös voisi koskea yritystä suoraan EY 230 artiklan neljännessä kohdassa tarkoitetulla tavalla, sen on toimittava niillä markkinoilla, joita riidanalainen päätös koskee. Riidanalainen päätös vaikuttaa kantajaan ainoastaan siltä osin kuin kyseessä on sen asema digitaalisilla ilmaistelevisiomarkkinoilla, joilla se on potentiaalinen kilpailija mutta joita riidanalainen päätös ei koske.

52 KirchPayTV kiistää myös sen, että riidanalainen päätös koskisi kantajaa erikseen.

53 Se vetoaa tässä yhteydessä ensisijaisesti siihen, että pelkkä hallinnolliseen menettelyyn osallistuminen ei riitä yksilöimään kantajaa.

54 Kumoamiskanteen nostamista koskevan asiavaltuuden vaatimisen tavoitetta eli sitä, että kanteita hyväksytään ainoastaan rajallinen määrä, ei enää saavutettaisi, mikäli pelkkää osallistumista yrityskeskittymää koskevaan menettelyyn pitäisi pitää riittävänä edellytyksenä. Kun otetaan huomioon näihin menettelyihin osallistuvien suuri määrä, niiden henkilöiden määrä, joilla olisi oikeus nostaa kanne, olisi liian suuri.

55 KirchPayTV kiistää toiseksi sen, että suunnitellun yrityskeskittymän osapuolten tarjoamat sitoumukset olisivat sellaisia, että kantaja voidaan yksilöidä. Nämä sitoumukset saattavat näet hyödyttää monia kilpailijoita eivätkä pelkästään kantajaa.

56 KirchPayTV kiistää kolmanneksi sen, että kantaja voitaisiin yksilöidä sen perusteella, että se osallistuu Free Universe Network -järjestöön (jäljempänä FUN). FUN ei näet ole potentiaalinen kilpaileva tekninen alusta vaan pelkkä etujärjestö, jonka tavoitteena on määrätä tietyistä teknisistä ratkaisuista teknisten alustojen hyödyntämiseksi. Riidanalainen päätös ei siis voi koskea FUNia erikseen, koska se on pelkkä etujärjestö. Sitä suuremmalla syyllä pelkkä kantajan osallistuminen tähän järjestöön ei ole peruste päätellä, että päätös koskisi sitä erikseen.

57 KirchPayTV toteaa neljänneksi, että kantaja on julkisten lähetystoimintaa harjoittavien laitosten yhteistyöelin. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan päätös, joka vaikuttaa ryhmän yhteisiin etuihin, ei koske kyseisen ryhmän yhteisien etujen puolustamista varten perustettua yhdistystä erikseen (asia C-409/96 P, Sveriges Betodlares ja Henrikson v. komissio, tuomio 18.12.1997, Kok. 1997, s. I-7531, 45 kohta ja asia T-86/96, Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen ja Hapag-Lloyd v. komissio, tuomio 11.2.1999, Kok. 1999, s. II-179, 55 kohta ja sitä seuraavat kohdat). Tällainen yhdistys ei voi nostaa kannetta varsinkaan silloin, kun sen jäsenillä ei ole kanneoikeutta, kuten nyt käsiteltävässä asiassa.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

58 EY 230 artiklan neljännessä kohdassa määrätään, että "luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö voi — — nostaa kanteen hänelle osoitetusta päätöksestä tai päätöksestä, joka siitä huolimatta, että se on annettu asetuksena tai toiselle henkilölle osoitettuna päätöksenä, koskee ensin mainittua henkilöä suoraan ja erikseen".

59 Koska riidanalaista päätöstä ei ole osoitettu kantajalle vaan yksinomaan yrityskeskittymän osapuolille, on tutkittava, koskeeko se kantajaa suoraan ja erikseen.

60 Toisin kuin KirchPayTV väittää, ei voida kiistää, etteikö riidanalainen päätös koskisi kantajaa suoraan. Koska riidanalaisessa päätöksessä sallitaan suunnitellun yrityskeskittymän välitön toteuttaminen, sillä muutetaan välittömästi relevanttien markkinoiden tilannetta, mikä riippuu siten yksinomaan yrityskeskittymän osapuolten tahdosta (ks. em. tapauksessa Air France II annetun tuomion 80 kohta ja asia T-114/02, BaByliss v. komissio, tuomio 3.4.2003, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa, 89 kohta).

61 On siis tutkittava, koskeeko riidanalainen päätös kantajaa myös erikseen.

62 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan päätös koskee erikseen muita kuin niitä, joille se on osoitettu, ainoastaan silloin, kun tämä päätös vaikuttaa niihin niille tunnusomaisten erityispiirteiden tai sellaisen tosiasiallisen tilanteen takia, jonka perusteella ne erottuvat kaikista muista ja ne voidaan yksilöidä samalla tavalla kuin se, jolle päätös on osoitettu (asia 25/62, Plaumann v. komissio, tuomio 15.7.1963, Kok. 1963, s. 197, 223, Kok. Ep. I, s. 181 ja asia C-312/00 P, komissio v. Camar ja Tico, tuomio 10.12.2002, Kok. 2002, s. I-11355, 73 kohta ja siinä mainittu oikeuskäytäntö).

63 Tässä tapauksessa on tutkittava, ovatko kantajan osallistuminen menettelyyn ja se, miten riidanalainen päätös vaikuttaa sen asemaan markkinoilla, sellaisia seikkoja, joiden perusteella riidanalaisen päätöksen voidaan katsoa koskevan sitä erikseen EY 230 artiklassa tarkoitetulla tavalla.

64 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa ensinnäkin osallistumisesta menettelyyn, että kantaja vastaanotti komissiolta 11.1.2000 asetuksen N:o 4064/89 11 artiklan nojalla tietopyynnön, jossa komissio pyysi sitä ilmoittamaan kolmen päivän kuluessa huomautuksensa suunnitellun yrityskeskittymän vaikutuksista kilpailuun. Kantaja antoi pyydetyt tiedot 14.1.2000 päivätyllä kirjeellä.

65 Kantaja toimitti 21.1.2000 eli Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä asetuksen N:o 4064/89 4 artiklan 3 kohdan mukaisesti julkaistussa yrityskeskittymähanketta koskevassa ilmoituksessa vahvistetussa 10 päivän määräajassa komissiolle lisähuomautuksia riidanalaisen suunnitellun keskittymän vaikutuksista kyseisten markkinoiden kilpailutilanteeseen ja sen omaan tilanteeseen.

66 Kantaja toimitti 22.2.2000 työryhmän "yrityskeskittymien valvonta" pyynnöstä komissiolle jälleen erittäin yksityiskohtaisen muistion, jossa toistettiin sen huomautukset kaikista keskittymämenettelyyn liittyneistä arkaluontoisista seikoista ja esitettiin ehdot, vaatimukset tai välttämättömät sitoumukset, jotka sen mielestä piti asettaa siinä tapauksessa, että komissio päättäisi olla vastustamatta keskittymää. Samalla siinä kuitenkin todettiin, että suunniteltu keskittymä ei ollut yhteismarkkinoille soveltuva. Nämä ehdotukset koskivat relevanttien markkinoiden avaamisen edellytyksiä ja erityisesti muiden dekoodereiden kuin d-boxin käyttömahdollisuutta kaikkien televisio-ohjelmien ja kaikkien vuorovaikutteisten palvelujen yhteydessä sellaisella tavalla, joka ei ole syrjivä, muiden yhtiöiden mahdollisuuksia saada oikeudet KirchPayTV:n ohjelmiin ja sen estämistä, että Kirch-konserni voisi vaikuttaa välillisesti Deutsche Telekom AG:n kaapeloidun laajakaistainfrastruktuurin käyttöön.

67 Riidanalaista päätöstä luettaessa ilmenee, että komissio viittaa kymmenen kertaa kolmansien osapuolten esittämiin huomautuksiin (riidanalaisen päätöksen 49, 50, 53, 57, 71, 73, 75, 77, 79 ja 84 perustelukappale) ja että suurin osa huomautuksista koskee kysymyksiä, jotka kantaja on nimenomaisesti tuonut esiin komissiolle hallinnollisessa menettelyssä esittämissään muistioissa.

68 Kantaja väittää esimerkiksi 22.2.2000 päivätyssä muistiossaan, että Kirch ei yksin ollut taloudellisesti riittävän vahva, jotta se voisi itse kehittää digitaalisia palveluja, ja 14. ja 21.1.2000 päivätyissä muistioissaan, että BSkyB:llä oli vertaansa vailla oleva kokemus ja tietotaito maksutelevision markkinoinnissa ja jakelussa, ja sopimuksessa määrättiin tämän kokemuksen ja tietotaidon siirtämisestä. Komissio esittää riidanalaisen päätöksen 49 perustelukappaleessa, että tietyt kolmannet osapuolet ovat väittäneet, että yrityskeskittymä vahvistaisi KirchPayTV:n määräävää asemaa Saksan maksutelevision markkinoilla, koska se saisi merkittäviä taloudellisia varoja ja tietotaitoa. Komissio on päätellyt riidanalaisen päätöksen 50 perustelukappaleessa ja sitä seuraavissa perustelukappaleissa näiden seikkojen perusteella, että oli olemassa vakavia epäilyjä keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille.

69 Tämän jälkeen komissio toteaa riidanalaisen päätöksen 53 perustelukappaleessa, että tietyt kolmannet osapuolet ovat esittäneet, että BSkyB oli todennäköisin Saksan maksutelevision markkinoille tulija, minkä kantaja oli maininnut 14.1.2000 päivätyssä muistiossaan.

70 Samoin komissio on todennut riidanalaisen päätöksen 75 perustelukappaleessa, että KirchPayTV:n tulo vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoille saattaisi luoda sille määräävän aseman, jolloin sen d-box-teknologiasta tulisi Saksassa dekooderistandardi, kuten kantaja oli korostanut 21.1.2000 päivätyssä muistiossaan.

71 Lopuksi komissio vastaa riidanalaisen päätöksen 84 perustelukappaleessa kolmansien osapuolten väitteeseen, joka koski Kirchin ostovoimaa jälkilähetysoikeuksien hankkimisessa, minkä ongelman kantaja oli tuonut esiin 14. ja 21.1.2000 päivätyissä muistioissaan.

72 Tästä seuraa, että komissio on nojautunut riidanalaisessa päätöksessä useisiin perusteluihin, jotka kantaja oli esittänyt hallinnollisen menettelyn aikana.

73 Lisäksi komissio on pyytänyt kantajaa ilmoittamaan sille näkemyksensä mahdollisista sitoumuksista, joilla voitaisiin poistaa vakavat epäilyt, joita yrityskeskittymään kohdistui, ja kantajan ehdotukset otettiin ainakin osittain riidanalaiseen päätökseen.

74 Komissio on myös toimittanut kantajalle sitoumusten kaksi ensimmäistä versiota huomautuksia varten. Komissio on täsmentänyt tässä yhteydessä vastauksena

ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen kirjallisiin kysymyksiin, että kantajan lisäksi ainoastaan kaksi muuta yritystä, Bertelsmann AG ja Universal Studios Inc, oli saanut jäljennökset sitoumusten kahdesta ensimmäisestä versiosta, ja että Bertelsmann AG, toisin kuin kantaja, oli saanut lisäksi kolmannen eli viimeisen version.

75 Lisäksi on huomautettava, että kantajan komissiolle lähettämät kirjeet eivät ole ainoastaan yksipuolinen toimenpide, jota siltä ei olisi pyydetty, vaan että komissio on useaan kertaan pyytänyt sitä esittämään huomautuksiaan.

76 Tästä seuraa, että kantaja on osallistunut aktiivisesti menettelyyn. Vaikka pelkkä osallistuminen menettelyyn ei sellaisenaan olekaan riittävä osoitus siitä, että päätös koskee kantajaa erikseen, kuten komissio perustellusti korostaa, etenkään kun kyse on säännöllisistä yrityskeskittymistä, joiden huolellinen tutkiminen edellyttää yhteydenpitoa useisiin yrityksiin, aktiivinen osallistuminen hallinnolliseen menettelyyn on sellainen seikka, joka on otettu myös yrityskeskittymien valvonnan erityisalalla huomioon seikkana, joka yhdessä muiden erityisten olosuhteiden kanssa osoittaa, että kanteen tutkittavaksi ottamisen edellytykset ovat täyttyneet (em. asiassa BaByliss v. komissio annetun tuomion 95 kohta). Tämä pätee erityisesti tässä tapauksessa, jossa edellä kuvatuin tavoin tämä aktiivinen osallistuminen on vaikuttanut menettelyn kulkuun ja ainakin osittain riidanalaisen toimen sisältöön sekä yrityskeskittymään kohdistuvien vakavien epäilyjen määrittämisen osalta että niiden sitoumusten osalta, joita komissio pitää välttämättömänä epäilyjen poistamiseksi (ks. vastaavasti asia 169/84, Cofaz v. komissio, tuomio 28.1.1986, Kok. 1986, s. 391, Kok. Ep. VIII, s. 439, 24 ja 25 kohta).

77 Toiseksi siitä, miten keskittymä vaikuttaa kantajan asemaan markkinoilla, on muistutettava ensinnäkin, että riidanalainen yrityskeskittymä koskee maksutelevision markkinoita ja että on kiistatonta, että kantaja ei toimi kyseisillä markkinoilla. Kantaja on jopa huomauttanut 22.2.2000 päivätyssä komissiolle osoittamassaan kirjeessä, että "ARD public broadcasting stations are neither mandated nor considering to enter the PayTV market".

78 Kuitenkaan se, että kantajaa ei voida pitää KirchPayTV:n kilpailijana eikä edes potentiaalisena kilpailijana maksutelevision markkinoilla, ei välttämättä merkitse sitä, että päätös ei koskisi sitä erikseen. Vaikka ensinnäkin KirchPayTV:n toiminta keskittyykin maksutelevisioon, nämä markkinat ovat vain yhdet niistä kolmista markkinoista, joiden osalta komissio on todennut keskittymän vahvistavan Kirch-konsernin määräävää asemaa. Toiseksi samalla tavoin kuin yrityskeskittymän osapuolten potentiaaliset kilpailijat voivat olla kelpoisia nostamaan kumoamiskanteen hyväksymispäätöksestä, kun kyseessä ovat oligopolistiset markkinat (ks. vastaavasti asia T-290/94, Kaysersberg v. komissio, tuomio 27.11.1997, Kok. 1997, s. II-2137 ja em. asiassa BaByliss v. komissio annettu tuomio), jos yrityskeskittymä vahvistaa monopoliasemassa olevan yrityksen asemaa, kuten tässä tapauksessa, sellaisen yhtiön kumoamiskanne, joka toimii ainoastaan lähimarkkinoilla tai jakeluketjun aikaisemmassa tai myöhemmässä vaiheessa, voidaan tietyissä tilanteissa niin ikään tutkia.

79 Tässä tapauksessa seuraavat viisi seikkaa osoittavat vaikutuksen kantajan asemaan: ilmaistelevision ja maksutelevision välillä on tietynlainen kilpailutilanne; ilmaistelevisio ja maksutelevisio lähentyvät tulevaisuudessa toisiaan digitaalitekniikan vuoksi; yrityskeskittymä vaikuttaa vuorovaikutteisiin digitaalisiin televisiointipalveluihin; kantajan osallistuminen FUN-hankkeeseen ja jälkilähetysoikeuksien hankkiminen.

Ilmaistelevision ja maksutelevision välinen tietynlainen kilpailutilanne

80 Vaikka ilmaistelevisiomarkkinat, joilla kantaja toimii, muodostavat riidanalaisen päätöksen 23—25 perustelukappaleessa esitetyin tavoin maksutelevision markkinoista erilliset markkinat, päätöksen 56 perustelukappaleessa myönnetään kuitenkin nimenomaisesti, että näiden kaksien markkinoiden välillä on tiettyä vuorovaikutusta. Kun päätöksessä tutkitaan Saksan maksutelevision markkinoille pääsyn esteitä, siinä nimittäin todetaan, että kyseisten markkinoiden kehittyminen on hankalaa ilmaistelevision markkinavoiman vuoksi.

81 Tästä seuraa, että koska yrityskeskittymän tarkoituksena on vahvistaa Kirchin taloudellisia voimavaroja BSkyB:n antamilla resursseilla ja tietotaidolla, jotta se kykenisi kehittämään ja uudenaikaistamaan toimintaansa maksutelevision alalla, yrityskeskittymä on omiaan vaikuttamaan tietyllä tavoin ilmaistelevisiomarkkinoihin. Kantaja on toinen kahdesta julkisesta televisioyhtiöstä, jotka toimivat Saksan ilmaistelevisiomarkkinoilla, ja se on lisäksi yksi tärkeimmistä yhtiöistä kyseisillä markkinoilla. Erityisesti voidaan olettaa, että mikäli Kirch onnistuu yrityskeskittymän seurauksena saamaan uusia tilaajia, kantaja menettää katsojia ja sen mainostulot näin ollen pienenevät. Tästä seuraa, että riidanalainen päätös on tältä osin omiaan vaikuttamaan kantajaan.

Ilmaistelevision ja maksutelevision lähentyminen tulevaisuudessa digitaalitekniikan vuoksi

82 Riidanalaisen päätöksen 25 perustelukappaleessa myönnetään myös, että digitaalitekniikan myötä voidaan odottaa maksutelevision ja ilmaistelevision lähentyvän toisiaan tietyssä määrin.

83 Koska maksutelevisio on lisäksi ainoa ala, jolla digitaalitekniikkaa on tällä hetkellä voitu kehittää, KirchPayTV:n määräävä asema maksutelevision markkinoilla vaikuttaa digitaalitelevision markkinoihin.

84 Kantajan on julkisen palvelun velvoitteidensa vuoksi toteutettava tavoitteita, jotka valtio on asettanut digitaalilähetysteknologian käyttöönotolle.

85 Vaikka yrityskeskittymä toteutetaankin maksutelevision markkinoilla, se on näin ollen omiaan vaikuttamaan kantajan kilpailuasemaan digitaalisen ilmaistelevision tulevaisuuden markkinoilla Saksassa.

Yrityskeskittymän vaikutukset vuorovaikutteisiin digitaalisiin televisiointipalveluihin

86 Riidanalaisen päätöksen 30—41 ja 73—80 perustelukappaleesta ilmenee, että riidanalainen hanke on omiaan vaikuttamaan vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen tulevaisuuden markkinoihin. Komissio toteaa näet tältä osin riidanalaisen päätöksen 32, 40 ja 94 perustelukappaleessa, että maksutelevision markkinat toimivat "vipuna" kyseisten markkinoiden kehittämisessä, koska maksutelevisio tarjoaa yksinoikeudella ohjelmia, joiden ansiosta vuorovaikutteisten televisio-ohjelmien tarjoajat kykenevät houkuttelemaan huomattavan määrän hyvätuloisia katsojia. Koska yrityskeskittymän vaikutuksesta Kirchin asema maksutelevision markkinoilla vahvistuu (50 perustelukappale), se vahvistaa myös sen asemaa vuorovaikutteisten televisiointipalvelujen tulevaisuuden markkinoilla. Kantaja on 73 perustelukappaleen mukaan yksi neljästä toimijasta, jotka ovat ilmoittaneet aikomuksestaan kehittää vuorovaikutteisia palveluja lähitulevaisuudessa.

87 Lisäksi vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen lähettämiseksi tarvittavien teknisten toimintaedellytysten asentaminen vaatii huomattavia investointeja. Riidanalaisen päätöksen 75 perustelukappaleessa todetaan tältä osin, että yrityskeskittymä on omiaan vähentämään huomattavasti kolmansien osapuolten mahdollisuuksia päästä markkinoille, koska Kirchillä on sen ansiosta mahdollisuus päästä markkinoille ennen kaikkia muita yhtiöitä ja tällä tavoin lisätä markkinoille pääsyn esteitä huomattavasti vakiinnuttamalla d-boxin dekooderistandardiksi Saksassa.

88 Yrityskeskittymä on näin ollen omiaan vaikuttamaan kantajan asemaan tulevana vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoiden toimijana, koska se ensinnäkin vahvistaa potentiaalista kilpailijaa Kirchiä ja toisaalta korostaa kantajan riippuvuutta Kirchin teknologiasta, joka on välttämätön näille markkinoille pääsemiseksi.

Kantajan osallistuminen FUN-hankkeeseen

89 On kiistatonta, että digitaalisten televisiointipalvelujen tarjonta, olipa kyseessä sitten maksutelevisio, ilmaistelevisio tai vuorovaikutteinen televisio, edellyttää tiettyä teknologiaa. Tällä hetkellä ainoa teknologia, jota Saksassa käytetään digitaalisignaalien lähettämiseen kaapelin välityksellä, on BetaResearchin, Kirchin tytäryhtiön kehittämä teknologia, jota käyttää BetaDigital, toinen Kirchin ja Deutsche Telekomin tytäryhtiö, jolle BetaResearch on myöntänyt lisenssin Kirchin teknologian käyttämiseen. Kantaja on puolestaan ainoa televisioyhtiö, joka on jäsenenä FUN-järjestössä, jonka ovat perustaneet yritykset, jotka kaikki osallistuvat tavalla tai toisella (mm. antamalla salausteknologian, dekooderin, elektronisen ohjelmaoppaan jne.) toisen digitaalisen alustan kehittämiseen Saksassa. Tämä järjestö on asettanut tavoitteekseen toteuttaa vaihtoehtoinen avoin alusta eli alusta, joka ei toimi patentoidun käytönvalvontajärjestelmän avulla, toisin kuin KirchPayTV:n alusta. KirchPayTV:n määräävä asema digitaaliseen televisioon liittyvien teknisten palvelujen markkinoilla johtuu määräävästä asemasta, joka sillä on maksutelevisioon liittyvien palvelujen markkinoilla, ja se on omiaan vaikeuttamaan FUN-alustan kehittämistä. Tällä perusteella riidanalaisen yrityskeskittymän vaikutukset koskevat siten kantajaa erityisellä tavalla.

Jälkilähetysoikeuksien hankkiminen

90 Koska yrityskeskittymä vahvistaa Kirchin taloudellisia voimavaroja ja sen siteitä BSkyB:hen, joka on toinen merkittävä jälkilähetysoikeuksien hankkija, ei voida poissulkea sitä, että se vaikuttaa kantajaan näiden oikeuksien hankkijana.

91 Riidanalaisen päätöksen 81 ja 83 perustelukappaleen mukaan Kirchillä on määräävä asema Saksan ja BSkyB:llä Yhdistyneen kuningaskunnan elokuvien ja tärkeimpien urheilutapahtumien jälkilähetysoikeuksien hankinnan markkinoilla, ja BSkyB:llä on lisäksi tiettyjä jälkilähetysoikeuksia Saksassa.

92 Komissio on kylläkin päätellyt riidanalaisen päätöksen 85 perustelukappaleessa ja sitä seuraavissa perustelukappaleissa, että yrityskeskittymään ei kohdistunut vakavia epäilyjä kyseisillä markkinoilla, ja korostanut muun muassa sitä, että sillä ei luotu Kirchille määräävää asemaa tai vahvistettu sitä merkittävästi eikä aiheutettu salaisen yhteistyön vaaraa KirchPayTV:n emoyhtiöiden välille.

93 Kantaja on kuitenkin yhtäältä hallinnollisessa menettelyssä esittänyt pelkonsa siitä, että yrityskeskittymä saattaisi johtaa siihen, että elokuvien ja urheilutapahtumien oikeuksien hankintaan liittyvä kysyntä keskittyisi Saksan markkinoilla, ja yrityskeskittymän osapuolet ovat antaneet sitoumuksen, jolla pyritään korjaamaan tämä tilanne, ja kantaja on toisaalta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa sekä kiistänyt sen, että tämä sitoumus olisi riittävä, että arvostellut sitä, että komissio on tyytynyt riidanalaisessa päätöksessä kirjaamaan tämän sitoumuksen ilman että se olisi asettanut tätä yrityskeskittymän hyväksymisen välttämättömäksi edellytykseksi.

94 Näin ollen riidanalainen päätös vaikuttaa myös kantajaan, joka on yrityskeskittymän osapuolten kilpailija jälkilähetysoikeuksien hankinnan markkinoilla Saksan markkinoiden osalta.

95 Kaiken edellä esitetyn perusteella riidanalainen päätös koskee kantajaa suoraan ja erikseen, koska se on osallistunut merkittävällä tavalla hallinnolliseen menettelyyn, jonka aikana kantaja on esittänyt huomautuksia, jotka ovat osittain vaikuttaneet riidanalaisen päätöksen sisältöön ja sitoumusten luonteeseen ja koska sen asemaan digitaalisen television markkinoilla, vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoilla, digitaalisen television teknisten palvelujen markkinoilla ja jälkilähetysoikeuksien hankinnan markkinoilla on vaikutettu erityisellä tavalla, joten kanne on otettava tutkittavaksi.

2. *Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 44 artiklan 1 kohdan edellytykset*

96 Komissio vetoaa aluksi siihen, että kanne on jätettävä tutkimatta, koska siinä viitataan ilman erittelyjä hallinnollisessa menettelyssä esitettyihin perusteluihin tai ei esitetä oikeudellisia perusteita riittävän selvästi.

97 Todettakoon, että viittaaminen hallinnollisessa menettelyssä esitettyihin perusteluihin ei voi johtaa siihen, että kannetta ei voitaisi tutkia. Kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on jo todennut, koska päinvastoin "ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiana ei ole etsiä ja tunnistaa liitteistä kanneperusteita, joihin kanteen voitaisiin katsoa perustuvan, koska liitteillä on puhtaasti todistuksellinen ja täydentävä tehtävä" (asia T-84/96, Cipeke v. komissio, tuomio 7.11.1997, Kok. 1997, s. II-2081, 34 kohta), ei sitä vastoin ole tarpeen ottaa huomioon kantajan hallinnollisessa menettelyssä esittämiä perusteluja, joita ei ole toistettu kannekirjelmässä.

98 Toiseksi komissio arvioi, että kanne ei täytä työjärjestyksen 44 artiklan 1 kohdan c ja e alakohdan vaatimuksia, koska kanneperusteita ei ole perusteltu ja koska kantaja ei esitä mitään todisteita, jotka osoittaisivat sen väitteet oikeiksi. Koska nämä väitteet eivät liity itse kanteen vaan eri kanneperusteiden tutkittavaksi ottamiseen, ne käsitellään kanneperusteiden tutkimisen yhteydessä.

Asiakysymys

99 Kantaja vetoaa kanteensa tueksi viiteen kanneperusteeseen, joista ensimmäinen koskee tosiseikkojen virheellistä arviointia asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 ja 4 kohdan kannalta, toinen asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 2 kohdan rikko-

mista, kolmas sitoumusten riittämättömyyttä, neljäs menettelyvirhettä, joka johtuu asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaisen menettelyn aloittamatta jättämisestä, ja viides sitä, että kolmansien osapuolten oikeuksia osallistua menettelyyn on rajoitettu sellaisella tavalla, jota ei voida hyväksyä.

1. *Ensimmäinen kanneperuste, jonka mukaan tosiseikkoja on arvioitu virheellisesti asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 ja 4 kohdan kannalta*

Osapuolten lausumat

100 Kantaja toteaa, että komissio on päätellyt suunnitellun yrityskeskittymän vaikutuksista Saksan maksutelevision markkinoilla vallitsevaan kilpailuun riidanalaisen päätöksen 54 perustelukappaleessa päätöksen 56—70 perustelukappaleessa esitettyihin perusteluihin nojautuen, että BSkyB tai mikään muukaan yritys ei ole lyhyellä ja keskipitkällä aikavälillä KirchPayTV:n potentiaalinen kilpailija kyseisillä markkinoilla.

101 Kantaja huomauttaa, että tämä päätelmä on ristiriidassa sen toteamuksen kanssa, jonka komissio on esittänyt riidanalaisen päätöksen 50 perustelukappaleessa ja jonka mukaan sillä oli vakavia epäilyjä KirchPayTV:n kyvystä säilyttää asemansa Saksan maksutelevision markkinoilla, mikäli suunniteltu keskittymä ei toteutuisi, ja jonka mukaan edellytykset kyseisille markkinoille pääsylle saattaisivat kohentua kolmansien osapuolten kannalta merkittävästi keskipitkällä aikavälillä, mikäli KirchPayTV ei säilyttäisi asemaansa niillä.

102 Kantaja arvostelee näin ollen komissiota siitä, että tämä on arvioinut suunnitellun keskittymän vaikutukset kyseisten markkinoiden potentiaaliseen kilpailuun

siten, että se on ottanut huomioon yksinomaan päätöksentekohetkellä vallinneen tilanteen muuttumattomana eli sen, että KirchPayTV:llä on kiistaton määräävä asema, ilman että se olisi viitannut tämän aseman kehittymiseen, joka sen oman toteamuksen mukaan olisi ollut keskipitkällä aikavälillä odotettavissa ilman yrityskeskittymää.

103 Kantaja arvostelee tätä tapaa arvioida potentiaalista kilpailua, koska siinä määritetään yrityskeskittymän kohteena olevan yrityksen asema markkinoilla ja samalla tämän aseman merkitys esteenä potentiaalisten kilpailijoiden markkinoille tulolle muuttumattoman tilanteen perusteella eikä oteta huomioon tämän aseman todennäköistä tulevaa kehitystä.

104 Kantaja katsoo, että tällainen tapa tarkastella potentiaalista kilpailua merkitsee tosiseikkojen virheellistä arviointia, mikä estää yrityskeskittymän asianmukaisen arvioinnin yrityskeskittymäasetuksen 2 artiklan 3 ja 4 kohdan valossa.

105 Kantaja täsmentää, että se ei kiistä minkään niiden tosiseikkojen paikkansapitävyyttä, joita komissio on esittänyt riidanalaisen päätöksen 56—70 perustelukappaleessa tukeakseen näkemystään, jonka mukaan BSkyB:tä sen enempää kuin mitään muutakaan yritystä ei voida pitää KirchPayTV:n potentiaalisina kilpailijoina.

106 Vastaukseksi KirchPayTV:n väitteeseen, jonka mukaan komissio on tutkiessaan yrityskeskittymän vaikutuksia KirchPayTV:n ja BSkyB:n väliseen tai muiden yritysten väliseen potentiaaliseen kilpailuun ottanut huomioon keskipitkää aikaväliä koskevan ennusteen eikä siis ole nojautunut muutttumattomaan tilanteeseen, kantaja myöntää, että komissio on tehdessään tätä tutkimusta todellakin ottanut keskipitkän aikavälin näkymät osittain huomioon. Komissio on tässä tutkimuksessa kuitenkin jättänyt huomiotta sen, mitä se on itse todennut riidanalaisen päätöksen 50 perustelukappaleessa, eli että mikäli KirchPayTV ei saisi merkittävää pääomapanosta, kolmansien osapuolten edellytykset päästä Saksan

maksutelevision markkinoille saattaisivat keskipitkällä aikavälillä merkittävästi kohentua. Sen sijaan että se olisi ottanut huomioon tämän markkinoille pääsyn esteiden vähenemisen keskipitkällä aikavälillä, se on päinvastoin nojautunut siihen, että KirchPayTV:llä on tällä hetkellä määräävä asema teknologian ja ohjelmasisällön aloilla, ja päätellyt, että potentiaalista kilpailua ei ole olemassa. Vastaavasti se on arvioinut potentiaalista kilpailua muuttumattoman tilanteen perusteella.

107 Kantaja pitää paikkansapitämättöminä BSkyB:n väitteitä, joiden mukaan ilmaistelevisiomarkkinoiden suuri merkitys Saksassa olisi huomattava este potentiaalisten kilpailijoiden pääsylle kyseisen maan maksutelevision markkinoille eikä KirchPayTV:n epäonnistuminen edistäisi potentiaalisten kilpailijoiden pääsyä näille markkinoille vaan olisi päinvastoin niiden kiinnostusta vähentävä seikka, joka kuvaa näiden markkinoille pääsyn esteiden objektiivista merkitystä.

108 Nämä perustelut ovat näet täysin hypoteettisia ja näin ollen ilmeisen asiaankuulumattomia. Ainoastaan niillä oikeudellisilla näkemyksillä, joita komissio on todellisuudessa esittänyt riidanalaisessa päätöksessä, eikä niillä, joita se olisi voinut esittää, on merkitystä arvioitaessa sitä, onko komissio rikkonut yrityskeskittymäasetuksen 2 artiklan 3 kohtaa.

109 Saksan ilmaistelevisiomarkkinoiden suuri merkitys on kantajan mukaan lisäksi vain yksi neljästä komission esittämästä perustelusta, joilla se on pyrkinyt esittämään, ettei Saksan maksutelevision markkinoilla olisi potentiaalista kilpailua. Riidanalaisen päätöksen mistään perustelukappaleesta ei ilmene, että komissio olisi katsonut Saksan ilmaistelevisiomarkkinoilla olleen tältä osin erityistä merkitystä. Komissio ei ole myöskään esittänyt, että KirchPayTV:n epäonnistuminen vähentäisi potentiaalisten kilpailijoiden kiinnostusta tulla markkinoille.

110 Komissio väittää ensisijaisesti, että kanneperuste on jätettävä tutkimatta.

111 Kanneperuste on sen mielestä jätettävä tutkimatta ensinnäkin siksi, että siinä viitataan ilman erittelyjä perusteluihin, joita kantaja on esittänyt hallinnollisessa menettelyssä. Komissio viittaa tässä yhteydessä muun muassa seuraavaan kannekirjelmän sivulla 6 olevaan kohtaan: "Kannetta varten kantaja toistaa myös perustelunsa, joita se on esittänyt komissiolle ja jotka koskevat kilpailun arvioimista ja valvomista riidanalaisen yrityskeskittymän vaikutuksia vastaan."

112 Toiseksi kannekirjelmässä ei esitetä oikeudellisia perusteluja riittävän selvästi. Kantaja tyytyy esittämään useita huomautuksia esimerkiksi siitä, että komissio olisi muuttanut päätöksentekokäytäntöään, auttanut KirchPayTV:tä vahvistamaan pysyvästi määräävää asemaansa ja katsonut virheellisesti, että BSkyB ei olisi potentiaalinen kilpailija. Se ei kuitenkaan selitä, millä tavoin komission riidanalaisessa päätöksessä esittämä arviointi olisi virheellinen.

113 Toissijaisesti komissio arvioi KirchPayTV:n ja BSkyB:n tukemana, että kanneperuste on perusteeton.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

114 Komission väitteestä, jonka mukaan kanneperusteen tutkittavaksi ottamisen edellytykset eivät täyty, on todettava, että vaikka kannekirjelmä ei ole kovin selvä, siitä ilmenee kuitenkin, että kantaja esittää perusteen, joka koskee tosiseikkojen virheellistä arviointia asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 ja 4 kohdan

kannalta siltä osin kuin komissio ei ole pitänyt BSkyB:tä potentiaalisena kilpailijana. Lisäksi se seikka, että kantaja ei ole tukenut väitettään, jonka mukaan BSkyB:tä pitäisi pitää KirchPayTV:n potentiaalisena kilpailijana, kuuluu asiakysymyksen tutkimiseen. Tästä seuraa, että kanneperuste on tutkittava.

115 Kantaja väittää lähinnä, että komissio on arvioinut tosiseikkoja virheellisesti asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 kohdan kannalta, kun se on katsonut riidanalaisen päätöksen 54 perustelukappaleessa, että BSkyB sen enempää kuin mikään muukaan yritys ei todennäköisesti tulisi Saksan maksutelevision markkinoille, vaikka se oli myöntänyt riidanalaisen päätöksen 50 perustelukappaleessa, että ilman yrityskeskittymästä koituvia taloudellisia panoksia KirchPayTV ei kykenisi toteuttamaan investointeja, jotka ovat välttämättömiä, jotta se säilyttäisi tämänhetkisen määräävän asemansa kyseisillä markkinoilla. Kantaja arvostelee komissiota siitä, että tämä ei ole ottanut huomioon KirchPayTV:n heikkoa taloudellista asemaa ja että se on tehnyt virheen katsoessaan, että BSkyB:tä ei voida pitää potentiaalisena kilpailijana.

116 On todettava ensiksi, että toisin kuin kantaja väittää, 50 ja 54 perustelukappaleessa esitetyt arvioinnit eivät ole keskenään ristiriitaisia.

117 Näissä kahdessa perustelukappaleessa esitetyt arvioinnit eivät yhtäältä koske samaa ajanjaksoa. Vaikka näet kolmansien osapuolten markkinoille pääsyn edellytysten kohentumista odotetaan 50 perustelukappaleen mukaan vasta keskipitkällä aikavälillä, 54 perustelukappaleessa esitetty toteamus, jonka mukaan BSkyB sen enempää kuin mikään muukaan yritys eivät ole potentiaalisia kilpailijoita, viittaa yksinomaan lyhyestä keskipitkään aikaväliin eli lyhyempään ajanjaksoon kuin 50 perustelukappale.

118 Toisaalta riidanalaisen päätöksen 50 perustelukappale on muotoiltu hypoteettiseksi, koska komissio toteaa vain, että "mikäli [KirchPayTV] ei uudenaikaista

maksutelevisioon liittyviä palvelujaan vastaamaan markkinoiden odotuksia tai mikäli se ei kykene säilyttämään määräävää asemaansa maksutelevisioon tarvittavan sisällön osalta, tämä saattaisi huomattavasti kohentaa markkinoille pääsyn edellytyksiä".

119 Lisäksi myös riidanalaisen päätöksen 54 perustelukappaleen sanamuodosta ilmenee, että toisin kuin kantaja väittää, komissio ei ole tutkiessaan yrityskeskittymähankkeen vaikutuksia kilpailuun nojautunut muuttumattomaan tilanteeseen vaan esittänyt lyhyen tai keskipitkän aikavälin ennusteen.

120 Toiseksi on muistutettava siitä, että riidanalaisen päätöksen 54 perustelukappaleessa esitetty toteamus, jonka mukaan BSkyB sen enempää kuin mikään muukaan yritys ei ole lyhyellä tai keskipitkällä aikavälillä KirchPayTV:n potentiaalinen kilpailija Saksan maksutelevision markkinoilla, perustuu, kuten riidanalaisen päätöksen 55 perustelukappaleessa todetaan, neljään pääasialliseen perusteluun, jotka on esitetty riidanalaisen päätöksen 56—70 perustelukappaleessa, eli ilmaistelevision merkitykseen Saksassa (riidanalaisen päätöksen 56 ja 57 perustelukappale), siihen, että Kirch-konsernilla on määräysvallassaan Saksassa käytettävä dekoodausrakenne ja salauksenpurkuteknologia (riidanalaisen päätöksen 58—64 perustelukappale), siihen, että Kirch-konsernilla on hallussaan merkittäviä elokuvien ja urheilutapahtumien jälkilähetysoikeuksia, joiden vuoksi potentiaalisen kilpailijan mahdollisuus saada kyseiset ohjelmat käyttöönsä on vaikeaa (riidanalaisen päätöksen 65—67 perustelukappale), ja siihen, että on epätodennäköistä, että BSkyB tulisi lyhyellä tai keskipitkällä aikavälillä relevanteille markkinoille, koska se edellyttäisi huomattavia investointeja (riidanalaisen päätöksen 68—70 perustelukappale).

121 Kuten kantaja on vastauskirjelmässään nimenomaisesti myöntänyt, se ei kiistä yhtäkään näistä neljästä seikasta.

122 Kantaja väittää kuitenkin, että koska Kirch ei heikon taloudellisen tilanteensa vuoksi kykene toteuttamaan riittäviä investointeja ohjelmiin ja teknisiin toimin-

taedellytyksiin, markkinoille pääsyn esteet ovat vähentyneet siinä määrin, että BSkyB:tä on pidettävä potentiaalisena kilpailijana.

123 Tämä väite on hylättävä, koska kantaja ei osoita, miten Kirch-konsernin heikko taloudellinen tilanne voisi sellaisenaan ja komission esittämistä perusteluista huolimatta olla peruste päätellä, että relevanteilla markkinoilla on potentiaalista kilpailua lyhyellä tai keskipitkällä aikavälillä.

124 Tässä yhteydessä on todettava, että KirchPayTV:n heikko taloudellinen tilanne voisi vaikuttaa enintään kahteen neljästä komission huomioon ottamasta perustelusta, joilla on tuettu potentiaalisen kilpailun puuttumista koskevaa toteamusta, eli siihen, että Kirchillä on Saksassa määräysvallassaan dekoodausinfrastruktuuri ja salaustekniikka sekä pääsy ohjelmien sisältöön. Kirchin kohtaamat taloudelliset vaikeudet eivät missään tapauksessa vaikuta kahteen muuhun perusteluun, jotka koskevat Saksan ilmaistelevisiomarkkinoiden merkitystä ja huomattavien taloudellisten varojen tarvetta, vaan päinvastoin osoittavat niiden paikkansapitävyyden. Tällainen epäonnistuminen näet pikemminkin vähentäisi muiden yritysten kiinnostusta tulla näille markkinoille ja vahvistaisi KirchPayTV:n tilanteesta riippumattomien markkinoille tulon esteiden olemassaoloa ja merkitystä.

125 Siten se seikka, että ilmaistelevisiolla Saksassa olevan vahvan aseman vuoksi KirchPayTV ei onnistu ylittämään kannattavuuskynnystä siitä huolimatta, että sillä on määräävä asema toimintaedellytyksissä ja ohjelmasisällöissä ja että se on ainoa yhtiö maksutelevision markkinoilla, on omiaan vähentämään kaikkien muiden toimijoiden kiinnostusta tulla markkinoille.

126 Samoin KirchPayTV:n taloudellinen epäonnistuminen ainoastaan vahvistaisi sen väitteen paikkansapitävyyttä, jonka mukaan markkinoille pääsemiseksi edellytetään huomattavia varoja. Kantaja ei ole kiistänyt riidanalaisen päätöksen 68 ja 69 perustelukappaleeseen sisältyvän sen väitteen paikkansapitävyyttä, jonka

mukaan BSkyB:n on investoitava huomattavia summia vakiintuakseen digitaalisten televisiointipalvelujen tarjoajaksi Yhdistyneessä kuningaskunnassa ja rakentaakseen satelliitin välityksellä toimivan alustan, jotta se päihittäisi kilpailijansa, joten ei ole todennäköistä, että se löytäisi tarvittavat varat tulla uusille markkinoille, jotka ovat ensi arviolta kannattamattomat.

127 Tästä seuraa, että kantajan perustelu, jonka mukaan potentiaaliset kilpailijat tulisivat kyseisille markkinoille, mikäli KirchPayTV ei saisi uusia taloudellisia varoja yrityskeskittymän seurauksena, perustuu siihen toteennäyttämättömään lähtökohtaan, että KirchPayTV:n taloudellinen epäonnistuminen näillä markkinoilla olisi seikka, joka edistäisi potentiaalisten kilpailijoiden tuloa markkinoille.

128 Edellä esitetyn perusteella kanneperuste, jonka mukaan komissio olisi tehnyt arviointivirheen katsoessaan, että BSkyB:tä ei voitu pitää potentiaalisena kilpailijana lyhyellä tai keskipitkällä aikavälillä, on perusteeton.

129 Tämä peruste on joka tapauksessa asiaankuulumaton, koska komissio on päätellyt riidanalaisen päätöksen 51 ja 92 perustelukappaleessa, että yrityskeskittymään kohdistui vakavia epäilyjä, koska se vahvisti KirchPayTV:n määräävää asemaa Saksan maksutelevision markkinoilla BSkyB:n mukanaan tuomien taloudellisten voimavarojen vuoksi. Riidanalaisen päätöksen perustelemiseksi sen 54 perustelukappaleessa esitetty toteamus, jonka mukaan potentiaalista kilpailua ei ole lyhyellä eikä keskipitkällä aikavälillä, ei siis ole tarpeellinen, eikä se siten voisi aiheuttaa päätöksen kumoamista.

130 Lisäksi on muistutettava tässä yhteydessä siitä, että asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 2 kohdan mukaan keskittymä on julistettava yhteismarkkinoille soveltuvaksi, jollei sillä luoda tai vahvisteta sellaista määräävää asemaa, jonka seurauksena tehokas kilpailu yhteismarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla olennaisesti estyy. Tästä seuraa, että kun yrityskeskittymällä luodaan määräävä

asema tai vahvistetaan sitä, komission on kuitenkin hyväksyttävä keskittymä, mikäli sen seurauksena ei ole kilpailun olennainen estyminen (ks. vastaavasti em. tapauksessa Air France I annetun tuomion 78 ja 79 kohta; asia T-102/96, Gencor v. komissio, tuomio 25.3.1999, Kok. 1999, s. II-753, 170, 180 ja 193 kohta ja asia T-342/99, Airtours v. komissio, tuomio 6.6.2002, Kok. 2002, s. II-2585, 58 kohta).

131 Koska komissio on todennut, että hankkeeseen kohdistui vakavia epäilyjä, sen on väistämättä täytynyt arvioida, että sillä estettäisiin kilpailua merkittävällä tavalla, ja koska on kiistatonta, että KirchPayTV:llä on monopoliasema Saksan maksutelevision markkinoilla, tämä kilpailunrajoitus voi koskea ainoastaan potentiaalista kilpailua. Tästä seuraa, että huolimatta riidanalaisen päätöksen 54 perustelukappaleessa esitetystä potentiaalisen kilpailun täydellistä puuttumista koskevasta toteamuksesta on todettava, että päätös perustuu kuitenkin siihen lähtökohtaan, että potentiaalista kilpailua oli olemassa, joskin vain pitkällä aikavälillä, ja että yrityskeskittymä vaikutti tätä kilpailua estävästi, koska komissio on esittänyt vakavia epäilyjä ja vaatinut sitoumuksia.

132 Edellä esitetyn perusteella ensimmäinen kanneperuste, joka koskee tosiseikkojen virheellistä arvioimista siltä osin kuin BSkyB:tä olisi täytynyt pitää potentiaalisena kilpailijana, on hylättävä.

2. *Toinen kanneperuste, jonka mukaan asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 2 kohtaa on rikottu*

Osapuolten lausumat

133 Kantaja muistuttaa, että yrityskeskittymä on tässä tapauksessa julistettu yhteismarkkinoille soveltuvaksi yrityskeskittymäasetuksen 6 artiklan 1 kohdan

b alakohdan nojalla yrityskeskittymien valvonnan ensimmäisessä vaiheessa sen jälkeen, kun asianomaiset yritykset ovat esittäneet sitoumuksia.

134 Se korostaa, että keskittymähankkeen julistaminen yhteismarkkinoille soveltuvaksi asianomaisten yritysten yrityskeskittymien valvonnan ensimmäisessä vaiheessa antamien sitoumusten perusteella, mikä on komission vakiintunut, oikeuskirjallisuudessa voimakkaasti arvosteltu käytäntö, on vasta äskettäin saanut virallisen oikeudellisen perustan asetuksella N:o 1310/97 käyttöön otetussa uudessa yrityskeskittymäasetuksen 6 artiklan 2 kohdassa.

135 Se huomauttaa, että asetuksessa N:o 1310/97 on asetettu tähän mahdollisuuteen turvautumiselle rajoittavia ehtoja, koska kuten kyseisen asetuksen johdanto-osan 8 perustelukappaleesta ilmenee, sitä voidaan käyttää ainoastaan " — — jos kilpailuongelma on helposti tunnistettavissa ja korjattavissa — — ".

136 Se arvioi, että tämä kyseiseen mahdollisuuteen turvautumista koskeva rajoitus vastaa yrityskeskittymäasetuksen 6 artiklan 1 kohdan systematiikkaa, sillä siinä säädetään, että jos komissio toteaa, että ilmoitetun keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille on vakavia epäilyjä, se aloittaa yrityskeskittymien valvonnan toisen vaiheen. Kantajan mukaan nimenomaan niissä tapauksissa, joissa keskittymän esiin tuomat kilpailuongelmat eivät täytä asetuksen N:o 1310/97 johdanto-osan 8 perustelukappaleessa määriteltyjä edellytyksiä, komission on aloitettava valvonnan toinen vaihe.

137 Kantaja myöntää, että komissiolla on laaja harkintavalta, kun se arvioi sitä, onko kilpailuongelma "helposti tunnistettavissa ja korjattavissa", ja ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin voi valvoa tämän harkintavallan käyttöä vain rajoitetusti (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat 142/84 ja 156/84, BAT ja Reynolds v. komissio, tuomio 17.11.1987, Kok. 1987, s. 4487, Kok. Ep. IX, s. 249, 62 kohta).

138 Se toteaa, että tämän tulkinnan oikeellisuutta ei ole kyseenalaistanut komissio eikä BSkyB, vaan ainoastaan KirchPayTV, jonka perustelujen paikkansapitävyyden se kuitenkin kiistää.

139 Kantaja vastaa tässä yhteydessä KirchPayTV:n väitteeseen, jonka mukaan kantajan näkemyksessä ei oteta huomioon suhteellisuusperiaatetta eikä joutuisuusperiaatetta, ensinnäkin, että yhtäältä näitä periaatteita noudatetaan yrityskeskittymäasetuksen uudessa 6 artiklan 2 kohdassa. Asetuksen N:o 1310/97 johdanto-osan 8 perustelukappale merkitsee kuitenkin nimenomaan joutuisuusperiaatteen rajoitusta. Toisaalta KirchPayTV tekee virheen perustaessaan päätelmänsä siihen lähtökohtaan, että joka kerta kun valvonnan ensimmäisessä vaiheessa ehdotetut sitoumukset ovat riittäviä, valvonnan toisen vaiheen aloittaminen olisi suhteetonta. Kantaja näet katsoo, että ainoastaan silloin, kun esiin tullut kilpailuongelma on helposti tunnistettavissa ja korjattavissa, komissio kykenee arvioimaan jo valvonnan ensimmäisessä vaiheessa, ovatko sitoumukset omiaan hälventämään vakavat epäilyt yrityskeskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille. Mikäli komissiolla sitä vastoin olisi mahdollisuus päätellä jo valvonnan ensimmäisen vaiheen lopussa, että sen epäilyt ovat hälventyneet, vaikka asetuksen N:o 1310/97 johdanto-osan 8 perustelukappaleessa täsmennettyjä edellytyksiä ei ole noudatettu, komissio hyväksyisi näin ollen ennenaikaisesti merkittäviä sitoumuksia, joilla olisi tarkoitus ratkaista erittäin monitahoisia kilpailuongelmia, ainoastaan sen vuoksi, että asianomaiset yritykset välttyisivät valvonnan toisen vaiheen aloittamiselta.

140 Kantaja arvostelee vastauksessaan KirchPayTV:n väitteeseen, joka koskee sitä, että komissiolle ehdotettujen sitoumusten tutkimiseen annettu määräaika eli neljä viikkoa on lähes yhtä lyhyt valvonnan toisessa vaiheessa kuin valvonnan ensimmäisen vaiheen kolme viikkoa, ensinnäkin, että näissä perusteluissa ei täsmennetä sitä, millainen oikeudellinen merkitys pitää antaa asetuksen N:o 1310/97 johdanto-osan 8 perustelukappaleelle, eikä sitä, miksi tällä perustelukappaleella ei olisi oikeudellista merkitystä. Toisaalta KirchPayTV ei ota huomioon sitä, että valvonnan toisen vaiheen tutkimuksen neljän viikon määräaikaa edeltää kolmen kuukauden määräaika, joka alkaa kulua valvonnan toisen vaiheen aloittamisesta, jota puolestaan edeltää valvonnan ensimmäisen

vaiheen määräaika. Komissiolla on valvonnan toisen vaiheen kolmen ensimmäisen kuukauden aikana mahdollisuus arvioida perusteellisesti esiin tulleita kilpailuongelmia. Mikäli se sitä vastoin haluaa julistaa keskittymän yhteismarkkinoille soveltuvaksi jo valvonnan ensimmäisen vaiheen lopussa, sillä on käytettävissään kaiken kaikkiaan ainoastaan kuusi viikkoa hankkeen ilmoittamisesta lopullisen päätöksen tekemiseen.

141 Vastauksena KirchPayTV:n väitteeseen, jonka mukaan komission vihreästä kirjasta, joka koskee yrityskeskittymäasetuksen muuttamista (KOM(96) 19 lopullinen, 31.1.1996), ilmenee komission katsoneen, että kahden viikon määräaika oli riittävä valvonnan ensimmäisessä vaiheessa esitettyjen sitoumusten valvontaa varten, kantaja toteaa, että tätä (126 kohtaan sisältyvää) kappaletta on luettava yhdessä komission (123 kohdassa) esittämän väitteen kanssa ja sen valossa, sillä sen mukaan sitoumusten hyväksyminen valvonnan ensimmäisen vaiheen aikana on mahdollista vain sellaisten hankkeiden osalta, joissa kilpailuongelma on tarkoin määritelty ja hankkeen kokonaisuuteen nähden pieni tai joissa ongelma on helposti korjattavissa ja joissa sitoumusten noudattamista ei ole vaikea valvoa.

142 Kantaja katsoo, että tässä tapauksessa asetuksen N:o 1310/97 johdanto-osan 8 perustelukappaleessa ilmaistuja vaatimuksia ei ole noudatettu. Se arvioi, että tässä tapauksessa suunnitellun keskittymän esiin tuomat kilpailuongelmat eivät olleet helposti tunnistettavissa ja korjattavissa.

143 Se viittaa tämän väitteen perustelemiseksi ensisijaisesti siihen, että lähimenneisyydessä kolme muuta Kirch-konsernin yrityksiä ja Saksan maksutelevision markkinoita ja niihin liittyviä teknisiä ja hallinnollisia palveluja koskevaa keskittymähanketta on julistettu yhteismarkkinoille soveltumattomiksi: 9.11.1994 tehty komission päätös 94/922/EY (Asia IV/M.469 — MSG Media Service) (EYVL L 364, s. 1; jäljempänä MSG Media Service -päätös); 27.5.1998 tehty

komission päätös 1999/153/EY (Asia IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere) (EYVL 1999, L 53, s. 1; jäljempänä Bertelsmann/Kirch/Premiere-päätös) ja 27.5.1998 tehty komission päätös 1999/154/EY (Asia IV/M.1027 — Deutsche Telekom/BetaResearch) (EYVL 1999, L 53, s. 31; jäljempänä Deutsche Telekom/BetaResearch -päätös).

144 Se katsoo, että jo yksistään tämä seikka osoittaa, että nyt käsiteltävän asian yhteydessä näillä samoilla markkinoilla esiin tulleet kilpailuongelmat, jotka ovat sen mielestä samankaltaisia kuin kolmessa edellä mainitussa asiassa, eivät ole pieniä eivätkä helposti korjattavissa.

145 Se täsmentää, ettei se väitä, että edellä mainittujen kolmen kieltopäätöksen perustana olleet tosiseikat ja tässä tapauksessa riitautetun hyväksymispäätöksen perustana olevat tosiseikat olisivat samat. Sen mielestä vaikutukset, joita kilpailulle olisi aiheutunut, mikäli edellä mainituilla kolmella päätöksellä kielletyt keskittymät olisi hyväksytty, ovat kuitenkin samat kuin vaikutukset, joita aiheutuu riidanalaisella päätöksellä sallitusta yrityskeskittymästä.

146 Se huomauttaa, että edellä mainituissa kolmessa päätöksessä ja nyt käsiteltävässä asiassa riitautetussa päätöksessä on tullut esiin sama ongelma eli Kirch-konsernin määräävän aseman vahvistuminen maksutelevision markkinoilla ja televisiointioikeuksien hankinnan markkinoilla sekä riidanalaisessa päätöksessä ensimmäistä kertaa tutkituilla vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoilla.

147 Se huomauttaa, että tämä Kirch-konsernin määräävän aseman vahvistuminen on jopa korostunut edellä mainittujen kolmen päätöksen tekemisen jälkeen, kun KirchPayTV on ottanut haltuunsa Bertelsmann-konsernin maksutelevisiokanavan Premieren ja Canal+ SA:n, minkä lisäksi digitaalisen maksutelevisiokanavan DF1:n varallisuus on siirtynyt Premierelle.

148 Yhteinen vaikeus näissä neljässä asiassa on ollut digitaalitelevisiota koskevien teknisten ja hallinnollisten palvelujen merkityksen asianmukainen arvioiminen ja tässä yhteydessä määräysvalta, joka Kirch-konsernilla on dekoodaustekniikkaan d-box-dekooderin välityksellä.

149 Kantaja huomauttaa tässä yhteydessä, että Bertelsmann/Kirch/Premiere- (139 perustelukappale) ja Deutsche Telekom/BetaResearch -päätöksissä (64 ja 78 perustelukappale) keskittymähankkeet on julistettu yhteismarkkinoille soveltumattomiksi nimenomaan sen vuoksi, että kyseisten yritysten ehdottamat sitoumukset eivät ole olleet sellaisia, että Kirch-konsernin määräysvalta dekoodaustekniikassa olisi voitu lopettaa. Komissio on sitä vastoin omaksunut riidanalaisessa päätöksessä täysin eri näkemyksen hyväksyessään sitoumuksia, joilla ei kuitenkaan voitaisi lopettaa tätä määräysvaltaa.

150 Kantaja arvioi, että tämä täydellinen kannanmuutos merkitsee sitä, että on hyväksyttävä jompikumpi seuraavista kahdesta päätelmästä: joko se, että komissiolla oli tässä tapauksessa vaikeuksia arvioida oikein suunnitellun keskittymän esiin tuomia kilpailuongelmia, mikä merkitsisi sitä, että ne eivät ole helposti tunnistettavissa, tai se, että se on tunnistanut oikein esiin tulleet kilpailuongelmat. Tässä toisessa vaihtoehtotapauksessa se seikka, että Bertelsmann/Kirch/Premiere- ja Deutsche Telekom/BetaResearch -päätöksiin liittyneissä asioissa ehdotetut sitoumukset on hylätty, vaikka nyt käsiteltävässä asiassa ehdotetut sitoumukset hyväksyttiin siitäkin huolimatta, että ne olivat samankaltaisia, merkitsee sitä, että on pääteltävä, että vaikka näissä asioissa esiin tulleet kilpailuongelmat ovat tunnistettavissa, ne eivät voi olla helposti korjattavissa.

151 Kummassakaan tapauksessa edellytyksiä, joiden täyttyessä komissiolla on oikeus hyväksyä sitoumuksia yrityskeskittymien valvonnan ensimmäisessä vaiheessa, ei ole noudatettu.

152 Kantaja kiistää sen väitteen oikeellisuuden, jonka ovat esittäneet sekä Kirch-PayTV että BSkyB ja joka perustuu siihen, että nyt käsiteltävää päätöstä edeltävät kolme päätöstä osoittaisivat sen, että komissio on hankkinut kokemusta suunniteltujen keskittymien relevanteilla markkinoilla todennäköisesti aiheuttamien kilpailuongelmien selvittämisessä ja ratkaisemisessa, ja olisivat näin ollen kantajan perustelujen vastaisesti merkki siitä, että kilpailuongelmat voitaisiin tässä tapauksessa tunnistaa ja korjata helposti. Kantaja pohtii tässä yhteydessä, miten väliintulijat kykenevät selittämään sen, että komissio on katsonut vuonna 1998, että Kirch-konsernin määräävän aseman vahvistamista Saksan maksutelevision markkinoilla koskeva ongelma voitiin ratkaista ainoastaan siten, että kyseinen konserni luopuisi määräysvallasta, joka sillä on d-box-dekoodausjärjestelmään, ja arvioinut samanlaisissa markkinaolosuhteissa ilman muita perusteluja, että tämä ongelma voidaan korjata myös ilman tällaisia sitoumuksia.

153 Kantaja viittaa toiseksi siihen, että komission on tässä tapauksessa pitänyt ratkaista se, onko mahdollista ja, tarvittaessa, miten olisi mahdollista pitää markkinat avoimina tuleville potentiaalisille kilpailijoille ja välttää se, että muut näillä markkinoilla toimivat yhtiöt, joiden on turvauduttava monopolisoituihin palveluihin kehittääkseen omaa toimintaansa, olisivat sidottuja monopolin haltijoiden käyttäytymiseen, kun otetaan huomioon vallitseva monopolitilanne ja tulevan monopolitilanteen uhka. Se päättelee, että keskittymän mukanaan tuomat kilpailuongelmat ovat äärimmäisen monitahoisia eivätkä siis sellaisia, että ne olisivat helposti tunnistettavissa ja korjattavissa.

154 Kantaja vetoaa kolmanneksi siihen, että esiin tulevien kilpailuongelmien monitahoisuus ilmenee riidanalaisessa päätöksessä esitetyistä päätelmistäkin. Se huomauttaa tässä yhteydessä, että komissio on todennut siinä kahteen kertaan, 51 ja 80 perustelukappaleessa, että keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille on vakavia epäilyjä, koska se saattaa ensinnäkin vahvistaa Kirch-konsernin määräävää asemaa Saksan maksutelevision markkinoilla (51 perustelukappale) ja toiseksi luoda määräävän aseman ja jopa monopoliaseman vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen tulevaisuuden markkinoille (80 perustelukappale).

155 Kantaja viittaa neljänneksi asianomaisten yritysten ehdottamien sitoumusten lukumäärään, monitahoisuuteen ja äärimmäiseen ristiriitaisuuteen sekä muutoksiin, joita niihin on myöhemmin menettelyn aikana tehty.

156 Se hylkää tässä yhteydessä BSkyB:n perustelun, jonka mukaan kilpailuongelmien korjaaminen olisi sitä helpompaa, mitä useampia sitoumuksia asianomaiset yritykset antavat, ja katsoo päinvastoin, että mitä useampia sitoumuksia asianomaisten yritysten on ehdotettava kilpailuongelmien korjaamiseksi, sitä vaikeampaa ja monimutkaisempaa niiden korjaaminen on.

157 Kantaja kiistää vielä BSkyB:n sen perustelun paikkansapitävyyden, jonka mukaan se, että kantaja on menettelyn aikana esittämissään huomautuksissa ehdottanut sitoumuksia, joilla voitaisiin hälventää vakavat epäilyt keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille, olisi osoitus siitä, että esiin tulleet kilpailuongelmat olisi helppo korjata. Kantaja on näet ensinnäkin esittänyt ehdotuksensa vain toissijaisesti ja sen vuoksi, että komissio on nimenomaisesti pyytänyt sitä, kun se on huomautuksissaan päinvastoin ennen kaikkea esittänyt hyvin yksityiskohtaisesti syyt, joiden vuoksi se on katsonut, että yrityskeskittymä pitäisi välttämättä julistaa yhteismarkkinoille soveltumattomaksi. Toisaalta BSkyB:n perustelu perustuu siihen lähtökohtaan, että aina kun keskittymän esiin tuomat kilpailuongelmat kyetään ratkaisemaan sitoumuksilla, tämä merkitse välttämättä sitä, että nämä ongelmat ovat helposti korjattavissa. Tämä lähtökohta on ilmeisen virheellinen. Mikäli se näet olisi perusteltu, valvonnan ensimmäisessä vaiheessa esitetyt sitoumukset olisi välttämättä hyväksyttävä saman vaiheen aikana, jos ne ylipäänsä hyväksyttäisiin, koska tuolloin olisi suhteellisuusperiaatteen vastaista aloittaa valvonnan toista vaihetta.

158 Komissio katsoo, että tämä kanneperuste on jätettävä tutkimatta, koska kantaja ei esitä oikeudellisia perusteluja riittävän selvästi. Perustetta ei ole missään tapauksessa perusteltu, vaan siinä viitataan epämääräisesti yrityskeskittymien valvontaa koskevaan käytäntöön.

159 Komissio ja väliintulijat väittävät, että väite on jätettävä tutkimatta ja että se on joka tapauksessa perusteeton.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

160 Komission väitteestä, jonka mukaan kanneperuste olisi jätettävä tutkimatta, koska kantaja ei esitä perustelujaan riittävän selvästi, kun se tyytyy viittamaan epämääräisesti yrityskeskittymien valvontaa koskevaan käytäntöön täysin perusteluitta, on todettava, että vaikka kannekirjelmä ei olekaan kovin selvä, siitä ilmenee kuitenkin, että kantaja esittää asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 2 kohdan rikkomista koskevan kanneperusteen. Lisäksi se seikka, että kantaja ei ole perustellut riittävästi väitettään, kuuluu asiakysymyksen eikä tutkittavaksi koskemisen edellytysten tutkimukseen.

161 Kantaja väittää lähinnä, että komissio ei olisi saanut hyväksyä keskittymää tutkimusmenettelyn ensimmäisessä vaiheessa sitoumusten perusteella, koska kilpailuongelmat eivät olleet helposti tunnistettavissa ja korjattavissa.

162 Tässä yhteydessä on aluksi muistutettava siitä, että asetuksen N:o 4064/89 alkuperäiseen versioon ei sisältynyt nimenomaista säännöstä siitä, että komissio voisi hyväksyä sitoumuksia ensimmäisessä vaiheessa, sillä 8 artiklan 2 kohdassa säädettiin ainoastaan toisen vaiheen osalta siitä, että komissio voi julistaa keskittymän yhteismarkkinoille soveltuvaksi, kun osapuolten vakavat epäilyt voidaan hälventää niiden ehdottamilla sitoumuksilla. Ensimmäisen vaiheen päätöksiä koskevassa 6 artiklan 2 kohdassa ei ollut vastaavaa säännöstä, mikä ilmeisesti merkitsi sitä, että jos komissio katsoi, että yrityskeskittymään kohdistuu vakavia epäilyjä, sillä ei ollut muuta mahdollisuutta kuin aloittaa toinen

vaihe. Kun otetaan huomioon suhteellisuus- ja joutuisuusperiaatteet, jotka ovat ominaisia yrityskeskittymien valvontamenettelylle, komissio on kuitenkin käytännössä hyväksynyt useita keskittymiä jo ensimmäisessä vaiheessa, mikäli osapuolten ehdottamat sitoumukset ovat olleet sellaisia, että kilpailuongelmat on kyetty korjaamaan niiden avulla.

163 Yrityskeskittymäasetusta on muutettu asetuksella N:o 1310/97 tarkoituksena muun muassa ottaa käyttöön säännös, jossa säädetään nimenomaisesti komission mahdollisuudesta hyväksyä yrityskeskittymä ensimmäisessä vaiheessa osapuolten ehdottamien sitoumusten perusteella. Asetuksen N:o 1310/97 johdanto-osan 8 perustelukappaleen sanamuoto on seuraava: "komissio voi julistaa keskittymän yhteismarkkinoille soveltuvaksi menetelmäksi toisessa vaiheessa sen jälkeen, kun osapuolet ovat tehneet kilpailuongelman kannalta asianmukaisia sitoumuksia, joilla ongelma korjataan kokonaan; lisäksi on aiheellista hyväksyä tällaiset sitoumukset menettelyn ensimmäisessä vaiheessa, jos kilpailuongelma on helposti tunnistettavissa ja korjattavissa." Yrityskeskittymäasetuksen 6 artiklan 2 kohdassa, sellaisena kuin se on muutettuna asetuksella N:o 1310/97, todetaan komission suorittaman tutkimuksen ensimmäisestä vaiheesta, että "jos komissio toteaa, että ilmoitettuun keskittymään ei siihen osallistuvien yritysten tekemien muutosten jälkeen enää kohdistu 1 kohdan c alakohdassa tarkoitettuja vakavia epäilyjä, se voi tehdä päätöksen, jolla se julistaa keskittymän yhteismarkkinoille soveltuvaksi 1 kohdan b alakohdan mukaisesti".

164 Tästä seuraa, että nyt käsiteltävä kanneperuste herättää kaksi kysymystä. Ensimmäinen kysymys koskee sitä, sallitaanko 6 artiklan 2 kohdassa, kuten kantaja väittää, sitoumusten hyväksyminen ensimmäisessä vaiheessa vain silloin kun kilpailuongelma on helposti tunnistettavissa ja korjattavissa asetuksen N:o 1310/97 johdanto-osan 8 perustelukappaleen mukaisesti, vai voidaanko nämä sitoumukset hyväksyä jo ensimmäisessä vaiheessa samalla tavoin kuin toisessa vaiheessa, kuten komissio väittää, vaikka ongelma ei olisi helposti tunnistettavissa tai korjattavissa, kun niiden perusteella voidaan päätellä, että keskittymä ei herätä enää vakavia epäilyjä. Toinen kysymys liittyy sitä vastoin tosiseikkojen oikeudelliseen luonnehdintaan ja siihen, voidaanko riidanalaisen suunnitellun keskittymän aiheuttamaa kilpailuongelmaa pitää helposti tunnistettavana ja korjattavana.

165 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin arvioi, että toinen kysymys on tutkittava ensin.

166 Kantaja vetoaa kannekirjelmässä tämän perusteensa tueksi vain siihen, että komissio on viitannut vakaviin epäilyihin ja että se on aikaisemmin kieltänyt kolme yrityskeskittymää relevanteilla markkinoilla.

167 Tämä väite, joka perustuu siihen, että komissio on todennut, että keskittymän soveltuvuudesta yhteimarkkinoille oli vakavia epäilyjä, on selvästi täysin perusteeton. Osapuolia näet kehotetaan ehdottamaan sitoumuksia epäilyjen poistamiseksi vain silloin kun komissio arvioi, että sen tutkittavana olevaan keskittymään kohdistuu vakavia epäilyjä. Lähtökohtaisesti sitoumusten tarkoituksena on aina poistaa vakavat epäilyt ja saattaa suunniteltu keskittymä yhteismarkkinoille soveltuvaksi. Tästä seuraa, että se, että komissio on viitannut vakaviin epäilyihin, ei millään tavoin osoita sitä, että tässä tapauksessa esiin tulleet kilpailuongelmat eivät olisi helposti tunnistettavissa tai korjattavissa.

168 Kantajan väitteeseen, jonka mukaan riidanalaisen suunnitellun keskittymän esiin tuomat kilpailuongelmat eivät olisi helposti tunnistettavissa, on huomautettava, että kantaja on ilmaissut vastauksena 11.1.2000 päivättyyn komission tietopyyntöön näkemyksensä, jonka mukaan keskittymä johtaisi muun muassa KirchPayTV:n määräävän aseman vahvistumiseen maksutelevision markkinoilla, ohjelmaoikeuksien hankinnan markkinoilla ja maksutelevisioon liittyvien teknisten palvelujen markkinoilla ja jonka mukaan maksutelevisioon liittyvien palvelujen suorittamiseen liittyvien teknisten palvelujen ja vuorovaikutteisiin digitaalisiin televisiointipalveluihin liittyvien teknisten palvelujen välisten varsin huomattavien kasaantumisten (set-top-box, elektroninen televisio-ohjelmaopas, ehdollinen pääsy palveluihin) vuoksi Kirch-konsernin määräävä asema Saksassa oli huomattava markkinoille pääsyn este kaikille vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoiden potentiaalisille kilpailijoille. On siis ilmeistä, että kantaja on pelkästään kolmessa päivässä kyennyt tunnistamaan pääasialliset

potentiaaliset kilpailuongelmat, jotka myös komissio on nimenomaan ottanut riidanalaisessa päätöksessä huomioon. Näin ollen kantaja ei voi väittää, että suunniteltu keskittymä toisi esiin kilpailuongelmia, jotka eivät olisi helposti tunnistettavissa.

169 Sen osalta, että komissio on jo aikaisemmin tehnyt kolme kieltopäätöstä suunnitelluista yrityskeskittymistä relevanteilla markkinoilla, on ensinnäkin korostettava, että jokaista keskittymää on tarkasteltava sen perusteella, mitkä ovat sen omat vaikutukset markkinoihin. Siten sama yrityskeskittymä, joka ilmoitetaan uudelleen kiellon jälkeen, saatetaan tilanteen mukaan hyväksyä, mikäli olosuhteet markkinoilla ovat kehittyneet siten, että se ei selvästikään ole enää yhteismarkkinoille soveltumaton. Näin ollen eri keskittymätapausten välinen vertailu voi mahdollisesti olla asiaankuuluva vain siinä tapauksessa, että osoitetaan sen tuovan esiin samoja kilpailuongelmia ja koskevan markkinoita, joilla olosuhteet eivät ole kehittyneet ja jotka ovat ominaisuuksiltaan samat.

170 Tästä seuraa, että pelkkä muutoin täsmentämätön väite, jonka mukaan komissio on jo kieltänyt muita yrityskeskittymiä Saksan televisiomarkkinoilla, ei osoita sitä, että komissio ei voisi hyväksyä sitoumuksia ensimmäisessä vaiheessa riidanalaisen keskittymän osalta. Jo pelkästään tästä syystä kantajan vaihe on jo tässä vaiheessa hylättävä.

171 Lisäksi on todettava, että kantajan mainitsemilla päätöksillä ei ole merkitystä, koska ne koskevat eri osapuolia ja koska relevantit markkinat ja esiin tulleet kilpailuongelmat eivät ole samankaltaisia.

172 Bertelsmann/Kirch/Premiere-päätös tosin koski, kuten nyt käsiteltävä asiakin, Saksan maksutelevision markkinoita, mutta se koski ainoiden Saksan markkinoilla toimivien kahden yrityksen eli Bertelsmannin ja Kirchin välistä keskitty-

mää, kun nyt käsiteltävä päätös sen sijaan koskee sitä, että Yhdistyneen kuningaskunnan maksutelevision markkinoilla toimiva yritys, BSkyB, hankkii osuuden Saksan markkinoilla toimivasta yrityksestä. Koska on kiistatonta, että maksutelevision markkinat on rajattava kansallisten rajojen tai ainakin kielialueen mukaan, riidanalainen keskittymä ei merkitse markkinaosuuksien päällekkäisyyttä vaan ainoastaan KirchPayTV:n määräävän aseman vahvistumista BSkyB:n mukanaan tuomien taloudellisten voimavarojen ansiosta. Tästä seuraa, ettei näissä kahdessa asiassa esiin tulleita kilpailuongelmia voida verrata keskenään.

173 Deutsche Telekom/BetaResearch -päätös ei koskenut samoja markkinoita kuin nyt käsiteltävässä asiassa on tutkittu. Hanke, joka oli vireillä samaan aikaan kuin Kirch/Bertelsmann/Premiere-päätökseen liittynyt hanke, antoi Deutsche Telekomille pääsyn Kirchin dekooderiteknologiaan, jotta se voisi kytkeä kaapeliverkkonsa, jolloin siitä tulisi ainoa Saksan markkinoilla käytettävissä oleva teknologia sekä satelliitin että kaapeliverkon osalta, joten Deutsche Telekom, suurin kaapeliyhtiö, olisi kyennyt estämään sen, että Premieren satelliitin välityksellä lähetetylle digitaaliselle kanavaryppäälle olisi ilmaantunut kilpailua kaapeliverkkoon.

174 MSG Media Service -päätös koski määräävän aseman syntymistä Saksan maksutelevisioon liittyvillä teknisten palvelujen markkinoille, mikä olisi aiheuttanut määräävän aseman syntymisen myös maksutelevision markkinoille. Sekään ei siis ole verrattavissa nyt käsiteltävässä asiassa riidanalaiseen päätökseen, joka koskee parempaa mahdollisuutta saada käyttöön taloudellisia voimavaroja.

175 Kantajan vastauskirjelmässä esittämä väite, jonka mukaan huolimatta siitä, että näihin kolmeen asiaan liittyneet tosiseikat poikkesivat nyt käsiteltävään asiaan liittyneistä tosiseikoista, näiden keskittymien vaikutukset kilpailuun olisivat olleet samat kuin tässä tapauksessa, mikäli ne olisi sallittu, ainoastaan vahvistaa sen, että kyseisissä asioissa esiin tulleet ongelmat eivät ole verrattavissa keskenään. Näihin kolmeen asiaan liittyneiden keskittymien seurauksena olisi osapuolten kilpailevia tai täydentäviä toimintoja yhdistämällä luotu monopoleja, kun tässä tapauksessa ongelma sitä vastoin johtuu KirchPayTV:n aseman vahvistumisesta BSkyB:n taloudellisten varojen panostuksen seurauksena.

176 Missään tapauksessa ei vaikuta siltä, eikä kantaja niin väitäkään, että komissio olisi tehnyt kyseiset kolme kieltopäätöstä sillä perusteella, että kilpailuongelmat eivät olisi olleet helposti tunnistettavissa tai korjattavissa ensimmäisen vaiheen sitoumuksilla. Nämä päätökset on näet tehty toisen vaiheen lopuksi, ei sen vuoksi, että ongelmat eivät olisi olleet helposti tunnistettavissa tai korjattavissa, vaan sen vuoksi, että osapuolten ehdottamat sitoumukset eivät olleet riittäviä hälventämään vakavia epäilyjä ja saattamaan keskittymää yhteismarkkinoille soveltuvaksi. Kuten kantaja on itsekin korostanut, nyt käsiteltävää kanneperustetta ei pidä sekoittaa kolmannen perusteen yhteydessä käsiteltyyn kysymykseen siitä, ovatko ehdotetut ja riidanalaisessa päätöksessä huomioon otetut sitoumukset riittäviä.

177 Kantajan mainitsemat kolme päätöstä eivät missään tapauksessa osoita, että tässä tapauksessa esiin tulleet kilpailuongelmat eivät olisi olleet helposti tunnistettavissa ja korjattavissa, vaan todistavat päinvastoin sen, että komissio tunsi tämän sektorin perinpohjaisesti. Kuten edellä on todettu, näiden kolmen suunnitellun keskittymän vaikutukset kilpailuolosuhteisiin poikkesivat nyt käsiteltävässä asiassa esiin tulleista vaikutuksista, mutta nämä kolme aikaisempaa päätöstä ovat jo antaneet komissiolle tilaisuuden tutkia Saksan maksutelevision markkinoiden, teknisten palvelujen markkinoiden ja elokuvien ja urheilutapahtumien jälkilähetysoikeuksien markkinoiden kilpailuongelmia.

178 Alan teknisyyteen liittyvä perustelu on perusteeton, kun otetaan huomioon laaja kokemus, jonka komissio on saanut edellä mainituista asioista sekä useista muista komission päätöksistä, joita kantaja ei ole maininnut. Komissio on näin saanut esimerkiksi kokemusta erityisesti asiasta British Interactive Broadcasting/Open (asia IV/36.539), joka koski sellaisen yhteisyrityksen perustamista, joka tarjoaisi Yhdistyneessä kuningaskunnassa vuorovaikutteisia televisiointipalveluja siten, että osapuolina olisivat maksullinen televisioyhtiö BSkyB, joka hallitsi lähetysoikeuksia ja dekooderiin liittyviä teknisiä palveluja, ja televiestintäalalla määräävässä asemassa oleva yhtiö British Telecom. On lisäksi huomautettava, että aiheen huomattava teknisyys ja se, että sitoumukset ovat moninaisia ja monimutkaisia, eivät sellaisenaan poissulje sitä, että komission vakavat epäilyt suunnitellun keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille, eivät voisi helposti hälventyä. Vaikka tekninen ala saattaakin ensi arviolta vaikuttaa monimutkaiselta alan maallikon näkökulmasta, sama ei myöskään välttämättä päde alan

ammattilaisiin, joiden eturivissä ovat luonnollisesti asianomaiset osapuolet ja kolmannet osapuolet, joita asia koskee ja jotka kykenevät tarvittaessa mainiosti antamaan komissiolle tietoja. Asetuksessa ei myöskään tehdä mitään eroa keskittymien välillä sen mukaan, mitä alaa ne koskevat.

179 Ei voida vedota myöskään osapuolten antamien sitoumusten suureen määrään, koska se saattaa yhtä hyvin viitata myös siihen, että niillä on kyetty korjaamaan kaikki suunnitellun keskittymän esiin tuomat kilpailuongelmat.

180 Lopuksi on todettava, että kantajan väitettä, joka perustuu KirchPayTV:n ja yleisemmin arvioiden Kirch-konsernin määräävään asemaan, ei ole näytetty toteen. Määräävän aseman aste ei näet ole sinänsä osoitus siitä, että ongelma ei voisi olla helposti korjattavissa.

181 Edellä esitetyn perusteella toinen kanneperuste on hylättävä, koska ei ole osoitettu komission tehneen ilmeistä virhettä katsoessaan, että ongelma oli helposti tunnistettavissa ja korjattavissa, ilman että olisi tarpeen antaa ratkaisua siitä, voidaanko sitoumuksia hyväksyä ensimmäisen vaiheen aikana vain siinä tapauksessa, että kilpailuongelmat ovat helposti tunnistettavissa ja korjattavissa, vai onko riittävää, että niiden avulla voidaan hälventää keskittymään kohdistuvat vakavat epäilyt.

3. *Kolmas kanneperuste, jonka mukaan sitoumukset ovat riittämättömiä*

182 Kantaja väittää, että komission hyväksymät sitoumukset ovat riittämättömiä poistamaan vakavat epäilyt yrityskeskittymän soveltuvuudesta yhteismarkki-

noille. Se esittää tämän perusteensa tueksi väitteitä, jotka koskevat kaikkia sitoumuksia, väitteitä, jotka koskevat tiettyjä eri sitoumuksia, ja väitteitä, jotka perustuvat siihen, että tiettyjä kantajan mukaan välttämättömiä sitoumuksia ei ole vaadittu.

Kaikkia sitoumuksia koskevat huomautukset

Osapuolten lausumat

183 Kantaja esittää ensisijaisesti, että yrityskeskittymien valvonnan on tuotava lisäarvoa EY 82 artiklan mukaisen määräävän aseman väärinkäytön yleiseen valvontaan nähden siten, että ei pyritä yksinomaan välttämään määräävän aseman väärinkäyttöä, vaan myös estämään tämän määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen (ks. vastaavasti 137 perustelukappale, 13 päivänä lokakuuta 1999 tehty komission päätös 2001/98/EY yrityskeskittymän julistamisesta yhteismarkkinoille ja Euroopan talousalueesta tehdyn sopimuksen toimintaan soveltuvaksi (asia IV/M.1439 — Telia/Telenor) (EYVL 2001, L 40, s. 1).

184 Se päättelee tämän perusteella, että sitoumus, jonka ainoana tarkoituksena on luvata olla käyttämättä määräävää asemaa väärin, merkitsee sitä, että yrityskeskittymien valvonta ei tuo mukanaan lisäarvoa EY 82 artiklassa määrättyyn valvontaan nähden. Tällaisen sitoumuksen ainoana tarkoituksena on näet välttää sellaiset menettelytavat, jotka on joka tapauksessa kielletty EY 82 artiklassa, eli määräävän aseman väärinkäyttö, mutta sillä ei estetä tämän määräävän aseman syntymistä tai vahvistumista, mikä on kuitenkin yrityskeskittymien valvonnan päämääränä.

185 Jotta tämä päämäärä saavutettaisiin, edellytetään, että osapuolten ehdottamat sitoumukset heijastavat tarkasti suunnitellun keskittymän esiin tuomia kilpailuongelmia.

186 Se arvioi, että ehdotetut sitoumukset ovat pelkkiä lupauksia olla käyttämättä komission toteamia määräävä asemia väärin, mutta niillä ei estetä näiden määräävien asemien syntymistä tai vahvistumista. Se päättelee tämän perusteella, että ne eivät olisi voineet hälventää komission vakavia epäilyjä suunnitellun keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille. Komissio ei näin ollen olisi saanut hyväksyä niitä, vaan sen olisi pikemminkin pitänyt aloittaa valvonnan toinen vaihe.

187 Kantaja kiistää KirchPayTV:n sen väitteen paikkansapitävyyden, joka perustuu siihen, että sitoumukset sitovat Kirch-konsernin yrityksiä, tässä tapauksessa BetaDigital, Gesellschaft für digitale Fernsehdienste GmbH:ta (jäljempänä BetaDigital) ja BetaResearch, Gesellschaft für die Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen GmbH:ta (jäljempänä BetaResearch), joilla itsellään ei ole määräävää asemaa markkinoilla, joilla ne toimivat, joten sitoumusten tavoite on enemmän kuin lupaus olla käyttämättä määräävää asemaa.

188 Kantaja myöntää tässä yhteydessä, että koska BetaDigital käyttää Kirch-konsernin satelliittilähetysten teknistä alustaa, sen asemaa heikentää se, että Saksassa kaapelilähetykset ovat satelliittilähetyksiä tärkeämmässä asemassa. Sen mielestä on kuitenkin otettava huomioon se, että vaikka kaapelilähetysten teknistä alustaa hallinnoi yritys, joka ei kuulu Kirch-konserniin, eli MSG Media-Services GmbH, Deutsche Telekomin tytäryhtiö, se käyttää Kirch-konserniin kuuluvan BetaResearchin dekoodaustekniikkaa. Jotta olisi kyetty avaamaan Saksan maksutelevision markkinat ja vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinat, eli sellaisten palvelujen markkinat, joiden välitys voidaan järkevästi suorittaa vain kahden välitysmenetelmän eli kaapelin ja satelliitin kautta samanaikaisesti, olisi ollut välttämätöntä valvoa sitä, että tätä dekoodaustekniikkaa ei käytä yksinomaan MSG MediaServices GmbH.

189 Toiseksi kantaja vetoaa siihen, että sitoumukset ovat ristiriidassa korjaustoimenpiteistä annetun komission tiedonannon kanssa. Komissio toteaa siinä edellä mainittua asiassa Gencor vastaan komissio annettua tuomiota tulkiten, että sitoumusten on oltava viipymättä ja tehokkaasti täytäntöönpantavissa ja että sen jälkeen kun sitoumukset on pantu täytäntöön, niiden ei tulisi edellyttää jälkikäteisvalvontaa (10 kohta). Tässä tapauksessa sitoumukset edellyttävät kuitenkin tämän periaatteen vastaisesti valvontaa keskipitkällä ja pitkällä aikavälillä.

190 Kolmanneksi kantaja huomauttaa, että sitoumukset sitovat ainoastaan Kirch-konsernia. BSkyB:llä on tiettyjä ehtoja noudattaessaan tilaisuus saada yksinomainen määräysvalta KirchPayTV:ssä eli vallata määräävä markkina-asema ilman että riidanalaisen päätöksen kohteena olevat sitoumukset vastaavasti sitoisivat sitä.

191 Komissio ja väliintulijat arvioivat näiden väitteiden olevan perusteettomia.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

192 Aluksi on muistutettava siitä, että asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 2 kohdassa säädetään, että jos komissio toteaa, että ilmoitettuun keskittymään ei siihen osallistuvien yritysten ehdottamien sitoumusten jälkeen enää kohdistu vakavia epäilyjä, se voi julistaa keskittymän yhteismarkkinoille soveltuvaksi 6 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaisesti. Koska asetuksella pyritään estämään sellaisten markkinoiden rakenteiden syntyminen tai vahvistuminen, jotka saattavat estää merkittävällä tavalla tehokasta kilpailua yhteismarkkinoilla, ehdotettujen sitoumusten on oltava sellaisia, että ne hälventävät vakavat epäilyt, joita kyseiseen keskittymään komission mielestä tältä osin kohdistuu.

193 Kuten oikeuskäytännöstä ilmenee, komissiolla on toimivalta hyväksyä ainoastaan sellaisia sitoumuksia, joilla kyetään estämään komission keskittymää tutkiessaan yksilöimän määräävän aseman syntyminen tai vahvistuminen. Jotta voitaisiin selvittää, onko tätä edellytystä noudatettu, on tutkittava sitoumukset tapauskohtaisesti, ilman että olisi tarpeen pohtia sitä, onko sitoumusta pidettävä käyttäytymiseen liittyvänä sitoumuksena vai rakenteellisena sitoumuksena. Vaikka rakenteelliset sitoumukset ovatkin lähtökohtaisesti suositeltavampia kuin käyttäytymiseen liittyvät sitoumukset, koska niillä estetään lopullisesti tai ainakin pitkäaikaisesti määräävän markkina-aseman syntyminen tai vahvistuminen, eivätkä keskipitkän tai pitkän aikavälin valvontatoimenpiteet ole tarpeen, ei kuitenkaan voida automaattisesti sulkea pois sitä, että määräävän aseman syntyminen ja vahvistuminen voitaisiin estää myös ensi näkemältä käyttäytymiseen liittyvillä sitoumuksilla, kuten mahdollisuudella käyttää olennaista toiminta-edellytystä syrjimättömillä edellytyksillä (em. asiassa Gencor v. komissio annetun tuomion 319 kohta).

194 Kun otetaan lisäksi huomioon ne monitahoiset taloudelliset arvioinnit, joita komissio joutuu tekemään käyttäessään harkintavaltaa, jota sillä on keskittymän osapuolten ehdottamia sitoumuksia arvioidessaan, on kantajan asia näyttää toteen, että komissio on tehnyt ilmeisen arviointivirheen, jos kantaja haluaa saada keskittymän hyväksymistä koskevan päätöksen kumottua sillä perusteella, että sitoumukset eivät riittäneet hälventämään vakavia epäilyjä (asia T-119/02, Royal Philips Electronics v. komissio, tuomio 3.4.2003, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa, 78 kohta).

195 Sitoumusten riittämättömyyttä koskevaa kanneperustetta on tutkittava näiden periaatteiden valossa.

196 Tässä tapauksessa komission toteamus, jonka mukaan riidanalainen suunniteltu keskittymä saattaisi vahvistaa Kirch-konsernin määräävää asemaa Saksan maksutelevision markkinoilla ja luoda tälle konsernille määräävän aseman vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen tulevaisuuden markkinoille,

perustuu siihen, että kolmansien osapuolten pääsylle kyseisille markkinoille on olemassa este. Kantaja ei kiistä riidanalaisessa päätöksessä kuvattujen vakavien epäilyjen olemassaoloa eikä väitä, että keskittymään kohdistuisi muita vakavia epäilyjä, vaan katsoo ainoastaan, että sitoumukset olivat riittämättömiä kyseisten epäilyjen poistamiseksi.

197 Komissio on näiden vakavien epäilyjen hälventämiseksi vaatinut ja hyväksynyt merkittävän sitoumuskokonaisuuden. Näiden sitoumusten tarkoituksena oli korjata tunnistetut kilpailuongelmat vähentämällä markkinoille pääsyn esteitä tilauksiin perustuvien televisiointipalvelujen tarjonnan osalta ja estää se, että KirchPayTV käyttäisi hyväkseen määräävää asemaansa tilauksiin perustuvien televisiointipalvelujen markkinoilla niiden toimintojen yhteydessä, joita se harjoittaa vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoilla. Näiden sitoumusten ensimmäinen osa koskee lähinnä ohjelmien myyjien vapaata pääsyä markkinoille (sitoumukset 1—5). Sitoumusten toisessa osassa pyritään alentamaan markkinoille pääsyn kynnyksiä teknisiä alustoja tuottavien yhtiöiden osalta ja järjestämään tällä tavoin lisämahdollisuuksia ohjelmien lähettämiseen kilpailevien alustojen kautta (sitoumukset 6—10). Vaikuttaa siis ensi arviolta siltä, että sitoumuskokonaisuudella alennetaan markkinoille pääsyn kynnyksiä ja hälvennetään siten vakavat epäilyt, joita yrityskeskittymästä johtuvaan KirchPayTV:n aseman vahvistumiseen kohdistuu.

198 Kantaja esittää ensimmäisen osan yhteydessä kolme yleistä väitettä, jotka liittyvät kaikkiin sitoumuksiin.

199 Ensinnäkin väitteestä, jonka mukaan sitoumukset olisivat pelkkiä lupauksia olla käyttämättä komission toteamia määräämiä asemia väärin, on aluksi huomautettava, että vaikka nämä sitoumukset ovat pikemminkin käyttäytymiseen liittyviä, ne ovat kuitenkin myös rakenteellisia, koska niillä pyritään ratkaisemaan rakenteellinen ongelma eli kolmansien osapuolten pääsy markkinoille. Komissio on näin ollen voinut perustellusti päätellä, että Simulcrypt-sopimusten tekeminen, d-box-dekooderin ohjelmointirajapinnan avaaminen kolmansille osapuolil-

le, DVB-MHP-standardin toteuttaminen ja lisenssien myöntäminen d-box-dekooderi-teknologiaan sekä sen valmistamiseen mahdollistavat kilpailun ja vahvistavat sitä digitaalisen infrastruktuurin eri tasoilla. Tästä seuraa, että sitoumuksia ei voida pitää pelkkinä käyttäytymiseen liittyvinä sitoumuksina, joilla ei voitaisi korjata komission tunnistamia kilpailuongelmia.

200 Koska sitoumuksilla avataan digitaalisen lähetystoiminnan rakenne kilpailulle eri tasoilla, kuten edellä on todettu, ne ovat huomattavasti laajempia kuin pelkkä kielto käyttää määräävää asemaa väärin.

201 Tämän jälkeen on täsmennettävä, että ratkaistavana ei ole se, johtuvatko sitoumuksiin perustuvat velvoitteet EY 82 artiklasta, kuten kantaja väittää, vaan pikemminkin se, ovatko kyseiset sitoumukset sellaisia, että niillä voidaan korjata keskittymästä aiheutuvat ongelmat. Todettakoon, että kantaja kyseenalaistaa kannekirjelmässään sitoumusten asianmukaisuuden ainoastaan abstraktilla tasolla eikä tutki sitä, ovatko ne oikeassa suhteessa komission selkeästi tunnistamiin kilpailuongelmiin.

202 Kantaja ei myöskään osoita sitä, että sitoumukset eivät toisi lisäarvoa EY 82 artiklan mukaiseen määräävän aseman väärinkäytön yleiseen valvontaan. EY 82 artiklaan perustuvan määräävän aseman väärinkäytön yleisen valvonnan yhteydessä komission ja kolmansien osapuolten on näet osoitettava määräävän aseman olemassaolo relevanteilla markkinoilla ja sen väärinkäyttö. Sitä vastoin sitoumuksista, jotka on asetettu keskittymän hyväksymispäätöksen edellytykseksi, seuraa, että niiden noudattamisen toteennäyttämistä koskeva todistustaakka siirtyy kyseisen keskittymän osapuolina oleville yrityksille. Sitoumukset ylittävät näin ollen tältä osin jo sen, mitä EY 82 artiklassa on määrätty yleisestä valvonnasta.

203 Tältä osin on lisäksi todettava, että mikäli sitoumuksia ei olisi, pitäisi ottaa EY 82 artiklan nojalla käyttöön kansallinen tai yhteisön tason menettely, jonka tulos olisi epävarma ja joka olisi joka tapauksessa vaikeampi toteuttaa. Oikeuselämän toimijat joutuisivat siten selvitytymään suuremmasta oikeudellisesta epävarmuudesta. Sitoumuksissa määrätään sitä vastoin yksityiskohtaisista velvoitteista, jotka on täytettävä lyhyessä ajassa, ja niiden noudattaminen varmistetaan tehokkaalla ja sitovalla välimiesmenettelyllä, joka siirtää todistustaakan Kirch-konsernille. Sitoumukset tarjoavat siten huomattavasti paremman oikeusvarmuuden kuin EY 82 artikla.

204 Lisäksi on todettava, että kantaja ei ole myöskään osoittanut EY 82 artiklan soveltamisedellytysten täyttyneen.

205 Vaikka päätöksestä ilmenee, että KirchPayTV:llä on määräävä asema Saksan maksutelevision markkinoilla, kantaja ei ole osoittanut eikä edes ilmaissut sitä, miten se olisi käyttänyt tätä määräävää asemaa väärin. Sitoumuskokonaisuuden ansiosta voidaan sen sijaan vähentää heti huomattavasti kolmansien osapuolten markkinoille pääsyn esteitä sekä maksutelevision markkinoiden että niiden rinnakkaisten markkinoiden osalta.

206 Kuten KirchPayTV perustellusti korostaa, sitoumukset sitovat myös tiettyjä Kirch-konsernin yrityksiä, jotka harjoittavat toimintaansa muilla kuin riidanalaisen päätöksen kohteena olevilla markkinoilla ja joilla ei ole todettu olevan määräävää asemaa relevanteilla markkinoilla eikä niillä markkinoilla, joilla ne toimivat.

207 Esimerkiksi sitoumukset 1—3 kohdistuvat BetaDigitaliin, joka käyttää Kirch-konsernin satelliittilähetysten teknistä alustaa, jonka välityksellä lähetetään KirchPayTV:n ja muiden televisioyhtiöiden ohjelmia. Koska satelliittilähetykset ovat Saksassa huomattavasti harvalukuisempia kuin kaapelilähetykset ja kaapelilähetysten teknistä alustaa hallinnoi Kirch-konserniin kuulumaton yritys eli

MSG MediaServices GmbH, Deutsche Telekomin tytäryritys, ei vaikuta ensi arviolta siltä, että BetaDigitalilla olisi määräävä asema teknisten palvelujen markkinoilla.

208 Kantaja ei ole näyttänyt toteen myöskään sitä, että relevanttien markinoiden ominaisuudet ja Kirch-konsernin yritysten asema siellä olisivat sellaisia, että olennaisiin toimintaedellytyksiin liittyvän oikeuskäytännön soveltamiseksi vaadittavat rajoitetut edellytykset täyttyisivät tässä tapauksessa, varsinkaan kun niiden perusteella olisi voitu määrätä kyseisille yrityksille tässä yhteydessä velvoitteita tai seuraamuksia, jotka ovat omiaan helpottamaan markkinoiden avautumista kilpailulle samalla tavoin kuin sitoumukset.

209 Sitoumuksiin liittyvien velvoitteiden noudattamatta jättämisestä määrättävä seuraamus on myös tehokkaampi kuin EY 82 artiklaan perustuvat lailliset velvoitteet. Asetuksen N:o 4064/89 8 artiklan 5 kohdasta näet ilmenee, että komissio voi peruuttaa tekemänsä päätöksen, jos keskittymään osallistuvat yritykset rikkovat päätökseen liitettyä velvoitetta. EY 82 artiklassa ei määrätä tällaisesta seuraamuksesta.

210 Toiseksi väitteestä, jonka mukaan sitoumukset eivät olisi hyväksyttävissä, koska ne edellyttävät valvontaa keskipitkällä aikavälillä, on todettava, että korjaustoimenpiteistä annetun tiedonannon sisältö ja ulottuvuus ei ole sellainen kuin kantaja väittää.

211 Komissio toteaa korjaustoimenpiteistä annetun tiedonannon 10 kohdassa, että kun keskittymä on toteutettu, markkinoiden toivottuja kilpailuolosuhteita ei oikeastaan voida palauttaa ennen kuin sitoumukset on täytetty, ja määrää, että sitoumusten on oltava viipymättä ja tehokkaasti täytäntöönpantavissa eikä niiden tulisi edellyttää jälkikäteisvalvontaa sen jälkeen kun ne on pantu täytäntöön. Tämän täsmennyksen tarkoituksena ei ole kieltää komission valvontaa sitoumusten täytäntöönpanon yhteydessä kokonaan vaan varmistaa se, että sitou-

mukset soveltuvat yrityskeskittymästä aiheutuvien kilpailuongelmien korjaamiseen, jolloin ne eivät täytäntöönpanon jälkeen edellytä lisäksi komission pysyvää valvontaa.

212 Tässä tapauksessa on todettava, että sitoumuksiin sisältyy useita täsmällisiä toimenpiteitä, joilla pyritään avaamaan pääsy eri markkinoille ja määrätään sitovasta välimiesmenettelystä täytäntöönpanon hankaluuksien varalta.

213 Kolmanneksi väitteestä, jonka mukaan ilmoitetusta sopimuksesta seuraisi myös se, että BSkyB saisi yksinään määräysvallan KirchPayTV:ssä, on riittävää todeta, että riidanalainen päätös koskee yksinomaan sitä, että BSkyB ja Kirch hankkivat yhteisen määräysvallan KirchPayTV:ssä. Se, että BSkyB hankkisi yksin määräysvallan KirchPayTV:ssä, merkitsee uutta keskittymähanketta, joka olisi ilmoitettava komissiolle ja tutkittava erikseen.

214 Edellä esitetyn perusteella ensimmäisen osan yhteydessä esitetyt väitteet on hylättävä.

Tiettyihin sitoumuksiin liittyvät erityiset huomautukset

Kolmansien osapuolten mahdollisuus käyttää Kirchin alustaa (sitoumukset 1—3)

— Osapuolten lausumat

215 Kantaja katsoo, että sitoumukset siitä, että kolmannet osapuolet saavat käyttää Kirch-konsernin teknistä alustaa eli että teknisiä palveluja tarjotaan oikeuden-

mukaisin, asianmukaisin ja syrjimättömin ehdoin, merkitsevät ainoastaan lakiin perustuvan velvoitteen toistoa, sillä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan tämä koskee kaikkia yrityksiä, jotka ovat määräävässä asemassa markkinoilla ja tarjoavat laitteistoja, joita toiset tarvitsevat kyetäkseen harjoittamaan omaa taloudellista toimintaansa. Se muistuttaa tässä yhteydessä siitä, että kun alisteisilla markkinoilla tarjottavien muiden palvelujen suorittamiseksi olennaisten toimintaedellytysten toimittaja on määräävässä asemassa eivätkä muut yritykset kykene luomaan näitä toimintaedellytyksiä taloudellisesti järkevin kustannuksin, se on velvollinen antamaan näille tilaisuuden käyttää kyseisiä toimintaedellytyksiä (yhdistetyt asiat C-241/91 P ja C-242/91 P, RTE ja ITP v. komissio, tuomio 6.4.1995, Kok. 1995, s. I-743, 48 kohta ja sitä seuraavat kohdat ja asia C-7/97, Bronner, tuomio 26.11.1998, Kok. 1998, s. I-7791, 23 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

216 Näillä sitoumuksilla on siis ainoastaan se vaikutus, että KirchPayTV:n on vaikeampi käyttää määräävää asemaansa väärin, mutta niillä ei kuitenkaan horjuteta keskittymästä johtuvaa määräävän aseman vahvistumista. Ne ovat siten riittämättömiä.

217 Kantaja lisää, että sitoumukset merkitsevät keskipitkällä ja pitkällä aikavälillä komission lisävalvontaa, mikä on ristiriidassa edellä mainitussa asiassa Gencor vastaan komissio annetun tuomion ja korjaustoimenpiteistä annetun tiedonannon kanssa.

218 Se kiistää KirchPayTV:n sen väitteen paikkansapitävyyden, jonka mukaan yrityskeskittymä ei koskisi teknisten palvelujen markkinoita. Tämä väite on näet ristiriidassa sen KirchPayTV:n myöntämän seikan kanssa, että kun sitoumuksilla annetaan potentiaalisille kilpailijoille tilaisuus käyttää Kirch-konsernin tarjoamia teknisiä palveluja, niillä pyritään korjaamaan keskittymän esiin tuomat kilpailuongelmat. Tällä tavoin KirchPayTV myöntää implisiittisesti, että teknisten palvelujen markkinoiden avaaminen on olennaisen tärkeää sen varmistamiseksi, että potentiaaliset kilpailijat pääsevät maksutelevision markkinoille ja vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoille.

219 Komissio ja väliintulijat arvioivat väitteen olevan perusteeton.

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

220 Kantaja vetoaa lähinnä siihen, että sitoumukset, joilla pyritään antamaan kolmansille osapuolille mahdollisuus käyttää Kirch-konsernin teknistä alustaa, merkitsevät ainoastaan sitä, että pannaan täytäntöön EY 82 artiklassa jokaiselle määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle asetettu velvollisuus antaa tekniset palvelunsa kolmansien osapuolten käyttöön, jotta nämä kykenevät kilpailemaan sen kanssa. Se katsoo näin ollen, että sitoumukset eivät ole riittäviä.

221 Näillä Kirch-konsernin kolmella ensimmäisellä sitoumuksella pyritään siihen, että sisällöntuottajille annetaan pääsy maksutelevision markkinoille ja vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoille. Niillä taataan oikeudenmukaisin, asianmukaisin ja syrjimättömin ehdoin mahdollisuus käyttää Kirch-konsernin satelliittivälitteistä teknistä alustaa, jotta niiden digitaalisia palveluja voitaisiin vastaanottaa d-boxilla. Tältä osin näillä kolmella sitoumuksella on siten rakenteellisia vaikutuksia. Ne eivät merkitse pelkkää lupausta olla käyttämättä määräävää asemaa väärin EY 82 artiklassa tarkoitetulla tavalla, eivätkä ne sellaisenaan osoittaudu suunnitellun keskittymän tässä tapauksessa esiin tuomien kilpailuongelmien ratkaisemiseen soveltumattomiksi.

222 Lisäksi on todettava, että kaikkia eri palveluja tarjotaan erikseen, että on olemassa velvollisuus pitää kirjanpitoa kustakin palvelusta erikseen ja antaa kolmansille osapuolille tilaisuus tutustua kirjanpitoon kahden viikon kuluessa, että Kirch-konsernin on ilmoitettava myyntihinnat ja -ehdot ja että sillä on velvollisuus tehdä yhteistyötä ja velvollisuus kohdella kolmansia osapuolia yhdenvertaisesti konsernin yrityksiin nähden.

223 Sitoumukset sitovat myös useita Kirch-konsernin yrityksiä, jotka harjoittavat toimintaansa muilla kuin riidanalaisen päätöksen kohteena olevilla markkinoilla ja joilla ei ole todettu olevan määräävää asemaa relevanteilla markkinoilla eikä markkinoilla, joilla ne toimivat. Ei siis vaikuta siltä, että kyseiset yritykset kuuluisivat EY 82 artiklan soveltamisalaan. Ei siis voida katsoa, että sitoumusten tarkoituksena olisi olla rikkomatta EY 82 artiklaa.

224 Tätä päätelmää ei voida kyseenalaistaa sillä, että EY 82 artikla kattaa poikkeustapauksissa myös rakenteellisia kilpailuongelmia, jotka ovat verrattavissa sitoumuksien taustalla olleisiin ongelmiin (asia 6/72, Europemballage ja Continental Can v. komissio, tuomio 21.2.1973, Kok. 1973, s. 215, Kok. Ep. II, s. 89; em. asiassa RTE ja ITP v. komissio annetun tuomion 48 kohta ja sitä seuraavat kohdat ja em. asiassa Bronner annetun tuomion 23 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

225 Edellä mainitusta oikeuskäytännöstä ilmenee, että kyseessä on väärinkäyttö vain siinä tapauksessa, että siitä, että mahdollisuus käyttää muiden palvelujen suorittamiseksi alisteisilla markkinoilla olennaista toimintaedellytystä on evätty, seuraa kilpailun täydellinen poistaminen jakeluketjun myöhemmän vaiheen markkinoilta, ilman että tämä olisi objektiivisesti perusteltavissa.

226 Kantaja ei ole nyt käsiteltävässä asiassa osoittanut, että Kirchillä olisi käytettävissään tällaisia toimintaedellytyksiä, joiden vuoksi sen pitäisi täyttää nämä velvollisuudet.

227 On päinvastoin todettava, että ensinnäkin digitaalisten signaalien lähettäminen voi tapahtua kaapeliverkossa tai satelliitin välityksellä. FUN-hankkeen nimenomaisena tarkoituksena on kehittää vaihtoehtoinen alusta, joka kuitenkin on käytettävissä vain satelliitin kautta tapahtuvan jälkilähetyksen välityksellä. Riidanalaisen päätöksen 62 perustelukappaleessa todetaan, että satelliittilähetystoiminta ei ole Saksassa verrattavissa kaapelilähetystoimintaan, koska

televisioyhtiö, joka käyttäisi vain ensin mainittua, saavuttaisi vain kolmanneksen kotitalouksista. Toiseksi Kirchillä on kaapelilähetysten osalta hallussaan vain kaapeliverkoissa käytettävä teknologia, joka kuuluu Deutsche Telekomille.

228 Edellä esitetyn perusteella väite on hylättävä.

Kirchin d-box-järjestelmän käytön mahdollistaminen kolmansien osapuolten sovelluksille (sitoumus 4)

— Osapuolten lausumat

229 Kantaja vetoaa ensisijaisesti siihen, että Kirchin d-box-järjestelmän käytön mahdollistaminen kolmansien osapuolten sovelluksille merkitsee ainoastaan sellaisen lakiin perustuvan velvoitteen toistoa, joka EY 82 artiklaa koskevan oikeuskäytännön mukaisesti on joka tapauksessa olemassa. Se vetoaa tältä osin siihen, että koska d-box-järjestelmä merkitsee jo monopoliasemaa, kuten riidanalaisesta päätöksestä (61 perustelukappale ja sitä seuraavat perustelukappaleet) ilmenee, siihen sovelletaan joka tapauksessa EY 82 artiklan mukaista määräävän aseman väärinkäyttöä koskevaa yleistä valvontaa. Se lisää, että riidanalaiseen sitoumukseen ei sisälly ehdotonta velvollisuutta käytön sallimiseen, vaan siihen liittyy se varaus, että Kirch ja kolmannet osapuolet sopivat oikeudenmukaisista, asianmukaisista ja syrjimättömistä ehdoista. Kyseisellä sitoumuksella otetaan siten käyttöön vain pysyvä käyttäytymistä koskeva valvonta, jollainen on EY 82 artiklan nojalla jo olemassa määräävässä asemassa olevien yritysten osalta, ilman että tässä yhteydessä tarjottaisiin kolmansille osapuolille mitään lisäarvoa.

230 Kantaja esittää toiseksi, että yksin se, että Kirch-konserni luopuu d-box-järjestelmän määräysvallasta, olisi riittänyt.

231 Se vetoaa tässä yhteydessä yhtäältä siihen, että sitoumus ei muuta millään tavoin sitä, että Kirchillä on d-box-järjestelmän tekninen kehittäminen edelleen määräysvallassaan. Se huomauttaa tältä osin siitä, että komissio julisti Bertelsmann/Kirch/Premiere- (37—39 perustelukappale) ja Deutsche Telekom/BetaResearch -päätöksissä (56—61 perustelukappale) kyseiset yksityskeskittymät yhteismarkkinoille soveltumattomiksi erityisesti sen estämiseksi, että d-box-järjestelmän teknologiasta tulisi ainoa saksankielisellä alueella käytettävä digitaalinen standardi, mistä seuraisi se, että kaikki muut käytönvalvontajärjestelmän potentiaaliset käyttäjät olisivat riippuvaisia Kirch-konserniin kuuluvan BetaResearchin lisenssipolitiikasta. Kyseisellä sitoumuksella nimenomaan ei ole lopetettu Kirchin määräysvaltaa teknisiin toimintaedellytyksiin eikä siitä johtuvaa seurausta eli sitä, että kolmannet osapuolet ovat riippuvaisia Kirch-konsernin myöntämästä lisenssistä. Kantaja muistuttaa tässä yhteydessä siitä, että komissio hylkäsi Bertelsmann/Kirch/Premiere- (139 perustelukappale) ja Deutsche Telekom/BetaResearch -päätöksissä (64 perustelukappale) nyt käsiteltävien kanssa verrattavissa olevia sitoumuksia sillä perusteella, että ne eivät olleet omiaan horjuttamaan Kirch-konsernin määräysvaltaa d-box-järjestelmän teknologiaan.

232 Kantaja kiistää vastaavasti komission sen väitteen paikkansapitävyyden, jonka mukaan Bertelsmann/Kirch/Premiere- ja Deutsche Telekom/BetaResearch -päätökset eivät ole verrattavissa nyt käsiteltävään asiaan. Kyseisiin asioihin liittyneet tosiseikat kylläkin poikkesivat nyt käsiteltävään asiaan liittyvistä, mutta esiin tulleet kilpailuongelmat eivät, sillä ne ovat samankaltaisia kaikissa näissä asioissa.

233 Kantaja huomauttaa toisaalta, että sitoumus ei ole niiden edellytysten mukainen, jotka komissio on asettanut korjaustoimenpiteistä annetussa tiedonannossaan. Se muistuttaa, että tiedonannossa todetaan seuraavaa: "Jos kilpailuongelma johtuu määräysvallasta keskeisen teknologian suhteen, kyseisen teknologian luovuttaminen on suositeltava korjaustoimenpide, koska se poistaa pitkäaikaisen suhteen sulautuneen yrityksen ja sen kilpailijoiden välillä. Komissio voi kuitenkin hyväksyä lisenssisopimukset (mieluiten yksinoikeudelliset lisenssit, joiden haltijalle ei aseteta rajoituksia) vaihtoehtona luovutuksille, jos luovuttaminen esimerkiksi haittaisi tehokasta, käynnissä olevaa tutkimustoimintaa — — " (29 kohta).

234 Se päättelee tästä, että nyt käsiteltävässä asiassa KirchPayTV:n määräävään asemaan maksutelevision markkinoilla ja vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoilla liittyvä ongelma olisi lähtökohtaisesti kyetty korjaamaan vain siinä tapauksessa, että Kirch olisi täysin luopunut dekoodaustekniikan määräysvallasta, sillä se on olennainen näille markkinoille pääsemiseksi, ja tämä olisi merkinnyt sitä, että Kirch-konsernin olisi pitänyt luopua määräysvallasta BetaResearch-yhtiössä. Se lisää, että keskittymän osapuolet eivät ole missään vaiheessa esittäneet hyväksyttäviä perusteluja korjaustoimenpiteistä annetun tiedonannon mukaisesta periaatteesta poikkeamiselle eivätkä varsinkaan vedonneet siinä esitettyyn mahdollisuuteen, että luovuttaminen haittaisi käynnissä olevaa tutkimustoimintaa.

235 Kantaja kiistää lopuksi KirchPayTV:n sen väitteen paikkansapitävyyden, jonka mukaan kolmansilla osapuolilla olisi sitoumuksen ansiosta mahdollisuus tarjota palvelujaan d-boxin välityksellä ilman että niiden pitäisi ensin saada lisenssi tai hyväksyminen Kirch-konsernilta. Sitoumus ei näet kata käytönvalvontatekniikkaa eikä sillä siten horjuteta sitä, että kolmansien osapuolten on teknisistä syistä välttämätöntä tehdä Kirch-konsernin kanssa sopimus tämän tekniikan toteuttamisesta, tässä tapauksessa Simulcrypt-sopimuksin. Tämä seuraus olisi voitu välttää, mikäli Kirch-konserni olisi hyväksynyt yleisen liitännän (common interface) asentamisen d-boxiin, kuten kantaja oli hallinnollisessa menettelyssä vaatinut, mutta Kirch oli kieltäytynyt tästä ehdottomasti.

236 Komissio ja väliintulijat arvioivat väitteen olevan perusteeton.

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

237 Kantaja väittää, että d-box-järjestelmän käyttömahdollisuuden antaminen ei ole riittävää. Se vetoaa tässä yhteydessä siihen, että koska d-box-järjestelmä mer-

kitsee jo sellaisenaan monopoliasemaa, siihen sovelletaan joka tapauksessa EY 82 artiklan mukaista määräävän aseman väärinkäyttöä koskevaa yleistä valvontaa. Lisäksi kantaja esittää, että ainoastaan se, että Kirch-konserni olisi luopunut d-box-järjestelmää koskevasta määräysvallastaan, olisi riittänyt.

238 On todettava, että suunnitellulla keskittymällä ei ole muutettu määräysvaltaa, joka Kirchillä on teknisiin toimintaedellytyksiin.

239 On muistettava, että Kirch varmistaa neljännellä sitoumuksellaan sen, että sovellukset mahdollistava liitäntä (d-box-järjestelmä) on kolmansien osapuolten käytettävissä ja mahdollistaa siten lisäsovellutusten, kuten ohjelma-oppaiden lähettämisen.

240 Todettakoon, että kantaja ei selitä syitä siihen, miksi ainoastaan se, että Kirch-konserni luopuu d-box-järjestelmää koskevasta määräysvallasta, olisi ollut riittävä toimenpide poistamaan keskittymään kohdistuneet epäilyt.

241 Lisäksi on muistettava, että suunniteltu keskittymä ei vaikuta digitaalisen dekoodauksen teknologian markkinoihin. Koska kolmansilla osapuolilla on sitoumuksen seurauksena lisäksi mahdollisuus tarjota palvelujaan d-boxin välityksellä Kirch-konsernin lisenssistä tai hyväksymisestä riippumatta, tätä järjestelmää koskeva määräysvalta, joka merkitsee sen edelleenkehittämistä, ei ole omiaan estämään kolmansien osapuolten pääsyä maksutelevision markkinoille ja vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoille.

242 Kantajan väite, jonka mukaan sitoumus merkitsee ainoastaan lakiin perustuvan, EY 82 artiklasta johtuvan velvoitteen toistoa, on hylättävä edellä esitetyistä syistä.

243 Tätä sitoumusta koskeva väite on siis hylättävä.

244 Tätä päätelmää ei voida horjuttaa kantajan väitteellä, jonka mukaan komissio on hylännyt nyt käsiteltävässä asiassa ehdotettuja vastaavia sitoumuksia Bertelsmann/Kirch/Premiere- ja Deutsche Telekom/BetaResearch -päätöksissä sillä perusteella, että ne eivät olleet omiaan horjuttamaan d-box-järjestelmän teknologiaan liittyvää Kirch-konsernin määräysvaltaa. Kuten edellä on näet todettu riidanalaista keskittymää ja sen esiin tuomia kilpailuongelmia ei näet voida verrata kyseisten kolmen päätöksen kohteena olleisiin ongelmiin.

245 Jotta voitaisiin ratkaista, onko komissio tehnyt ilmeisen arviointivirheen, on lisäksi selvitettävä, kykenikö se arvioimaan, että ehdotettujen sitoumusten kokonaisuudella kyettäisiin korjaamaan tunnistetut kilpailuongelmat, eikä sitä, onko sitoumusta erikseen arvioituna toisessa suunnitellussa keskittymässä pidetty riittämättömänä. Tässä tapauksessa komissio on päätellyt vaiheen I lopussa, että sitoumukset hälvensivät suunnitellun keskittymän esiin tuomat vakavat epäilyt. Sitoumuksen tavoitteena on näet antaa kolmansille osapuolille mahdollisuus kehittää sovelluksia vuorovaikutteista digitaalista televisiota varten Kirchin teknisellä alustalla. Kun otetaan huomioon erityisesti sovellusten yhteentoimivuus, ei vaikuta siltä, että komissio olisi tehnyt ilmeisen arviointivirheen katsoessaan, että tämä sitoumus johtaa myös digitaalisen television markkinoiden avautumiseen.

246 Tästä seuraa, että väite on hylättävä.

Sovellusten yhteentoimivuus (sitoumus 5)

— Osapuolten lausumat

247 Kantaja katsoo, että sitoumus sovellusten yhteentoimivuuden varmistamiseen merkitsee ainoastaan välttämätöntä täydennystä edellä esitettyyn sitoumukseen ja että sillä ainoastaan lisätään uusi osatekijä käyttäytymisen pysyvään valvontaan ilman että sillä kyettäisiin korjaamaan kilpailuongelmaa, joka on jo todettu Bertelsmann/Kirch/Premiere- ja Deutsche Telekom/BetaResearch -päätöksissä sekä riidanalaisessa päätöksessä (muun muassa 61 perustelukappaleessa) ja joka koskee Kirch-konsernin määräysvaltaa d-box-järjestelmään.

248 Komissio ja väliintulijat arvioivat väitteen olevan perusteeton.

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

249 Kirch-konserni pyrkii tällä viidennellä sitoumuksella varmistamaan sovellusten yhteensopivuuden eli yhteisen standardin, MHP:n, olemassaolon.

250 On muistettava, että käyttäytymiseen liittyvät sitoumukset voidaan hyväksyä, mikäli niillä on rakenteellisia vaikutuksia eli mikäli niillä kyetään estämään määräävän aseman syntyminen tai sen vahvistuminen (em. asiassa Gencor v. komissio annettu tuomio).

251 Kantaja ei ole osoittanut, että riidanalainen sitoumus ei kuuluisi tähän ryhmään. Sovellusten yhteensopivuudella pyritään päinvastoin varmistamaan se, että kolmannet osapuolet kykenevät kehittämään vuorovaikutteista digitaalista televisiota varten sovelluksia, joita voidaan käyttää useilla teknisillä alustoilla. Toisin kuin kantaja väittää, kilpailevien teknisten alustojen käyttöön ottaminen on ilmeisen mahdollista, koska FUN-järjestön hankkeella pyritään nimenomaan kehittämään tällainen tekninen alusta.

252 Lisäksi velvollisuus toteuttaa DVB-MHP-standardi ei edellytä, toisin kuin kantaja väittää, pysyvää käyttäytymisen valvontaa, koska standardoitu liitäntä avaa rakenteellisesti markkinat kilpailevien sovellusten toimittajille. Jokainen kehittelyä harjoittava yhtiö kykenee näet tämän ansiosta kehittämään käyttövalmiita sovellusohjelmia ja tarjoamaan vastaavia palveluja riippumatta Kirch-konsernin antamasta lisenssistä tai hyväksymisestä.

253 Lisäksi neljännen ja viidennen sitoumuksen yhdistelmä mahdollistaa markkinoiden avaamisen sovelluksille.

254 Joka tapauksessa on todettava, että kantaja ei ole esittänyt näyttöä siitä, että komissio olisi tehnyt ilmeisen arviointivirheen.

255 Edellä esitetyn perusteella väite on hylättävä.

Kilpailevien alustojen yhteensopivuus (sitoumus 6)

— Osapuolten lausumat

256 Kantaja väittää, että sitoumus, jolla Kirch-konserni velvoittautuu huolehtimaan Simulcrypt-sopimusten tekemisestä kilpailevien teknisten alustojen käyttäjien kanssa, ei d-boxin suojatun ehdollista pääsyä koskevan järjestelmän ansiosta ole omiaan horjuttamaan Kirch-konsernin määräävää asemaa teknisten palvelujen markkinoilla, jotka kattavat myös käytönvalvontajärjestelmät. Sitoumus merkitsee sen mielestä käyttäytymiseen liittyvää velvollisuutta, joka sitoo Kirch-konsernia joka tapauksessa EY 82 artiklan nojalla eikä tuo lisäarvoa kyseisen artiklan mukaiseen määräävän aseman väärinkäytön yleiseen valvontaan nähden.

257 Sen käyttäytymiseen liittyvän velvollisuuden sisältö, johon Kirch-konserni on sitoutunut, on näet erityisen epämääräinen. Kirch-konserni sitoutuu ensinnäkin vain toteuttamaan kaikki toimenpiteet sen takaamiseksi, että Simulcrypt-sopimukset tulevat mahdollisimman nopeasti voimaan. Tämän sitoumuksen noudattaminen edellyttää sitä, että kilpailevan teknisen alustan käyttäjä tekee yhteistyötä niin pitkälle kuin on objektiivisesti tarpeen, että tämä toimija saa oikeudenmukaiset ja asianmukaiset ehdot ja että ehdollista pääsyä koskevan järjestelmän tekninen turvataso ei ole sellainen, että se vaarantaa d-boxin vastaavan järjestelmän.

258 Lisäksi kantaja katsoo, että sitoumus, joka merkitsee Simulcrypt-sopimusten tekemistä kilpailevien alustojen käyttäjien ja Kirch-konsernin tytäryhtiön Beta-Researchin välillä, edellyttää aina Kirch-konsernin hyvää tahtoa. On kuitenkin epäiltävissä, löytyykö Kirch-konsernilta tätä hyvää tahtoa, koska se on myös ohjelmien lähettäjä ja Simulcrypt-sopimusten tekeminen, jonka vaikutuksesta kilpailevien ohjelmien lähettämistä helpotetaan, saattaisi heikentää sen asemaa

ohjelmien lähettäjänä. On siis olemassa vaara, että teknisten palvelujen tarjoajan BetaResearchin intressit ja sen konsernin, jonka määräysvallassa se on, intressit ohjelmien lähettäjänä ovat ristiriidassa. BetaResearchin tekemien liiketoiminnallisten päätösten riippumattomuudesta ei siten ole takeita.

259 Kantaja huomauttaa tässä yhteydessä siitä, että komissio on tutkinut tätä väärinkäytön riskiä ja todennut sen Bertelsmann/Kirch/Premiere- (58 perustelukappale) ja Deutsche Telekom/BetaResearch -päätöksissään (38 perustelukappale). Se viittaa myös huonoihin kokemuksiin, joita FUN-järjestöllä on ollut, kun se on yrittänyt neuvotella Simulcrypt-sopimuksesta Kirch-konsernin kanssa.

260 Se huomauttaa lopuksi, että sitoumus edellyttää kilpailevien ehdollista pääsyä koskevien järjestelmien olemassaoloa, vaikka on vaikea ymmärtää, miten ne voisivat saavuttaa jalansijaa markkinoilla.

261 Kantaja vastaa KirchPayTV:n väitteeseen, jonka mukaan Simulcrypt-sopimuksia tehdään ainoastaan teknisten alustojen välillä mutta kaapelilähetysten osalta Kirch-konsernilla ei ole tällaista alustaa, täsmentäen, että tärkein tekninen alusta tällä alalla, MSG MediaServices GmbH, käyttää yksinomaan Kirch-konsernin kehittämää teknologiaa.

262 Se huomauttaa KirchPayTV:n toteamuksesta, joka koskee uusien teknisten alustojen viimeaikaista käyttöönottoa kaapelilähetysten alalla, että tätä seikkaa ei ollut olemassa silloin, kun päätös tehtiin, että sillä ei siten ole merkitystä ja että vielä tälläkään hetkellä käyttöönottoa ei ole todellisuudessa tapahtunut, mikä johtuu suurimman osan kaapeliverkosta omistavan ja tytäryhtiönsä MSG MediaServices GmbH:n välityksellä tällä lähetystoiminnan alalla tärkeintä tek-

nistä alustaa käyttävän Deutsche Telekomin kilpailevien alustojen potentiaalisille käyttäjille asettamista rajoituksista. Se viittaa tässä yhteydessä huomattaviin vaikeuksiin, joita kilpailevan alustan hallinnoijalla PrimaComilla on ollut tehdessään Simulcrypt-sopimusta MSG MediaServices GmbH:n kanssa.

263 Komissio ja väliintulijat arvioivat väitteen olevan perusteeton.

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

264 Kuudennella sitoumuksella pyritään avaamaan d-box muille maksullisille televisiokanaville ja vuorovaikutteisille digitaalisille palveluille.

265 Kirch-konserni on siten sitoutunut tekemään Simulcrypt-sopimuksia sellaisten teknisten alustojen hallinnoijien kanssa, jotka käyttävät muita salausmenetelmiä. On muistettava, että Simulcrypt-menetelmä mahdollistaa eri salausmenetelmien käytön ilman että asiakas tarvitsisi useita dekoodereita vastaanotetun signaalin salauksen purkuun, siten että salausavaimia vaihdetaan alustojen hallinnoijien välillä. Näin ollen kaikki vastaavat ohjelmat voidaan vastaanottaa yhdellä dekooderilla.

266 Tällä sitoumuksella pyritään takaamaan kilpailevien teknisten alustojen käyttöön ottaminen, kun signaalien vastaanottaminen d-boxin välityksellä mahdollistetaan Simulcrypt-menetelmällä teknisten palvelujen tarjoajan halutessa käyttää kilpailevaa salausjärjestelmää. Komissio ja väliintulijat ovat väittäneet, ilman että kantaja olisi vastustanut tätä väitettä, että teknisten palvelujen tarjoajilla on tästä syystä mahdollisuus valita vapaasti salausjärjestelmänsä ja että sitoumus vahvistaa teknisten alustojen hallinnoijien välisen kilpailun lisäksi kilpailua myös dekoodereiden markkinoilla.

267 Lisäksi on muistettava, että jokainen sitoumus on lakiin perustuva velvoite, jonka laiminlyönti voi tarvittaessa johtaa siihen, että komissio peruuttaa yritykseskittymälle antamansa hyväksymisen. Se, että Kirch saattaisi olla osoittamatta hyvää tahtoa panna sitoumus täytäntöön, mitä kantaja ei myöskään ole näyttänyt toteen, ei ole sellainen seikka, joka osoittaisi komission tehneen ilmeisen arviointivirheen katsoessaan, että sitoumuksella kyetään korjaamaan kilpailuongelmat.

268 Riidanalainen sitoumus ei ole myöskään erillinen, vaan sitä täytyy arvioida Kirch-konsernin antamien sitoumusten kokonaisuuden yhteydessä, erityisesti sen sitoumuksen kannalta, joka koskee mahdollisuutta käyttää Kirchin maksutelevision ohjelmointiin muita teknisiä alustoja.

269 Tästä seuraa, että tämä väite on hylättävä.

Mahdollisuus käyttää Kirchin maksutelevisioon liittyviä palveluja muilla teknisillä alustoilla (sitoumus 7)

— Osapuolten lausumat

270 Kantaja esittää ensisijaisesti, että sitoumus, jolla Kirch-konserni velvoittautuu markkinoimaan maksutelevisioon liittyviä ohjelmiaan myös muiden teknisten alustojen välityksellä esimerkiksi Simulcrypt-sopimuksin, ei ole omiaan horjuttamaan Kirch-konsernin määräävää asemaa maksutelevision markkinoilla ja siihen liittyvien teknisten palvelujen markkinoilla eikä siten tuo mitään lisäarvoa EY 82 artiklan mukaiseen määräävän aseman väärinkäyttöä koskevaan valvontaan.

271 Ensinnäkin sen sijaan, että tämä sitoumus helpottaisi kilpailevien alustojen pääsyä markkinoille, siinä ainoastaan oletetaan niiden olevan olemassa ja tarjotaan niille kartellioikeuden mukaisia hyviä menettelytapoja.

272 Toiseksi tämän tarjouksen täytäntöönpanon, mikä sinänsä riippuu vain hyvästä tahdosta, ehdot ovat erityisen epämääräiset.

273 Kolmanneksi sitoumus johtaa eturistiriitaan, joka vaarantaa sen tehokkuuden. Kun Kirch-konserni velvoitetaan markkinoimaan maksutelevisioon liittyviä ohjelmiaan kilpailevien teknisten alustojen välityksellä, se pakotetaan tekemään sellaisia päätöksiä, jotka saattavat olla sen asemaan ohjelmien valmistajana liittyvien omien etujen vastaisia. Näin ollen on epäiltävä, paneeko se sitoumuksen täytäntöön lojaalilla tavalla. Kantaja muistuttaa siitä, että komissio on perustellusti todennut tämän seikan Bertelsmann/Kirch/Premiere- ja Deutsche Telekom/BetaResearch -päätöksissä.

274 Kantaja vetoaa tässä yhteydessä aluksi huonoihin kokemuksiin, joita FUN-järjestö on saanut halutessaan luoda kilpailevan teknisen alustan, kun Kirch-PayTV kieltäytyi kyseisen sitoumuksen vastaisesti ja valheellisin verukkein antamasta pääsyä Kirch-konsernin maksutelevisioon liittyvään tarjontaan. Se viittaa tämän jälkeen vaikeuksiin, joilla PrimaComin kaapelilähetyksen teknisellä alustalla on ollut tehdä Simulcrypt-sopimusta Kirch-konsernin kanssa. Se huomauttaa lopuksi, että tällä hetkellä ei ole olemassa yhtäkään esimerkkiä eri salausjärjestelmien välillä toimivasta Simulcryptin teknisestä sovelluksesta.

275 Kantaja vetoaa toiseksi siihen, että sitoumus edellyttää jälkikäteen tapahtuvaa käyttäytymisen valvontaa, mikä on ristiriidassa edellä mainitussa asiassa Gencor vastaan komissio annetun tuomion ja korjaustoimenpiteistä annetun tiedonannon kanssa.

276 Komissio ja väliintulijat arvioivat väitteen olevan perusteeton.

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

277 Kirch-konserni velvoittautuu seitsemännellä sitoumuksellaan markkinoimaan maksutelevisioon liittyviä ohjelmiaan myös muiden teknisten alustojen välityksellä erityisesti Simulcrypt-sopimuksin.

278 On todettava, että tämä sitoumus helpottaa kilpailevien teknisten alustojen hallinnoijien pääsyä markkinoille ja edistää siten epäsuorasti maksutelevisioon liittyvien ohjelmien tuottajien välistä kilpailua, kun nämä kykenevät lähettämään näiden teknisten alustojen välityksellä ohjelmiaan Kirch-konsernin maksutelevisioon liittyvien ohjelmien yhteydessä.

279 Yhtäältä kantajan väitteestä, joka koskee vaikeuksia, joita se väittää itse kohdanneensa sitoumuksen 7 täytäntöönpanossa vaihtoehtoisen FUN-alustan yhtenä hallinnoijana, on todettava, että väliintulijat ovat väittäneet, ilman että kantaja olisi sitä kiistänyt, että FUN ei ole ottanut käyttöön sitoumusten mukaista välimiesmenettelyä.

280 Toisaalta kantajan väitteestä, jonka mukaan sitoumuksella 7 ei avattaisi markkinoita vaan siinä oletetaan kilpailevien teknisten alustojen olevan jo olemassa, on jälleen todettava, että sitoumuksia ei pidä arvioida erikseen.

281 Kuten komissio on todennut, teknisen alustan tuloa markkinoille helpottaa kilpailevien teknisten alustojen yhteensopivuus, joka taataan Simulcrypt-sopimuksin (sitoumus 6), Kirch-konsernin maksutelevisioon liittyvien ohjelmien käyttömahdollisuus (sitoumus 7) sekä tarvittaessa lisenssillä annettava d-box-järjestelmän teknologian käyttömahdollisuus (sitoumus 8). Sitoumuksilla 6 ja 7 mahdollistetaan siten se, että kilpaileva maksutelevisioon liittyvien palvelujen tarjoaja toimii muulla kuin Kirchin tarjoamalla teknisellä alustalla.

282 Näin ollen sitoumukseen 7 liittyvät väitteet on hylättävä.

D-box-järjestelmän teknologian käyttäminen muilla kilpailevilla teknisillä alustoilla (sitoumus 8)

— Osapuolten lausumat

283 Kantaja arvioi, että Kirch-konsernin sitoumus antaa kilpailevien alustojen hallinnoijien käyttää d-box-järjestelmän teknologiaa ei horjuta Kirch-konsernin määräävää asemaa tämän järjestelmän teknisessä kehittämisessä.

284 Se huomauttaa tässä yhteydessä ensinnäkin, että komissio hylkäsi samankaltaisen sitoumuksen Bertelsmann/Kirch/Premiere- (139 perustelukappale) ja Deutsche Telekom/BetaResearch -päätöksissään (64 perustelukappale) sillä perusteella, että se ei ollut omiaan lopettamaan tätä määräävää asemaa. Kantaja katsoo, että riidanalaisessa päätöksessä ei ole perusteltu millään tavoin sitä, miksi asiaa on nyt käsiteltävässä asiassa pitänyt arvioida eri tavalla kilpailuoikeuden kannalta, vaikka tosiseikat ovat samat kuin edellä mainituissa asioissa.

285 Se vetoaa toiseksi siihen, että sitoumus on ristiriidassa niiden edellytysten kanssa, jotka työryhmän "yrityskeskittymien valvonta" johtaja määritteli tämänkaltaisten sitoumusten hyväksymisen edellytyksiksi (Crauz, G.-H., "Remedies under the merger regulation", *International antitrust law & policy*, Fordham Corporate Law Institute, New York, 1996, s. 219—238, ks. s. 225 ja sitä seuraavat sivut), erityisesti niiden edellytysten kanssa, joiden mukaisesti on estettävä se, että

— lisenssin antaja kykenisi kiertämään myönnetyn lisenssin vaikutuksia esimerkiksi epäämällä olennaisen teknisen avun

— lisenssin antaja vaatisi lisenssinhaltijalta kohtuutonta maksua ja

— komission olisi valvottava pysyvästi lisenssisopimuksen noudattamista ja esimerkiksi selvitettävä käyttömaksujen asianmukaisuus.

286 Kantaja huomauttaa tältä osin ensinnäkin, että lisenssien käyttämisestä vaadittavien kohtuuttomien maksujen vahvistaminen on tarkoitus estää vain viittaamalla asianmukaisiin syrjimättömiin ehtoihin, että sitoumukseen ei sisälly erityisiä määräyksiä teknisestä avusta ja että sitoumus merkitsee komission kannalta etenkin pysyvää käyttäytymisen valvontaa.

287 Se lisää, että pysyvä käyttäytymisen valvonta on ristiriidassa korjaustoimenpiteistä annetun tiedonannon kanssa.

288 Kantaja toteaa vastauksena KirchPayTV:n väitteeseen, jonka mukaan välimiesmenettelyllä, jossa todistustaakka käännetään Kirch-konsernin vahingoksi, vältetään tällainen pysyvä käyttäytymisen valvonta, että näillä seikoilla ei kyseenalaisteta tämän valvonnan olemassaoloa ja että välimiesmenettelyn tarve osoittaa päinvastoin sen, että valvontaa on olemassa.

289 Kantaja esittää kolmanneksi, että päätöksen sisältö on ristiriitainen, kun siinä yhtäältä hyväksytään kyseinen sitoumus ja toisaalta todetaan, että on olemassa huomattava riski siitä, että Kirch-konsernin tytäryhtiö BetaResearch käyttää lisenssipolitiikassaan määräävää asemaa väärin asioidessaan KirchPayTV:n potentiaalisten kilpailijoiden kanssa vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoilla, ja jopa viitataan konkreettisiin väärinkäyttötapauksiin, joita kolmannet osapuolet ovat ilmoittaneet (riidanalaisen päätöksen 37 perustelukappale).

290 Kantaja kiistää sen KirchPayTV:n väitteen paikkansapitävyyden, jonka mukaan teknisten alustojen hallinnoijilla olisi mahdollisuus valita joko d-box-järjestelmän teknologia riidanalaisen sitoumuksen perusteella tai kilpaileva tekniikka ja tavoitella d-boxin tilaajia Simulcrypt-sopimusten avulla. FUNin ja PrimaComin huonot kokemukset niiden yrittäessä neuvotella Simulcrypt-sopimuksia Kirch-konsernin kanssa näet osoittavat, että jälkimmäinen vaihtoehto on ilmeisen soveltumaton.

291 Komissio ja väliintulijat arvioivat väitteen olevan perusteeton.

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

292 On muistettava, että tällä sitoumuksella pyritään antamaan kilpailevien alustojen hallinnoijille mahdollisuus käyttää d-box-järjestelmän teknologiaa.

293 Sillä helpotetaan siten kilpailevien teknisten alustojen käyttöönottoa ja näin ollen myös kilpailevien sisällöntuottajien pääsyä markkinoille, mikä on omiaan edistämään kilpailua maksutelevision markkinoilla.

294 Kantajan väite, jonka mukaan riidanalainen päätös ja Bertelsmann/Kirch/Premiere- ja Deutsche Telekom/BetaResearch -päätökset olisivat ristiriidassa keskenään, on hylättävä edellä esitetyin perusteluin.

295 Kantajan väitteeseen, jonka mukaan kyseinen sitoumus johtaisi siihen, että käyttäytymistä pitäisi pysyvästi valvoa, mikä olisi ristiriidassa korjaustoimenpiteistä annetun tiedonannon kanssa, on riittävää huomauttaa, että kaikissa riidoissa, jotka koskevat sitoumusten noudattamista, on sovellettava välimiesmenettelyä, joka takaa riittävän valvonnan. On lisäksi muistettava, että kolmannet osapuolet, jotka ovat tyytymättömiä sitoumuksen täytäntöönpanoon, voivat turvautua välimiesmenettelyyn, jossa Kirch-konsernilla on todistustaakka. Vaikka sitoumuksen täytäntöönpanoa siis valvotaan, valvonta ei ole kuitenkaan komission tehtävänä.

296 Väitteestä, jonka kantaja perustaa siihen, että sitoumus olisi ristiriidassa niiden edellytysten kanssa, jotka työryhmän "yrityskeskittymien valvonta" johtaja on eräässä julkaisussa määritellyt tämänkaltaisten sitoumusten hyväksymisen edel-

lytyksiksi, on todettava, että komission virkamiehen lausumat eivät heijasta mitään komission virallista kantaa eivätkä näin ollen voi sitoa sitä.

297 Lopuksi myös kantajan väite, jonka mukaan komissio on sitoumuksen hyväksyessään jättänyt huomiotta sen riskin, että BetaResearch käyttää määräävää asemaansa väärin myöntäessään lisenssejä d-box-järjestelmän käyttämiseen, on hylättävä. Ensinnäkin teknisten alustojen hallinnoijat ovat vapaita valitsemaan kilpailevan teknologian ja tavoittelemaan d-box-järjestelmän tilaajia Simulcrypt-sopimusten avulla. Toiseksi, kuten edellä on todettu, riidanalaista sitoumusta ei pidä tarkastella erikseen vaan osana vastaavilla velvoitteilla ja ehdoilla ja erityisesti sitovalla välimiesmenettelyllä taattujen sitoumusten kokonaisuutta.

298 Sitoumusta 8 koskeva väite on siten hylättävä.

Useisiin järjestelmiin soveltuvien dekooderien valmistus (sitoumus 9)

— Osapuolten lausumat

299 Kantaja toteaa, että myös sitoumus myöntää lisenssejä useisiin järjestelmiin soveltuville dekoodereille on ristiriidassa sen arvioinnin kanssa, jonka komissio on esittänyt aikaisemmissa Bertelsmann/Kirch/Premiere- (139 perustelukappale) ja Deutsche Telekom/BetaResearch -päätöksissään (64 perustelukappale) ja jonka mukaan tällainen sitoumus ei ole omiaan poistamaan kilpailuoikeudellisia epäi-

lyjä, koska Kirch ei menettäisi määräysvaltaansa teknologian kehittämiseen. Se katsoo, että komissio ei ole millään tavoin perustellut sitä, että se on muuttanut kantaansa yrityskeskittymien valvontaa koskevan oikeuden osalta, vaikka tosiseikat ovat samat.

300 Tätä määräävää asemaa olisi voitu horjuttaa ainoastaan siinä tapauksessa, että komissio olisi asettanut Kirch-konsernille lisävelvoitteen, joka olisi mahdollistanut sen, että d-boxin valmistuslisenssien haltijat liittävät siihen paitsi kilpailevia salausjärjestelmiä, myös yleisen liitännän. Kilpailevien salausjärjestelmien liittäminen on näet täysin riittämätön ratkaisu, koska se pakottaa näitä kilpailevia salausjärjestelmiä käyttävien teknisten alustojen hallinnoijat tekemään Simulcrypt-sopimuksia Kirch-konsernin kanssa eikä siten horjuta Kirch-konsernin määräävää asemaa d-box-järjestelmää kohtaan.

301 Se kiistää tältä osin sen komission väitteen paikkansapitävyyden, jonka mukaan sitoumukseen sisältyy mahdollisuus liittää d-boxiin yleinen liitäntä.

302 Komissio ja väliintulijat arvioivat väitteen olevan perusteeton.

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

303 Tämän yhdeksännen sitoumuksen tarkoituksena on antaa dekooderien valmistajille lisenssejä d-box-dekooderin kehittämistä varten, jotta nämä voivat liittää sen muihin käytönvalvontajärjestelmiin ja yleiseen liitäntään. Yleisellä liitännällä on ymmärrettävä tarkoitettavan kussakin d-boxissa olevaa modulijärjestelmää, jossa erilaiset salauksenpurkumuodot toimivat.

304 On todettava, että kantaja ei ole osoittanut, että tämä sitoumus ei olisi omiaan takaamaan sitä, että tulevat d-boxin tilaajat voidaan tavoittaa myös muilla salausjärjestelmillä. Sitoumuksella 9 pyritään siten avaamaan markkinat teknisten alustojen hallinnoijille, sisällöntuottajille ja d-boxin potentiaalisille valmistajille, mutta myös salausjärjestelmien tuottajille.

305 Lisäksi on muistettava, että nyt käsiteltävä asia ei ole verrattavissa asiayhteyteen, jossa tehtiin Bertelsmann/Kirch/Premiere- ja Deutsche Telekom/BetaResearch -päätökset. Koska kyseessä ei ole sama tosiasiallinen tilanne, komissiolla ei siten ollut velvollisuutta perustella päätöstään erityisesti.

306 Tämä väite on näin ollen hylättävä.

Siirtyminen analogisesta järjestelmästä digitaaliseen järjestelmään (sitoumus 10)

— Osapuolten lausumat

307 Kantaja arvioi, että sitoumuksella tarjota digitaalinen dekooderi (d-box) kaikille KirchPayTV:n tilaajille, joilla on vain analoginen dekooderi, ei kyetä helpottamaan maksutelevision markkinoista ja vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoista kiinnostuneiden toimijoiden pääsyä markkinoille ja mahdollisuuksia tarjota palvelujaan näille tilaajille. Koska yleisen liitännän ratkaisu on hylätty, kolmansien osapuolten pääsy kyseisille markkinoille d-boxin välityksellä edellyttäisi näet vähintään Simulcrypt-sopimuksen tekemistä Kirch-konsernin kanssa, ja tämä kuitenkin kieltäytyisi siitä.

308 Komissio ja väliintulijat arvioivat väitteen olevan perusteeton.

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

309 On todettava, että kantaja ei kiistä sitä, että riidanalainen sitoumus, eli digitaalisen dekooderin (d-box) tarjoaminen kaikille KirchPayTV:n tilaajille, joilla on vain analoginen dekooderi, takaa sen, että Premieren tilaajilla on käytettävissään digitaalinen dekooderi ja että ohjelmien tuottajia ei suljeta pois markkinoilta sen vuoksi, että ne lähettävät ohjelmiaan digitaalisesti. Sillä vältetään se, että kilpailevien yhtiöiden toimintaa relevanteilla markkinoilla estettäisiin sillä, että kuluttajat käyttäisivät analogisia dekoodereita, jotka eivät sovi tämän tyyppisiin toimintoihin. Kantaja ei näin ollen ole näyttänyt toteen, miksi komissio olisi tehnyt ilmeisen arviointivirheen katsoessaan, että tämä sitoumus mahdollistaa markkinoiden avaamisen kilpaileville toimijoille.

310 Tähän sitoumukseen liittyvä väite on näin ollen hylättävä.

Lisäkapasiteetin rajoittaminen kaapeliverkoissa (sitoumus 11)

— Osapuolten lausumat

311 Kantaja katsoo, että sitoumus, jonka nojalla KirchPayTV velvoittautuu olemaan esittämättä 31.12.2000 saakka enää pyyntöjä digitaalisen lisäkapasiteetin saa-

miseksi kaapeliverkoista, ei ole omiaan horjuttamaan Kirch-konsernin määräävää teknologista asemaa markkinoilla. Sillä ei voida myöskään hälventää komission riidanalaisessa päätöksessä (78 perustelukappale) ilmaisemaa huolta, joka johtuu siitä, että Deutsche Telekom käyttää Kirch-konserniin kuuluvan BetaResearchin teknologiaa televisio-ohjelmien digitaaliseen lähettämiseen laajakaistakaapeliverkoissaan. Se muistuttaa, että tämä huoli sisälsi pelon siitä, että KirchPayTV:lle saattaisi syntyä määräävä asema vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoilla.

312 Se huomauttaa, että nämä huolet ovat sittemmin osoittautuneet erityisen aiheellisiksi sen vuoksi, että Deutsche Telekomilla ja Kirch-konsernilla on tällä hetkellä aikomus hallinnoida BetaResearchiä yhteisyrityksenä. Tämä hanke on ilmoitettu Bundeskartellamtille.

313 Se kiistää sen komission väitteen oikeellisuuden, jonka mukaan se olisi halunnut asettaa velvoitteita yrityskeskittymään nähden kolmannelle osapuolelle eli Deutsche Telekomille. Se väittää vain, että sitoumus ei ole sellainen, että sillä voitaisiin poistaa ne vakavat epäilyt keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille, joita komissio on esittänyt riidanalaisessa päätöksessä (78 perustelukapple).

314 Komissio ja väliintulijat arvioivat väitteen olevan perusteeton.

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

315 Tällä sitoumuksella, jonka mukaan 31.12.2000 saakka ei enää esitetä pyyntöjä digitaalisen lisäkapasiteetin saamiseksi kaapeliverkoista, pyritään hälventämään

sitä pelkoa, että Kirchin maksullisen televisio-ohjelman tarjonta vie liikaa tilaa kaapeliverkosta, jolloin kolmansien osapuolten tarjoamille ohjelmille ei ole enää riittävästi tilaa.

316 Arvostelu, jota kantaja on esittänyt komissiota vastaan siitä, että tämä ei ole velvoittanut Deutsche Telekomia käyttämään kaapeliverkoissaan muuta kuin Kirchin teknologiaa, on hylättävä. Deutsche Telekom on näet riidanalaiseen keskittymään nähden ulkopuolinen, joten komissio ei voi määrätä sille velvoitteita tässä menettelyssä.

317 Riidanalainen keskittymä ei myöskään liity millään tavoin Deutsche Telekomin päätökseen käyttää Kirchin teknologiaa kaapeliverkossaan.

318 Kantajan huomautus, joka koskee hanketta, jolla luotaisiin Deutsche Telekomin ja BetaResearchin välinen yhteisyritys, on asiaankuulumaton, sillä kilpailuongelmat, joita tämä hanke mahdollisesti tuo esiin, eivät liity millään tavoin riidanalaiseen päätökseen.

319 Näin ollen kantajan väite on hylättävä.

Huomautukset, joissa arvostellaan tiettyjen välttämättömiksi väitettyjen sitoumusten puuttumista

320 Kantaja arvostelee komissiota siitä, että tämä ei ole edellyttänyt tiettyjä sitoumuksia, joita kantaja oli ehdottanut hallinnollisessa menettelyssä (22.2.2000, 2.3.2000 ja 15.3.2000 päivätyt kantajan kirjeet) ja joilla olisi sen mielestä kyetty

poistamaan tärkeimmät komission itsensä toteamat epäilyt keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille, ilman että tämä kuitenkaan riittäisi soveltuvuuden toteamiseksi.

321 Se arvostelee KirchPayTV:n väitettä, joka perustuu siihen, että sitoumukset 1—5 olisivat olleet riittäviä, että teknisten palvelujen markkinoiden avaamiseen liittyvät sitoumukset 6—9 eivät olisi edes olleet tarpeen ja että varsinkaan muut vieläkin laajemmat sitoumukset eivät olisi myöskään olleet tarpeen. Kun KirchPayTV katsoo, että sitoumukset 6—9 ovat tarpeettomia, se jättää näet huomiotta sen, miten suuri merkitys sillä, että Kirch-konsernilla on määräysvalta d-box-järjestelmän teknologiassa, on maksutelevision markkinoiden ja vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoiden avaamisen kannalta. Mikäli tämä väite hyväksyttäisiin, riidanalainen päätös olisi lisäksi kumottava, koska siinä on määrätty tarpeettomista sitoumuksista.

Sellaisen sitoumuksen puuttuminen, jolla olisi määrätty d-box-dekooderin varustamisesta yleisellä liitännällä

— Osapuolten lausumat

322 Kantaja väittää, että komissio on menetellyt virheellisesti, kun se ei ole edellyttänyt keskittymän osapuolilta kantajan ehdottamaa sitoumusta, jonka mukaan d-box-dekooderi varustettaisiin yleisellä liitännällä.

323 Se esittää tässä yhteydessä, että hyväksyttyjen sitoumusten perusteella KirchPayTV:n kanssa kilpailevat yhtiöt kykenevät lähettämään ohjelmiaan d-box-dekooderin välityksellä ainoastaan käyttämällä Kirch-konserniin kuuluvan

BetaResearchin kehittämää ehdollista pääsyä koskevaa järjestelmää eli BetaCryptiä, jota niillä ei ole oikeus käyttää ennen kuin ne ovat tehneet Simulcrypt-sopimuksen BetaResearchin kanssa. Simulcrypt-sopimuksen tekemisen välttämättömyys merkitsee sitä, että nämä toimijat ovat riippuvaisia BetaResearchistä, ja Kirch-konserni saattaa käyttää tätä asemaa väärin suojellakseen etujaan maksutelevision markkinoilla ja vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinoilla asettamalla tällä tavoin potentiaaliset kilpailijansa näillä markkinoilla heikompaan asemaan.

324 Kantaja korostaa, että komissio on tuonut tämän riskin esiin Bertelsmann/Kirch/Premiere- (58 perustelukappale) ja Deutsche Telekom/BetaResearch -päätöksissään (38 perustelukappale) samoin kuin Sveitsin liittovaltion ympäristö-, liikenne-, energia- ja viestintäasioista vastaava osasto 8.11.1999 tekemässään päätöksessä, joka koski sveitsiläistä maksullisten televisiopalvelujen alalla toimivaa yhtiötä Teleclub AG:tä, jonka pääomasta KirchPayTV:llä on 40 prosentin osuus ja joka niin ikään käyttää d-box-dekooderia.

325 Se lisää, että tämä riski on sittemmin vielä kasvanut, kun Kirch-konserni on ottanut maksullisen televisiokanava Premieren yksinomaiseen hallintaansa ja tämä kanava on sulautunut DF1:n kanssa muodostaakseen Premiere World -kanavan. Se muistuttaa tässä yhteydessä myös käytännön vaikeuksista, joita tietyt toimijat, esimerkiksi FUN, ovat kohdanneet tehdessään Simulcrypt-sopimuksia BetaResearchin kanssa.

326 Se esittää ehdottaneensa tämän riskin välttämiseksi sitä, että Kirch-konserni pakotettaisiin varustamaan d-box-dekooderi yleisellä liitännällä, jolloin saman dekooderin välityksellä voitaisiin vastaanottaa ehdollista pääsyä koskevilla eri järjestelmillä koodattuja ohjelmia. Tällä ratkaisulla, Multicryptillä, vältettäisiin edellä mainitut hankaluudet, kun kilpaileville yhtiöille annettaisiin mahdollisuus lähettää muilla ehdollista pääsyä koskevilla järjestelmillä kuin Kirch-konsernin järjestelmillä suojattuja ohjelmiaan d-boxin välityksellä, ilman että niiden tarvitsisi tehdä Simulcrypt-sopimuksia kyseisen konsernin kanssa.

327 Kantaja vastaa KirchPayTV:n väitteisiin, että televisiosignaalien lähetystä koskevien standardien käytöstä 24 päivänä lokakuuta 1995 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 95/47/EY (EYVL L 281, s. 51; jäljempänä direktiivi 95/47/EY), joka on EY 47 artiklan 2 kohdan, EY 55 artiklan ja EY 95 artiklan nojalla annettu yhdenmukaistamisdirektiivi, rajoitetaan komission harkintavaltaa niiden sitoumusten osalta, jotka on otettava huomioon yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä. Se katsoo myös, että yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä perusteluilla, jotka koskevat lopulliselle kuluttajalle Simulcrypt-sovelluksesta Multicrypt-sovellukseen verrattuna koituvia käytännön etuja, ei ole merkitystä.

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

328 Aluksi on muistutettava siitä, että komissiolla on laaja harkintavalta arvioida sitoumusten tarpeellisuutta suunnitellun keskittymän esiin tuomien vakavien epäilyjen hälventämiseksi.

329 Tästä seuraa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ei pidä korvata komission arviointia omalla arvioinnillaan, vaan sen valvonta rajoittuu sen selvittämiseen, ettei komissio ole tehnyt ilmeistä arviointivirhettä. Erityisesti kantajan ehdottamien sitoumusten huomiotta jättäminen ei sinänsä osoita, että riidanalaista päätöstä rasittaisi ilmeinen arviointivirhe, eikä se, että muitakin sitoumuksia olisi voitu hyväksyä tai että ne olisivat olleet kilpailun kannalta jopa edullisempia, ei voi johtaa päätöksen kumoamiseen, mikäli komissio on voinut kohtuudella päätellä, että vakavat epäilyt voidaan hälventää päätöksessä huomioon otetuilla sitoumuksilla.

330 Kantaja väittää, että komission olisi pitänyt edellyttää sitoumusta, jonka mukaan d-box-dekooderi olisi pitänyt varustaa yleisellä liitännällä, eikä sitoumusta, joka koskee Simulcrypt-sopimusta.

331 Tältä osin on aluksi todettava, että sekä Simulcrypt-salausjärjestelmän että yleisen liitännän avulla voidaan välttää se, että ehdollista pääsyä koskevilla eri järjestelmillä suojattujen maksullisten kanavien tilaaja joutuisi käyttämään useita dekoodereita. Direktiivissä 95/47/EY molempia ratkaisuja pidetään lisäksi toisiaan vastaavina.

332 Kantaja ei ole myöskään kiistänyt sen KirchPayTV:n väitteen paikkansapitävyyttä, jonka mukaan Simulcrypt-sovellus tarjoaa useita etuja yleiseen liitäntään verrattuna. KirchPayTV on esimerkiksi esittänyt yhtäältä, että Simulcrypt-menetelmä varmistaa paremman suojan laitonta suojauksen purkua vastaan, ja toisaalta, että yleinen liitäntä merkitsee sitä, että katsojan on hankittava dekooderin lisäksi ehdollista pääsyä koskevia eri järjestelmiä vastaavat modulit ja vaihdettava modulia ennen kuin hän kykenee katsomaan salattuja ohjelmia eri ehdollista pääsyä koskevalla järjestelmällä. Se on niin ikään huomauttanut, että yleisen liitännän käyttäminen ei mahdollista pääsyä d-boxin tämänhetkiseen tilaajajoukkoon.

333 Kuten edellä on todettu, kantajan väite, jonka mukaan Simulcrypt-sopimusten tekemistä koskeva sitoumus ei olisi riittävä tässä tapauksessa esiin tulleiden kilpailuongelmien korjaamiseksi, on lisäksi perusteeton.

334 Näin ollen ei voida katsoa, että komissio olisi tehnyt ilmeisen arviointivirheen, kun se ei ole edellyttänyt yleistä liitäntää koskevaa sitoumusta.

Sellaisen sitoumuksen puuttuminen, joka olisi koskenut BetaResearchin ja Deutsche Telekomin välisiä mahdollisia suhteita

— Osapuolten lausumat

335 Kantaja arvostelee komissiota siitä, että tämä ei ole ottanut huomioon kantajan ehdotusta siitä, että pitäisi edellyttää sitoumusta, jolla kiellettäisiin sellaiset yhtiöoikeudelliset ja sopimusoikeudelliset siteet BetaResearchin ja Deutsche Telekomin välillä, joiden tarkoituksena olisi varmistaa se, että BetaResearchin kehittämästä teknologisesta standardista tulee ainoa suurinta osaa käytettävissä olevista verkoista hallinnoivan Deutsche Telekomin laajakaistakaapeliverkossa käytettävä standardi. Se esittää, että tällaisten siteiden mahdollisuus aiheuttaa vakavaa huolta, jonka komissio on ilmaissut Deutsche Telekom/BetaResearch-päätöksessä (33 perustelukappale ja sitä seuraavat perustelukappaleet).

336 Kantaja toteaa vastauksena komission väitteeseen, jonka mukaan komissio ei olisi voinut määrätä oikeudellisia velvoitteita ulkopuolisille, että komissio olisi varsin hyvin voinut velvoittaa Kirch-konsernin vaatimaan Deutsche Telekomia lopettamaan BetaResearchin kehittämän teknologisen standardin yksinomaisen käytön. Se arvioi, että siinä tapauksessa, että Kirch-konserni ei olisi kyennyt noudattamaan tätä sitoumusta, komission olisi pitänyt todeta tämä laiminlyönti ja ne kilpailuoikeuden noudattamista koskevat epäilyt, jotka komissio oli nimenomaisesti esittänyt riidanalaisessa päätöksessä tämän yksinomaisen käytön osalta (riidanalaisen päätöksen 61 perustelukappale).

337 Se lisää, että komissio ei ole tähän mennessä vastustanut Deutsche Telekomin ja Kirch-konsernin hanketta hallinnoida BetaResearchiä yhteisyrityksenä, vaikka hanketta ajavat kaksi määräävässä asemassa olevaa yritystä.

338 Kantaja esittää vastauksena KirchPayTV:n väitteeseen, jonka mukaan riskin, joka liittyy siihen, että Deutsche Telekom käyttää BetaResearchin kehittämää teknologista standardia, neutralisoi se, että huomattava osa Deutsche Telekomin laajakaistakaapeliverkosta on myyty, että tämän myynnin ajankohtaa ja siihen liittyneitä yksityiskohtia ei ollut määritetty riidanalaisen päätöksen tekohetkellä eikä vielä tälläkään hetkellä.

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

339 Kantaja arvostelee komissiota siitä, että tämä ei ole edellyttänyt Deutsche Telekomin ja BetaResearchin välistä mahdollista sidettä koskevia rajoituksia.

340 Tässä yhteydessä on todettava ensinnäkin, että väite on hylättävä, koska kantaja on kannekirjelmässään ainoastaan tyytynyt arvostelemaan komissiota siitä, että se on jättänyt kantajan ehdotuksen tällaisen siteen kieltämisestä huomiotta ja koska se ei ole esittänyt eikä varsinkaan näyttänyt toteen syitä, joiden vuoksi tällainen sitoumus olisi välttämätön komission riidanalaisen suunnitellun keskittymän osalta esittämien vakavien epäilyjen hälventämiseksi.

341 Toiseksi on todettava, että komissio ei olisi missään tapauksessa voinut noudattaa kantajan ehdotusta, koska se ei voi hyväksyä yrityskeskittymän kannalta ulkopuolisille asetettavia sitoumuksia tehdessään päätöksen asetuksen N:o 4064/89 perusteella.

342 Kolmanneksi kantajan väite kohdistuu sen otsikoinnin mukaan siihen, että Deutsche Telekomin ja BetaResearchin välistä mahdollista sidettä koskevaa kieltoa ei ole asetettu. Kuten kantaja on vastauskirjelmässään täsmentänyt, se

viittaa tältä osin menettelyyn, joka on pantu vireille Saksan Bundeskartellamtissa ja joka koskee Deutsche Telekomin ja BetaResearchin hanketta yhteisyrityksen perustamiseksi. On todettava, että tämän hankkeen mahdollisesti esiin tuomilla kilpailuongelmilla ei ole mitään yhteyttä riidanalaiseen päätökseen ja että vastaväitteet, joita kantaja on tältä osin esittänyt, on osoitettava kyseisen hankkeen osalta ratkaisun antamiseen toimivaltaiselle viranomaiselle.

343 Siltä osin kuin kantaja näyttää haluavan kyseenalaistaa vastauskirjelmässään myös sen, että Deutsche Telekom käyttää tällä hetkellä yksinomaan BetaResearchin kehittämää teknologiaa kaapeliverkoissa, on neljänneksi todettava yhtäältä, että tämä väite on jätettävä tutkimatta, koska se on uusi tai se ei ainakaan vastaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 44 artiklan 1 kohdan c alakohdan vaatimuksia, ja toisaalta, että Deutsche Telekomin päätös käyttää BetaResearchin teknologiaa kaapeliverkoissaan oli tehty ennen riidanalaisen päätöksen kohteena olevaa keskittymää eikä liity siihen millään tavoin.

344 Edellä esitetyn perusteella väite on hylättävä.

Sellaisen sitoumuksen puuttuminen, jossa olisi edellytetty ohjelmien, teknologian ja laitteistojen erottamista toisistaan

— Osapuolten lausumat

345 Kantaja arvostelee komissiota siitä, että tämä ei ole ottanut huomioon kantajan ehdotusta, jonka mukaan Kirch-konsernilta pitäisi vaatia ensinnäkin d-box-dekooderin tarjoamista asiakkaille, jotka haluavat katsella vain muiden yhtiöiden

ohjelmia eivätkä halua tilata KirchPayTV:n markkinoimia maksullisia ohjelmia eli Premiere Worldia, ja toiseksi sen mahdollistamista, että asiakkaat kykenevät vastaanottamaan Premiere Worldin ohjelmia d-boxin kanssa kilpailevien laitteistojen kautta. Sen mukaan näillä sitoumuksilla olisi lopetettu tässä tapauksessa olemassa oleva teknologian ja ohjelmien välinen vertikaalinen integraatio.

346 Kantaja vetoaa siihen, että kun ohjelmia, teknologiaa ja laitteistoja ei ole erotettu tällä tavoin toisistaan, toimijoilla, jotka kehittävät tai tarjoavat d-boxin kanssa kilpailevaa teknologiaa, ei ole suuria menestymisen mahdollisuuksia, koska ne eivät kykene takaamaan ainoan markkinoilla tällä hetkellä tarjolla olevan täydellisen maksullisen televisiokanavan eli Premiere Worldin lähetystä teknologiallaan. Se muistuttaa tässä yhteydessä siitä, että määräävän markkina-aseman syntyminen tai säilyminen teknologian alalla on kilpailuoikeuden kannalta vahingollista, kuten komissiokin on todennut Bertelsmann/Kirch/Premiere- (56 perustelukappale ja sitä seuraavat perustelukappaleet) ja Deutsche Telekom/BetaResearch- päätöksissä (33 perustelukappale ja sitä seuraavat perustelukappaleet) Kirch-konsernin määräysvallassa olevan d-box-järjestelmän vaikutuksista. Se huomauttaa niin ikään, että komissio on itse todennut korjaustoimenpiteistä annetussa tiedonannossa, että jos kilpailuongelma johtuu määräysvallasta keskeisen teknologian suhteen, kuten tässä tapauksessa, kyseisen teknologian luovuttaminen on suositeltava korjaustoimenpide (29 ja 30 perustelukappale).

347 Se kiistää sen komission väitteen paikkansapitävyyden, jonka mukaan ohjelmien, teknologian ja laitteistojen erottaminen toisistaan on jo varmistettu sitoumuksilla, joiden tarkoituksena on antaa kolmansille osapuolille mahdollisuus käyttää Kirchin teknistä alustaa (sitoumukset 1—3) ja kilpaileville teknisille alustoille mahdollisuus käyttää KirchPayTV:n maksullisia televisiointipalveluja (sitoumus 7). Se esittää tässä yhteydessä, että nämä sitoumukset eivät ole tehokkaita, ja viittaa tältä osin esitettyyn arvosteluun. Se muistuttaa sitoumuksen 7 osalta erityisesti huomattavista käytännön vaikeuksista, joita vaihtoehtoisella teknisellä alustalla FUNilla on ollut yrittäessään tehdä Kirch-konsernin kanssa sopimuksen pääsystä Premiere Worldin ohjelmiin.

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

348 Kantaja väittää, että komission olisi pitänyt edellyttää sitoumusta, jonka perusteella Kirchin olisi pitänyt ensinnäkin tarjota d-box-dekooderia asiakkaille, jotka eivät halua tilata KirchPayTV:n tarjoamia maksullisia ohjelmia, ja toiseksi antaa tilaajilleen mahdollisuus vastaanottaa sen ohjelmia muulla laitteistolla kuin d-box-dekooderilla.

349 Tältä osin on korostettava, että yhtäältä sitoumusten 1—3, joiden mukaan kolmansille osapuolille on annettava mahdolisuus käyttää Kirchin teknistä alustaa, ja toisaalta sitoumuksen 7, jonka mukaan muilla teknisillä alustoilla on voitava käyttää Kirchin maksutelevisioon liittyviä palveluja, nimenomaisena tarkoituksena on varmistaa kilpailijoiden mahdollisuus käyttää näitä palveluja. Kantajan väitteet, jotka liittyvät näiden sitoumusten riittämättömyyteen komission esittämien vakavien epäilyjen hälventämiseksi, on jo edellä hylätty.

350 Todettakoon lisäksi, että kantaja ei ole näyttänyt toteen eikä edes esittänyt, miksi sen ehdottama sitoumus olisi pitänyt ottaa lisäksi mukaan, kun otetaan huomioon päätöksen mukaisten sitoumusten kokonaisuuteen perustuvat eri toimenpiteet, joilla avataan markkinat.

351 Tästä seuraa, että kantaja ei ole osoittanut komission tehneen ilmeistä arviointivirhettä ja että väite on hylättävä.

352 Tätä päätelmää ei voida kyseenalaistaa kantajan vastauskirjelmässään esittämällä perustelulla, jonka mukaan teknisellä alustalla FUNilla olisi ollut vaikeuksia saada Kirchiltä käytettäväkseen sen maksullisia televisio-ohjelmia, Premiere Worldiä. Sitoumuksissa esitetään näet yksityiskohtaisesti välitysme-

nettely, joka mahdollistaa muun muassa sitovien toimenpiteiden toteuttamisen tällaisten ongelmien korjaamiseksi, ja mikäli menettelyn päätteeksi ilmenisi, että Kirch ei ole pannut sitoumuksia täytäntöön, komissiolla olisi mahdollisuus peruuttaa riidanalainen päätös asetuksen N:o 4064/89 8 artiklan 5 kohdan mukaisesti.

353 Edellä esitetyn perusteella kolmas kanneperuste on hylättävä.

4. *Neljäs kanneperuste, jonka mukaan on tehty menettelyvirhe, kun asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaista menettelyä ei ole aloitettu*

Osapuolten lausumat

354 Kantaja katsoo, että kun yrityskeskittymäasetuksen 6 artiklan 2 kohtaa luetaan yhdessä asetuksen N:o 1310/97 johdanto-osan 8 perustelukappaleen kanssa, komissio voi sen mukaan hyväksyä sitoumuksia valvonnan ensimmäisessä vaiheessa ainoastaan silloin kun kilpailuongelmat ovat helposti tunnistettavissa ja korjattavissa, ja ainoastaan tässä tapauksessa komissio voi luopua yrityskeskittymäasetuksen 6 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaisen menettelyn aloittamisesta.

355 Se muistuttaa tässä yhteydessä siitä, että komissio on ilmaissut riidanalaisessa päätöksessä vakavia epäilyjä suunnitellun keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille (ks. mm. 51 ja 80 perustelukappale). Se viittaa lisäksi perusteluihinsa, jotka koskevat sekä suunnitellun keskittymän esiin tuomien kilpailuongelmien että ehdotettujen sitoumusten monimutkaisuutta ja hyväksyt-

tyjen sitoumusten ilmeistä epäasianmukaisuutta. Se päättelee tämän perusteella, että tässä tapauksessa esiin tulleet kilpailuongelmat eivät olleet helposti tunnistettavissa ja korjattavissa ja että komissio ei näin ollen olisi saanut luopua yrityskeskittymäasetuksen 6 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaisen menettelyn aloittamisesta.

356 Kantaja katsoo tämän menettelyn aloittamatta jättämisen merkitsevän menettelyvirhettä.

357 Se viittaa väitteensä tueksi myös asiassa T-46/97, SIC vastaan komissio, 10.5.2000 annettuun tuomioon (Kok. 2000, s. II-2125). Se esittää, että kyseisessä tuomiossa, joka annettiin valtiontukea koskeneessa asiassa, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin kumosi komission päätöksen, jossa tämä ei ollut pitänyt kantajan arvostelemaa rahoitusta valtiontukena, vaikka se ei ollut aloittanut EY 88 artiklan 2 kohdassa määrättyä virallista menettelyä. Se huomauttaa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on päätelmässään nojautunut vakaviin vaikeuksiin, joita seuraa tästä ratkaisusta ja siihen, että kieltäytyminen virallisen menettelyn aloittamisesta oli vienyt kantajalta mahdollisuuden osallistua menettelyyn huomautuksia esittämällä. Vaikka nyt käsiteltävässä asiassa esiin tullut ongelma kuuluu yrityskeskittymien eikä valtiontukien valvonnan piiriin, se on olennaisilta osin verrattavissa kyseisessä asiassa esiin tulleeseen ongelmaan ja on jopa huomattavasti sitä monimutkaisempi, joten kantaja arvioi, että menettelyn aloittaminen olisi ollut tässä tapauksessa erityisen välttämätöntä.

358 Se huomauttaa, että KirchPayTV:n ehdottamassa yrityskeskittymäasetuksen 6 artiklan 1 kohdan c alakohdan tulkinnassa ei oteta huomioon asetuksen N:o 1310/97 johdanto-osan 8 perustelukappaletta eikä tässä tapauksessa hyväksyttyjen sitoumusten ilmeistä epäasianmukaisuutta.

359 Kantaja täsmentää vastauksena KirchPayTV:n väitteeseen, jonka mukaan edellä mainittu asiassa SIC vastaan komissio annettu tuomio ei olisi asiaankuuluva, koska valtiontukia koskeva menettely ja yrityskeskittymien valvontaa koskeva

menettely poikkeavat toisistaan, että yrityskeskittymäasetuksen 6 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaisen menettelyn aloittamatta jättämisestä on seurannut muun muassa se, että kantajalta on evätty asetuksen N:o 4064/89 18 artiklan 4 kohdasta johtuvat laajemmat prosessuaaliset oikeudet.

360 Komissio ja väliintulijat vaativat kanneperusteen hylkäämistä.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

361 Kantaja vetoaa kanneperusteensa tueksi kolmeen väitteeseen, joiden mukaan komissiolla oli velvollisuus aloittaa menettelyn toinen vaihe.

362 Väitteestä, jonka mukaan komissio on todennut, että suunniteltuun keskittymään kohdistui vakavia epäilyjä, on ensinnäkin muistutettava, että vaikka yrityskeskittymäasetuksen 6 artiklan 1 kohdan c alakohdassa säädetään, että komission on aloitettava menettely, jos se toteaa, että ilmoitetun keskittymän soveltuvuudesta yhteismarkkinoille on vakavia epäilyjä, siinä todetaan nimenomaisesti, että tämä velvollisuus ei rajoita 2 kohdan soveltamista. Viimeksi mainitussa kohdassa säädetään nimenomaisesti komission mahdollisuudesta olla aloittamatta edellä mainittua menettelyä ja julistaa keskittymä yhteismarkkinoille soveltuvaksi, jos se toteaa, että keskittymään ei siihen osallistuvien yritysten tekemien muutosten jälkeen enää kohdistu vakavia epäilyjä.

363 Tästä seuraa, että se, että komissio on arvioinut, että keskittymään kohdistui vakavia epäilyjä, ei merkitse sitä, että sen olisi pitänyt aloittaa menettelyn toinen vaihe, koska osapuolet ovat antaneet sitoumuksia, joilla epäilyt voidaan häl-

ventää. Komissio on todennut riidanalaisen päätöksen 94 perustelukappaleessa, että osapuolten antamat sitoumukset poistivat vakavat epäilyt.

364 Toiseksi on muistutettava siitä, että kantajan perustelut, joiden mukaan komissio ei olisi ensinnäkään saanut hyväksyä sitoumuksia ensimmäisessä vaiheessa, koska kilpailuongelmat eivät olleet helposti tunnistettavissa, ja joiden mukaan sitoumuksilla ei toisaalta voitu poistaa suunnitellun keskittymän esiin tuomia vakavia epäilyjä, on jo hylätty toisen ja kolmannen kanneperusteen tutkimisen yhteydessä.

365 Lopuksi on todettava, että kolmas väite, joka koskee vertailua edellä mainitussa asiassa SIC vastaan komissio annettuun tuomioon liittyneeseen tilanteeseen, ei ole perusteltu, koska komission yrityskeskittymäasetuksen 6 artiklan nojalla suorittamaa tutkimusta ei voida rinnastaa EY 88 artiklan nojalla suoritettuun tutkimukseen.

366 Aluksi on erityisesti korostettava, että valtiontukia koskevan menettelyn alustavassa vaiheessa kolmansilla osapuolilla ei ole mitään oikeutta osallistua menettelyyn. Tämän jälkeen on huomautettava, että jos komissio toteaa EY 88 artiklan mukaisen alustavan menettelyn aikana, että hanke merkitsee EY 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua tukea ja että tältä osin voidaan epäillä sen soveltuvuutta yhteismarkkinoille, sen on aloitettava virallinen menettely, kun sitä vastoin, kuten edellä on todettu, silloin jos komissio toteaa, että ilmoitettuun keskittymään kohdistuu vakavia epäilyjä, sen ei tarvitse aloittaa toista vaihetta, jos nämä epäilyt voidaan poistaa keskittymään osallistuvien yritysten tekemien muutosten tai antamien sitoumusten vuoksi.

367 Edellä esitetyn perusteella neljäs kanneperuste on hylättävä.

5. Viides kanneperuste, jonka mukaan kolmansien osapuolten oikeutta osallistua menettelyyn on rajoitettu tavalla, jota ei voida hyväksyä

Osapuolten lausumat

368 Kantaja väittää komission loukanneen kolmansien osapuolten oikeutta osallistua menettelyyn, kun se on hyväksynyt sitoumuksia, joita yrityskeskittymän osapuolet ovat ehdottaneet niin myöhään, että kantajalla ei ole ollut enää tilaisuutta ottaa niihin ajoissa kantaa.

369 Kantaja muistuttaa, että asetuksen N:o 447/98 18 artiklan 1 kohdassa säädetään, että sitoumukset, joita kyseiset yritykset ehdottavat komissiolle asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 2 kohdan mukaisesti ja joihin osapuolet haluavat kyseisen asetuksen 6 artiklan 1 kohdan b alakohdan nojalla tehtävän päätöksen perustuvan, on annettava komissiolle tiedoksi kolmen viikon kuluessa ilmoituksen vastaanottamisesta.

370 Se tulkitsee tätä säännöstä siten, että siinä edellytetään, että kaikki sitoumukset, joita asianomaiset osapuolet haluavat ehdottaa, on välttämättä annettava komissiolle tiedoksi kolmen viikon kuluessa ilmoituksen vastaanottamisesta. Ainoastaan pieniä ja helposti yksilöitäviä muutoksia voidaan vielä tämänkin jälkeen pitää hyväksyttävinä.

371 Se perustelee tätä tulkintaansa seuraavilla kolmella seikalla.

372 Ensinnäkin se muistuttaa, että yrityskeskittymäasetuksen 10 artiklan 6 kohdasta ilmenee, että jos komissio ei ole tehnyt 6 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettua päätöstä kuudessa viikossa, keskittymää pidetään yhteismarkkinoille soveltuvaksi julistettuna. Se päättelee tämän perusteella, että mikäli hyväksyttäisiin se, että yrityskeskittymään osallistuvat yritykset voivat muuttaa rajoituksetta sitoumuksiaan ilmoituksista annetun asetuksen N:o 447/98 18 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun kolmen viikon määräajan päätyttyä, niillä olisi mahdollisuus ehdottaa olennaisia muutoksia vielä vähän ennen kuuden viikon määräajan päättymistä, ja saattaa komissio siten tilanteeseen, jossa yriskeskittymää pidettäisiin ilman päätöstä yrityskeskittymäasetuksen 10 artiklan 6 kohdassa tarkoitetulla tavalla.

373 Ehdotettu tulkinta olisi toiseksi perusteltavissa asetuksen N:o 1310/97 johdanto-osan 8 perustelukappaleella, sillä sen mukaan komissio voi hyväksyä sitoumuksia menettelyn ensimmäisessä vaiheessa vain siinä tapauksessa, että kilpailuongelmat ovat helposti tunnistettavissa ja korjattavissa. Kantaja viittaa tässä yhteydessä myös korjaustoimenpiteistä annettuun tiedonantoon, jonka 37 kohdassa komissio toteaa, että koska I vaiheen korjaustoimenpiteiden tarkoituksena on ratkaista yksinkertaisella tavalla helposti tunnistettavissa oleva kilpailuongelma, ehdotettuihin sitoumuksiin voidaan hyväksyä ainoastaan pieniä muutoksia.

374 Kantaja kiistää tässä yhteydessä sen KirchPayTV:n väitteen oikeellisuuden, jonka mukaan muutokset, joilla pyritään ottamaan huomioon kolmansien osapuolten huomautukset, eivät ole merkki siitä, että suunnitellun keskittymän esiin tuomat kilpailuongelmat eivät olisi helposti tunnistettavissa ja korjattavissa. Komissiolla on näet oikeus ottaa huomioon kolmansien osapuolten huomautuksia ja vaatia niiden perusteella osapuolilta muutoksia ehdotettuihin sitoumuksiin vain siinä tapauksessa, että nämä huomautukset herättävät komissiossa epäilyjä siitä, voidaanko suunniteltu keskittymä julistaa yhteismarkkinoille soveltuvaksi. Huomattavat ja runsaslukuiset ehdotettuihin sitoumuksiin kolmansien osapuolten huomautusten perusteella tehtävät muutokset kuvastavat siten suunnitellun keskittymän esiin tuomien ongelmien merkittävyyttä.

375 Ehdotetun tulkinnan vahvistaa oikeaksi kolmanneksi se, että ilmoituksista annetun asetuksen N:o 447/98 18 artiklan 1 kohdassa ei säädetä siitä, että komissiolla olisi mahdollisuus pidentää sitoumusten esittämisen määräaikaa, ja tämä poikkeaa saman artiklan 2 kohdasta, joka koskee toisessa vaiheessa ehdotettuja sitoumuksia.

376 Kantaja päättelee näin ollen näiden seikkojen perusteella, että komissio ei olisi lähtökohtaisesti saanut ottaa ehdotettuihin sitoumuksiin tehtäviä muutoksia huomioon enää sen jälkeen kun asetuksen N:o 447/98 18 artiklan 1 kohdan mukainen määräaika oli päättynyt eli tässä tapauksessa 29.2.2000 jälkeen.

377 Kantaja huomauttaa, että komissio on kuitenkin ottanut tämän päivämäärän jälkeen huomioon kaksi sitoumuskokonaisuuteen tehtävää muutosta, jotka ovat olennaisia ja jotka ilmeisistä taktisista syistä esitettiin vasta vähän ennen asetuksen N:o 4064/89 10 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun kuuden viikon määräajan päättymistä.

378 Se katsoo, että menetellessään näin komissio on sellaisella tavalla, joka ei ole hyväksyttävissä, rajoittanut kolmansien osapuolten oikeutta osallistua menettelyyn. Tämän toteamuksen vahvistaa sen mielestä oikeaksi se, että sille annettiin hädin tuskin 24 tunnin määräaika sitoumuskokonaisuuden ensimmäistä muutosta koskeviin huomautuksiin eikä sillä ollut mahdollisuutta esittää huomautuksia kyseisen kokonaisuuden toisesta muutoksesta.

379 Kantaja täsmentää, että se ei vetoa siihen, että kolmansien osapuolten oikeutta tulla kuulluksi olisi loukattu. Näin ollen se katsoo, etteivät komission ja KirchPayTV:n perustelut, joilla pyritään kyseenalaistamaan sen tätä koskeva oikeus, ole asiaankuuluvia. Se katsoo samoilla perusteilla, että KirchPayTV:n viittaus asetuksen N:o 447/98 16 artiklan 1 kohtaan ja perustelu, jonka mukaan asetuksen N:o 4064/89 18 artiklan 4 kohdassa ei säädetä kolmansien osapuolten kuulemista koskevasta määräajasta, eivät ole asiaankuuluvia.

380 Se väittää samassa yhteydessä, että edellä mainitussa asiassa Kaysersberg vastaan komissio annetulla tuomiolla, johon komissio on vedonnut tukeakseen väitettään, jonka mukaan kolmansien osapuolten oikeudet yrityskeskittymien valvontaa koskevassa menettelyssä ovat varsin rajallisia, ei ole merkitystä asian kannalta, koska se koskee asetuksen N:o 447/98 ja samalla sitoumusten ehdottamiselle asetetun määräajan vahvistavan 18 artiklan 1 kohdan voimaantuloa edeltäneitä tosiseikkoja. Kantaja huomauttaa tässä yhteydessä siitä, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi kyseisen tuomion 141 kohdassa nimenomaisesti määräajan vahvistavan säännöksen puuttumisen, kun se katsoi tämän merkitsevän sitä, että komissio ei kyseisessä tapauksessa kyennyt kieltäytymään tutkimasta sitoumuksia, vaikka ne oli esitetty myöhässä. Se päättelee tämän perusteella, että tässä tapauksessa on tehtävä päinvastainen päätelmä.

381 Komissio vaatii KirchPayTV:n tukemana kantajan tätä kanneperustetta koskevien perustelujen hylkäämistä.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

382 On muistettava, että yrityskeskittymän osapuolet ovat ilmoittaneet yrityskeskittymän täydellisenä 7.2.2000 ja ehdottaneet komissiolle sitoumuksia 29.2.2000 sekä esittäneet niistä kaksi muutettua versiota 14. ja 16.3.2000.

383 Korostettakoon, että asetuksen N:o 447/98 18 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

"Sitoumukset, joita kyseiset yritykset ehdottavat komissiolle asetuksen — — N:o 4064/89 6 artiklan 2 kohdan mukaisesti ja joihin osapuolet haluavat kyseisen asetuksen 6 artiklan 1 kohdan b alakohdan nojalla tehtävän päätöksen perus-

tuvan, on annettava komissiolle tiedoksi kolmen viikon kuluessa ilmoituksen vastaanottamisesta."

384 Koska komissio on todennut ilmoituksen täydelliseksi 7.2.2000, määräaika sitoumusten ehdottamiseen komissiolle vaiheen I aikana päättyi 29.2.2000, kun sovelletaan sitä määräaikojen laskemisen menetelmää, joka on määritelty asetuksen N:o 447/98 6—9 artiklassa ja 18 artiklan 3 kohdassa. Tästä seuraa, että sitoumusten alkuperäinen versio toimitettiin komissiolle asetuksen N:o 447/98 18 artiklan 1 kohdan mukaisessa määräajassa.

385 On kuitenkin kiistatonta, että sitoumusten alkuperäinen versio ei ole se, jonka komissio lopullisesti hyväksyi riidanalaisella päätöksellä ja että keskittymän osapuolet toimittivat sekä sitoumusten muutetun version että niiden lopullisen version 29.2.2000 jälkeen. Näin ollen on tutkittava, oliko komissiolla oikeus hyväksyä kyseisiä sitoumuksia.

386 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on tältä osin jo todennut, että asetuksen N:o 447/98 18 artiklan 1 kohtaa on tulkittava siten, että vaikka keskittymän osapuolet eivät voi velvoittaa komissiota ottamaan huomioon kolmen viikon määräajan jälkeen esitettyjä sitoumuksia ja niihin tehtyjä muutoksia, komissiolla on sitä vastoin oltava toimivalta hyväksyä keskittymä nämä sitoumukset huomioon ottaen siinäkin tapauksessa, että niihin tehdään muutoksia kolmen viikon määräajan päätyttyä, jos se katsoo, että sillä on tarpeeksi aikaa sitoumusten ja muutosten tutkimiseen (em. asiassa Royal Philips Electronics v. komissio annetun tuomion 239 kohta).

387 Tästä seuraa, että komissiolla oli oikeus hyväksyä sitoumusten muutettu versio ja niiden lopullinen versio asetuksen N:o 447/98 18 artiklan 1 kohdassa säädetyn kolmen viikon määräajan päätyttyä, koska kyseinen määräaika ei sido komissiota.

388 Pitää paikkansa, että komissio on todennut korjaustoimenpiteistä annetun tiedonannon 37 kohdassa seuraavaa:

"Jos arvioinnissa käy ilmi, etteivät ehdotetut sitoumukset ole riittäviä poistamaan sulautuman aiheuttamia kilpailuongelmia, tästä ilmoitetaan osapuolille. Koska I vaiheen korjaustoimenpiteiden tarkoituksena on ratkaista yksinkertaisella tavalla helposti tunnistettavissa oleva kilpailuongelma, ehdotettuihin sitoumuksiin voidaan hyväksyä ainoastaan pieniä muutoksia. Muutokset ovat suoraan seurausta kuulemismenettelystä ja ne muodostuvat selvennyksistä, tarkennuksista ja/tai muista parannuksista, jotka varmistavat sitoumusten toimivuuden ja tehokkuuden."

389 Kyseistä tiedonantoa on kuitenkin tulkittava asetuksen N:o 447/98 18 artiklan 1 kohdan valossa.

390 Tästä seuraa, että mikäli komissio arvioi, että sillä on riittävästi aikaa sitoumuksiin tämän määräajan päätyttyä tehtyjen muutosten tutkimiseen, sillä on oltava oikeus hyväksyä keskittymä muutettujen sitoumusten perusteella.

391 Joka tapauksessa on todettava, että muutokset, joita komissio on tässä tapauksessa hyväksynyt kolmen viikon määräajan päättymisen jälkeen, olivat tiedonannon 37 kohdassa tarkoitetulla tavalla pieniä, eli ne ovat "suoraan seurausta kuulemismenettelystä ja ne muodostuvat selvennyksistä, tarkennuksista ja/tai muista parannuksista, jotka varmistavat sitoumusten toimivuuden ja tehokkuuden".

392 Tässä yhteydessä on aluksi korostettava, että kantaja ei ole näyttänyt toteen tai edes ilmoittanut kirjelmissään tai suullisessa käsittelyssä, mitä olennaisia muu-

toksia olisi tehty kolmen viikon määräajan päätyttyä, vaan se on tyytynyt pelkästään väittämään, että tällaisia muutoksia on tehty.

393 Kun kolmen viikon määräajassa toimitettua sitoumusten alkuperäistä versiota verrataan sitoumusten ensimmäiseen muutokseen ja komission hyväksymään sitoumusten lopulliseen versioon, on yleisellä tasolla todettava, että komission kokonaisvaltaista lähetysmistapaa, jolla pyritään markkinoille pääsyn avaamiseen, sen enempää kuin kunkin sitoumuksen olennaista sisältöäkään ei ole muutettu. Lisäksi sitoumusten muutettu ja lopullinen versio vaikuttavat "parannukselta" niiden alkuperäiseen versioon nähden, sillä niissä on nimenomaan otettu huomioon kolmansien osapuolten ja erityisesti kantajan esittämät huomautukset.

394 Alkuperäiseen versioon muutetulla versiolla tehdyt muutokset, jotka liittyvät kolmeen ensimmäiseen, kolmansien osapuolten mahdollisuutta käyttää Kirchin alustaa koskevaan sitoumukseen, merkitsevät muun muassa sitä, että tällaisten sitoumusten kohderyhmää laajennetaan kaikkiin ulkopuolisiin eikä enää ainoastaan televisioalan yrityksiin, ja niissä täsmennetään tarkemmin Kirch-yhtiön velvoitetta toimia yhteistyössä tarjouksen kohderyhmään kuuluvien osapuolten kanssa, ja tähän tarjoukseen sisältyy velvollisuus ilmaista ehdollista pääsyä koskevaan järjestelmään ja teknisiin palveluihin liittyviä tietoja kuukauden kuluessa siitä, kun kolmas osapuoli on esittänyt kirjallisen vaatimuksen.

395 Kun tarkastellaan neljättä sitoumusta, joka koskee Kirchin d-box-järjestelmän käytettävyyttä kolmansien osapuolten sovelluksia varten, lopullisessa versiossa tehdyt muutokset ovat koskeneet lähinnä sitä, että d-boxin käyttöjärjestelmään pääsy Application Programming Interfacen, joka tunnetaan nimellä DVB Multimedia Home Platform (MHP) (jäljempänä API), välityksellä edellyttää sitä, että Kirch ja kolmannet osapuolet sopivat oikeudenmukaisista, asianmukaisista ja syrjimättömistä ehdoista. Myöskään niitä testejä koskevat uudet määräykset, joita kolmannet osapuolet voivat sovellukselleen tehdä, eivät muuta sitoumuksen ulottuvuutta.

396 Näin ollen on todettava, että sitoumuksen ydin eli parempien mahdollisuuksien antaminen kolmansille osapuolille Kirchin d-box-järjestelmän käyttämiseen on pysynyt muuttumattomana ja että muutokset ovat korjaustoimenpiteistä annetun tiedonannon 37 kohdassa tarkoitettuja parannuksia.

397 Viides sitoumus koskee sovellusten yhteentoimivuutta API:n välityksellä, ja lopulliseen versioon tehdyillä muutoksilla on ainoastaan muutettu määräaikaa, jossa tästä yhteentoimivuudesta on tultava toimiva, ja taattu, että MHP:n kanssa yhteensopivien sovellusten kehittämiseen ei vaadita mitään muuta lisenssiä.

398 Kuudes sitoumus koskee kilpailevien alustojen yhteentoimivuutta, ja sitoumuksen lopullisessa versiossa ainoastaan täsmennetään tarkemmin ehtoja, joita Kirch asettaa tarjoukselleen tehdä Simulcrypt-sopimuksia kaikkien ehdollista pääsyä koskevien digitaalisten järjestelmien toimittajille. Kirch sitoutuu esimerkiksi pyrkimään kaikin tavoin takaamaan sen, että Simulcrypt-sopimukset tulevat mahdollisimman nopeasti voimaan eivätkä enää 12 kuukauden kuluessa. Tämän sitoumuksen noudattaminen riippuu lisäksi siitä, että ehdollista pääsyä koskevan järjestelmän toimittaja ja Kirch toimivat yhteistyössä "niin paljon kuin se on objektiivisesti arvioiden tarpeen". Kyseessä ovat muutokset, jotka eivät vaikuta sitoumuksen luonteeseen eivätkä sisältöön.

399 Seitsemäs sitoumus koskee muiden teknisten alustojen mahdollisuutta käyttää Kirchin maksutelevisioon liittyviä palveluja, ja sen osalta on todettava, että kun siinä lisätään Kirchin velvoitteeseen myydä maksutelevisioon liittyviä palvelujaan suoraan tilaajille ehto, jonka mukaan niitä tilaajia, jotka ottavat televisio-ohjelmia vastaan Kirchin teknisen alustan välityksellä, ja niitä tilaajia, jotka ottavat televisio-ohjelmia vastaan muiden alustojen välityksellä, ei saa syrjiä keskenään, tällä parannetaan kyseisen sitoumuksen alkuperäistä versiota mutta ei muuteta sen sisältöä eikä luonnetta.

400 Kahdeksas sitoumus koskee d-box-järjestelmän teknologian käyttämistä muilla kilpailevilla alustoilla, ja sen osalta on todettava, että alkuperäiseen versioon tehdyt muutokset merkitsevät parannusta tähän sitoumukseen, koska ehdot, jotka liittyivät takeisiin, joita kolmansien osapuolten piti tarjota, on korvattu sillä, että lisenssi on myönnettävä pyynnöstä kaikille kolmansille osapuolille kohtuullisin ja syrjimättömin edellytyksin.

401 Yhdeksäs sitoumus koskee useisiin järjestelmiin soveltuvien dekooderien valmistusta, ja siihen tehdyillä muutoksilla on täsmennetty tarkemmin Kirchin sitoumuksen ulottuvuutta ja helpotettu osaltaan kolmansien osapuolten käyttömahdollisuuksia. Kirch on kyseisen sitoumuksen muutetussa versiossa nimittäin velvoittautunut siihen, että se ei estä valmistajia ottamasta tällaisissa dekoodereissa käyttöön kolmansien osapuolten ehdollista pääsyä koskevaa järjestelmää ja että se ei kieltäydy toimittamasta tilaajille maksutelevisioon liittyviä palvelujaan pelkästään sillä perusteella, että he haluaisivat käyttää d-box-järjestelmää tällaisin ominaisuuksin. Lopulliseen versioon on lisätty se, että Kirch sitoutuu olemaan asettamatta valmistajille muita rajoituksia, jotka estäisivät niitä valmistamasta dekoodereita, joihin sisältyisi muita ehdollista pääsyä koskevia järjestelmiä.

402 Ainoastaan sitoumukset 10 ja 11, jotka koskevat siirtymistä analogisesta järjestelmästä digitaaliseen järjestelmään sekä lisäkapasiteetin rajoittamista kaapeliverkoissa, on lisätty. Kun niitä verrataan yhdeksään muuhun sitoumukseen, ei kuitenkaan voida katsoa, että tämä lisäys olisi olennainen muutos, koska näillä sitoumuksilla ainoastaan vahvistetaan kolmansien osapuolten mahdollisuuksia päästä eri relevanteille markkinoille, mikä yhdeksällä ensimmäisellä sitoumuksella nimenomaan pyritään turvaamaan.

403 Koska analogisesta järjestelmästä digitaaliseen järjestelmään siirtymistä koskevan sitoumuksen tarkoituksena on välttää se, että kolmansien osapuolten toimintaa maksutelevision markkinoilla tai vuorovaikutteisten digitaalisten palvelujen markkinoilla estettäisiin sillä, että kuluttajat käyttäisivät analogisia dekoodereita,

jotka eivät sovi tämän tyyppisille toiminnoille, sitä ei voida pitää olennaisena muutoksena vaan päinvastoin parannuksena, jonka ansiosta kolmansilla osapuolilla on paremmat mahdollisuudet käyttää Kirchin järjestelmää.

404 Samoin Kirchin viimeisellä sitoumuksella olla hakematta uusia digitaalisia kaapelipaikkoja 31.12.2000 saakka pyritään välttämään se, että Kirchin maksutelevisioon liittyvä tarjonta olisi ylivoimaisessa asemassa kolmansien osapuolten tarjontaan nähden, eikä sitä voida pitää olennaisena muutoksena vaan päinvastoin sitoumusten alkuperäiseen versioon tehtynä parannuksena, jolla pyritään tekemään sitoumuksista toimivia ja tehokkaita.

405 Edellä esitetyn perusteella sitoumusten muutettua versiota ja niiden lopullista versiota voidaan pitää pieninä muutoksina, jotka komissio korjaustoimenpiteistä annetun tiedonannon 37 kohdan mukaan voi hyväksyä asetuksen N:o 447/98 18 artiklan 1 kohdan mukaisen määräajan päätyttyäkin.

406 Lisäksi kantaja on toistanut kirjelmissään useaan kertaan, että kyseiset muutokset olivat "taktisia loppumattomia muutoksia sitoumuksiin, jotka olivat jo alkuperäisessä muodossaan täysin puutteellisia ja riittämättömiä". Näiden väitteiden perusteella voidaan päätellä, että kantaja vastustaa todellisuudessa alkuperäisiä sitoumuksia eikä niihin kolmansien osapuolten huomautusten perusteella toimivuuden ja tehokkuuden varmistamiseksi tehtyjä muutoksia ja että kyseisten sitoumusten luonnetta ja ulottuvuutta ei ole muutettu.

407 Edellä esitetyn perusteella alkuperäisiin sitoumuksiin tehdyt muutokset olivat korjaustoimenpiteistä annetun tiedonannon 37 kohdassa tarkoitetulla tavalla pieniä.

408 On kuitenkin vielä tutkittava, onko kantajan prosessuaalisia oikeuksia loukattu, kun komissio on hyväksynyt alkuperäisiin sitoumuksiin tehtyjä muutoksia kolmen viikon määräajan päätyttyä, kuten kantaja väittää.

409 Tässä yhteydessä on aluksi todettava, että ennen kuin komissio ilmoitti kantajalle 29.2.2000 BSkyB:n ja Kirchin ehdottamista sitoumuksista, se oli otettu kolmentena osapuolena mukaan menettelyyn ja komissio osoitti sille 11.1.2000 tietopyynnön, jonka nojalla sen piti esittää huomautuksia suunnitellun keskittymän vaikutuksista kilpailuun. Nämä huomautukset jätettiin 14. ja 21.1.2000, ja niitä seurasi tapaaminen kilpailuasioista vastaavassa pääosastossa 9.2.2000.

410 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa lisäksi, että kantaja osoitti komissiolle tämän pyynnöstä 22.2.2000 päivätyllä kirjeellä esityksen vaatimuksista, ehdoista ja julkisista sopimusoikeudellisista sitoumuksista, joita se piti kilpailuoikeuden kannalta välttämättöminä.

411 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa myös, että kuten kantaja kannekirjelmässään ilmoittaa, sitä pyydettiin esittämään näkemyksensä alkuperäisistä sitoumuksista hieman alle 48 tunnin määräajassa sekä ensimmäisistä niihin tehdyistä muutoksista 24 tunnin määräajassa.

412 Kantaja on 2.3.2000 päivätyssä kirjeessään arvostellut esimerkiksi sitä, että keskittymän osapuolten alun perin ehdottamat sitoumukset eivät merkinneet mitään muuta kuin lupausta olla käyttämättä KirchPayTV:n määräävää asemaa

väärin. Kantaja toisti jälleen kerran näkemyksensä, jonka mukaan suunniteltu keskittymä ei olisi yhteisön oikeuden mukainen vaikka laajempiakin sitoumuksia otettaisiin huomioon.

413 Kantajalla on ollut myös mahdollisuus esittää huomautuksia ensimmäisistä muutoksista 15.3.2000 päivätyssä kirjeessään. Se toisti jälleen huolensa siitä, että Kirchin määräävä asema maksutelevision markkinoilla Saksassa vahvistuisi ja että sille syntyisi lähes monopoliasema teknisten alustojen ja palvelujen toimittamisessa. Se vaati myös muutoksia sitoumuksia koskeneisiin yksityiskohtiin, jotta set-top-boxien markkinat avattaisiin muille kuin d-boxille ja Kirchin järjestelmä avattaisiin MHP-standardille ilman määräaikoja ja syrjiviä ehtoja ja kaupallisia rasitteita.

414 Edellä esitetyn perusteella on todettava, että komissio on kuullut ensimmäisen vaiheen aikana kolmansia osapuolia ja myös kantajaa.

415 Näin ollen on todettava, että kantajalla on ollut tilaisuus esittää kantansa niiden sitoumusten luonteesta ja laajuudesta, joita sen mukaan keskittymän osapuolten piti antaa ja komission määrätä ehdoiksi tai velvoitteiksi.

416 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on katsonut edellä mainitussa asiassa Kaysersberg vastaan komissio antamansa tuomion 119 kohdassa, että kantajan kaltaisten ulkopuolisten yritysten oikeutettu intressi tuoda esiin käsityksensä keskittymän kilpailun kannalta haitallisista vaikutuksista on täysin turvattu silloin, kun näille yrityksille on varattu tilaisuus kantansa esittämiseen kaikkien niiden tietojen pohjalta, jotka komissio on antanut niille asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 1 kohdan c alakohdan nojalla aloitetun menettelyn aikana, ja erityisesti keskittymään osallistuvien yritysten ehdottamien sitoumusten pohjalta niistä

muutoksista, joita on aiottu tehdä yrityskeskittymähankkeeseen niiden vakavien epäilysten torjumiseksi, joita on esiintynyt sen soveltuvuudesta yhteismarkkinoille. Tällaisessa tapauksessa on nimittäin riittävän hyvin taattu, että komissio pystyy tarvittaessa ottamaan huomioon ulkopuolisten kilpailijayritysten esittämät näkökohdat arvioidessaan yrityskeskittymähankkeen yhteisön oikeuden mukaisuutta sekä erityisesti ratkaistessaan, ovatko keskittymään osallistuvien yritysten ehdottamat sitoumukset sen mielestä riittäviä täyttämään yhteisön oikeuden vaatimukset.

417 Sen osalta, että kantajalla on ollut käytettävissään vain hieman alle 24 tuntia ottaakseen kantaa alkuperäisiin sitoumuksiin tehtyihin ensimmäisiin muutoksiin, on korostettava, että asetuksen N:o 4064/89 18 artiklan 4 kohdassa ja asetuksessa N:o 447/98 ei säädetä mistään erityisestä velvoitteesta komission vahvistaman määräajan keston osalta. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on jo todennut tämän johdosta edellä mainitussa asiassa Kaysersberg vastaan komissio antamassaan tuomiossa seuraavaa:

” — — yksinomaan se seikka, että kantajalla on ollut käytettävissään ainoastaan kahden arkipäivän pituinen määräaika huomautustensa esittämiseen niistä muutoksista, joita [osapuolet ovat ehdottaneet] yrityskeskittymähankkeeseen, ei tässä tapauksessa ole omiaan osoittamaan, että komissio olisi loukannut asetuksen N:o 4064/89 18 artiklan 4 kohdassa kantajalle myönnettyä oikeutta tulla kuulluksi. Tämä tulkinta on syytä omaksua varsinkin, kun edellytykset täyttävien ulkopuolisten oikeutettu intressi huomautuksiensa esittämiseen saattaa vaatia, että niillä on käytettävissään tähän riittävän pitkä aika, mutta tällainen vaatimus on kuitenkin sopeutettava asetuksen N:o 4064/89 järjestelmälle luonteenomaiseen nopean ratkaisutoiminnan tarpeeseen, jonka tyydyttämiseksi komission on noudatettava lopulliselle päätöksenteolle asetettuja tiukkoja määräaikoja uhalla, että keskittymää muutoin pidetään yhteismarkkinoille soveltuvaksi julistettuna.”

418 Samoista syistä ja erityisesti silloin, kun kyseessä on komission vaiheessa I tekemä päätös, se seikka, että kantajalla on ollut käytettävissään vain hieman alle 24 tunnin määräaika alkuperäisiin, sisällöiltään tuttuihin sitoumuksiin tehtyjen muutosten kommentoimiseksi, ei voi vaikuttaa päätöksen laillisuuteen.

419 Kantaja ei myöskään esitä mitään sellaista, joka osoittaisi, että pidempi määräaika olisi antanut sille mahdollisuuden esittää useampia huomautuksia BSkyB:n ja Kirchin ehdottamiin sitoumuksiin tehdyistä ensimmäisistä muutoksista niin että se olisi kyennyt esittämään näkemyksensä sitoumusten riittävyydestä tai riittämättömyydestä; se tyytyy ainoastaan arvostelemaan komissiota määräajan riittämättömyydestä. Tältä osin on korostettava, että kantajan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esittämä arvostelu on olennaisilta osin sama kuin minkä se on esittänyt hallinnollisessa menettelyssä.

420 Tästä seuraa, että väite, jonka mukaan kantajalle huomautusten esittämiseksi keskittymän osapuolten ehdottamista sitoumuksista ja niihin tehtävistä muutoksista annettu määräaika olisi ollut riittämätön, on perusteeton.

421 Sen väitteen osalta, jonka mukaan toista muutosehdotusta ei ole annettu kantajalle tiedoksi ja jonka mukaan sillä ei ole siten ollut mahdollisuutta esittää huomautuksiaan kyseisistä alkuperäisiin sitoumuksiin tehdyistä muutoksista, on korostettava, että kuten edellä on todettu, kantajalla on ollut tilaisuus esittää kantansa niiden sitoumusten luonteesta ja laajuudesta, joita sen mukaan yrityskeskittymän osapuolten piti antaa ja komission määrätä ehdoiksi tai velvoitteiksi, jotta keskittymää voitaisiin pitää yhteismarkkinoille soveltuvana.

422 Lisäksi edellä mainitussa asiassa Kaysersberg vastaan komissio annetusta tuomiosta (120 kohta) ilmenee, että komissio ei ole asetuksen N:o 4064/89 18 artiklan 4 kohdan nojalla velvollinen toimittamaan vaiheessa II menettelyyn osallistuville kolmansille osapuolille etukäteen annettavaa arviota varten lopullista versiota sitoumuksista, joita asianomaiset yritykset ovat antaneet niiden huomautusten vuoksi, joita komissio on esittänyt esimerkiksi kolmansilta osapuolilta kyseisten yritysten ehdottamista sitoumuksista saatujen huomautusten perusteella.

423 Tämä pätee erityisesti silloin, kun komissio on tehnyt päätöksen I vaiheen päätteeksi.

424 Kantajan väitteestä, joka koskee sen huomautusten antamiseen varatun määräajan riittämättömyyttä, on niin ikään todettava, ettei kantaja ole esittänyt mitään sellaista, josta ilmenisi, mitä huomautuksia se olisi kyennyt esittämään toisesta muutosehdotuksesta.

425 Tästä seuraa, että viides kanneperuste on perusteeton.

426 Kaikesta edellä olevasta seuraa, että kanne on hylättävä kokonaan.

Oikeudenkäyntikulut

427 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska kantaja on hävinnyt asian, sen on vastattava omista kuluistaan ja se on velvoitettava korvaamaan komission sekä väliintulijoiden KirchPayTV:n ja BSkyB:n oikeudenkäyntikulut niiden esittämien vaatimusten mukaisesti.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN
(kolmas jaosto)

on antanut seuraavan tuomiolauselman:

1) **Kanne hylätään.**

2) **Kantaja vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan ja se velvoitetaan korvaamaan komission sekä väliintulijoiden KirchPayTV:n ja BSkyB:n oikeudenkäyntikulut.**

Jaeger Lenaerts Azizi

Julistettiin Luxemburgissa 30 päivänä syyskuuta 2003.

H. Jung K. Lenaerts

kirjaaja jaoston puheenjohtaja

Sisällys

Asiaa koskevat oikeussäännöt ..... II - 3834

Asian taustalla olevat tosiseikat ..... II - 3836

Riidanalainen päätös ..... II - 3839

1. Maksutelevision markkinat ..... II - 3839

2. Vuorovaikutteisten digitaalisten televisiointipalvelujen markkinat ..... II - 3842

3. Lähetysoikeuksien hankinnan markkinat ..... II - 3843

4. Sitoumukset ..... II - 3844

Oikeudenkäynti ja asianosaisten vaatimukset ..... II - 3844

Tutkittavaksi ottaminen ..... II - 3846

1. Kantajan asiavaltuus kanteen nostamiseen ..... II - 3846

Osapuolten lausumat ..... II - 3846

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3850

Ilmaistelevision ja maksutelevision välinen tietynlainen kilpailutilanne ..... II - 3855

Ilmaistelevision ja maksutelevision lähentyminen tulevaisuudessa digitaalitekniikan vuoksi ..... II - 3856

Yrityskeskittymän vaikutukset vuorovaikutteisiin digitaalisiin televisiointipalveluihin ..... II - 3857

Kantajan osallistuminen FUN-hankkeeseen ..... II - 3858

Jälkilähetysoikeuksien hankkiminen ..... II - 3858

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 44 artiklan 1 kohdan edellytykset ..... II - 3860

Asiakysymys ..... II - 3860

1. Ensimmäinen kanneperuste, jonka mukaan tosiseikkoja on arvioitu virheellisesti asetuksen N:o 4064/89 2 artiklan 3 ja 4 kohdan kannalta ..... II - 3861

Osapuolten lausumat ..... II - 3861

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3864

2. Toinen kanneperuste, jonka mukaan asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 2 kohtaa on rikottu ..... II - 3869

Osapuolten lausumat ..... II - 3869

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3877

3. Kolmas kanneperuste, jonka mukaan sitoumukset ovat riittämättömiä ..... II - 3883

Kaikkia sitoumuksia koskevat huomautukset ..... II - 3884

Osapuolten lausumat ..... II - 3884

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3886

Tiettyihin sitoumuksiin liittyvät erityiset huomautukset ..... II - 3892

Kolmansien osapuolten mahdollisuus käyttää Kirchin alustaa (sitoumukset 1—3) II - 3892

— Osapuolten lausumat ..... II - 3892

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3894

Kirchin d-box-järjestelmän käytön mahdollistaminen kolmansien osapuolten sovelluksille (sitoumus 4) ..... II - 3896

— Osapuolten lausumat ..... II - 3896

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3898

Sovellusten yhteentoimivuus (sitoumus 5) ..... II - 3901

— Osapuolten lausumat ..... II - 3901

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3901

Kilpailevien alustojen yhteensopivuus (sitoumus 6) ..... II - 3903

— Osapuolten lausumat ..... II - 3903

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3905

Mahdollisuus käyttää Kirchin maksutelevisioon liittyviä palveluja muilla teknisillä alustoilla (sitoumus 7) ..... II - 3906

— Osapuolten lausumat ..... II - 3906

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3908

D-box-järjestelmän teknologian käyttäminen muilla kilpailevilla teknisillä alustoilla (sitoumus 8) ..... II - 3909

— Osapuolten lausumat ..... II - 3909

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3912

Useisiin järjestelmiin soveltuvien dekooderien valmistus (sitoumus 9) ..... II - 3913

— Osapuolten lausumat ..... II - 3913

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3914

Siirtyminen analogisesta järjestelmästä digitaaliseen järjestelmään (sitoumus 10) II - 3915

— Osapuolten lausumat ..... II - 3915

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3916

Lisäkapasiteetin rajoittaminen kaapeliverkoissa (sitoumus 11) ..... II - 3916

— Osapuolten lausumat ..... II - 3916

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3917

Huomautukset, joissa arvostellaan tiettyjen välttämättömiksi väitettyjen sitoumusten puuttumista ..... II - 3918

Sellaisen sitoumuksen puuttuminen, jolla olisi määrätty d-box-dekooderin varustamisesta yleisellä liitännällä ..... II - 3919

— Osapuolten lausumat ..... II - 3919

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3921

Sellaisen sitoumuksen puuttuminen, joka olisi koskenut BetaResearchin ja Deutsche Telekomin välisiä mahdollisia suhteita ..... II - 3923

— Osapuolten lausumat ..... II - 3923

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3924

Sellaisen sitoumuksen puuttuminen, jossa olisi edellytetty ohjelmien, teknologian ja laitteistojen erottamista toisistaan ..... II - 3925

— Osapuolten lausumat ..... II - 3925

— Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3927

4. Neljäs kanneperuste, jonka mukaan on tehty menettelyvirhe, kun asetuksen N:o 4064/89 6 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaista menettelyä ei ole aloitettu II - 3928

Osapuolten lausumat ..... II - 3928

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3930

5. Viides kanneperuste, jonka mukaan kolmansien osapuolten oikeutta osallistua menettelyyn on rajoitettu tavalla, jota ei voida hyväksyä ..... II - 3932

Osapuolten lausumat ..... II - 3932

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 3935

Oikeudenkäyntikulut ..... II - 3946