

KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 2. april 2003

om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen

(Sag COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù)

(meddelt under nummer K(2003) 1082)

(Kun den engelske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

(2004/311/EF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,

under henvisning til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, særlig artikel 57, stk. 2, litra a),

under henvisning til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomheds- overtagelser ⁽¹⁾, senest ændret ved forordning (EF) nr. 1310/97 ⁽²⁾, særlig artikel 8, stk. 2,

under henvisning til Kommissionens beslutning af 29. december 2002 om at indlede en procedure i den foreliggende sag,

efter at have givet de berørte virksomheder lejlighed til at fremkomme med deres bemærkninger til Kommissionens indsigelser, under henvisning til udtalelse fra Det Rådgivende Udvalg for Kontrol med Fusioner og Virksomhedsovertagelser ⁽³⁾,

under henvisning til den afsluttende rapport fra høringskonsulenten ⁽⁴⁾ i denne sag, og

ud fra følgende betragtninger:

(1) Den 16. oktober 2002 modtog Kommissionen i overensstemmelse med artikel 4 i forordning (EØF) nr. 4064/89

⁽¹⁾ EFT L 395 af 30.12.1989, s. 1. Berigtigelse i EFT L 257 af 21.9.1990, s. 13.

⁽²⁾ EFT L 180 af 9.7.1997, s. 1.

⁽³⁾ EUT C 92 af 16.4.2004.

⁽⁴⁾ EUT C 92 af 16.4.2004.

(i det følgende benævnt »fusionsforordningen«) anmeldelse af en planlagt fusion, hvorved den australske virksomhed, The News Corporation Limited (i det følgende benævnt »Newscorp«), erhverver fuld kontrol over de italienske betalings-tv-selskaber Telepiù Spa og Stream Spa (i det følgende benævnt henholdsvis »Telepiù« og »Stream«). Telepiù og Stream vil fusionere deres aktiviteter i en fælles DTH-satellitbaseret betalings-tv-plattform. Telecom Italia SpA (det etablerede italienske teleselskab, i det følgende benævnt »Telecom Italia«) bevarer en minoritetsandel (19,9 %) i den nye fusionerede betalings-tv-plattform.

(2) Efter at have gennemgået anmeldelsen og de tilsagn, Newscorp afgav den 31. oktober 2002, konkluderede Kommissionen den 29. november 2002, at den anmeldte transaktion var omfattet af fusionsforordningen, og at det var meget tvivlsomt, om den var forenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen. Kommissionen besluttede derfor at indlede en procedure i overensstemmelse med artikel 6, stk. 1, litra c), i fusionsforordningen.

(3) Den 14. januar 2003 afgav Newscorp et nyt sæt tilsagn.

(4) Den 5. og 6. marts 2003 blev der afholdt en mundtlig høring.

(5) Den 13. marts 2003 forelagde Newscorp et endeligt sæt tilsagn.

(6) Det rådgivende udvalg drøftede udkastet til denne beslutning den 20. marts 2003.

I. PARTERNE

- (7) Newscorp er et medieselskab, som opererer i USA, Canada, Europa, Australien, Latinamerika og Stillehavsområdet. Newscorps aktiviteter omfatter produktion og distribution af spillefilm og tv-programmer, satellit- og kabel-tv-spredning, udgivelse af aviser, tidsskrifter og bøger, produktion og distribution af promoverings- og reklameprodukter og -tjenester, udvikling af digitalt tv, udvikling af systemer til tv-adgangsstyring og tv-abonnementsordninger samt distribution af onlineprogrammer.
- (8) Telepiù har siden 1991 opereret som analog betalings-tv-plattform og siden 1996 også som betalings-tv-selskab via digital satellit (DTH) og i mindre omfang via kabel. Telepiù sender desuden digitalt jordbaseret tv (DTT) på teknisk forsøgsbasis i nogle ganske få områder i Italien. Vivendi Universal SA har siden 1997 haft enekontrol over Telepiù. Telepiù opererer primært gennem sine datterselskaber, navnlig Europa TV SpA og Prima TV SpA, som er ansvarlige for det redaktionelle indhold af Telepiù-kanalerne og køb af tv-rettigheder til sportsbegivenheder og film. De to selskaber har henholdsvis koncession på analog jordbaseret tv-spredning og tilladelse til digital satellitbaseret tv-spredning. Omega TV SpA er ansvarlig for selskabets egne programproduktioner og forvaltningen af Telepiùs digitale satellitbaserede »pay-per-view«-system. Atena Servizi SpA varetager de tekniske og administrative tjenester i forbindelse med den digitale platform og køber tv-rettigheder til de eksternt producerede kanaler, der udbydes på platformen. Endelig er TeleCare SpA, der kontrolleres af Atena Servizi, ansvarlig for selskabets »call center«.
- (9) Stream blev registreret som aktieselskab i 1993 og begyndte at operere som betalings-tv-plattform med DTH-tv-spredning i Italien i 1998. Fra 1993 til 1997 opererede Stream kun som rent serviceselskab med distribution af betalings-tv-programmer for andre selskaber. I øjeblikket opererer Stream kun inden for digitalteknologi og transmitterer sine signaler via satellit og i mindre omfang via kabel. Indtil midten af 2000 var aktieposterne i Stream fordelt mellem Telecom Italia (35 %), Newscorp (35 %), Cecchi Gori Group Finmavi SpA (18 %) og SDS — Società Diritti Sportivi SRL (12 %). Stream har siden midten af 2000 med Kommissionens godkendelse ⁽⁵⁾ været kontrolleret af Newscorp og Tele-

com Italia i fællesskab (50 % til hver) støttet af en aktionæraftale.

II. FUSIONEN

- (10) Den planlagte fusion indebærer, at Newscorp får enekontrol over Telepiù og Stream med det formål at lægge de to virksomheder sammen. Med henblik herpå indgik Newscorp og Telecom Italia den 1. oktober 2002 en »aktiekøbsaftale« med Vivendi Universal SA, Group Canal+ SA og Canal+ Europe BV (i det følgende tilsammen benævnt »Vivendi-gruppen«), i henhold til hvilken Newscorp skulle købe 100 % af aktierne i Telepiù gennem et til formålet oprettet selskab, fuldt ejet af Stream.
- (11) Samtidig indgik Newscorp og Telecom Italia en »rammeaftale«, i henhold til hvilken de skulle i) tilføre Stream kapital, ii) omdefinere deres interesser og respektive roller i Stream og gennem Stream oprette og indskyde kapital i et af Stream 100 % ejet datterselskab med det specifikke formål at overtage Telepiù samt iii) fastlægge principperne for deres fremtidige relationer som aktionærer i Stream og for den dertil knyttede deltagelse i det til formålet oprettede selskab. Disse transaktioner skal efterfølges af oprettelsen af en fælles DTH-betalings-tv-plattform, der samler Streams og Telepiùs aktiviteter.
- (12) Endelig fastsætter den »aktionæraftale«, der er knyttet til rammeaftalen, principperne for relationerne mellem Newscorp og Telecom Italia som aktionærer i Stream.
- (13) Telecom Italia skal have en aktiepost på 19,9 % i den nye fusionerede platform, og Newscorp får en aktiepost på 80,1 %. Det er muligt, at andre investorer kan indgå i aktionærstrukturen, men udelukkende med en finansiel interesse. I henhold til aktiekøbsaftalen vil sådanne eventuelle andre investorer hverken hver for sig eller sammen med andre kunne få nogen kontrollerende indflydelse på den fælles platform, dvs. de vil ikke kunne få indflydelse på fastsættelsen af forretningspolitikken eller udpegelsen af ledelsen.
- (14) Selv om Newscorps erhvervelse af enekontrol over Stream og Telepiù er baseret på forskellige kontrakter, skal den betragtes som én enkelt fusion, der udelukkende har til formål at sikre Newscorp enekontrol over den fusionerede platform. Den planlagte transaktion er derfor en fusion i den i fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b), fastsatte betydning.
- (15) Den foreslåede fusion er en videreudvikling af en transaktion, som den italienske konkurrencemyndighed (IAA)

⁽⁵⁾ Sag COMP/M. 1978 — Telecom Italia/News Television/Stream af 29. juni 2000, offentliggjort på Kommissionens websted: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

behandlede i 2002 ⁽⁶⁾. Den pågældende transaktion gik — i modsætning til den foreliggende sag — ud på, at Vivendi-gruppen skulle have enekontrol over den italienske DTH-betalings-tv-plattform, der ville blive resultatet af sammenlægningen af Stream og Telepiù. I det pågældende scenarie var Telecom Italia sammen med Newscorp »sælgerne«, hvorimod Telecom Italia i den foreliggende sag bevarer en forbindelse med den fusionerede platform. Den tidligere transaktion blev godkendt af IAA ved en beslutning af 13. maj 2002, der pålagde parterne en række betingelser, som i det store og hele svarer til de tilsagn, parterne har foreslået i første fase af Kommissionens undersøgelse. Den pågældende handel blev efterfølgende opgivet af Vivendi-gruppen.

III. FÆLLESSKABSDIMENSION

- (16) De berørte virksomheder har tilsammen en omsætning på verdensplan på over 5 mia. EUR ([...]* (*) EUR for Newscorp i juni 2002, [...]* EUR for Stream i 2001, [...]* EUR for Telepiù i 2001). Den samlede omsætning inden for EU for hver af mindst to af de berørte virksomheder er over 250 mio. EUR ([...]* for Newscorp i juni 2002 og [...]* EUR for Telepiù i 2001, medens Stream i 2001 havde en omsætning på [...]* EUR). Ingen af parterne henter over to tredjedele af deres omsætning inden for en og samme medlemsstat (Newscorp henter to tredjedele af sin omsætning inden for EU i Det Forenede Kongerige, medens Stream og Telepiù henter to tredjedele af deres omsætning i Italien). Den anmeldte fusion har derfor en fællesskabsdimension i den i fusionsforordningens artikel 1, stk. 2, anførte betydning.

IV. KONKURRENCEMÆSSIG VURDERING I HENHOLD TIL FUSIONSFORORDNINGENS ARTIKEL 2

A. DET RELEVANTE PRODUKTMARKED OG DE RELEVANTE GEOGRAFISKE MARKEDER

- (17) Fusionen påvirker en række markeder i Italien.

1. MARKEDET FOR BETALINGS-TV

Produktmarked

- (18) Det er Newscorps opfattelse, at den anmeldte fusion bør vurderes i sammenhæng med det samlede marked for

tv-spredning i Italien, som omfatter både betalings-tv og »free-to-air«-tv-tjenester. Parterne henviser til, at Kommissionen i tidligere beslutninger ⁽⁷⁾ har anerkendt samspillet mellem disse to segmenter. Newscorp hævder, at der, for så vidt angår det italienske marked, er gode grunde til at konkludere, at det relevante produktmarked bør omfatte både betalings-tv og »free-to-air«-tv. Newscorp hævder desuden, at netop »free-to-air«-tv-selskabers stærke position i Italien lægger et effektivt konkurrencepres på betalings-tv-selskaberne.

- (19) Den omfattende markedsundersøgelse, der er gennemført i den foreliggende sag, viser, at der i Italien både blandt kunder og udbydere sondres skarpt mellem »free-to-air«-tv og betalings-tv. Undersøgelsen omfattede både »free-to-air« tv-selskaber, udbydere af tv-kanaler, fodboldklubber og forbrugersammenslutninger. I de følgende betragtninger redegøres der kort for de vigtigste problemstillinger, der blev påpeget i forbindelse med markedsundersøgelsen.

»Free-to-air« tv-selskaber

- (20) At markedet for »free-to-air«-tv og markedet for betalings-tv er to forskellige markeder, anerkender både de større (landsdækkende) tv-selskaber og det store flertal af mindre (regionale eller lokale) tv-selskaber, der sender »free-to-air«-tv. Næsten alle de adspurgte tv-selskaber anførte, at det indhold og de programflader, betalings-tv tilbyder, adskiller sig fra det, som er tilgængeligt på »free-to-air«-tv. Det betyder, at de to former for tv-tjenester appellerer forskelligt til slutbrugerne. Eftersom de to typer tv-selskabers forretningsmodeller er forskellige, må det desuden i relation til substituerbarheden på udbudssiden konstateres, at betalings-tv-selskaber ikke på kort sigt vil være i stand til at gå over til at sende »free-to-air«-tv og omvendt, uden at det vil medføre betydelige ekstra omkostninger eller ricisi ⁽⁸⁾. »Free-to-air« tv er navnlig i vidt omfang afhængigt af indtægter fra reklamer og/eller offentlige midler (statsstøtte), medens beta-

⁽⁷⁾ Kommissionens beslutninger af henholdsvis 10. september 1991 i sag IV/M. 110 — ABC/Générale des Eaux/Canal+/W.H. Smith TV, betragtning 11, og 20. september 1995 i sag IV/M. 553 — RTL/Veronica/Endemol, betragtning 20. De nævnte beslutninger er offentliggjort på Kommissionens websted: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

⁽⁸⁾ Jf. Kommissionens meddelelse om afgrænsning af det relevante marked i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceret (EFT C 372 af 9.12.1997, s. 5), punkt 20. Med udtrykket »på kort sigt« forstås »en periode, som ikke indebærer en væsentlig tilpasning af de eksisterende materielle og immaterielle aktiver«.

⁽⁶⁾ Beslutning af 13. maj 2002 truffet af den italienske konkurrencemyndighed (IAA) (sag C/5109).

(*) Dele af denne tekst er redigeret for at sikre, at der ikke videregives fortrolige oplysninger; de redigerede passager er angivet i skarpe parenteser og markeret med en asterisk.

lings-tv er baseret på indtægter fra abonnementsafgifter (og i langt mindre omfang — ca. 5 % i Italien — fra reklamer).

(21) Seertallet er parametret for vurderingen af »free-to-air«-tv's succes (dvs. hvor mange, der i givet fald ser reklamerne), hvorimod antallet af abonnenter er det afgørende parameter for betalings-tv. De adspurgte anførte også, at betalings-tv for bestemte former for indhold, f.eks. sport og især fodbold, kan tilbyde et stort udvalg af begivenheder, som endog kan sendes samtidigt. Dette multikanaltilbud overgår langt det, seerne får på »free-to-air«-tv, hvor de i givet fald kun kan se en enkelt begivenhed ad gangen, f.eks. en fodboldkamp. På nuværende tidspunkt er betalings-tv og »free-to-air«-tv derfor ikke fuldt substituerbart ud fra et forbrugersynspunkt. Visse selskaber, der sender »free-to-air«-tv, har således understreget, at betalings-tv-selskabernes seere i mange tilfælde er interesserede i ganske bestemte former for programflader, f.eks. sport og film, som kun findes på betalings-tv.

(22) Repræsentanter for en række fremtrædende tv-selskaber, der sender »free-to-air«-tv, har desuden erklæret, at selv om der kan være en vis grad af samspil mellem betalings-tv og »free-to-air«-tv, tilstræber udbyderne af programindhold at sikre sig flere forskellige indtægtskilder ved at sondre klart mellem forskellige »selling windows« for betalings-tv og »free-to-air«-tv. Det gør det naturligvis endnu mere oplagt at sondre mellem to særskilte markeder.

Udbydere af tv-kanaler

(23) De samme synspunkter er blevet fremført af et stort antal udbydere af tv-kanaler, som erklærede, at betalings-tv og »free-to-air«-tv tilhører forskellige markeder.

(24) Forskelle i de typiske indtægtsmodeller for de to kategorier af tv-selskaber er med til at placere dem i to forskellige konkurrencemæssige sammenhænge ud fra et udbudsmæssigt synspunkt. Det er også blevet anført, at medens der for betalings-tv's vedkommende består en direkte økonomisk sammenhæng mellem tv-selskabet og seerne (gennem abonnementsafgiften), er det samme ikke tilfældet for »free-to-air«-tv, hvor den økonomiske sammenhæng i stedet består mellem tv-selskabet og annoncørerne. Når man betænker de to typer tv's respektive programflader, er der ud fra slutbrugernes synspunkt snarere tale om »komplementaritet« mellem dem end om »alternativer«.

(25) De adspurgte temakanalproducenter på udbudssiden anførte, at kun betalings-tv betragtes som mulige købere

af tv-indhold, medens »free-to-air«-tv-selskaber næppe er et realistisk alternativ.

(26) Der var dog også nogle af de adspurgte, der fastholdt, at alle tv-selskaber konkurrerer på et globalt detailmarked for seere og på et globalt engrosmarked for køb af programindhold. I denne forbindelse blev det sagt, at der, for så vidt angår køb af såkaldte arkivfilm (film, der sendes af betalings-tv-kanaler, som ikke har rettigheder til nyere populære spillefilm), er konkurrence mellem betalings-tv og »free-to-air«-tv. Når det gælder om at pege på nogle specifikke indholdsmæssige elementer, erkendte en tredjepart, at der generelt ikke er konkurrence mellem betalings-tv-selskaber og »free-to-air«-tv-selskaber omkring køb/salg af kanaler og programmer. En anden af de adspurgte erklærede, at selv om betalings-tv og »free-to-air«-tv er særskilte markeder, er de under alle omstændigheder begge afhængige af samme programkilder, hvilket igen betyder, at de priser og vilkår, der forhandles på det ene segment, har virkninger for det andet segment.

(27) Tredjeparter har understreget, at de to markeder primært adskiller sig i relation til fire elementer: a) forretningsmodeller, der adskiller de to produkter på udbudssiden, b) størrelse, c) indhold og d) programplaner. Ser man bort fra de første tre elementer, som allerede er omhandlet, er det vigtigt i relation til programplanerne at slå fast, at »free-to-air«-tv har en fast »programplan« for hele dagen og ugen, medens betalings-tv (navnlig temakanaler, der udbydes gennem betalings-tv-platformer) har en programplan, der tillader forskellige gendannelser af samme indhold/program på forskellige tidspunkter i løbet af dagen og ugen. Betalings-tv-seere har derfor mulighed for at se deres foretrukne program (fra en betalingskanal) på forskellige tidspunkter i løbet af dagen eller ugen.

(28) Nogle af de adspurgte erkendte dog, at det forhold, at der er så mange tv-selskaber i Italien, der sender jordbaseret »free-to-air«-tv, har betydning for betalings-tv-tjenestens evne til at trænge igennem på markedet og i et vist omfang også på programudbydernes muligheder for at distribuere deres produkter gennem betalings-tv-platformer.

Fodboldklubber

(29) Fodboldklubber er specielt tæt knyttede til betalings-tv, eftersom deres indtægter i høj grad afhænger af salget af

tv-rettighejder til betalings-tv-selskaberne. Det har særligt stor betydning i Italien. Det store flertal af italienske fodboldklubber (både i serie A og serie B) har således udtalt, at markederne for betalings-tv og »free-to-air«-tv er helt forskellige, og at »free-to-air«-tv ikke konkurrerer direkte på det samme marked som betalings-tv. Forskellen bygger på fire hovedelementer: a) teknologiske forskelle, b) de licenser/sendetilladelser, der kræves for at kunne operere i sektoren, c) forholdet til slutbrugerne og d) de forskellige finansieringssystemer, de to typer tv bygger på. Disse grundlæggende forskelle skal desuden kombineres med den store forskel i det »produktudbud«, der karakteriserer de to markeder.

(30) Ud fra et udbudsmæssigt synspunkt er det blevet hævdedet, at når det gælder fodboldkampe, der sendes direkte i løbet af året (f.eks. den italienske liga, serie A og serie B), konkurrerer »free-to-air«-tv ikke med betalings-tv om køb af de relevante enerettigheder, hvorimod der består en vis grad af konkurrence om venskabskampe, højdepunkter fra tidligere kampe og andre produkter. Flertallet af fodboldklubber betragter »fodbold« som bedst egnet til betalings-tv. Der kan være undtagelser herfra (f.eks. højdepunkter fra tidligere kampe eller fodboldkampe, der transmitteres forskudt), hvilket viser, at der kan være visse muligheder for »free-to-air«-tv for at udnytte fodboldrelaterede produkter, men det forekommer kun sporadisk og er af marginal betydning.

(31) I denne forbindelse erklærede nogle af de adspurgte, at eftersom rettighedshaverne (fodboldklubberne), produktet (fodboldkampen) og målgruppen (forbrugerne) i sidste ende er de samme, uanset hvilken transmissionsform der anvendes (kodet eller ukodet), kan man hævde, at betalings-tv og »free-to-air«-tv konkurrerer på det samme marked. Men eftersom a) betalings-tv-platformer er i stand til at transmittere flere kampe samtidig, og b) fodboldklubberne, navnlig de små og mellemstore klubber, foretrækker at sælge deres rettigheder til betalings-tv for at bevare et vist publikum på fodboldstadionerne, og c) i betragtning af den markeds-mæssige adfærd og de forhold i øvrigt, der karakteriserer hovedparten af rettighedshaverne til fodboldbegivenheder, kan det konkluderes, at der er en klar forskel mellem de produkter, de to typer tv-selskaber kan og ønsker at byde på.

Forbrugerorganisationer

(32) Der blev rettet spørgsmål til relevante italienske forbrugerorganisationer (Adusbef, Aduc, Altroconsumo, Codacons, Conzonsumatori, Federconsumatori). De adspurgte

erklærede, at selv om der i Italien kan være et vist konkurrencepres mellem de to former for tv, fordi der findes et meget stort net af tv-selskaber, der sender »free-to-air«-tv, og som har et meget stort udbud af programmer, er det dog usandsynligt, at en stigning på 5-10 % i abonnementsafgiften for en betalings-tv-plattform skulle få forbrugerne til at beslutte sig for at opsigte et eksisterende abonnement eller undlade at tegne abonnement⁽⁹⁾.

(33) Det skyldes primært, at den typiske betalings-tv-abonent adskiller sig fra den seer, der kun ser »free-to-air«-tv. Forbrugere, der er villige til at abonnere, er drevet af så stærk interesse for specifikke emner (f.eks. sport, film eller musik), at det traditionelle alment tilgængelige tv ikke anses for at kunne tilfredsstille disse interesser. I denne henseende er det blevet sagt, at beslutningen om at abonnere ofte er emotionelt betonet og styret af en stærk interesse for det indhold, betalings-tv tilbyder, f.eks. den foretrukne nationale fodboldklubs kampe. Denne karakteristik er med til at udviske grænserne mellem forbrugere af betalings-tv og tilhængere af en bestemt fodboldklub, en bestemt sportsgren eller et bestemt programindhold.

Andre faktorer

(34) Markedsundersøgelsen afdækkede en række andre forhold, der taler til fordel for en sondring mellem betalings-tv-markedet og markedet for »free-to-air«-tv.

(35) Det første element vedrører forskellen med hensyn til det udstyr, der kræves for at kunne modtage betalings-tv i modsætning til »free-to-air«-tv. En betalings-tv-seer skal have en dekoder til at dekryptere tv-signalet. Dekoderen skal købes eller lejes ud over det almindelige tv-apparat. Dekoderen er udstyr, som en forbruger af »free-to-air«-tv ikke har brug for til at modtage det analoge jordbaserede tv-signal. Forskellen med hensyn til kravet til udstyr er især relevant i Italien, hvor der endnu ikke findes kommercielt tilgængeligt jordbaseret digitalt tv (DTT). Det er ikke udelukket, at denne forskel fremover kan blive mindre relevant, når først der er indført DTT, eftersom de »jordbaserede« tv-apparater i så fald også vil kræve en dekoder for at kunne modtage de digitale signaler. De italienske myndigheder har dog tilsyneladende først planer om at indføre DTT i slutningen af 2006 (i

⁽⁹⁾ I denne henseende er »vendepunktet« målet for, hvornår forbrugerne opgiver betalings-tv. Det fremgår af svarene, at der snarere skal en stigning på 15-20 % til, før abonnenterne siger fra.

modsatning til f.eks. Spanien og Det Forenede Kongerige⁽¹⁰⁾, hvor det jordbaserede digitale transmissionsudstyr allerede er operationelt). Desuden tyder de seneste markedsprognoser på, at man først på et endnu senere tidspunkt vil gå helt bort fra analogt tv i Italien.

- (36) Også de helt specielle funktioner, den digitale teknologi åbner mulighed for, og som foreløbig kun er tilgængelige for forbrugerne via betalings-tv, er relevante. Ud over muligheden for at vise forskellige begivenheder samtidigt via flere forskellige kanaler tilbyder betalings-tv i Italien en række andre muligheder, der kun eksisterer inden for digitalteknologi. Som eksempler kan nævnes elektroniske programguider (EPG) og interaktivt tv. Seere af sportsbegivenheder kan selv bestemme deres skærmbillede ved f.eks. at skifte mellem de forskellige kameraer, der optager et Formel 1-løb (fra det indre af en bil til en anden bil eller til »pitstop«), gentage et mål under en fodboldkamp eller skifte over til at se et straffespark filmet fra det kamera, der er installeret inde i målet.
- (37) Alle disse forhold tyder på, at betalings-tv og »free-to-air«-tv stadigvæk er klart adskilte markeder i Italien, selv om der uden tvivl er tale om et vist samspil mellem dem. Det er klart, at jo mere attraktive udsendelser et »free-to-air«-tv-selskab kan tilbyde, jo mindre vil incitamentet være for seerne til at vælge at abonnere på betalings-tv. Det er især relevant i lande som Italien, hvor »free-to-air«-tv tilbyder et meget bredt udvalg af kanaler, hvoraf nogle har et indhold, der må betragtes som attraktivt for mange seere. I denne henseende lægger »free-to-air«-tv utvivlsomt et vist konkurrencepres på betalings-tv.
- (38) Det afgørende spørgsmål er dog, hvorvidt dette konkurrencepres er tilstrækkeligt stærkt til at gøre »free-to-air«-tv til et reelt alternativ til betalings-tv. I denne sammenhæng er det per definition det indhold, der tilbydes seerne, som er afgørende for, hvor attraktivt det pågældende »free-to-air«-tv-selskab er. Markedsundersøgelsen viser, at den type indhold, der i Italien betragtes som »premium« (navnlige nyere populære spillefilm og sport, primært fodbold) i dag kun er tilgængeligt for de tv-selskaber, der sender betalings-tv. Dels foretrækker de fleste fodboldklubber kun at sælge tv-rettigheeder til betalings-tv-selskaber, dels sælger de mest fremtrædende filmproducenter deres tv-rettigheeder til en bestemt film efter et system med forskellige frigivelsesfrister (windows), som giver betalings-tv mulighed for at vise en film før, den vises på »free-to-air«-tv-kanaler. Udbyderne af programindhold har hidtil været utilbøjelige til at opgive den særlige ordning for betalings-tv, fordi det vil afskære dem fra en vigtig indtægtskilde. Så længe denne forretningsmodel fungerer, vil »free-to-air«-tv ikke kunne konkurrere med betalings-tv om at sende nyere populære spillefilm umiddelbart efter, at de er frigivet til videomarkedet. Derfor er der i øjeblikket en klar forskel i Italien med hensyn til, hvilket »premium«-indhold »free-to-air«-tv og betalings-tv kan tilbyde, og — hvad der er endnu vigtigere — med hensyn til, hvornår dette indhold kan sendes.
- (39) Den nuværende situation udelukker dog ikke, at sondringen mellem de to markeder vil blive mere udvisket fremover, bl.a. som følge af den teknologiske udvikling generelt og udbredelsen af digitalt tv i Italien. Indførelsen af DTT i Italien vil helt klart medføre ændringer i tv-landskabet. Desuden vil den generelle tendens til konvergens dels mellem de forskellige audiovisuelle medier indbyrdes, dels mellem medier og telekommunikation formentlig medføre en vis tilnærmelse mellem de forskellige måder, hvorpå underholdning og information formidles til forbrugerne, og forbrugernes måder at udnytte dem på.

Kommissionens beslutninger i tidligere sager

- (40) Konklusionerne af markedsundersøgelsen i den foreliggende sag er i fuld overensstemmelse med den afgrænsning af relevante markeder, Kommissionen har foretaget i tidligere sager, og med tilsvarende afgrænsninger foretaget af konkurrencemyndighederne i andre medlemsstater⁽¹¹⁾. Kommissionen har tidligere fastslået, at der findes et særskilt marked for betalings-tv, uden at det er nødvendigt at sondre mellem jordbaseret og satellitbaseret tv, kabel-tv og andre transmissionsformer. Markedet for betalings-tv finansieres via abonnementer og i mindre omfang reklamer og adskiller sig fra markedet for

⁽¹⁰⁾ I denne forbindelse kan det oplyses, at Quiero TV i Spanien har været transmitteret som DTT-betalings-tv indtil midten af 2002, og at ITV i Det Forenede Kongerige transmitterer via DTT.

⁽¹¹⁾ Se f.eks. for Det Forenede Kongeriges vedkommende beslutningen i sag NTL/CWC: <http://www.competition-commission.org.uk/fulltext/437c2.pdf>. For Italiens vedkommende kan der henvises til den i fodnote 6 nævnte beslutning, truffet af den italienske konkurrencemyndighed den 13. maj 2002 vedrørende Group Canal+/Stream-fusionen, og, for Spaniens vedkommende, regeringsbeslutning af 29. november 2002 i sagen om Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

»free-to-air«-tv, som finansieres via reklamer og/eller offentlige midler ⁽¹²⁾.

øjeblikket kan betragtes som segmenter inden for markedet for betalings-tv ⁽¹⁵⁾.

- (41) Når det gælder »free-to-air«-tv, er der kun tale om en forretningsmæssig relation mellem programudbyderen og reklameindustrien, medens der for betalings-tv's vedkommende også består en direkte forretningsmæssig forbindelse mellem programudbyderen og seeren som abonnent. Betalings-tv markedsføres derfor gennem et netværk af distributører eller sælgere. Det er afgørende, at betalings-tv-operatøren har et system til at administrere abonnementerne og den nødvendige teknologi til adgangsstyring, så det kun er de betalende abonnenter, der har mulighed for at se udsendelserne.
- (42) Konkurrencevilkårene er derfor også forskellige for betalings-tv og »free-to-air«-tv. For sidstnævntes vedkommende er sammenhængen mellem seertal og reklametid det afgørende parameter, hvorimod det for betalings-tv's vedkommende er sammenhængen mellem programmerens udformning og antallet af abonnenter. Det forhold, at abonnenter er villige til at betale ganske store beløb for betalings-tv, viser klart, at betalings-tv er et andet produkt med en bestemt målgruppe.
- (43) Hvad angår andre tjenester i tilknytning til betalings-tv, har Kommissionen tidligere afgrænset to andre mulige markeder: de såkaldte »pay-per-view«-tjenester ⁽¹³⁾ og digitale interaktive tv-tjenester ⁽¹⁴⁾, idet sidstnævnte marked blev anset for at være tæt forbundet og komplementært med betalings-tv. Med hensyn til specifikke tjenester såsom »pay-per-view«, »near-video-on-demand« og »video-on-demand« har markedsundersøgelsen vist, at de i

Tv-kanaler, navnlig DTH-betalingskanaler

- (44) Der er en vis lighed mellem de særlige temakanaler på betalings-tv (der markedsføres særskilt i visse medlemsstater ⁽¹⁶⁾) og betalings-tv-platformer. De enkelte kanaler kan ikke sammenlignes med multikanalbetalings-tv som f.eks. Stream og Telepiù, hvor abonnenterne har mulighed for at købe en pakke af kanaler med enten »basisindhold« eller »premium«-indhold. I begge tilfælde (DTH-kanaler og multikanalbetalings-tv) er der dog ifølge de oplysninger, der blev givet i forbindelse med markedsundersøgelsen, en direkte forretningsmæssig relation mellem programudbyderen og seeren som abonnent. Begge former for tv markedsføres gennem et netværk af distributører eller sælgere, og begge kræver et system til administration af abonnementerne og teknologi til adgangsstyring, så det kun er de betalende abonnenter, der har mulighed for at se udsendelserne.
- (45) I forbindelse med den foreliggende sag er Kommissionen nået til den konklusion, at uafhængige DTH-kanaler fremover på det italienske marked vil kunne udøve et vist konkurrencepres på multikanalbetalings-tv-platformer som Stream og Telepiù, navnlig hvis de kan tilbyde »premium«-indhold (nyere film, sport og fodboldkampe).
- (46) Det er i øvrigt ikke nødvendigt at afgøre, hvorvidt betalings-tv-kanaler udgør et særskilt marked inden for det overordnede marked for betalings-tv-tjenester, eftersom fusionen vil medføre en styrkelse af en dominerende stilling, uanset hvordan produktmarkedet afgrænses.

Konklusion

- (47) På grundlag af ovenstående kan det på grundlag af markedsundersøgelsen konkluderes, at selv om der i Italien er tale om et dynamisk samspil mellem »free-to-air«-tv

⁽¹²⁾ Sag COMP/JV 37 — BskyB/Kirch Pay TV, sag IV/M. 993 — Bertelsmann/Kirch/Première, sag COMP/ M. 2211 — Universal Studio Networks/De Facto 829 (NTL) Studio Channel Ltd, sag COMP/JV 57 — TPS, sag COMP/M. 2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital. Det er i nogle af disse beslutninger anført, at et andet særtræk ved betalings-tv er, at seerne skal have en dekoder. I denne forbindelse er det blevet påpeget, at der i øjeblikket også skal anvendes dekodere til jordbaseret og satellitbaseret digitalt »free-to-air«-tv. Alle disse beslutninger er offentliggjort på Kommissionens websted: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

⁽¹³⁾ Kommissionens beslutning af 20. december 2000 i sag COMP/M. 2211 — Universal Studio Networks/De Facto 829 (NTL) Studio Channel Ltd., offentliggjort på Kommissionens websted: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

⁽¹⁴⁾ Kommissionens beslutning af 2. marts 2000 i sag COMP/JV 37 — BskyB/Kirch Pay TV, offentliggjort på Kommissionens websted: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

⁽¹⁵⁾ »Pay-per-view« er en anden tjeneste, hvor kunden ud over at betale et tv-abonnement også skal betale for det enkelte produkt for at se indholdet (f.eks. en film eller en sportsbegivenhed). »Video-on-demand« og »near-video-on demand« er andre systemer, der giver et betalings-tv's kunder adgang til videoindhold efter eget valg.

⁽¹⁶⁾ Det er tilsyneladende tilfældet med Channel 4 i Det Forenede Kongerige.

og betalings-tv, som har betydning for betalings-tv's gennemtrængning og succes på markedet, tilhører de to former for tv på indeværende tidspunkt forskellige markeder, hvilket også stemmer overens med resultaterne af Kommissionens tidligere undersøgelser i samme sektor.

Geografisk marked

- (48) På visse nichemarkeder er der kanaler, der sendes til seere i hele Europa, men tv-spredning er dog stadigvæk som helhed organiseret nationalt. Kommissionen har tidligere i flere beslutninger ⁽¹⁷⁾ slået fast, at markederne for tv-spredning er nationale og relateret til sprogligt ensartede områder. Det skyldes primært forskelle i lovgivning og administrative regler, sprogbarrierer, kulturbetingede faktorer og forskellige konkurrencevilkår i de enkelte medlemsstater. En sådan geografisk markedsafgrænsning er blevet bekræftet i den foreliggende sag med specifik reference til markedet for betalings-tv. Derfor er produktmarkedet i relation til den foreliggende fusion begrænset til Italien.

2. MARKEDER I FORUDGÅENDE OMSÆTNINGSLED (RELATERET TIL BETALINGS-TV)

Køb af audiovisuelt tv-indhold (generelle betragtninger)

- (49) Fusionen har indvirkning på sektoren for audiovisuelt indhold. På dette marked opererer Stream og Telepiù primært i Italien som købere af tv-rettigheder ⁽¹⁸⁾. Audiovisuelt indhold dækker en række forskelligartede underholdningsprodukter. Det omfatter bl.a. spillefilm, tv-programmer af alle slags (f.eks. tv-film, drama, underholdningsserier, dokumentarprogrammer, quizprogrammer, spil og nyheder), sportsbegivenheder samt basiskanaler og temakanaler (audiovisuelt indhold).

⁽¹⁷⁾ Sag COMP/JV 37 — BskyB/Kirch Pay TV, Kommissionens beslutning af 27. maj 1998 i sag IV/M. 993 — Bertelsmann/Kirch/Première (EFT L 53 af 27.2.1999, s. 1). Kommissionens beslutning af 14. august 2002 i sag COMP/M. 2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital, offentliggjort på Kommissionens websted: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

⁽¹⁸⁾ Fox (et selskab, som er en del af Newscorp-koncernen) er hovedsagelig aktiv inden for udvikling, produktion og international distribution af spillefilm og tv-kanaler. Selskabet udbyder nogle af disse produkter i Italien, navnlig underholdningsfilm.

- (50) Når tv-selskaberne skal sammensætte deres programplaner — og mere generelt deres »tilbud« — må de overveje forskellige former for audiovisuelt indhold. Newscorp oplyser, at eftersom det er nødvendigt at kunne tilbyde forskelligartet tv-indhold for at opbygge en succesrig betalings-tv-plattform, bør køb af tv-indhold som helhed betragtes som ét enkelt marked.

- (51) I denne forbindelse viser Kommissionens undersøgelse, at selv om det må erkendes, at tv-selskaberne, navnlig betalings-tv-plattformer, er nødsaget til at købe et bredt udvalg af tv-indhold, er dette indhold på efterspørgselsiden, dvs. set ud fra tv-selskabets synsvinkel ikke umiddelbart substituerbart (en spillefilm og et program, der er specielt produceret til tv, har ikke samme tiltrækningsværdi for forbrugerne).

- (52) På udbudssiden handles rettigheder til tv-indhold på grundlag af forskellige prisfastsættelsesstrukturer og har ikke samme økonomiske værdi. Desuden kan udbydere, der har specialiseret sig i en bestemt form for indhold, ikke umiddelbart skifte produktion mellem forskellige typer indhold. Kommissionen har i tidligere beslutninger påpeget, at der under alle omstændigheder må sondres mellem følgende markeder for tv-indhold ⁽¹⁹⁾: a) nyere populære spillefilm, de såkaldte »premium«-film, b) årligt tilbagevendende fodboldbegivenheder med deltagelse af nationale klubhold, c) fodboldbegivenheder, der ikke finder sted hvert år, med deltagelse af landshold, d) andre former for sport, e) temakanaler og almene kanaler og f) specifikke tv-programmer. Rettighederne i relation til a), b), c) og d) er tidligere blevet behandlet både ud fra en udbudsmæssig synsvinkel (rettighedshavernes salg af rettigheder) og en efterspørgselsmæssig synsvinkel (køb af enerettigheder).

- (53) Selv om »free-to-air«-tv og betalings-tv teoretisk konkurrerer om køb af ovennævnte tv-indhold, er der dog visse kategorier af indhold, som kun købes af betalings-tv, bl.a. på grund af i) prisen og kontraktvilkårene (f.eks. sælges nyere film kun til betalings-tv, så rettighedshaverne kan sikre sig yderligere indtægter fra senere salg til »free-to-air«-tv) og ii), specielt for fodboldbegivenhedernes vedkommende, muligheden for at sende flere kampe samtidigt, og fordi de fleste fodboldklubber (især de små og mellemstore klubber) ikke er interesseret i at sælge deres rettigheder til »free-to-air«-tv (som er umiddelbart tilgængeligt for alle tv-seere) til samme pris som til betalings-tv, eftersom en sådan salgspolitik vil reducere antallet af tilskuere på fodboldstadionerne.

⁽¹⁹⁾ Jf. navnlig sagerne COMP/M. 553 — RTL/Veronica/Endemol, COMP/M. 2050 — Vivendi/Canal+/Seagram, sag 37.576 — UEFA's regler om tv-rettigheder, COMP/M. 2211 — Universal Studio Networks/De facto (NTL) Studio Channel Ltd, COMP/JV 57 — TPS, COMP/M. 2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital. Se Kommissionens websted: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

- (54) Denne type dyrt tv-indhold kan derfor normalt ikke ses på »free-to-air«-tv. Der er navnlig en tendens til, at rettigheder til nyere »premium«-film og hovedparten af årligt tilbagevendende fodboldbegivenheder med deltagelse af nationale klubhold (dvs. den italienske liga) købes med enerettigheder af betalings-tv-selskaber og er den afgørende faktor, der får forbrugerne til at abonnere på en bestemt betalings-tv-kanal/plattform. Selv om også andre typer tv-indhold er vigtigt for at kunne sammensætte en bestemt pakke til betalings-tv, har det ikke nødvendigvis samme afgørende tiltrækningskraft.

Produktmarkeder

- (55) De markeder, der berøres af den foreliggende transaktion, og hvor fusionen vil skabe eller styrke en dominerende stilling på efterspørgselsiden (køb af rettigheder), er følgende: a) enerettigheder til »premium«-film, b) enerettigheder til årligt tilbagevendende fodboldbegivenheder med deltagelse af nationale klubhold (primært den nationale liga, den nationale pokalturnering, UEFA Cup og Champions League), c) enerettigheder til andre sportsbegivenheder og d) køb af tv-kanaler.

a) Rettigheder til »premium«-film

- (56) Kommissionens har tidligere opdelt indkøbsaktiviteten vedrørende tv-senderrettigheder i særskilte markeder på grundlag af indholdets karakter⁽²⁰⁾. Kommissionen fandt navnlig i fusions sagen vedrørende Vivendi/Canal+/Seagram⁽²¹⁾, at køb af tv-rettigheder til spillefilm er et særskilt marked, der adskiller sig fra markedet for programmer specielt produceret til tv.
- (57) For så vidt angår betalings-tv-selskaberne, står der i Kommissionens beslutning vedrørende Vivendi/Canal+/Seagram, at disse rettigheder ud fra et efterspørgsels synspunkt ikke er substituerbare for betalings-tv-selskaberne. Grunden er, at spillefilm og programmer, der er produceret specifikt til tv, ikke har samme tiltrækningsværdi for forbrugerne. På udbudssiden forhandles disse rettigheder på grundlag af forskellige prisstrukturer og har ikke samme økonomiske værdi. På dette marked har de store Hollywood-filmselskaber som de største producenter af populære film en meget stærk position både kvantitativt og kvalitativt.

⁽²⁰⁾ Det generelle spørgsmål blev rejst, men ikke afgjort i den tidligere nævnte beslutning af 3. marts 1999 i TPS-sagen (betragtning 34). Det blev senere afgjort i den tidligere nævnte fusionsbeslutning af 13. oktober 2000 i sag COMP/M. 2050 — Vivendi/Canal+/Seagram. Vedrørende spørgsmålet om et særskilt marked for køb af tv-rettigheder til årligt tilbagevendende fodboldbegivenheder henvises til meddelelsen med klagepunkter i sag COMP/C.2/37.398 om UEFA's salg af tv-enerettigheder til Champions League (pressemeldelse IP/01/1043 af 20.7.2001, »Kommissionen indleder en procedure mod UEFA's salg af tv-rettigheder til UEFA's Champions League«) og baggrundsnotat (MEMO/01/271 af 20.7.2001) samt sag COMP/M. 2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

⁽²¹⁾ Jf. tidligere nævnte beslutning af 13. oktober 2000 i sag COMP/M. 2050 — Vivendi/Canal+/Seagram.

- (58) Kommissionen har i en beslutning for nylig⁽²²⁾ påpeget, at det relevante marked for film primært bestod af populære film, hvilket normalt vil sige film, der er produceret af de store amerikanske filmselskaber (de såkaldte »Hollywood Majors«). Når film sælges til betalings-tv, medfører det rettigheder til de såkaldte »betalingsperioder« (»pay-per-view«, »near-video-on-demand«, »video-on-demand«), »first window«-visning og »second window«-visning⁽²³⁾.

- (59) »First window« er den første periode, »premium«-film er tilgængelige på betalings-tv efter betalingsperioderne. Et betalings-tv-selskab, som ikke har »first window«-rettigheder til film, kan kun tilbyde ældre »premium«-film, som allerede tidligere har været vist på betalings-tv, det såkaldte »second window«. Ifølge Kommissionens tidligere undersøgelser⁽²⁴⁾ mener forbrugerne ikke, at »second window«-film er substituerbare med »first window«-film med hensyn til nyhedsværdi. På udbudssiden er det heller ikke muligt at erstatte en »first window«-film med en »second window«-film. I Frankrig, hvor disse rettigheder sælges særskilt, udgør »second window«-priserne kun mellem 5 % og 25 % af »first window«-priserne⁽²⁵⁾. Også betalings-tv-selskabernes måde

⁽²²⁾ Sag COMP/M. 2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

⁽²³⁾ Generelt vises film til betalings-tv efter forskellige tidsplaner og i forskellige »windows«. Efter at have været vist i biografierne i en periode (seks-otte måneder) og på video til leje og/eller salg (fire-seks måneder) når filmene ud til betalings-tv-seerne i en »pay-per-view«-periode (normalt tre måneder). Derefter kan filmene frigives i det såkaldte »first window« (normalt seks måneder) og derefter i »second window« (igen normalt seks måneder). Først derefter kommer de til at indgå i filmselskabets arkiv og bliver tilgængelige på »free-to-air«-tv-markedet.

⁽²⁴⁾ Kommissionens beslutning af 13. oktober 2000 i sag COMP/M. 2050 — Vivendi/Canal+/Seagram, og Kommissionens beslutning af 14. august 2002 i sag COMP/M. 2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital, offentliggjort på Kommissionens websted: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

⁽²⁵⁾ Jf. sag COMP/M. 2050 — Vivendi/Canal+/Seagram, betragtning 19.

at udnytte disse rettigheder på varierer. Medens »first window«-film normalt indgår i »premium«-kanaler, er der en tendens til at sende »second window«-film på specielle filmkanaler.

- (60) Når det gælder Italien, har der inden for almindelig forretningsmæssig praksis hidtil ikke været nogen væsentlig eller relevant forskel mellem »first window« og »second window«. Ifølge NewsCorp har ingen af de tidligere eksisterende betalings-tv-platformer vist særlig interesse for at købe rettigheder til udsendelse af »second window«-programindhold på betalings-tv. Det kan desuden konstateres, at der inden for rammerne af de produktionsaftaler ⁽²⁶⁾, som de italienske betalings-tv-selskaber indgår med de store amerikanske filmselskaber og de største nationale filmproducenter, hverken er købt eller solgt specifikke »second window«-rettigheder til betalings-tv. Ikke desto mindre har Telepiù forkøbsret til »second window« for en række film, og i andre tilfælde kan »second window«-rettigheder ikke sælges til tredjeparter, før produktet har været vist i tv på grund af spærrerettigheder. Det er desuden muligt, at »second window«-rettigheder fremover vil kunne markedsføres i Italien.

- (61) Markedsundersøgelsen har i vidt omfang bekræftet, at »premium«-spillefilm er et helt afgørende trækplaster for betalings-tv-selskaberne. Desuden betyder strukturen i udbuddet, de særlige træk ved denne form for indhold og prisfastsættelsesvilkårene, at køb af enerettigheder til at sende »premium«-spillefilm i tv kan betragtes som et særskilt produktmarked, der adskiller sig fra andre markeder for køb af programindhold.

Geografisk afgrænsning

- (62) Kommissionen har i flere beslutninger konkluderet, at det geografiske marked er nationalt eller — i visse tilfælde — regionalt afgrænset ⁽²⁷⁾. Selv om de fleste af

rettighederne hidrører fra USA (fra »Hollywood Majors«), og intet forhindrer tv-selskaberne i at købe rettigheder til mere end et geografisk område ad gangen, bliver tv-rettigheder primært opdelt og solgt på nationalt grundlag eller i bedste fald efter sprogområde, og prisen er struktureret på en sådan måde, at kontrakternes økonomiske værdi afhænger af, til hvilket område rettighederne købes. I betragtning af det konkurrencepres, der ligger i opdelingen af rettighederne, er det geografiske marked derfor begrænset til et enkelt land eller et fælles sprogområde.

- (63) I Italien er licenser vedrørende tv-rettigheder begrænset til det italienske område. I den foreliggende sag er det geografiske marked derfor afgrænset nationalt.

b) Rettigheder til fodboldbegivenheder

- (64) Kommissionen har i tidligere sager konkluderet ⁽²⁸⁾, at der er et særskilt marked for køb af tv-enerettigheder til årligt tilbagevendende fodboldbegivenheder med deltagelse af nationale klubhold (den nationale ligaturnering, primært første division og pokalturneringer, Champions League og UEFA Cup). »Free-to-air«-tv-selskaber deltager i auktionen om rettighederne til Champions League og UEFA Cup.

- (65) Dette marked adskiller sig fra markedet for køb af tv-rettigheder til fodboldbegivenheder, der ikke finder sted hvert år, med deltagelse af landshold, f.eks. VM og EM, som sælges af forskellige organisationer. »Free-to-air«-tv-selskaber deltager i et vist omfang i auktionen om disse rettigheder. Disse konstateringer er blevet bekræftet af markedsundersøgelsen i den foreliggende sag.

- (66) Det relevante marked i den foreliggende sag er markedet for køb af tv-enerettigheder til årligt tilbagevendende fodboldbegivenheder med deltagelse af nationale klubhold (den nationale ligaturnering, primært første division og pokalturneringer, Champions League og UEFA Cup). Markedsundersøgelsen har klart bekræftet, at denne type fodboldindhold er helt afgørende for betalings-tv-selskaber. I betragtning af de særlige træk ved denne type indhold og prisfastsættelsesvilkårene (priserne er klart højere end for andre sportsbegivenheder,

⁽²⁶⁾ Udsendelsesrettigheder til betalings-tv (navnlig de rettigheder, der gives af større producenter) købes ofte via såkaldte produktionsaftaler. Sådanne aftaler går typisk ud på, at en filmproducent sælger hele eller hovedparten af filmselskabets produktion til et bestemt tv-selskab. Med hensyn til produktionsaftaler for betalings-tv køber betalings-tv-selskaberne det pågældende »window« for visning i tv, efter at rettighederne er solgt til videoudgivelse og i givet fald »pay-per-view« og »video-on-demand«. I disse tilfælde kan den samme film også sendes som andre former for »windows«. Ved prisfastsættelsen for disse kontrakter tages der hensyn til biografindtægterne fra filmene. »Free-to-air«-tv-selskaberne køber typisk efterfølgende »windows«, der normalt betegnes »free tv-windows«.

⁽²⁷⁾ Sag COMP/M. 2050 — Vivendi/Canal+/Seagram og sag COMP/M. 2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/ Vía Digital.

⁽²⁸⁾ Sag 37.576 — UEFA's regler om tv-rettigheder, sag COMP/M. 2483 — Canal+/RTL/G/CD/JV og sag COMP/M. 2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

der afvikles regelmæssigt med deltagelse af nationale hold), kan køb af tv-enerettigheder til disse årligt tilbagevendende fodboldbegivenheder med deltagelse af nationale klubhold desuden betragtes som et særskilt produktmarked, der adskiller sig klart fra markederne for køb af rettigheder til andet programindhold.

Geografisk afgrænsning

- (67) UEFA's regler om tv-rettigheder er udtryk for, at markedet for tv-rettigheder til fodboldbegivenheder er nationalt, eftersom disse rettigheder normalt sælges på et nationalt grundlag, og det gælder endda også for europæisk dækkende begivenheder som UEFA Cup og Champions League. Med hensyn til tv-rettighederne til nationale ligakampe og nationale pokalturneringer betyder produktets specielle karakter som følge af kulturelle faktorer i tilknytning til efterspørgsel og nationale præferencer, at den geografiske afgrænsning svarer til det land, hvor kampene spilles. I Italien har italienske tv-selskaber købt enerettigheder til årligt tilbagevendende fodboldbegivenheder med deltagelse af italienske klubhold. Desuden udnyttes rettighederne til de italienske ligakampe og den italienske pokalturnering i Italien.
- (68) Ligesom i tidligere beslutninger er det geografiske marked i den foreliggende sag derfor afgrænset nationalt, dvs. begrænset til Italien.

c) Rettigheder til andre sportsbegivenheder

- (69) Kommissionen har ikke tidligere taget stilling til, hvorvidt markedet for køb af enerettigheder til andre sportsbegivenheder end de to fodboldmarkeder, der er nævnt i betragtning 64 og 65, kan opdeles yderligere i forskellige markeder.
- (70) Markedsundersøgelsen har dog vist, at selv om denne form for indhold ikke spiller en afgørende rolle for abonnenterne til betalings-tv, er det dog meget vigtigt for betalings-tv-selskaberne, fordi det vedrører begivenheder med potentiale til at tiltrække et stort antal slutbrugere (det gælder f.eks. store tennisturneringer, boksekampe, golfturneringer og motorcykelløb). Desuden tyder de særlige træk ved denne form for indhold og prisfastsættelsesvilkårene på, at køb af tv-enerettigheder til sådanne sportsbegivenheder kan betragtes som et særskilt produktmarked, der adskiller sig fra markederne for køb af andre former for programindhold.

- (71) Det er imidlertid ikke nødvendigt i forbindelse med den foreliggende sag at afgøre, hvorvidt de relevante markeder skal underinddeles i flere markeder for hver sin sportsgren, når det gælder tv-selskabernes køb af rettigheder, eftersom fusionen vil medføre skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling, uanset hvordan produktmarkedet afgrænses.

Geografisk afgrænsning

- (72) For visse sportsbegivenheder købes der enerettigheder for hele Europa, og disse rettigheder videresælges derefter for et enkelt land ad gangen uden hensyntagen til de tekniske transmissionsmetoder. Sådanne større sportsbegivenheder som f.eks. De Olympiske Lege er ud fra seernes synspunkt af europæisk interesse. Et andet eksempel på sportsrettigheder, der sælges med henblik på visning i hele Europa, er de rettigheder, der købes af kanalen Eurosport, som sender over hele Europa.
- (73) Eftersom langt størsteparten af de sportsrettigheder, tv-selskaberne køber, er begrænset til et bestemt land eller sprogområde, kan det imidlertid konkluderes, at markedet for køb af tv-rettigheder til sportsbegivenheder dækker et enkelt land eller sprogområde.

d) Tv-kanaler

- (74) Markedsundersøgelsen i den foreliggende sag bekræftede, at betalings-tv-kanaler, som markedsføres uafhængigt, navnlig på DTH-platforme, vil kunne udøve et konkurrencepres på betalings-tv-platforme. Betalings-tv-platforme kan også købe tv-kanaler for at lade dem indgå i deres pakker, og sådanne tv-kanaler er, som Kommissionen også har påpeget i tidligere sager⁽²⁹⁾, afgørende for at kunne sammensætte et attraktivt udbud af betalings-tv-tjenester og udgør et særskilt produktmarked⁽³⁰⁾. »Premium«-kanaler produceres normalt af betalings-tv med »premium«-indhold (sport og film), hvortil tv-selskaberne har købt rettighederne fra de oprindelige rettighedshavere. Markedsundersøgelsen viste desuden, at selv om det kun er »premium«-kanaler, der har karakter af trækplaster for abonnenterne på betalings-tv, er andre kanaler imidlertid også meget vigtige for betalings-tv-selskaberne, eftersom de forskellige typer kanaler (både kanaler med alment indhold og temakanaler) er med til at gøre betalings-tv-pakken attraktiv for slutbrugerne.

⁽²⁹⁾ Sag IV/36.237 — TPS (EFT L 90 af 2.4.1999, s. 6).

⁽³⁰⁾ Sag COMP/M. 2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

- (75) Hvad angår tv-kanaler, består udbudssiden af udbydere, som køber enkeltbegivenheder eller indhold (normalt ikke med enerettigheder) og samler dem i pakker med henblik på videresalg til tv-selskaberne. Dette særtræk ved udbuddet samt den specifikke type indhold, der udbydes, og prisfastsættelsesvilkårene (lavere pris pr. time end for indhold, der sælges med enerettigheder) betyder, at tv-kanaler kan betragtes som et særskilt produktmarked, der adskiller sig fra andre markeder for køb af programindhold.
- (76) Det er dog i forbindelse med den foreliggende sag ikke nødvendigt at afgøre, om de relevante markeder bør underinddeles i forskellige markeder for de enkelte typer kanaler (kanaler med alment indhold og temakanaler med f.eks. sport, børne-tv eller nyhedsudsendelser), eftersom fusionen vil skabe en situation med købermonopol, uanset hvordan produktmarkedet afgrænses.

Geografisk afgrænsning

- (77) Med hensyn til den geografiske afgrænsning bestemmes køb af sådanne kanaler primært af kulturelle og sociologiske forhold i det land, hvori betalings-tv-plattformen opererer, og forekommer under alle omstændigheder at være stærkt influeret og bundet af det enkelte nationale territorium. Alle eventuelle alternative produktmarkeder vil derfor nødvendigvis være afgrænset nationalt. Denne

nationale dimension er blevet bekræftet for Italiens vedkommende ved, at udbydere har etableret specifikke temakanaler i Italien og tilpasset dem italienske præferencer, og disse kanaler distribueres rent nationalt.

B. FUSIONENS VIRKNINGER

- (78) Fusionen vil medføre betydelige tværgående overlapninger på en række markeder, som er vertikalt forbundne.

1. DET ITALIENSKE MARKED FOR BETALINGS-TV

1.1. *Generelle betragtninger*

- (79) Det italienske marked for betalings-tv er karakteriseret ved tilstedeværelsen af to operatører, Telepiù og Stream. Navnlig siden DTH-tjenesternes start i 1996 er det italienske marked for betalings-tv vokset ganske betydeligt både med hensyn til værdi og volumen (antal abonnenter). Nedenstående tabeller indeholder parternes overslag over markedets størrelse; de viser udviklingen på det horisontalt berørte marked i perioden fra 1999 til 2001, hvor denne vækst er meget iøjnefaldende (i de tre referenceår har der været tale om en anslået stigning på 80,8 % i værdi og 36,1 % i antal abonnenter).

TABEL 1

Markedets størrelse

Værdi

(1 000 EUR)

	1999	2000	2001
Reklameindtægter	[...]*	[...]*	[...]*
Abonnementsindtægter	[...]*	[...]*	[...]*
I alt	[...]*	[...]*	[...]*

Kilde: Formular CO.

TABEL 2

Volumen (antal abonnenter)

1999	2000	2001
[...]*	[...]*	[...]*

Kilde: Formular CO.

- (80) Det skal bemærkes, at Telepiù (det selskab, der ønskes overtaget) allerede før fusionen havde en dominerende stilling på det italienske marked for betalings-tv.
- (81) I 2001 havde Telepiù en markedsandel på [60-70]* % efter antal abonnenter og [65-75]* % efter værdi. Stream havde en markedsandel på [30-40]* % efter antal abonnenter og [25-35]* % efter værdi. I november 2002 havde Telepiù en markedsandel på [65-75]* % efter antal abonnenter ([25-35]* % til Stream) og en markedsandel på ca. [70-80]* % efter værdi. Nedenstående tabeller viser i grove træk Streams og Telepiùs position før fusionen i de tre referenceår efter værdi og antal abonnenter (volumen) samt de dertil svarende markedsandele:

TABEL 3

Telepiùs og Streams markedsposition før fusionen

Værdi

(1 000 EUR)

	1999	2000	2001
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*
I alt	[...]*	[...]*	[...]*

Kilde: Formular CO.

TABEL 4

Volumen (antal abonnenter)

	1999	2000	2001
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*
I alt	[...]*	[...]*	[...]*

Kilde: Formular CO.

TABEL 5

Markedsandel (værdi/volumen)

(%)

	1999		2000		2001	
	Værdi	Volumen	Værdi	Volumen	Værdi	Volumen
Telepiù	[85-95]*	[70-80]*	[75-85]*	[65-75]*	[65-75]*	[60-70]*
Stream	[5-15]*	[20-30]*	[15-25]*	[25-35]*	[25-35]*	[30-40]*
I alt	100	100	100	100	100	100

Kilde: Formular CO.

1.2. *Betragtninger vedrørende omkostningerne på det italienske marked for betalings-tv*

- (82) Markedet for betalings-tv er både i Italien og resten af EØS præget af et meget højt omkostningsniveau for tv-plattformene. Et betalings-tv-selskabs omkostningsstruktur er i vidt omfang bestemt af selskabets udgifter til programrettigheder og erhvervelse af abonnenter (markedsførings- og promoveringsudgifter). Programudgifterne tegner sig for den største del af det driftsmæssige omkostningsgrundlag, og disse udgifter er blot inden for de seneste år vokset til meget store poster i både absolutte og relative tal på de italienske betalings-tv-platformes regnskaber.
- (83) Disse udsendelses- eller programudgifter skyldes primært, at det er nødvendigt at købe »premium«-indhold (navnlig fodboldkampe og film, men f.eks. også andre sportsbegivenheder), som kan tiltrække seerne og gøre dem til stabile abonnenter på betalings-tv (eller »pay-per-view«). Ifølge dokumenter, som parterne har fremlagt, er disse omkostninger forudsigelige på mellemlang sigt på grund af de relativt faste aftaler med programudbydere. De kan derfor i et vist omfang betragtes som faste eller uundgåelige omkostninger for tv-plattformene. Sådanne rettigheder forhandles normalt med programudbydere på grundlag af en pris pr. abonnent og er ofte forbundet med en mindstebetaling eller abonnentgaranti. Når først tv-selskabet har nået et minimumsantal abonnenter, bliver der tale om fuldt variable omkostninger.
- (84) Selv om disse omkostninger kan betragtes som enten faste eller variable, afhængigt af selskabets analytiske regnskabssystem, har de tilsyneladende altid belastet tv-plattformene ganske hårdt, navnlig i Italien, hvor betalings-tv ikke er trængt igennem på markedet i samme grad som i andre EØS-lande, og hvor kundegrundlaget og indtægterne, som skal gøre det muligt at afskrive disse omkostninger, er mere begrænsede.
- (85) Omkostningerne bestemmes bl.a. af langfristede eneretskontrakter med udbydere af »premium«-programindhold, og sådanne kontrakter kan i mange tilfælde omfatte erhvervelse af enerettigheder til at sende de pågældende programmer ikke blot på betalings-tv og som »pay-per-view«, men også som »near-video-on-demand« og »video-on-demand« og kan desuden omfatte forskellige beskyttelses-klausuler (spærrerettigheder, negative enerettigheder o.lign.) over for tredjeparters muligheder for at købe og sende det samme indhold via andre eksisterende eller fremtidige transmissionsmetoder (kabel, internet, UMTS ⁽³¹⁾, osv.). Desuden er kontrakterne med udbydere af programindhold normalt struktureret sådan, at en væsentlig del af de afgifter, betalings-tv-selskabet skal betale, har form af et »garanteret mindstebeløb«, som er direkte eller indirekte knyttet til et teoretisk minimumsantal abonnenter på betalings-tv-plattformen. Hvis antallet af abonnenter øges og overstiger det teoretiske antal, skal betalings-tv-selskabet betale tilsvarende mere til programudbyderen.
- (86) Siden starten på betalings-tv i Italien i 1991 og Streams oprettelse i 1998 er disse udsendelsesomkostninger steget voldsomt. Denne faktor har i høj grad berørt de konkurrencebaserede platformes rentabilitet, hvilket fremgår af data, som Newscorp har fremlagt.
- (87) Den anmeldende part har således oplyst (i dokumenter, som er fremsendt under sagsforløbet), at Telepiù og Stream i perioden 1991-2001 havde store underskud. Nedenstående tabel viser navnlig de to platformes finansielle underskud i perioden fra 1998 til 2001:

⁽³¹⁾ Universal Mobile Telecommunications System.

TABEL 6

Nettounderskud

(mio. EUR)

	Telepiù	Stream	I alt
1998	[...]*	—	[...]*
1999	[...]*	[...]*	[...]*
2000	[...]*	[...]*	[...]*
2001	[...]*	[...]*	[...]*
1998-2001 i alt	[...]*	[...]*	[...]*

Kilde: Beregnet på grundlag af data fra formular CO.

- (88) I forbindelse med undersøgelsen af den tidligere anmeldte fusion (som efterfølgende blev opgivet), hvor Vivendi-gruppen ville have fået kontrol over Stream, konstaterede den italienske konkurrencemyndighed, at programomkostningerne udgjorde ca. [55-65]* % af de samlede omkostninger for de DTH-baserede betalings-tv-selskaber ⁽³²⁾.

1.3. Udgifter til køb af filmrettigheder

- (89) Både Stream og Telepiù har købt ganske mange »premium«-filmrettigheder fra de store amerikanske filmselskaber og i mindre grad også fra italienske filmproducenter. Den samlede værdi af disse køb i de seneste fire år (pr. platform) fremgår af nedenstående tabel:

TABEL 7

»Premium«-film

Værdi

(1 000 EUR)

	1999	2000	2001	2002
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
I alt	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*

Kilde: Beregnet på grundlag af data oplyst af parterne.

- (90) Fra 1999 til 2002 udgjorde de ovennævnte omkostninger gennemsnitligt lidt under [5-15]* % af de samlede omkostninger for Telepiù og ca. [0-10]* % for Stream.

1.4. Udgifter til tv-rettigheder til fodboldkampe

- (91) Både Stream og Telepiù har købt ganske mange tv-rettigheder af italienske fodboldklubber til at sende fodboldkampe med deltagelse af italienske klubhold i den italienske serie A og serie B, Coppa

⁽³²⁾ Beslutning af 13. maj 2002 truffet af den italienske konkurrencemyndighed (sag C/5109, punkt 33).

Italia, Champions League og UEFA Cup. Platformenes samlede udgifter de seneste fire år til køb af disse rettigheder fremgår af tabellen nedenfor:

TABEL 8

Fodboldbegivenheder

Værdi

(1 000 EUR)

	1999	2000	2001	2002
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
I alt	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*

Kilde: Beregnet på grundlag af data oplyst af parterne.

- (92) Fra 2000 til 2002 udgjorde ovennævnte omkostninger gennemsnitligt [40-50]* % af de samlede omkostninger for Stream og [20-30]* % for Telepiù.

1.5. Udgifter til tv-rettigheder til andre sportsbegivenheder

- (93) Både Stream og Telepiù har købt ganske mange tv-rettigheder til andre sportsbegivenheder, bl.a. Formel 1-løb, store tennisturneringer (Grand Slam) og andre sportsbegivenheder, hvor italienske hold eller sportsfolk deltager. Platformenes samlede udgifter de seneste tre år til køb af disse rettigheder fremgår af tabellen nedenfor:

TABEL 9

Andre sportsbegivenheder

Værdi

(1 000 EUR)

	1999	2000	2001
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*
I alt	[...]*	[...]*	[...]*

Kilde: Beregnet på grundlag af data oplyst af parterne.

- (94) Fra 1999 til 2001 udgjorde ovennævnte omkostninger gennemsnitligt godt [0-10]* % af de samlede omkostninger for Telepiù og ca. [0-10]* % for Stream.

1.6. Udgifter til køb af rettigheder til kanaler

- (95) Både Stream og Telepiù har købt ganske mange rettigheder til kanaler, der skal indgå i enten deres pakker eller programmer. De to platformes samlede udgifter i de seneste fire år til køb af disse tv-

rettigheder fremgår af nedenstående tabel. Udgifterne til køb af sådanne rettigheder er ganske store i forhold til de øvrige programrettigheder, også selv om de pågældende programmer ikke kan betragtes som »premium«-indhold. Når man betænker, hvor mange sendetimer der ligger i købet af kanaler i forhold til, hvor mange sendetimer tv-plattformene opnår ved køb af tv-rettigheder til film og sportsbegivenheder, er timeprisen for kanaler imidlertid væsentligt lavere end prisen for andre programrettigheder. Kanalerne bidrager ikke desto mindre til at gøre en betalings-tv-plattform mere attraktiv for slutbrugerne.

TABEL 10

Kanaler

Værdi

(1 000 EUR)

	1999	2000	2001	2002
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
I alt	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*

Kilde: Beregnet på grundlag af data oplyst af parterne.

- (96) Ovennævnte udgifter udgjorde gennemsnitligt [10-20]* % af de samlede omkostninger for Telepiù og [10-20]* % for Stream i 2001-2002.

1.7. Samlede udgifter til programrettigheder

- (97) De samlede køb af programrettigheder udhuler de to tv-platfornes indtjening ganske voldsomt. Det fremgår dog af de seneste tal, at situationen er bedret noget. De samlede programudgifters andel af de samlede abonnementsindtægter er for Telepiù faldet fra [85-95]* % (i 2001) til [75-85]* % (i 2002) og for Stream fra [135-145]* % (i 2001) til [135-145]* % (i 2002).
- (98) Det tyder på, at der er kommet styr på forholdet mellem omkostninger og indtægter for de to platforme. De økonomiske og finansielle vanskeligheder, begge DTH-platforn har haft på markedet for betalings-tv i Italien, er desuden mindsket noget takket være en indsats for at bekæmpe pirateri. Det har medført en stigning på ca. 150 000 i antallet af abonnenter for Telepiù i de sidste måneder af 2002.

2. SKABELSE ELLER STYRKELSE AF EN DOMINERENDE STILLING PÅ DET ITALIENSKE MARKED FOR BETALINGS-TV

2.1. Horisontale virkninger (levering af betalings-tv-tjenester)

- (99) Markedet for betalings-tv er det overordnede marked for betalings-tv-tjenester, som i øjeblikket omfatter betalings-tv i sig selv (i snævrere forstand), »pay-per-view«, »video-on-demand« og »near-video-on-demand«. Betalings-tv-tjenester kan leveres via forskellige transmissionsmetoder, nemlig digitalt jordbaseret tv (DTT) og digitalt tv via kabel eller satellit (DTH). Analog jordbaseret transmission er rent teknologisk langt mindre egnet til at understøtte simultan transmission af et større antal kanaler, programmer og sportsbegivenheder, som er typiske for en betalings-tv-pakke.

(100) Det italienske marked for betalings-tv er foreløbig primært begrænset til satellittransmission (DTH), hvor både Stream og Telepiù er aktive. Telepiù har dog bevaret et antal abonnenter til de oprindelige analoge tv-tjenester (fra betalings-tv's første tid, da der blev sendt analogt tv via jordbaserede sendere), medens kabel-tv kun er ganske lidt udviklet (via selskabet e.Biscom), og digitalt jordbaseret tv (DTT) stadigvæk er på forsøgsstadiet.

2.1.a) Konkurrencescenarie: kabel og DTH

(101) På dette marked er Telepiù den dominerende aktør med en markedsandel på [65-75]* % efter antal abonnenter ([...]* pr. november 2002) og formentlig [70-80]* % efter indtægter (værdi). Stream er den eneste konkurrent, der i øjeblikket er aktiv på dette marked, med [...]* abonnenter (pr. november 2002). Parterne anfører, at konkurrencesituationen i Italien levner plads for yderligere vækst for kabelselskaber som f.eks. e.Biscom, der ejer et tv-transmissionsnet, der vil kunne dække næsten 1 mio. husstande.

(102) Blandt kabelselskaberne er det i øjeblikket kun e.Biscom, der leverer »video-on-demand« og »interaktive tv-tjenester« til [10 000-20 000] abonnenter. Ifølge e.Biscoms forretningsplan er selskabet desuden ved at etablere et privatejet optisk fiberkabelnet, der vil kunne dække kunder i et begrænset antal større byer i Italien. Desuden transmitterer e.Biscom Telepiùs og Streams betalings-tv-programmer gennem sit kabelnet, men det er fortsat Stream og Telepiù, der har rettighederne i relation til kunderne, varetager kundeplejen og bestemmer salgsbetingelserne.

(103) Kommissionen påpegede i sin meddelelse med klagepunkter til Newscorp, at der stort set ikke vil være nogen konkurrence tilbage på markedet for betalings-tv i Italien efter fusionen. Det konkurrencepres, den fusionerede platform vil blive udsat for fra kabelselskaber i Italien, må betragtes som minimalt. Selv Newscorp har på offentlige konferencer og præsentationer for erhvervslivet erklæret, at den fusionerede enhed i Italien ikke vil få konkurrence fra kabelselskaber⁽³³⁾. Desuden har tredjeparter hævdet, at omkostningerne ved kabeltilslutning er relativt højere end på andre markeder.

(104) Hvad angår DTH, skal tredjeparter ifølge italiensk lovgivning have adgang til de såkaldte adgangsstyringssystemer

(CAS) på fair, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår, og lovgivningen indebærer også visse forpligtelser vedrørende simulcrypt⁽³⁴⁾. Af nedenstående grunde (alle potentielle DTH-konkurrenter skal overtage adgangsstyringssystemet fra Newscorp eller indgå aftaler om simulcrypt med Newscorp, og Newscorp vil stå som ejer af DTH-plattformen) kan der næppe forventes nogen effektiv konkurrence fra DTH efter fusionen, medmindre der gives yderligere garantier.

2.1.b) Udsigter for udviklingen af DTT

(105) Hvad angår DTT, er det uklart, om det kan indføres inden for en overskuelig fremtid. Den italienske regering har fastsat den 31. december 2006 som frist for overgangen fra analogt til digitalt tv. Ifølge Kommissionens egen markedsundersøgelse er det dog mere sandsynligt, at det bliver noget senere. Den italienske telekommunikationsmyndighed (AGCOM) har i sin hvidbog fra 8. november 2000 om digitalt jordbaseret tv påpeget nogle vanskeligheder vedrørende frekvenser til tv-selskaberne og dekodere. AGCOM har anbefalet, at den italienske stat yder et tilskud til alle husstande, der anskaffer en digital dekode.

(106) Ifølge en undersøgelse, Kommissionen har offentliggjort⁽³⁵⁾, og som citeres af tredjeparter, skal følgende hindringer ryddet af vejen, før DTT vil give de forventede fordele: i) selskaberne skal investere i en modernisering af transmissionsnettene, ii) forbrugerne er nødsaget til at udstyre alle eksisterende analoge modtagere (både større og mindre fjernsyn og videoafspillere) med konvertere/dekodere og/eller gradvis udskifte dem med integrerede digitale modtagere, før de kan modtage DTT, iii) lovgiverne skal ændre de nationale frekvenser, således at der kan etableres såkaldt »simulcast«.

(107) Tredjeparter har anført, at DTT-selskaberne vil få tekniske problemer. De har påpeget, at DTT-teknologien i mange tilfælde ikke er tilstrækkeligt pålidelig, og dens relativt begrænsede sendekraft giver ikke fuld sikkerhed

⁽³⁴⁾ Decreti legislativi approvati dal Consiglio dei Ministri del 30 aprile 1999, per l'attuazione della direttiva comunitaria 95/47/CE concernente dei segnali televisivi. Decreto legislativo 17 maggio 1999. Attuazione della direttiva 95/47/CE in materia di emissione di segnali televisivi ref: GURI n° 145, 23/06/1999. Legge 78 29.3.1999, Delibera AGCOM 216/00.

⁽³⁵⁾ »Digital Switchover in Broadcasting«, afsluttende rapport af 12. april 2002, udarbejdet af konsulentfirmaet BIPE for Europa-Kommissionen. Udgivet af Generaldirektoratet for Informationsindsamlingen.

⁽³³⁾ Se f.eks. The News Corporation Goldman Sachs Media Conference, 1. oktober 2000. Jf. webstedet: <http://www.newscorp.com/investor/presentations.html>.

for, at en dekoder i et bestemt område rent faktisk vil modtage signalet ⁽³⁶⁾. Tredjeparter har også påpeget, at der ikke findes eksempler på succesrigt DTT-betalings-tv i Europa, og at det — ud over »premium«-indhold — stadigvæk er det omfattende udvalg af kanaler, der tilbydes, som er et af de vigtigste incitamenter for kunderne til at give penge for betalings-tv. Hvis dette er korrekt, vil et DTT-betalings-tv-selskab med begrænset båndvidde ikke kunne konkurrere med det antal kanaler, som Telepiù og Stream i dag tilbyder.

(108) Hvorvidt DTT-transmissionssystemet er bæredygtigt sammenlignet med andre transmissionssystemer set ud fra et betalings-tv's synspunkt, afhænger af to faktorer: For det første den eksisterende modtageinfrastruktur, dvs. antallet af husstande og tv-apparater, der modtager jordbaseret tv; for det andet omkostningerne ved DTT-transmission i forhold til kabel-tv og digitalt satellit-tv. De faste transmissionsomkostninger ved landsdækkende DTT-transmission er langt højere end ved satellit-transmission. Ifølge ovennævnte undersøgelse er omkostningerne ved et års digital transmission via satellit ca. 0,5 mio. EUR, hvorimod omkostningerne ved landsdækkende DTT-transmission løber op i 5 mio. EUR. Tredjeparter har desuden påpeget, at DTT-transmissionssystemets konkurrenceevne, tiltrækning og nytteværdi for kommercielle aktører aldrig er blevet dokumenteret, og at DTH, så længe udbuddet af kanaler fortsat er en afgørende faktor for promovningen af betalings-tv, har et iboende fortrin frem for DTT og vil blive ved med at være dominerende på markedet for betalings-tv i Italien.

(109) I denne forbindelse skal man dog huske på, at det største incitament til at abonnere på betalings-tv ikke så meget er de mange kanaler, der udbydes (navnlig ikke i Italien, der har et stort antal »free-to-air«-kanaler), men snarere betalings-tv's »premium«-indhold (»premium«-film og sportsbegivenheder, navnlig national fodbold). Det er oplyst, at en DTT-pakke kan omfatte 30 kanaler sammenholdt med de 300 kanaler, der kan ses via en satellitplatform. I denne forbindelse hævder en tredjepart, at der er gennemført forsøg i marken med DTT på Sicilien og i provinsen La Spezia. Da forsøgsperioden var slut, var der så få, der erklærede at have til hensigt at tegne abonnement, at det blev anset for uinteressant for et tv-selskab at forsøge sig med DTT-transmissioner.

(110) Det er ikke muligt ud fra ovenstående at vurdere med tilstrækkeligt stor sikkerhed, om og i givet fald hvornår en eller flere DTT-platformer vil kunne lægge et effektivt

konkurrencepres på den fusionerede enhed inden for en overskuelig tidshorisont.

2.1.c) Påstået konkurrencepres fra »free-to-air«-tv

(111) Newscorp hævder, at »free-to-air«-tv-selskabernes stærke position i Italien lægger et effektivt konkurrencepres på betalings-tv-selskaberne. Det er Newscorps opfattelse, at de italienske »free-to-air«-programmer er et enestående varieret og attraktivt tilbud til seerne både på landsplan og på lokalt plan. Dette konkurrencepres er ifølge Newscorp en afgørende begrænsning for betalings-tv-selskaber i Italien, langt stærkere end begreber som »samspil« eller »en vis forbindelse«, som Kommissionen har accepteret i tidligere beslutninger. I denne henseende anfører den anmeldende part, at der i relation til »free-to-air«-udbuddet findes 12 landsdækkende tv-selskaber, 50 kanaler, der sendes via DTH, og omkring 700 lokale tv-selskaber i Italien.

(112) Selv om der kan bestå et vist konkurrencepres fra »free-to-air«-tv (som det også er tilfældet i andre lande, f.eks. Tyskland), bekræfter resultaterne af Kommissionens undersøgelse i den foreliggende sag, at betalings-tv under alle omstændigheder er et særskilt produkt, der er forbundet med ekstra faciliteter. Denne konklusion understøttes af, at »first window«-spillefilm (premium-film) og de fleste fodboldkampe med deltagelse af nationale klubhold kun kan ses af betalings-tv-abonnenter, og at abonnenterne er indstillet på at betale ganske meget for et betalings-tv-abonnement.

(113) Som eksempel kan nævnes, at den gennemsnitlige indtægt pr. abonnent i 2001 var [...] * EUR for Telepiù og [...] * for Stream, hvorimod den årlige tv-licens (som er en obligatorisk afgift) for offentligt tilgængeligt (free-to-air)-tv (RAI) i 2003 er 97,10 EUR. Desuden er de tre landsdækkende Mediaset tv-kanaler frit tilgængelige. Hvad angår lokale »free-to-air«-kanaler, oplyste en repræsentant for en sammenslutning af »free-to-air«-tv-selskaber på den mundtlige høring den 5. og 6. marts, at den samlede omsætning for de 608 regionale og lokale italienske tv-kanaler, der er medlemmer af sammenslutningen, kun udgør [40-50] * % af Telepiùs omsætning. Det er en yderligere understregning af, at det konkurrencepres, som »free-to-air«-tv-selskaberne kan lægge på en betalings-tv-plattform, på nuværende tidspunkt er ret begrænset.

2.1.d) Konklusion

(114) I betragtning af ovenstående vil fusionen føre til en næsten monopollignende situation på markedet for betalings-tv i Italien.

⁽³⁶⁾ Dette har dog tilsyneladende kun været et problem for de første udgaver af DTT-teknologien, som var baseret på urealistiske formodninger om dækningen.

2.2. Vertikale virkninger (tekniske tjenester til betalings-tv: Adgangsstyring og teknisk platform)

- (115) Betalings-tv kræver en særlig teknisk infrastruktur til at kryptere tv-signalerne og dekryptere dem for den »autoriserede« seer. Denne infrastruktur består af et adgangsstyringssystem og en dekoder.
- (116) Kommissionen har i tidligere beslutninger undersøgt, om der skulle bestå et produktmarked for tilrådighedsstilling i engrosledet af de tekniske tjenester, der er nødvendige for betalings-tv⁽³⁷⁾. »Disse tjenester omfatter hovedsagelig tilrådighedsstilling af dekodere, levering af adgangsstyringstjenester, herunder smart cards, og abonnentstyringstjenester og kan også omfatte tjenester angående adgang til den elektroniske programguide samt skrivning af applikationer, der er kompatible med dekoderens applikationsprogramgrænseflade. Desuden forudsætter levering af digitale interaktive tv-tjenester også et system, der gør det muligt at gennemføre finansielle transaktioner under sikre forhold«⁽³⁸⁾.

2.2.a) Adgangsstyringssystem (CAS)

- (117) CAS er en teknologi, som gør det muligt for netoperatører og tv-selskaber at kryptere/forvrænge det digitale sendesignal⁽³⁹⁾, som derefter sendes via satellit, kabel eller jordbaserede systemer til dekoderen. Når det digitale signal når dekoderen, genererer et smart card⁽⁴⁰⁾, som er en del af CAS, den kode, der skal til for at dekryptere sendesignalet, så de abonnenter, der har den fornødne adgang, kan se programmerne.
- (118) Newscorp opererer på udbudssiden i sektoren for adgangsstyringssystemer via sin kontrollerende aktiepost på ca. 80 % i virksomheden NDS, der udbyder licenser til adgangsstyringssystemer. NDS leverer mere specifikt

adgangsstyring og beslægtede produkter og tjenester med henblik på styring, kontrol og sikker distribution af underholdning og information til tv. Den fusionerede enhed vil derfor blive vertikalt integreret med NDS, der har rettighederne til en bestemt CAS-teknologi (med betegnelsen Videoguard).

- (119) Man skal i denne forbindelse huske på, at sektoren for betalings-tv hidtil har været præget af meget stærk vertikal integration. Nogle af de tekniske tjenester inden for betalings-tv (og navnlig levering af CAS) har hidtil været varetaget af selskaberne selv⁽⁴¹⁾. I 2001 stod to selskaber (Canal+ Technologies og NDS), som er vertikalt integreret i henholdsvis Vivendi-gruppen og Newscorp-koncernen, for over [80-90]* % den samlede levering af CAS til betalings-tv-selskaber (den resterende del blev leveret af virksomheden Irdeto).
- (120) Kommissionen påpegede i den meddelelse med klagepunkter, den fremsendte til Newscorp, at det er meget sandsynligt, at den fusionerede platform i nær fremtid kun vil anvende et bestemt CAS, nemlig NDS' Videoguard. Den fusionerede platform vil have stærke incitamenter til at følge en sådan strategi: dels Newscorps majoritetsaktiepost i NDS, som har licensrettighederne til Videoguard, dels den strategi, der følges af både Newscorp og andre vertikalt integrerede tv-selskaber, og som går ud på at anvende internt udviklede CAS. Både Stream og Telepiù anvendte således i starten Irdetos teknologi, men gik efterfølgende over til internt udviklede systemer (henholdsvis Videoguard, der produceres af NDS, og Mediaguard, der produceres af Canal+ Technologies).
- (121) I denne forbindelse fremgik det af Kommissionens markedsundersøgelse, at der består specifikke konkurrenceproblemer i relation til de tekniske tjenester inden for betalings-tv og navnlig inden for adgangsstyringssystemer, og det gælder uanset, om der opereres med særskilte produktmarkeder for CAS, dekodere og andre tekniske tjenester inden for betalings-tv⁽⁴²⁾. Både visse leverandører af CAS og visse potentielle nye aktører på markederne for betalings-tv (via satellit) påpegede sådanne problemer. Det drejer sig ganske kort om følgende: For det første risikoen for, at den fusionerede

⁽³⁷⁾ Jf. sag IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere og sag IV/36.539 — British Interactive Broadcasting/Open (EFT L 312 af 6.12.1999, s. 1), betragtning 30.

⁽³⁸⁾ Jf. sag IV/36.539 — British Interactive Broadcasting/Open.

⁽³⁹⁾ De kodede data, der transmitteres, omfatter tv-signaler og andre data såsom informationer om de programmer eller programpakker, der abonneres på, samt om betalings-tv-abonnenternes ret til at modtage de pågældende programmer.

⁽⁴⁰⁾ Et smart card er en minicomputer med en mikroprocessor, hukommelse og et internt styresystem, som fungerer som en sikkerhedspærre, der i givet fald kan nægte adgang til en bestemt tjeneste.

⁽⁴¹⁾ De to største leverandører af CAS i EØS er NDS (der tilhører Newscorp-koncernen) og Canal+ Technologies (som tilhørte Vivendi-gruppen, men i september 2002 blev solgt til Thomson Multimedia Group).

⁽⁴²⁾ Som nævnt har Kommissionen i tidligere sager undersøgt CAS i sammenhæng med et bredere marked for tekniske tjenester inden for betalings-tv. I sag IV/36.539 — British Interactive Broadcasting/Open, betragtning 32, anførte Kommissionen, at der på baggrund af den viden og de forskellige teknologier, der ligger til grund for hver af de forskellige tekniske tjenester, der er nødvendige for betalings-tv, kan være tale om snævrere produktmarkeder.

enhed kun vil give potentielle nye aktører adgang til NDS-teknologien til CAS på urimelige vilkår, for det andet risikoen for, at den fusionerede enhed vil lægge hindringer i vejen for andre betalings-tv-pladformer med et andet CAS end NDS', hvilket vil resultere i en næsten monopollignende stilling, eftersom NDS sandsynligvis bliver det eneste CAS, der anvendes i Italien.

(122) Med hensyn til det første problem er det blevet hævdet, at Newscorp efter fusionen vil være i stand til at forhindre eventuelle nye aktører på betalings-tv-markedet i Italien i at få licens til Videoguard eller under alle omstændigheder vil kunne fastsætte urimelige betingelser for licenstagere. Direktiv 95/47/EF⁽⁴³⁾ indeholder ganske vist regler om markedsadgang, som kan afhjælpe problemerne i så henseende, eftersom direktivet foreskriver, at der skal gives adgang til CAS på ensartede, rimelige og ikke-diskriminerende vilkår. Denne bestemmelse er videreført i det nye direktiv 2002/19/EF⁽⁴⁴⁾, der skal være gennemført senest den 24. juli 2003.

(123) Hvad angår det andet problem, er det blevet hævdet, at nye aktører kan beslutte sig for at anvende et andet CAS end det, hvortil NDS giver licens, og som formentlig vil blive anvendt af den fusionerede enhed. I så fald vil Newscorp være forpligtet til at samarbejde om etablering af et simulcrypt-system, der kan gøre NDS' CAS kompatibelt med det CAS, den nye aktør anvender. De italienske regler på dette område⁽⁴⁵⁾ indeholder visse krav vedrørende simulcrypt, der skal sikre driftskompatibiliteten mellem forskellige CAS.

(124) Det fremgik imidlertid af markedsundersøgelsen, at kravene i de italienske regler formentlig næppe vil være tilstrækkelige til at sikre uhindret adgang for nye betalings-tv-selskaber, der ønsker at anvende et andet CAS end NDS'. Det er tilsyneladende vanskeligt at implementere kravene vedrørende simulcrypt inden for en rimelig frist⁽⁴⁶⁾, og det vil være en langt mere realistisk mulighed for enhver ny aktør på markedet at skaffe sig licens

til NDS-teknologien. Flere adspurgte gik i forbindelse med markedsundersøgelsen så vidt som til at betegne NDS-teknologien som en næsten »afgørende facilitet« for at kunne operere på det italienske marked for betalings-tv.

(125) På baggrund af de ovenfor beskrevne resultater af markedsundersøgelsen og dels NDS' vertikale integration inden for den fusionerede enheds koncernstruktur, dels NDS' ejendomsret til CAS-teknologi konkluderer Kommissionen, at det er stærkt sandsynligt, at transaktionen efterfølgende vil resultere i, at den fusionerede enhed kun vil anvende ét CAS-system. Da der ikke forventes nogen ny DTH-baseret betalings-tv-plattform på det italienske marked inden for den nærmeste fremtid efter fusionen, vil der, hvis den fusionerede platform beslutter sig for kun at anvende NDS' teknologi (hvad der er meget tænkeligt), kun eksistere ét CAS-system i Italien, og Newscorp vil kunne kontrollere adgangen til dette system. Udvikling af eventuelle alternative CAS-systemer vil desuden være fuldstændigt afhængig af Newscorps samarbejde om et simulcrypt-arrangement.

(126) Disse faktorer vil forstærke de i forvejen store hindringer for adgangen til det italienske marked for betalings-tv og dermed bidrage til at styrke den fusionerede enheds dominerende stilling på markedet for betalings-tv.

(127) I sit svar på meddelelsen med klagepunkter hævdede Newscorp, at Kommissionen ikke havde konkluderet, at det forhold, at den fusionerede platform kan forventes kun at anvende ét CAS-system, ikke i sig selv er konkurrencebegrænsende, og at den kendsgerning, at transaktionen »kan« medføre hindringer for markedsadgangen, ikke er tilstrækkeligt til at berettige et forbud mod fusionen⁽⁴⁷⁾.

(128) Desuden anførte Newscorp, at selskabet ikke ville kunne udelukke nye aktører fra markedet. I den forbindelse citerede Newscorp Kommissionens beslutning i sagen Telia/Sonera⁽⁴⁸⁾, hvori der står, at det ved vurderingen af, hvorvidt der foreligger en markant risiko for en vertikal udelukkelse, skal kunne godtgøres, ikke blot at den fusionerede enhed vil have det fornødne incitament til at udelukke nye aktører, men også at den vil være i

⁽⁴³⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/47/EF af 24. oktober 1995 om standarder for transmission af tv-signaler (EFT L 281 af 23.11.1995, s. 51).

⁽⁴⁴⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (adgangsdirektivet) (EFT L 108 af 24.4.2002, s. 7).

⁽⁴⁵⁾ AGCOM (den italienske telekommunikationsmyndighed), beslutning N. 216/00/CONS.

⁽⁴⁶⁾ Det tog i realiteten to år at etablere det fornødne system mellem Telepiù og Stream, og de to selskaber blev to gange pålagt bøder af den italienske telekommunikationsmyndighed (AGCOM) for ikke at opfylde deres forpligtelser.

⁽⁴⁷⁾ Punkt 5.1.3 i Newscorps svar på meddelelsen med klagepunkter.

⁽⁴⁸⁾ Punkt 5.1.5 i Newscorps svar på meddelelsen med klagepunkter.

stand til at gøre det, og at det vil få væsentlig indvirkning på konkurrencen på det pågældende marked ⁽⁴⁹⁾.

(129) Ifølge Kommissionens analyse vil fusionen ikke blot medføre hindringer for markedsadgangen, men vil også skabe en monopolstilling inden for DTH-baseret betalings-tv i Italien. I betragtning af denne monopolsituation på betalings-tv-markedet i det efterfølgende omsætningsled og på ejendomsretten til et adgangsstyrings-system, som kan forventes at blive »CAS-standard« i hele landet, vil Newscorp ikke blot have det fornødne incitament til at forsøge at udelukke konkurrenter eller øge deres omkostninger (for at »lukke« markedet og opretholde sin monopolstilling inden for DTH), men vil også have reel mulighed for at gøre det.

(130) Alle potentielle konkurrenter, der måtte ønske at komme ind på det italienske marked for satellitbaseret (DTH) betalings-tv, skal enten have en licens fra et af Newscorps datterselskaber (i dette tilfælde NDS) for at få adgang til Videoguard eller indgå et samarbejde med Newscorp for at kunne implementere simulcrypt-aftalen. Det kan ifølge de hidtidige erfaringer give anledning til ganske omfattende tvister, og indgåelse af sådanne aftaler har allerede vist sig at være et temmelig langvarigt, tidkrævende og vanskeligt forehavende, selv mellem to etablerede konkurrenter, som Stream og Telepiù tidligere var.

(131) Uden foranstaltninger til at afhjælpe disse problemer vil Newscorp under alle omstændigheder være i stand til at forhindre potentielle aktører i at komme ind på markedet for DTH-baseret betalings-tv eller til at øge konkurrenternes omkostninger i relation til CAS. Kommissionen vurderer ikke disse faktorer isoleret, men mener, at de skal ses i sammenhæng med den anmeldte fusions samlede konkurrencebegrænsende virkninger. I denne forbindelse er det forhold, at hindringerne for at komme ind på DTH-markedet som følge af fusionen vil blive endnu større — bl.a. fordi det er meget sandsynligt, at den fusionerede enhed kun vil anvende sit eget CAS — en skærpende omstændighed i en monopolsituation (inden for DTH) og vil medføre en yderligere styrkelse af den fusionerede platforms dominerende stilling på det italienske marked for betalings-tv.

(132) Newscorp har desuden hævdet, at der ikke er nogen årsagssammenhæng mellem fusionen og de påståede konkurrenceproblemer. Eftersom Newscorp i forvejen ejer 50 % af et italiensk betalings-tv-selskab, er selskabet også i forvejen tilskyndet til at hindre andre aktører i at komme ind på det italienske marked for betalings-tv, uden at det kan hævdes at være en følge af fusionen.

(133) Kommissionen er ikke enig i dette synspunkt. At et selskab med monopol inden for DTH-baseret tv har rettighederne til et beskyttet CAS, er en faktor, som ikke i sig selv indebærer øgede hindringer for adgangen til betalings-tv-markedet i det efterfølgende omsætningsled. Newscorps incitament til at gøre det vanskeligere at komme ind på markedet er en direkte konsekvens af fusionen, som resulterer i denne monopolsituation inden for DTH-baseret betalings-tv. Resultaterne af markedsundersøgelsen giver ingen grund til at forvente, at denne situation vil ændre sig inden for en overskuelig fremtid.

2.2.b) Teknisk platform

(134) Stream og Telepiù vil opbygge en fælles teknisk platform til distribution af deres programmer via satellit. En teknisk platform kan defineres som det system, der kontrollerer adgangsstyringen og leveringen af de dertil knyttede tekniske tjenester. Den tekniske platform tyder de signaler, programudbyderen sender, og sender dem videre til abonnenterne via dekoderen.

(135) Det er blevet hævdet, at det på grund af de store investeringer, der kræves for at etablere en DTH-platform, bliver nødvendigt for tredjeparter, der sender DTH-baseret betalings-tv eller »free-to-air«-tv via satellit, at sende via den fusionerede enheds fælles platform. De tekniske tjenester, Newscorp kan levere gennem denne platform, omfatter adgangsstyringsystemet, transit via dekoderne og andel i en på forhånd fastlagt liste over tjenester (automatic tuning), digitalisering og kryptering, »up-link« til satellit og navnlig adgang til den elektroniske programguide.

(136) Den elektroniske programguide er en tv-programoversigt. Den er et afgørende redskab på grund af det store antal programmer, der er tilgængelige med digitalt tv. Informationer til brug for den elektroniske programguide sendes af tv-selskaberne og vises via programguidens software. Menu-systemet giver brugeren mulighed for at søge efter en bestemt programtype, f.eks. film, underholdningsserier eller børneprogrammer eller blot søge efter programnummer eller tidspunkt. Uden en elektronisk programguide vil det være særdeles vanskeligt for brugerne at finde den specifikke kanal, de søger.

(137) Adgang til platformen er en afgørende faktor for nye aktører, der ønsker at komme ind på markedet for betalings-tv, og for at kunne sende både betalings-kanaler og »free-to-air«-kanaler via DTH. Som følge af fusionen vil DTH-kanaler ikke længere kunne vælge mellem to forskellige platforme.

⁽⁴⁹⁾ Kommissionens beslutning af 10. juli 2002 i sag COMP/M. 2803 — Telia/Sonera, betragtning 91. Beslutningen er offentliggjort på Kommissionens websted: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

- (138) Newscorp vil via sin kontrol over platformen have det fornødne incitament til og mulighed for at forhindre adgang til markedet eller gøre det vanskeligere for konkurrerende kanaler at styrke deres position (f.eks. ved systematisk at ændre deres placering i den elektroniske programguide) eller pålægge digitale satellitkanaler urimelige eller diskriminerende vilkår (det gælder både »free-to-air«- og betalings-DTH). Der findes på nuværende tidspunkt ikke noget hensigtsmæssigt lovgivningsgrundlag, der effektivt og hurtigt kan løse disse problemer. Den ovenfor beskrevne mulige adfærd vil derfor bidrage til at styrke den fusionerede enheds monopolstilling på markedet for betalings-tv.
- (139) Newscorp anfører i sit svar på Kommissionens meddelelse med klagepunkter ⁽⁵⁰⁾, at selskabet ikke vil have noget incitament til at manipulere den elektroniske programguide. Newscorp hævder tværtimod, at den fusionerede enhed vil have et incitament til at sikre sine abonnenter den bedst mulige service. Den fusionerede enhed ville navnlig udvise en meget uhensigtsmæssig adfærd over for sine abonnenter, hvis den med jævne mellemrum ændrede rækkefølgen af kanaler i den elektroniske programguide. I denne forbindelse mener Kommissionen med henvisning til Streams tidligere adfærd ⁽⁵¹⁾, at den fusionerede enheds incitament til at sikre sig seernes loyalitet over for sine egne kanaler vil være større end dens incitament til at give tredjeparters kanaler en fast placering i den elektroniske programguide.

2.3. Konklusion

- (140) Det må på grundlag af ovenstående konkluderes, at fusionen indebærer en varig styrkelse af en dominerende stilling på det italienske marked for betalings-tv. Den fusionerede enhed vil få monopol inden for DTH-baseret tv-transmission og have alle muligheder og økonomiske incitamenter til at udelukke nuværende og potentielle konkurrenter fra at komme ind på markedet via de samme og/eller andre transmissionssystemer ved at øge deres omkostninger og skabe yderligere hindringer for markedsadgangen. Selv om gældende lovgivning til en vis grad afhjælper de konkurrencemæssige problemer i denne henseende, er det sandsynligt, at brugen af én standard (NDS) til adgangsstyringen inden for hele satellitplatformen — uanset muligheden for indgåelse af simulcrypt-aftaler efter langvarige forhandlinger — vil gøre potentielle nye DTH-aktører fuldstændigt afhængige af den fusionerede enhed i teknologisk henseende. Desuden vil kontrollen over den tekniske platform give Newscorp mulighed for og incitament til at fastsætte standarden for det accepterede niveau for konkurrencen

»inden for platformen«. Disse faktorer betyder, at Newscorps monopol inden for DTH-baseret transmission på trods af gældende regler vil medvirke ganske betydeligt til at forstærke den næsten monopolignende situation på det samlede marked for betalings-tv, som vil blive resultatet i en længere periode efter fusionen.

- (141) I sit svar på meddelelsen med klagepunkter ⁽⁵²⁾ anfører Newscorp, at Kommissionen ikke — som den burde — har godtgjort, at det er overvejende sandsynligt, at Newscorp vil udvise en sådan adfærd. Newscorp henviser til, at Retten i Første Instans i sagen Tetra Laval BV mod Kommissionen ⁽⁵³⁾ fastslog, at bevisskravet er, at der er tale om en overvejende sandsynlighed, og afviste Kommissionens synspunkt (nemlig at blot muligheden for, at konkurrencen begrænses, er tilstrækkeligt til at berettige til at forbyde en fusion).
- (142) Kommissionen mener i denne forbindelse, at vurderingen i nævnte dom af, at der i modsætning til, hvad Kommissionen hævdede, ikke var tale om en overvejende sandsynlighed, var baseret på, at i) der ikke forelå nogen formodning om kollektiv dominans ⁽⁵⁴⁾, og at ii) man nødvendigvis måtte basere sig på en teoretisk analyse af en fremtidig rationel adfærd som grundlag for påstanden om dominans. Ingen af disse to forudsætninger er opfyldt i den foreliggende sag. Hvad angår den første forudsætning (ingen formodning om kollektiv dominans), kan det ikke med rimelighed betvivles, at fusionen rent faktisk vil føre til skabelse af en næsten monopolignende situation på markedet for betalings-tv. Hvad angår den anden forudsætning (nødvendigheden af at basere sig på en teoretisk analyse af en fremtidig rationel adfærd) er analysen i den foreliggende sag baseret på en situation, som vil opstå umiddelbart efter fusionen (skabelse af en monopolignende stilling).
- (143) Kommissionen mener ud fra det bevismateriale, der er indsamlet under sagsbehandlingen, og i betragtning af karakteren af de horisontale overlapninger, fusionen vil medføre, at der er tilstrækkeligt grundlag for at konkludere, at den fusionerede platform i en vis periode fremover vil have de nødvendige incitamenter til og faktiske muligheder for at anlægge den ovenfor beskrevne adfærd og derfor i sidste ende vil påvirke konkurrencen på det relevante marked ganske betydeligt.

⁽⁵⁰⁾ Punkt 5.1.15 i Newscorps svar på meddelelsen med klagepunkter.

⁽⁵¹⁾ F.eks. er Digitalys placering i Streams elektroniske programguide blevet ændret fire gange inden for få år.

⁽⁵²⁾ Punkt 5.1.11 i Newscorps svar på meddelelsen med klagepunkter.

⁽⁵³⁾ Sag T-5/02.

⁽⁵⁴⁾ Jf. præmis 143 i Tetra Laval-dommen.

3. SKABELSE ELLER STYRKELSE AF EN DOMINERENDE STILLING PÅ MARKEDERNE FOR KØB AF PROGRAMINDHOLD

3.1. *Horisontale virkninger på berørte markeder i forudgående omsætningsled (køb af programindhold)*

3.1.a) **Køb af tv-enerettigheder til »premium«-film**

(144) Telepiù (det selskab, der ønskes overtaget) har i forvejen en dominerende stilling på markedet for køb af enerettigheder til »premium«-film (de af Telepiù i 2001 erhvervede enerettigheder til film udgør ca. [85-95]* % af de samlede biografindtægter fra de film, der er solgt med enerettigheder til tv under ét, [85-95]* % udtrykt i værdi ⁽⁵⁵⁾ og [50-60]* % ⁽⁵⁶⁾ udtrykt i antal film). I 2001 erhvervede Stream de resterende rettigheder, bortset fra fire italienske film, hvortil »first window«-rettighederne blev købt af La 7 (»free-to-air«-tv, der kontrolleres af Telecom Italia).

(145) Telepiùs og Streams rettigheder fremgår af nedenstående tabeller:

TABEL 11

Telepiù

Største amerikanske filmselskaber

Navn	1 st window	2 nd window	»Pay-per-view«	»Video-on-demand«	»Near-video-on-demand«	Udløbsdato
Buena Vista (Walt Disney)						
Columbia						
Dreamworks						
Paramount						
MGM						
T.C. Fox						
Warner Bros						

Kilde: Formular CO.

TABEL 12

Italienske filmproducenter

Navn	Betalings-tv	»Pay-per-view«	»Video-on-demand«	»Near-video-on-demand«	Udløbsdato
Medusa					
Eagle Picture					
Fandango					
Lucky Red					
Mediatrade					

Kilde: Formular CO.

⁽⁵⁵⁾ Af det samlede beløb, der i Italien blev betalt for rettigheder til »premium«-film.

⁽⁵⁶⁾ Den lavere markedsandel udtrykt i volumen skyldes, at Telepiù har hovedparten af de film, der produceres af de store amerikanske filmselskaber, som er de dyreste og mest sete i biografierne.

- (146) Telepiù indgik desuden i 2002 kontrakter med Eyescreen, Nexo og andre udbydere.

STREAM

De store amerikanske filmselskaber

- (147) Ifølge oplysninger fra parterne i formular CO har Stream enerettigheder hos Universal til »pay-per-view« og »near-video-on-demand« indtil den 31. august 2002. Universal har benyttet sig af muligheden for automatisk forlængelse af kontrakten i yderligere fem år.

TABEL 13

Italienske filmproducenter

Navn	Betalings-tv	»Pay-per-view«	»Video-on-demand«	»Near-video-on-demand«	Udløbsdato/ kontrakttype
Cecchi Gori					
Clemi					(⁵⁷)
Istituto Luce					
Lady Film					
Mikado					
Raitrade					
Tangram					
Palomar					
Eyescreen					
Lantia					
CDE					
Veradia					
Cattleya					

Kilde: Formular CO.

- (148) Stream har desuden indgået flere kontrakter med Filmauro, Videofilm VCKappa og Key Films (distributionselskaber) om en række italienske og ikke-italienske film. I 2002 havde Stream også flere forholdsvis »små« kontrakter med andre udbydere (Minerva, Pasodoble, Romagnosi og Teodora).

- (149) Alle Streams og Telepiùs kontrakter omfatter enerettigheder til samtlige transmissionsmetoder (jord-baseret, satellit, kabel osv.). Tilsammen svarer de til [75-85]* % af de samlede biografindtægter fra spillefilm i 2001 (⁵⁸) og næsten [90-100]* % af de enerettigheder, der blev købt af betalings-tv-selskaber. Som nævnt har Telepiù en markedsandel på [85-95]* %, medens Stream har en markedsandel på ca. [5-15]* % (baseret på biografernes billetindtægter, når det gælder film, der købes/sælges med enerettigheder. »Free-to-air«-tv-selskabet La 7 (der tilhører Telecom Italia) købte »first window«-rettigheder til fire italienske film i 2001. La 7 har dog ikke indgået kontrakter om »first window«-enerettigheder med nogen af de store amerikanske filmselskaber.

(⁵⁷) [...]*.

(⁵⁸) Med undtagelse af de fire italienske film, hvortil La 7 købte »first window«-rettigheder, hidrørte næsten 19 % af biografernes billetindtægter i 2001 fra film, hvortil der ikke blev købt eller udbudt enerettigheder.

- (150) Når Stream har overtaget Telepiù og fået tilsvarende flere kunder i Italien, vil fusionen give næsten monopol i relation til køb af enerettigheder til film (købermonopol). La 7 har kun købt ganske få »first window«-rettigheder til italienske film. I denne forbindelse skal man huske på, at rettighedshaverne, navnlig de store amerikanske filmselskaber, næppe vil være villige til at sælge »first window«- og »second window«-rettigheder til »free-to-air«-tv-selskaber fremover. Som nævnt sælges filmrettigheder mindst fem eller seks gange (visning i biografen, video, »pay-per-view« og »video-on-demand«, »first-window«, »second window« og arkivfilm). Kun den sidstnævnte kategori købes af »free-to-air«-tv-selskaber. Hvis rettighedshaverne solgte »first window«-film til »free-to-air«-tv-selskaber (som er tilgængelige for alle seere) seks måneder efter, at en film havde været vist i biografen, ville det underminere filmproducenternes indtægtskilder i alvorlig grad.
- (151) Denne situation med købermonopol vil, med mindre der fastsættes korrigerende foranstaltninger, forhindre tredjeparter i at få adgang til programindhold (også til andre transmissionsmetoder end DTH) og vil formentlig medføre begrænsninger i det programindhold, der stilles til rådighed for forbrugerne, og dermed reducere deres valgmuligheder.
- (152) Parterne vil desuden være i stand til at begrænse adgangen til programindhold yderligere ved at benytte sig af spærrerettigheder og forkøbsrettigheder til »second window«-film, hvilket indgår i Telepiùs nuværende kontrakter med de fleste større filmselskaber (jf. tabel 11). Medmindre der fastsættes korrigerende foranstaltninger, vil det i realiteten forhindre potentielle nye aktører i at komme ind på markedet som sekundære konkurrenter. Disse rettigheder, som parterne kan gøre brug af, vil i realiteten trække »second window«-rettigheder ud af markedet til skade for forbrugerne og deres ret til selv at vælge, til hvilken pris og på hvilket tidspunkt de vil »forbruge« betalings-tv-produkter.
- (153) Som følge af ovenstående forhold og de eksisterende kontraktens løbetid vil fusionen bevirke, at potentielle betalings-tv-konkurrenter forhindres i at få adgang til — og dermed mulighed for at sende — dette programindhold på betalings-tv i en længere årrække.
- (154) Newscorp hævdede i sit svar på meddelelsen med klagepunkter ⁽⁵⁹⁾, at fusionen ikke vil ændre den nuværende situation, eftersom Streams og Telepiùs kontrakter om køb af rettigheder allerede er indgået og derfor ikke berøres af fusionen. Hvis netværket af kontrakter overhovedet får indvirkning på markedsadgangen, vil det ikke skyldes fusionen. Det betyder ifølge parterne, at der ikke består nogen årsagssammenhæng mellem fusionen og eventuelle konkurrencebegrænsende virkninger. I denne forbindelse henviser Newscorp til punkt 10 i udkast til Kommissionens meddelelse om horisontale fusioner ⁽⁶⁰⁾, hvori der står, at Kommissionen »sammenligner ... de konkurrenceforhold, som fusioner vil medføre, med de forhold, der vil gøre sig gældende, hvis fusionen ikke gennemføres«.
- (155) Før fusionen kunne de to betalings-tv-selskaber rent faktisk konkurrere om køb af programindhold. Efter fusionen vil »netværket af kontrakter« ligge hos én enkelt aktør, som, medmindre der fastsættes korrigerende foranstaltninger, vil kunne bestemme markedsvilkårene over for rettighedshaverne i langt større omfang, end hvis der var to konkurrerende købere. Endnu vigtigere er det, at den fusionerede enhed med næsten-købermonopol, takket være sin klart større forhandlingsstyrke, efter al sandsynlighed vil kunne »skræddersy« de kontraktmæssige relationer med udbyderne af programindhold til sine egne behov og formål for at forhindre potentiel konkurrence fra nye aktører på markedet. Ud fra disse betragtninger forekommer der ikke at være belæg for parternes påstand om, at der efter fusionen snarere vil være flere end færre rettigheder til rådighed for andre købere, eftersom parterne muligvis vil indskrænke deres efterspørgsel.
- (156) Newscorp peger desuden på ⁽⁶¹⁾, at en ny aktør ville kunne købe rettigheder svarende til dem, Stream har købt, hvis vedkommende indgik kontrakt med MGM med virkning fra 2004, og at Kommissionen baserer sig på en løs formodning om, at MGM-kontrakten vil blive forlænget. I den henseende mener Kommissionen for det første, at der efter fusionen ikke er sikkerhed for, at en ny konkurrent vil komme ind på det italienske marked i 2004, og for det andet, at det i betragtning af de faktiske forhold og andre relevante faktorer er sandsynligt, at MGM og TC Fox vil gøre brug af deres ensidige ret til at forlænge kontrakterne. Det er i denne forbindelse signifikant, at de store amerikanske filmselskaber tidligere altid har gjort brug af denne ret, på trods af at der eksisterede to forskellige tv-platforme. Columbia og Paramount gjorde brug af retten til at forlænge deres kontrakt med Telepiù i 2002, og Universal har for nylig gjort brug af samme ret over for Stream. Den økonomiske kontekst tyder således i sit historiske perspektiv på, at Newscorp næppe vil få ret i sin påstand.

⁽⁶⁰⁾ http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/final_draft_da.pdf.

⁽⁶¹⁾ Punkt 6.1.4 i Newscorps svar på meddelelsen med klagepunkter.

⁽⁵⁹⁾ Punkt 6.1.3 i Newscorps svar på meddelelsen med klagepunkter.

3.1.b) **Køb af sportsindhold generelt**

Lovgivningsgrundlag

- (157) Ifølge artikel 3a i direktivet om »fjernsyn uden grænser«, som ændret ⁽⁶²⁾, kan medlemsstaterne træffe foranstaltninger for at sikre, at tv-selskaber under deres respektive jurisdiktion ikke med henvisning til deres enerettigheder sender begivenheder, der anses at være af væsentlig samfundsmæssig interesse, i kodet form. Den italienske retsakt fra marts 1999, der implementerer direktivet, indeholder en bestemmelse desangående ⁽⁶³⁾. Disse bestemmelser skal sikre, at en væsentlig del (over 90 %) af de italienske seere kan følge de begivenheder, der figurerer på den af de italienske myndigheder udarbejdede liste, på »free-to-air«-tv uden at skulle afholde yderligere udgifter til erhvervelse af teknisk udstyr.
- (158) For Italiens vedkommende figurerer følgende begivenheder på myndighedernes liste: a) De Olympiske Lege (både sommer- og vinterlegene), b) verdensmesterskaberne i fodbold og alle kampe, hvori det italienske landshold deltager (skal sendes direkte i deres fulde udstrækning), c) finalen i Europa-mesterskaberne i fodbold og alle kampe, hvori det italienske landshold deltager (skal sendes direkte i deres fulde udstrækning), d) alle kampe, hvori det italienske landshold deltager på hjemmebane og udebane i officielle turneringer, e) finalen og semifinalen i Champions League og UEFA Cup, hvis et italiensk klubhold deltager, f) cykelløbet Giro d'Italia og g) det italienske Formel 1 Grand Prix. Den italienske telekommunikationsmyndighed (AGCOM) forbeholder sig desuden ret til at ændre listen efterfølgende og bl.a. medtage følgende begivenheder: a) finalekampene i verdensmesterskaberne i basketball, vandpolo og volleyball, hvis det italienske landshold deltager, b) finalen og semifinalen i Davis Cup, hvis det italienske landshold deltager, og c) verdensmesterskaberne i landevejsløb. Desuden forbeholder den italienske telekommunikationsmyndighed sig ret til at revidere listen to år efter, at den er trådt i kraft. Forpligtelsen til at sende de begivenheder, der figurerer på listen, i »free-to-air«-tv har medført faldende priser på tv-rettighederne til disse begivenheder på det italienske marked.

3.1.c) **Køb af tv-enerettigheder til regelmæssigt tilbagevendende (årlige) fodboldbegivenheder med deltagelse af nationale klubhold**

- (159) Parternes samlede markedsandele udgør [80-90]* % efter værdi (Stream [35-45]* %, Telepiù [35-45]* %) og [90-100]* % efter antal kampe (Stream [35-45]* %, Telepiù [50-60]* %). I henhold til italiensk lov (lov nr. 78/99) må ingen DTH-plattform sidde med mere end 60 % af de samlede fodboldrettigheder. Denne regel gælder dog ikke, hvis der kun findes en enkelt DTH-plattform (dvs. efter fusionen), under forudsætning af at kontrakterne om køb af enerettigheder højst løber i tre år.
- (160) Stream har enerettighederne til følgende italienske fodboldklubber i serie A og serie B: Bologna, Lecce, SDS srl ⁽⁶⁴⁾ og Napoli (indtil [...]*), Brescia, Chievo Verona, Empoli, Modena og Siena (indtil [...]*). Disse rettigheder repræsenterer [45-55]* % af alle kampene i serie A. Desuden har Stream tv-enerettigheder til Champions League i 2002/03.
- (161) Telepiù har tv-enerettigheder til følgende italienske fodboldklubber i serie A og serie B: Atalanta, Como, Messina, Perugia, Piacenza, Reggina og Torino (indtil [...]*), Inter, Bari, Juventus, Milan, Cagliari, (indtil [...]*). Disse rettigheder repræsenterer [45-55]* % af alle kampene i serie A.
- (162) Fusionen vil betyde, at den fusionerede enhed stort set får købermonopol ⁽⁶⁵⁾ på køb af enerettigheder til regelmæssigt tilbagevendende fodboldbegivenheder med deltagelse af nationale klubhold. Enerettighederne omfatter altid både direkte og forskudt udsendelse af begivenheder på betalings-tv og som »pay-per-view«, garanti for, at begivenhederne ikke sendes direkte i »free-to-air«-tv og i nogle tilfælde rettigheder til »video-on-demand«, UMTS og internet. Endnu vigtigere er det, at selskabet med næsten-købermonopol vil være i stand til — ligesom det er tilfældet med filmrettigheder og som følge af selskabets større forhandlingsstyrke — at »skræddersy« sine kontraktmæssige forbindelser med udbydere af programindhold til sine egne behov og formål for at forhindre nye aktører i at komme ind på markedet.

⁽⁶²⁾ Rådets direktiv 89/552/EØF af 3. oktober 1989 om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-spredningsvirksomhed (EFT L 298 af 17.10.1989, s. 23), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF (EFT L 202 af 30.7.1997, s. 60).

⁽⁶³⁾ Regulering eller administrative foranstaltninger vedrørende udøvelse af tv-spredningsvirksomhed (EFT C 277 af 30.8.1999, s. 3). http://europa.eu.int/eur-lex/da/consleg/pdf/1989/da_1989L0552_do_001.pdf.

⁽⁶⁴⁾ Roma, Lazio og Parma.

⁽⁶⁵⁾ Som nævnt er fodboldklubberne, og det gælder navnlig de små og mellemstore klubber, uvillige til at sælge deres rettigheder til »free-to-air«-tv, dels fordi betalings-tv-plattformer har mulighed for at sende flere kampe samtidig, dels for at bevare et vist publikum på fodboldstationerne. »Free-to-air«-tv-selskaber konkurrerer kun om køb af rettigheder til UEFA Cup, Champions League og Coppa Italia.

3.1.d) Køb af tv-enerettigheder til andre sportsbegivenheder

- (163) Stream og Telepiù har enerettigheder til et stort antal sportsbegivenheder ud over Formel 1-løb, som er meget populære i Italien. Med hensyn til Formel 1-løbene har betalings-tv-selskaberne (der som de eneste sender disse løb via satellit) dog ikke enerettigheder, eftersom RAI (»free-to-air«-tv) sender Formel 1 som analogt jordbaseret tv på italiensk område.
- (164) Ifølge parternes oplysninger på den formular CO, som blev fremsendt i oktober 2002, har Telepiù enerettigheder til følgende sportsbegivenheder: golf (PGA Tour 2002, Ryder Cup, Open Italia ⁽⁶⁶⁾) og Augusta National indtil [...]*, British Open, US Golf Association og US PGA indtil [...]*, tennis (Roland Garros ⁽⁶⁷⁾) og US Open ⁽⁶⁸⁾ indtil [...]*, Australian Open indtil [...]*, basketball (NCAA, NBA og ULEB Euroleague indtil [...]*, flere FIBA indtil [...]*), speedbådssrace (UIM F1 Powerboat indtil [...]*), volleyball (Lega pallavolo serie A femminile til [...]*), rugby (Lega Italiana til [...]*, Trinitation 2002 [...]*), boksning (Tyson mod Lewis indtil [...]* ⁽⁶⁹⁾), amerikansk fodbold (NFL's sæsonkampe indtil [...]*), racerløb (Le Mans 2002, Spa 24-timer indtil [...]* m.m.
- (165) Stream har enerettigheder til følgende begivenheder: Flere sportsbegivenheder i henhold til kontrakt med Espn Inc. indtil [...]*, golf (PGA Tour [...]*, PGA European Tour 2002/2003 indtil februar 2004) og tennis (Tennis Masters Series, WTA Roma og Wimbledon indtil [...]*).
- (166) Hvis sportsbegivenheder generelt, dog med undtagelse af italiensk fodbold, skulle betragtes som et særskilt marked, ville fusionen under alle omstændigheder føre til, at der blev skabt en dominerende stilling inden for køb af enerettigheder til sportsbegivenheder. Hvis de enkelte sportsgrene skulle betragtes som særskilte markeder, ville fusionen medføre styrkelse af en dominerende stilling med hensyn til rettighederne til at sende golf og tennis. Ifølge den anmeldende part udgør Streams markedsandel af tv-rettigheder til andre sportsbegivenheder end italiensk fodbold i øjeblikket [35-45]* % og Telepiùs [30-40]* %. Andre tv-selskaber, der kunne betragtes som konkurrenter til Stream og Telepiù med hensyn til erhvervelse af disse rettigheder, har en markedsandel på [20-30]* %.
- (167) I denne forbindelse blev følgende større sportsbegivenheder i 2001 sendt med eneret af »free-to-air«-tv: Cykel løb (Giro d'Italia og andre internationale cykelløb), atletik (de største internationale stævner), boksning (italienske og europæiske titelkampe), rugby (det italienske landsholds kampe og seks nationers turneringen), motorcykelløb (samtlige løb i verdensmesterskaberne i motorcykelløb, kapsejls (Louis Vuitton Cup, America's Cup), De Olympiske Lege (både sommer- og vinterlejerne).
- (168) Den anmeldte fusion vil give den fusionerede enhed øget køberstyrke og konsolidere dens position yderligere i forhold til situationen før fusionen. Potentielle tv-konkurrenter vil ikke få mulighed for at erhverve enerettigheder til ret mange af de større sportsbegivenheder, der afvikles i [...]*. Hvad vigtigere er, vil selskabet med næsten-købermonopol som følge af sin større forhandlingsstyrke kunne »skræddersy« de kontraktmæssige relationer med udbyderne af programindhold til sine egne behov og formål for at forhindre nye aktører i at komme ind på markedet ved f.eks. kun at operere med kontrakter med meget lang løbetid eller ved at købe enerettigheder eller beskyttelsesrettigheder til andre transmissionsmetoder end DTH.

3.1.e) Tv-kanaler

- (169) I modsætning til »premium«-film og fodboldbegivenheder bliver mange kanaler ikke købt med eneret. Det vil med andre ord sige, at flere betalings-tv-konkurrenter vil kunne købe og sende samme kanal.
- (170) Stream har enerettigheder til følgende kanaler: Duel TV, Comedy Life, National Geographic, MT Channel, Roma Channel, Fox Kids, CFN-CNBC og Music Choice. Desuden har Stream selv otte produktionskanaler til film, rejseudsendelser, nyhedsudsendelser, sprogundervisning, reality show, musik og sport.
- (171) Telepiù har enerettigheder til Marco Polo, Disney Channel, Canal Jimmy, Raisat Ragazzi, Raisat show, Raisat fiction, Raisat Gambero Rosso, Raisat Art, Raisat Cinema, Happy Channel, Raisat Album, Planete, Cinecinema I og II, Cineclassics, INN, Bloomberg, ESPN Classic Sport, Eurosport News, TV5, Multimusica, Matchmusic, Rock TV, Classica, Milan Channel og Inter Channel og ejer desuden en række produktionskanaler til film (»premium«-kanaler og »pay-per-view«) og sport (pay-per-view).

⁽⁶⁶⁾ Kun rettigheder til direkte udsendelse.

⁽⁶⁷⁾ Enerettighederne til Roland Garros gælder dog ikke i relation til Eurosport, såfremt Eurosport transmitterer kampe fra og med kvartfinalerne på andre sprog end italiensk.

⁽⁶⁸⁾ Enerettighederne til US Open gælder dog ikke i relation til Eurosport, såfremt Eurosport transmitterer kampe fra og med kvartfinalerne på andre sprog end italiensk.

⁽⁶⁹⁾ Kun rettigheder til direkte udsendelser.

(172) De fleste af de kanaler, der er købt med enerettigheder (undtagen de »premium«-sportskanaler/»premium«-filmkanaler, parterne normalt selv producerer), er karakteriseret ved en programflade baseret på indhold, hvortil der ikke er eneret. Med undtagelse af »premium«-kanaler vil det derfor være muligt for potentielle konkurrenter at købe og producere kanaler.

(173) Konkurrenceproblemet i forbindelse med tv-kanaler skyldes, at medmindre der kommer en anden konkurrent ind på markedet (og det vil ikke være tilfældet, hvis der ikke kan garanteres adgang til »premium«-indhold), vil fusionen medføre en situation med købermonopol (100 %) for køb af kanaler i Italien. Efter fusionen vil navnlig de mindre, uafhængige kanaludbyderes forhandlingsposition derfor blive svækket, når der ikke findes andre platforme som alternativ til den fusionerede enhed. Det kan indirekte blive til skade for forbrugerne, såfremt den fusionerede enhed beslutter sig for at blokere for købsrettigheder til tv-kanaler eller udnytte sit købermonopol i et sådant omfang, at visse udbydere af tv-kanaler forlader markedet som følge af uholdbare økonomiske vilkår. Hvis det sker, vil forbrugerne få et stærkt reduceret udbud af produkter og mere begrænset valgfrihed. Disse negative virkninger for forbrugerne kan kun opvejes ved at skabe de fornødne forudsætninger for, at de pågældende kanaler kan sendes (»free-to-air« eller som betalings-tv) via DTH også uden at være købt af den fusionerede platform.

3.2. Konklusion om fusionens horisontale virkninger på berørte markeder i forudgående led (køb af indhold)

(174) Med hensyn til den generelle problemstilling omkring køb af rettigheder til tv-indhold har Newscorp i sit svar på meddelelsen med klagepunkter hævdet, at der ikke er tale om købermonopol, men at der er konkurrence mellem betalings-tv og »free-to-air«-tv-selskaber om køb om rettigheder, og at konkurrencen fra andre betalings-tv-selskaber kan forventes at blive skærpet. Markedet for tv-indhold er ifølge Newscorp et »auktionsmarked«.

(175) Kommissionen er ikke enig heri. Selv om køb af programindhold generelt i et vist omfang kan betragtes som et »auktionsmarked« på grund af de forskellige delmarketers karakter og særtræk, er det rent faktisk kun muligt

for et begrænset antal aktører med bestemte karakteristika at afgive bud.

(176) Med hensyn til køb af »first window«-rettigheder (og i hvert fald teoretisk også »second window«-rettigheder) til »premium«-film er afgivelsen af bud begrænset til betalings-tv-selskaber på grund af filmselskabernes (⁷⁰) forretningsmodel, dvs. opdelingen i »windows«. I realiteten er »free-to-air«-tv-selskaber udelukket fra at erhverve sådanne rettigheder i konkurrence med betalings-tv-selskaberne.

(177) En tilsvarende situation med »begrænsede muligheder for at afgive bud« gør sig rent faktisk også gældende for hovedparten af rettigheder til regelmæssigt (årligt) tilbagevendende fodboldbegivenheder med deltagelse af nationale klubhold, nemlig serie A- og serie-B-mesterskaberne. Som nævnt fremgik det klart af markedsundersøgelserne, at rettighedshaverne (fodboldklubberne) foretrækker at sælge til betalings-tv-selskaber frem for til »free-to-air«-selskaber for at undgå negative virkninger for antallet af tilskuere på stadion (klubbernes anden vigtige indtægtskilde). Også her ser det ud til, at »free-to-air«-tv-selskaberne i realiteten ikke konkurrerer effektivt med betalings-tv-selskaberne om køb af sådanne rettigheder.

(178) Hvad angår rettighederne til andre sportsbegivenheder (f.eks. tennis og golf), synes vilkårene for at give bud at være mere åbne, men i realiteten har de to eksisterende betalings-tv-selskaber allerede en dominerende stilling med hensyn til erhvervelsen af enerettigheder til disse sportsbegivenheder (og den fusionerede platform vil helt sikkert få en dominerende stilling på dette marked). Det er endnu et bevis på, at hovedparten af alle slags enerettigheder synes at blive købt af betalings-tv-selskaberne, også selv om rettighedshaverne ikke i henhold til deres forretningsmodel har nogen grund til at foretrække betalings-tv frem for »free-to-air«-tv. Det underminerer også bevirkraften af de argumenter, parterne i fusionen har fremsat vedrørende de fremtidige markedsvilkår og den fusionerede enheds og dens potentielle konkurrenters mulige adfærd.

4. SAMLEDE KONKLUSIONER OM FUSIONENS HORIZONTALTE OG VERTIKALE VIRKNINGER PÅ DE BERØRTE MARKEDER

(179) Der kan på grundlag af det foranstående konkluderes følgende:

⁽⁷⁰⁾ I denne beslutning betegner »filmselskaber« både de store amerikanske filmselskaber og de italienske filmproducenter.

4.1. *NewsCorp får monopol som betalings-tv-udbyder i Italien*

- (180) Stream og Telepiù er i øjeblikket de eneste betalings-tv-udbydere i Italien, og selv om e.Biscom, DTT-tv-selskaber og DTH-kanaler eller en alternativ DTH-plattform potentielt vil kunne udøve et vist konkurrencepres fremover, er der ikke tilstrækkelig garanti for, at potentielle konkurrenter får adgang til »premium«-indhold (navnlig »premium«-film fra de store amerikanske filmselskaber og de nationale klubholds fodboldkampe). Netop denne form for indhold er afgørende for et hvilket som helst betalings-tv-selskabs overlevelse, og det vil ikke være tilgængeligt på markedet.

4.2. *NewsCorp får adgang til det mest attraktive og mest omfattende programindhold*

- (181) Adgang til »premium«-indhold, primært nyere film og fodboldbegivenheder, men også andre sportsbegivenheder, er afgørende for at kunne drive et betalings-tv med succes. Et sådant indhold tilskynder potentielle forbrugere til at abonnere. Også adgang til »second window«-film og sportsbegivenheder, der sendes forskudt, er vigtig for potentielle konkurrenter, som måtte være interesseret i at etablere en alternativ platform.
- (182) Det fremgår som nævnt af Kommissionens undersøgelse, at den fusionerede platform vil få adgang til programressourcer uden sidestykke i Italien. Desuden vil en del af det mest afgørende indhold, dvs. det indhold, der udgør drivkraften for betalings-tv, nemlig film fra de store filmselskaber, ikke være tilgængeligt på markedet inden for en overskuelig tid (før udgangen af [...]*), hvis MGM og TC Fox gør brug af deres ret til ensidigt at forlænge de eksisterende kontrakter.

4.3. *Intet andet selskab får adgang til det vigtige indhold, der er en forudsætning for at etablere et konkurrerende betalings-tv*

- (183) Adgang til tv-rettigheeder er endnu vigtigere for betalings-tv end for »free-to-air«-tv. For at tilskynde forbrugeren til at abonnere eller se bestemte produktioner på »pay-per-view«-basis kræves der helt bestemte former for programindhold. En betalings-tv-pakke skal for at være tilstrækkeligt attraktiv omfatte en kombination af »premium«-rettigheeder til »first window« eller i det mindste »second window«-film eller sportsbegivenheder. Det gælder navnlig i Italien, hvor alle husstande med tv — som

påpeget af NewsCorp — kan modtage et stort antal frit tilgængelige kanaler.

4.3.1. *Virkninger med hensyn til udelukkelse af konkurrenter*

- (184) Der er knaphed på »premium«-programindhold (tv-rettigheeder til nyere film og fodboldkampe). Desuden gælder det generelt, at tv-rettigheeder til »premium«-indhold (navnlig de store amerikanske filmselskabers »premium«-film) erhverves på grundlag af langtidskontrakter med eneret. Så længe de eksisterende kontrakter løber, får ingen anden udbyder adgang til den fusionerede platforms programindhold. Hertil kommer, at tv-rettigheeder til fodboldkampe er særdeles dyre, og køb af sådanne rettigheder er forbundet med en stor finansiel risiko. Potentielle konkurrenter vil således ikke være i stand til at etablere en konkurrerende betalings-tv-plattform med succes. Hvad angår andre transmissionsmetoder, vil det eneste eksisterende kabelselskab (e.Biscom) kun have kapacitet til at nå ud til et meget begrænset antal husstande, og potentielle DTT-konkurrenter vil først blive operationelle på mellemlang til lang sigt.
- (185) Det er ligeledes usandsynligt, at situationen vil ændre sig på nogen måde, når først de aktuelle kontrakter om betalings-tv-rettigheeder er udløbet. Rent teoretisk kunne betalings-tv-tjenester potentielt leveres i Italien af andre DTH-operatører, kabeloperatører som f.eks. e.Biscom eller DTT-operatører. Som nævnt begynder de produktionsaftaler, der er indgået med de store amerikanske filmselskaber, at udløbe ved udgangen af [...]* (hvis MGM og TC Fox gør brug af deres ret til forlængelse). Selv om kontrakter med ejerne af sportsrettigheder udløber på et tidligere tidspunkt, vil potentielle konkurrenter være nødsaget til at tilbyde mindst det samme som den fusionerede platform for sådanne rettigheder. Chancerne for, at potentielle konkurrenter vil være i stand til at tilbyde attraktivt betalings-tv, forekommer meget begrænsede på nuværende stadium.
- (186) Når man betænker den fusionerede platforms nuværende markedsposition, vil den på det tidspunkt være solidt etableret. Konkurrenterne vil ikke have store muligheder for at sikre sig tilpas mange attraktive rettigheder til betalings-tv-indhold. Hvis en operatør skal gøre sig håb om at erhverve tv-rettigheeder, er han nødsaget til at have adgang til seere i form af et solidt abonnentgrundlag. Priserne på betalings-tv-rettigheeder fastlægges normalt på grundlag af antallet af abonnenter, dog med et nærmere fastsat minimum. Det gælder bl.a. produktionsaftalerne med de store amerikanske filmselskaber. Eftersom den fusionerede platforms abonnentgrundlag må forventes at blive det største i de kommende år, vil salg af rettigheder til NewsCorp formentlig sikre sælgeren en væsentligt højere pris, end hvis han sælger til en ny aktør på markedet. En ny aktør kommer også til at løbe en betydelig finansiel risiko ved indgåelsen af produktionsaftaler, i hvert fald for »first window«-film. Den

pågældende vil skulle stille garanti for et minimums-abonnentgrundlag svarende til det, Newscorp kan garantere, uden at have sikkerhed for at nå op på dette garanterede tal. Newscorp vil således have en konkurrencemæssig fordel frem for alle potentielle konkurrenter ved forhandlingen af kontrakter om »premium«-indhold, også selv om disse potentielle konkurrenter måtte have ressourcer til at købe rettigheder fra et eller to af de store filmselskaber.

(187) Kommissionen har derfor konkluderet, at kontrakter med filmselskaber, der giver den fusionerede enhed enerettigheder, vil forhindre potentielle konkurrenter i at komme ind på markedet.

(188) Som nævnt kan rettigheder til »premium«-film til visning i tv erhverves i forskellige formater (såkaldte windows), afhængigt af tidspunktet for frigivelsen til visning i tv. Jo tættere dette tidspunkt ligger på tidspunktet for frigivelse til visning i biograferne, jo mere værdifuld vil det pågældende »window« og dermed det pågældende »premium«-indhold være. »Second window«-rettigheder koster normalt kun en brøkdel af »first window«-betalings-tv-rettigheder. Det kan med rimelighed hævdes, at »first window«- og »second window«-rettigheder til »premium«-film på grund af prisforskellen og tidspunktet for frigivelse til visning i tv i realiteten er forskellige produkter.

(189) Telepiù er indehaver af en række enerettigheder til »first window«-film i henhold til produktionsaftaler med filmselskaber. I henhold til tilsvarende produktionsaftaler med hovedparten af filmselskaberne har Telepiù desuden beskyttelsesrettigheder (f.eks. spærrerettigheder) i relation til »second window«-rettigheder, hvilket i realiteten forhindrer produktet »second window«-film i overhovedet at komme ud på markedet ved at skabe en form for »spærretid«.

(190) Denne beskyttelsesrettighed eller spærretidsrettighed har ikke blot til formål at a) udelukke potentielle nye aktører fra at få adgang til billigere »premium«-indhold, men bevirker også, at b) forbrugerne ikke får mulighed for selv at vælge, hvornår og til hvilken pris de foretrækker at se betalings-tv-produkter.

(191) Hvad angår udelukkelse fra markedet må det konstateres, at hvis der var mulighed for at forhandle om »second window«-rettigheder med filmselskaberne (navnlig de store filmselskaber), ville en potentiel ny betalings-tv-operatør kunne komme ind på markedet med mindre finansielle investeringer og mindre risici og være i stand til at tilbyde billigere »premium«-indhold efter den fusionerede enhed. Eksempler på andre nationale markeder i EU tyder på, at der kan opstå konkurrence på markedet

for betalings-tv fra (i hvert fald i starten) små og mindre kendte operatører ⁽⁷¹⁾. Det er uomtvisteligt, at et etableret betalings-tv-selskabs beskyttelsesrettigheder, (hvis selskabet har næsten-monopol/-købermonopol) har en udelukkelseeffekt over for potentielle nye aktører på markedet. Udelukkelse fra markedet er således et meget væsentligt formål med sådanne beskyttelsesrettigheder.

(192) Hvad angår begrænsningen af forbrugernes valgmuligheder, fratager et betalings-tv-selskab ved at gøre brug af disse beskyttelsesrettigheder forbrugerne deres grundlæggende ret til selv at vælge. Forbrugernes præferencer, prisfølsomhed og behov er meget forskelligartede på alle markeder og i relation til alle produkter. Hvis der aldrig blev adgang til »second window«-film, ville forbrugere, der ønskede at få adgang til betalings-tv-produkter, være nødsaget til at acceptere et »samme-format-til-alle«-scenarie på de tidspunkter (first window) og til den pris, betalings-tv-selskabet selv fastsætter.

(193) I modsætning hertil ville forbrugerne, hvis der ikke eksisterede beskyttelsesrettigheder, som i realiteten kunne trække »second window«-film ud af markedet, have mulighed for at vælge mellem »primære«-betalings-tv-selskaber, der tilbyder »premium«-film på tidspunkter, der ligger tættere på filmenes frigivelse til visning i biograferne, og til en højere abonnementspris, og et »sekundært« betalings-tv-selskab, der tilbød det samme indhold til billigere priser, men væsentligt længere efter frigivelsen til visning i biograferne. I dette scenarie ville forbrugeren bevare den fulde ret til selv at vælge sin foretrukne form for forbrug af betalings-tv-tjenester.

(194) Hvis den fusionerede enhed beslutter selv at købe »second window«-rettigheder til visning af film på den fusionerede platform frem for blot at blokere for potentielle konkurrenters adgang til disse rettigheder, ville en potentiel ny aktør på markedet stadigvæk ikke have adgang til dem. Men det ville skyldes kommercielle transaktioner mellem den fusionerede platform og et eller flere filmselskaber og ikke være en konsekvens af spærreklausuler. Under alle omstændigheder ville »second window«-indholdet komme ud på markedet på et senere tidspunkt, men som et tilbud fra et betalings-tv-selskab med næsten-monopol.

(195) Det må derfor konkluderes, at alle beskyttelsesrettigheder eller spærrerettigheder har til formål og virkning at udelukke potentielle nye aktører fra at komme ind på markedet og er samtidig til skade for forbrugerne ved at for-

⁽⁷¹⁾ »Second window«-rettigheder udnyttes i Frankrig af TPS, som har etableret sig som en markant konkurrent til Canal+ og til Cinenova i Belgien.

hindre adgang til »premium«-indhold for både potentielle konkurrenter og potentielle betalings-tv-forbrugere.

(196) Endelig må det konstateres, at når det gælder regelmæssigt (årligt) tilbagevendende fodboldbegivenheder med deltagelse af nationale klubhold, vil potentielle konkurrenter også være nødsaget til at byde lige så meget som den fusionerede platform for at erhverve rettigheder til disse begivenheder. Prisen for sådanne rettigheder vejer særdeles tungt i de samlede omkostninger i forhold til prisen for andre rettigheder. En ny aktør på markedet skulle bære en langt højere finansiel risiko end den fusionerede platform ved indgåelse af kontrakter med fodboldklubber.

(197) Uden foranstaltninger til at afhjælpe disse problemer er det derfor usandsynligt, at e.Biscom eller en anden potentiel konkurrent (der sender via DTH eller DTT) vil være i stand til at etablere en komplet alternativ programplatform af tilsvarende rækkevidde:

- a) de har ingen enerettigheder til »premium«-indhold
- b) de fleste rettigheder (navnlig rettigheder til de store amerikanske filmselskabers film) bliver først tilgængelige på markedet om adskillige år
- c) mange rettigheder til fodboldbegivenheder og andre større sportsbegivenheder bliver heller ikke tilgængelige de første mange år
- d) den finansielle risiko, en ny aktør på markedet løber ved køb af enerettigheder til fodboldbegivenheder, udgør en yderligere adgangshindring.

4.4. Newscorp vil have kontrollen både over det værktøj (Videoguard CAS), der ellers kunne gøre det lettere for et konkurrerende DTH-betalings-tv-selskab at komme ind på markedet, og over en infrastruktur (platformen), der kunne gøre det lettere at sende satellitkanaler på betalings-tv og »free-to-air«-tv

(198) I princippet har DTH-betalings-tv-selskaberne valget mellem at opbygge deres egen infrastruktur eller tilbyde deres programmer via adgang til en eksisterende platform. Etableringen af en ny infrastruktur forekommer dog i den nuværende situation i bedste fald at være en rent teoretisk mulighed, som ikke eksisterer for selskaber, der ikke har de fornødne programressourcer til at tilbyde seerne »premium«-indhold. En udenforstående ville normalt lettere kunne få adgang til en eksisterende

platform, hvis det var muligt at vælge mellem flere konkurrerende platforme. Dette valg eksisterede i Italien før den anmeldte fusion. I mangel af en alternativ platform i Italien vil potentielle DTH-konkurrenter på det italienske marked og »free-to-air«-kanaler, der ønsker at tilbyde deres egne kanaler til abonnenter på den fusionerede platform, imidlertid fremover være afhængige af adgang til Newscorps platform.

(199) Det betyder, at alle DTH-betalings-tv-selskaber, som ikke er i stand til selv at etablere en alternativ infrastruktur, og alle digitale satellitbaserede »free-to-air«-kanaler, der ønsker at nå den fusionerede platforms abonnenter, vil være nødsaget til at få deres kanaler sendt via Newscorps platform. Medmindre der gennemføres korrigerende foranstaltninger, vil Newscorp dermed få øget kontrol over disse konkurrenters aktiviteter og være i stand til i et vist omfang at bestemme, på hvilke vilkår andre DTH-betalings-tv-selskaber skal konkurrere, og på hvilke vilkår Newscorps abonnenter skal have adgang til digitale »free-to-air«-satellitkanaler.

(200) Newscorp vil kunne nægte adgang til sin platform eller opstille urimelige eller diskriminerende betingelser.

(201) Desuden vil alle alternative betalings-tv-platforme, der ønsker at komme ind på det italienske marked, skulle have et adgangsstyringssystem (CAS) for at kunne sende kodede programmer. Som nævnt ejer Newscorp NDS' adgangsstyringssystem (Videoguard). Bestemmelserne i direktiv 95/47/EF⁽⁷²⁾ og direktiv 2002/19/EF⁽⁷³⁾ vil ganske vist begrænse og til en vis grad afhjælpe problemerne i denne henseende, men tredjeparter er dog af den opfattelse, at adgangen til NDS' teknologi kan blokeres, medmindre Newscorp er indstillet på at overholde disse regler, og der indføres en effektiv og hensigtsmæssig mekanisme til bilæggelse af tvister. I modsat fald vil der opstå langvarige tvister om priserne, som vil underminere nye aktørers muligheder for at konkurrere. Hvis en ny aktør på markedet beslutter sig for at anvende et andet CAS, vil det på trods af de forpligtelser vedrørende simulcrypt, der er fastsat i de italienske gennemførelsesbestemmelser for direktiv 95/47/EF, efter al sandsynlighed også indebære en hindring for markedsadgangen, når man betænker, at det tidligere har taget op til to år og været særdeles omkostningsfuldt at få håndhævet sådanne forpligtelser effektivt.

⁽⁷²⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/47/EF af 24. oktober 1995 om standarder for transmission af tv-signaler (EFT L 281 af 23.11.1995, s. 51).

⁽⁷³⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/19/EF af 7. marts 2002 om adgang til og samtrafik mellem elektroniske kommunikationsnet og tilhørende faciliteter (EFT L 108 af 24.4.2004, s. 7).

- (202) Den fusionerede platform vil, medmindre der fastsættes korrigerende foranstaltninger, således være i stand til at øge konkurrenternes omkostninger ved at kontrollere tredjeparters adgang til DTH-plattformens tjenester og til adgangsstyringssystemet.
- (203) En ny DTH-operatør på markedet, som ikke er i stand til at etablere en alternativ infrastruktur, vil derfor være afhængig af Newscorps velvilje med hensyn til at undlade at lægge hindringer i vejen for adgangen til selskabets platformtjenester. Desuden vil en ny DTH-operatør for at kunne konkurrere effektivt med Newscorp være afhængig af, at Newscorp giver selskabet licens til sit NDS-adgangsstyringssystem eller opfylder forpligtelserne vedrørende simulcrypt tilpas hurtigt og på gennemsigtige og ikke-diskriminerende vilkår.

4.5. Varigheden af den dominerende stilling

- (204) Alt tyder på, at det er særdeles usandsynligt, at en potentiel konkurrent vil kunne give parterne effektiv konkurrence inden for en overskuelig fremtid, uanset hvilken transmissionsmetode der vælges. e.Biscom, der på nuværende tidspunkt er den eneste mulige konkurrent på markedet inden for kabelsegmentet, får kun kapacitet til at nå ud til 1 million husstande inden for den nærmeste fremtid (5 % af alle italienske husstande), hvorimod satellit-tv har kapacitet til at nå ud til stort set alle italienske husstande. På den anden side forventes DTT ifølge myndighedernes planer først at blive indført i Italien fra starten af 2007. Kommissionens undersøgelse har imidlertid vist, at denne tidsplan næppe holder, og at det vil være endnu længere. Endelig vil ingen konkurrerende DTH-plattform kunne komme ind på markedet, medmindre den har garanti for at få adgang til indhold og tekniske faciliteter. Der er derfor rimelige og overbevisende grunde for Kommissionen til at konkludere, at Newscorp som følge af fusionen i en længere årrække fortsat vil være det eneste betalings-tv-selskab i Italien, og at dette højst sandsynligt vil hæmme en effektiv konkurrence ganske betydeligt.

V. ANVENDELSE AF BEGREBET »SANERINGSFUSION«

- (205) Kommissionen har til dato kun i to tilfælde baseret en fusionsbeslutning på begrebet »saneringsfusion« (også kaldet »konkurskriteriet«, nemlig i sagen Kali und Salz/MdK/Treuhand⁽⁷⁴⁾ (Kali und Salz) og i

⁽⁷⁴⁾ Kommissionens beslutning af 14. december 1993 om en procedure i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89, (sag IV/M.308 — Kali+Salz/MdK/Treuhand) (EFT L 186 af 21.7.1994, s. 38).

sagen BASF/Eurodiol/Pantochim⁽⁷⁵⁾. I Kali und Salz havde Kommissionen fastsat følgende kriterier for anvendelsen af begrebet »saneringsfusion«: a) den overtagede virksomhed ville inden længe blive tvunget ud af markedet, b) der findes ikke noget andet overtagelsesalternativ, der vil virke mindre konkurrencebegrænsende og c) den overtagede virksomheds markedsandel vil, såfremt den må trække sig ud af markedet, tilfalde den overtagende virksomhed.

- (206) Domstolen fastslog i sin dom i sagen Kali und Salz⁽⁷⁶⁾ (31. marts 1998), at en fusion kan betragtes som en saneringsfusion, hvis den forringelse af konkurrencestrukturen, der følger af fusionen, ville opstå på tilsvarende måde, også selv om fusionen ikke blev gennemført. Ifølge Domstolen⁽⁷⁷⁾ er formålet med den pågældende betingelse (at den overtagende virksomhed ville få den overtagede virksomheds markedsandel, hvis denne blev tvunget ud af markedet) »at sikre, at det kun kan udelukkes, at der er årsagsforbindelse mellem fusionen og konkurrencebegrænsningen på markedet, såfremt den konkurrencebegrænsning, der er en følge af fusionen, ville være indtrådt i samme omfang selv uden fusionen. Selv om betingelsen om overtagelse af markedsandele ifølge Kommissionen ikke i sig selv kan antages at give tilstrækkeligt grundlag for at udelukke, at fusionen kan skade konkurrencen, er den pågældende betingelse således med til at sikre, at fusionen er neutral i forhold til konkurrencebegrænsningen på markedet, hvilket er i overensstemmelse med årsagsforbindelsesbegrebet i forordningens artikel 2, stk. 2«.
- (207) Kommissionen bemærkede i sin beslutning vedrørende BASF/Eurodiol/Pantochim, at Domstolens fortolkning er bredere end de betingelser, Kommissionen opererede med i beslutningen vedrørende Kali und Salz. Ifølge Domstolen kan årsagsforbindelsen mellem fusionen og forringelsen af konkurrencestrukturen på markedet kun udelukkes og en fusion dermed betragtes som en saneringsfusion, såfremt den konkurrencebegrænsning, der er en følge af fusionen, ville være indtrådt i samme omfang også uden fusionen, dvs. selv om der blev nedlagt forbud mod fusionen. Generelt gælder det ifølge beslutningen vedrørende BASF/Eurodiol/Pantochim, at begrebet »saneringsfusion« forudsætter, at den eller de virksomheder, der skal overtages, kan betragtes som »kriseramte virksomheder«, og at fusionen ikke er års-

⁽⁷⁵⁾ Kommissionens beslutning af 11. juli 2001 om en fusions forenelighed med fællesmarkedet og EØS-aftalen (sag COMP/M. 2314 — BASF/Eurodiol/Pantochim) (EFT L 132 af 17.2.2002, s. 45. Også offentliggjort på Kommissionens websted: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>).

⁽⁷⁶⁾ Forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig mod Kommissionen.

⁽⁷⁷⁾ Præmis 115 ff. i Domstolens dom i forenede sager C-68/94 og C-30/95.

- gen til forringelsen af den konkurrencemæssige struktur. To forudsætninger skal således være opfyldt for, at der kan være tale om en saneringsfusion:
- a) den overtagede virksomhed vil inden længe blive tvunget ud af markedet, hvis den ikke opkøbes af en anden virksomhed, og
- b) der findes ikke noget andet overtagelsesalternativ, der vil virke mindre konkurrencebegrænsende.
- (208) Disse to betingelser udelukker dog ikke fuldstændigt muligheden for, at tredjeparter kan overtage den pågældende virksomheds aktiver, såfremt den går konkurs. Hvis sådanne aktiver under konkursbehandlingen overtages af konkurrenter, vil de økonomiske virkninger svare til, at den kriseramte virksomhed blev overtaget af en alternativ køber. Kommissionen besluttede derfor i den pågældende sag, at det ud over de første to betingelser skulle være godtgjort, at:
- a) de aktiver, der skal overtages, vil forsvinde definitivt fra markedet, hvis fusionen ikke gennemføres.
- (209) Under alle omstændigheder forudsætter begrebet »saneeringsfusion«, at den konkurrencebegrænsning, der følger af fusionen, under ingen omstændigheder er mere omfattende end den, der vil gøre sig gældende, hvis fusionen ikke gennemføres.
- (210) Newscorp hævdede i sit svar på meddelelsen med klagepunkter, at forudsætningerne for at anvende »konkurskriteriet« var opfyldt i den foreliggende sag, nemlig at Telepiù, hvis fusionen ikke blev gennemført, ville få en position svarende til den fusionerede platform, og at Streams aktiver under alle omstændigheder ville forsvinde fra markedet.
- (211) Før man ser nærmere på dette argument, skal man være opmærksom på, at Newscorp hævder, at Stream, der i dag kontrolleres af Newscorp og Telecom Italia i fællesskab, er den »kriseramte virksomhed«, som vil forsvinde fra markedet, hvis fusionen ikke gennemføres. Den foreliggende transaktion er i realiteten en kombination af dels en ændring af en situation, hvor et af Streams moderselskaber, nemlig Newscorp, i stedet for at deles med et andet selskab om kontrollen over Stream, får enekontrol over Stream, dels Streams fusion med en anden virksomhed (Telepiù). Eftersom Stream er en særskilt »afdeling« af en »virksomhed«, Newscorp, giver denne fusion anledning til at stille det spørgsmål, om »konkurskriteriet« finder anvendelse, hvis den overtagende virksomhed er finansielt sund, men en af dens afdelinger, som er kriseram, fusioneres med en anden enhed.
- (212) Som Kommissionen anførte i sin beslutning vedrørende Rewe/Meinl⁽⁷⁸⁾, påhviler bevisbyrden i en sag om en »kriseram afdeling« (og ikke en »kriseram virksomhed«) i relation til fravær af årsagssammenhæng mellem fusionen og skabelsen eller styrkelsen af en dominerende stilling de virksomheder, der påstår, at der ikke er en sådan årsagssammenhæng. Ellers vil enhver fusion, der vedrører en påstået urentabel afdeling, kunne begrundes i henhold til lovgivningen om kontrol med fusioner med en erklæring om, at afdelingen vil ophøre med at fungere, hvis fusionen ikke gennemføres. Rewe/Meinl-sagen vedrørte en afdeling i Meinl-koncernen, som blev overtaget af Rewe. Det er endnu vigtigere at bevise fravær af årsagssammenhæng, når der er tale om en påstået »kriseram afdeling«, som i realiteten er den overtagende virksomhed. Endelig kunne det med rimelighed hævdes, at den overtagende koncern muligvis havde strategiske grunde til at holde den kriseramte afdeling i live, selv om der blev nedlagt forbud mod fusionen.
- a) DEN KRISERAMTE VIRKSOMHED VIL BLIVE TVUNGET UD AF MARKEDET, HVIS DEN IKKE OVERTAGES AF EN ANDEN VIRKSOMHED
- (213) Newscorp hævder, at Stream i dag er en »kriseram virksomhed«, som vil forsvinde fra markedet, hvis fusionen ikke gennemføres, fordi økonomiske og forretningsmæssige hensyn tilsiger, at aktionærernes beslutning om, hvorvidt Stream skal erklæres konkurs, bygger på en sammenligning mellem den »negative« nettonutidsværdi af den fremtidige likviditet (før renter og afdrag på gæld) ved virksomhedens bevarelse med den (formentlig negative) nettonutidsværdi ved en konkurs. Hvis nettonutidsværdien ved en konkurs er større end nettonutidsværdien ved at bevare virksomheden, vil den rationelle beslutning være at erklære virksomheden konkurs, hvis der ikke er nogen realistiske muligheder for, at Stream kan blive rentabel som en selvstændig enhed. Ifølge Newscorp er Newscorps egne og navnlig Telecom Italias omkostninger ved at opløse Stream i dag væsentligt mindre end omkostningerne ved at bevare virksomheden, og den eneste grund til, at Stream endnu ikke er forsvundet fra markedet, er udsigterne til at kunne gennemføre den anmeldte fusion. Visse tredjeparter har imidlertid hævdet, at med en bedre ledelse og en mere intensiv indsats for at bekæmpe pirateri effektivt ville antallet af abonnenter og de dermed forbundne indtægter kunne øges ganske betydeligt.
- (214) I den foreliggende transaktion er den virksomhed, der får enekontrol over den kriseramte virksomhed, et af

⁽⁷⁸⁾ Kommissionens beslutning af 3. februar 1999 vedrørende en procedure i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (sag IV/M.1221 — Rewe/Meinl) (EFT L 274 af 23.10.1999, s. 1).

dens moderselskaber, som samtidig får enekontrol over en anden virksomhed (Telepiù). Selv om Stream er en selvstændig juridisk person, synes der ikke at være tvivl om, at en hel virksomhed (dvs. Newscorp) vil blive tvunget ud af markedet. Newscorp fungerer som et holdingselskab, og Stream tegner sig kun for en del af Newscorp-koncernens forretningsaktiviteter og datterselskaber. Streams forsvinden fra det italienske marked for betalings-tv vil derfor have form af en ledelsesmæssig beslutning om at opgive en forretningsaktivitet, som ikke har udviklet sig på en måde, der lever op til virksomhedens bestyrelses forventninger.

- (215) Det er også vigtigt at understrege, at parterne har fremført dette argument på et meget sent stadium. Det er således ikke nævnt i anmeldelsen. Det rejser yderligere tvivl om bevismagten af deres påstand, eftersom forholdene ikke har ændret sig grundlæggende siden anmeldelsen.

b) DER FINDES IKKE NOGET OVERTAGELSEALTERNATIV, DER VIL VIRKE MINDRE KONKURRENCEBEGRÆSENDE

- (216) Newscorp hævder, at hvis ikke der kan opnås en betydelig synergieffekt, vil enhver anden potentiel køber stå i samme situation som Newscorp og Telecom Italia. Det er også sandsynligt, at der for en anden køber vil bestå større usikkerhed omkring den fremtidige rentabilitet, fordi Newscorp og Telecom Italia som aktionærer sidder inde med flere informationer om virksomheden. Det er ikke realistisk at forvente, at der kommer et overtagelsestilbud, som vil virke mindre konkurrencebegrænsende, fordi det er meget vanskeligt at forestille sig, at nogen vil kunne opnå tilstrækkelige synergieffekter til, at det vil medføre en væsentlig ændring af de finansielle perspektiver for Stream i forhold til JPMorgans prognoser⁽⁷⁹⁾, og der var i maj-juni 2002, da salget til Newscorp blev færdigforhandlet, ingen andre potentielle købere, der ønskede at overtage Telepiù fra Vivendi-gruppen. I denne forbindelse anfører JPMorgan, at så vidt vides har ingen andre potentielle købere afgivet formelt bud på hverken Telepiù eller Stream og det på trods af, at drøftelserne om fusionen blev offentligt kendt i 2001 og 2002, prisen angiveligt forhandlet ned af Newscorp under langvarige forhandlinger, og ingen andre potentielle købere ønskede at købe Stream fra Newscorp, da salget til Vivendi-gruppen var færdigforhandlet.

⁽⁷⁹⁾ Ekspertrapport om Stream SpA's finansielle levedygtighed, vedlagt Newscorps svar på meddelelsen med klagepunkter. Rapporten viser ifølge Newscorp, at Stream ikke er finansielt levedygtig som en selvstændig virksomhed inden for overskuelig fremtid, og at den, medmindre de to aktionærer fortsat tilfører kapital, vil blive tvunget til at erklære sig konkurs i løbet af første halvår af 2003.

- (217) Det fremgår af Kommissionens argumentation i Kali und Salz-beslutningen, at det efter Kommissionens opfattelse påhviler den part, der hævder, at der ikke findes nogen alternativ potentiel køber bortset fra den overtagende virksomhed, at bevise dette. Newscorps påstand kan ikke betragtes som tilstrækkeligt bevis. Bortset fra nogle forsøg på at finde rene finansielle investorer til Stream har Newscorp hverken oplyst navnene på de potentielle købere (bortset fra Vivendi-gruppen og Newscorp for Telepiù), hvormed Newscorp og Vivendi-gruppen indledte forhandlinger om salg af deres respektive selskaber i Italien, eller årsagerne til, at forhandlingerne ikke gav resultat. Det eneste forsøg på at sælge en kontrollerende aktiepost i Stream blev gjort af Telecom Italia⁽⁸⁰⁾, men hverken Stream eller Vivendi-gruppen har aktivt forsøgt at finde en løsning, der virkede mindre konkurrencebegrænsende end fusionen af de to virksomheder. Ifølge de oplysninger, Kommissionen har adgang til, har hverken Newscorp eller Telecom Italia udbudt Stream offentligt til salg.

c) DE AKTIVER, DER SKAL OVERTAGES, VIL HELT SIKKERT FORSVINDE FRA MARKEDET, HVIS FUSIONEN IKKE GENNEMFØRES, ELLER DEN OVERTAGENDE VIRKSOMHED VIL FÅ DEN OVERTAGEDE VIRKSOMHEDS MARKEDSANDEL

- (218) Ifølge Newscorp ville de aktiver, der skulle overtages, helt sikkert forsvinde fra markedet. Stream har i øjeblikket to væsentlige aktiver, som kan få afgørende indvirkning på konkurrencevilkårene fremover, nemlig virksomhedens abonnenter og dens nuværende rettigheder til tv-indhold. Streams DTH-abonnenter ville højst sandsynligt overgå til Telepiù, fordi der ikke findes nogen anden satellitplatform, og kabel-tv kun er tilgængeligt i begrænsede områder. Med hensyn til Streams »premium«-rettigheder hævder Newscorp, at de efter al sandsynlighed ville blive overtaget af Telepiù. Efter Streams konkurs ville rettighederne blive tilbageført til rettighedshaverne, som derefter ville kunne sætte dem til salg på ny.
- (219) Ifølge Newscorp ville Telepiù kunne forvente at vinde disse rettigheder (f.eks. i konkurrence med e.Biscom eller de konkurrerende »free-to-air«-operatører). Det kan dog med rimelighed hævdes, at i hvert fald noget indhold (f.eks. Champions League-rettigheder og tennisrettigheder) ikke nødvendigvis ville blive overtaget af Telepiù. Som nævnt kan »free-to-air«-tv og betalings-tv i hvert fald i et vist omfang konkurrere om købet af disse rettigheder, og de ville være bedre placeret til at byde på dem, hvis Telepiùs finansielle situation var svagere end den fusionerede platforms. Newscorp har ikke givet oplysninger om Telepiùs eller andre virksomheders mulige

⁽⁸⁰⁾ Ifølge Telecom Italias indlæg på den mundtlige høring den 5. og 6. marts 2003 gav Telecom Italia i 2001 en finansiell institution mandat til at sælge Telecom Italias aktiepost i Stream.

overtagelse af andre af Streams aktiver, f.eks. varemærker og distributionsnet.

- (220) Eftersom ingen af de to første betingelser er opfyldt i den foreliggende sag, er det ikke nødvendigt at tage endelig stilling til, hvorvidt den tredje betingelse (de aktiver, der skal overtages, ville med sikkerhed forsvinde fra markedet) er opfyldt her.

d) KONKLUSION

- (221) Kommissionen mener derfor, at Newscorp ikke har været i stand til at påvise, at der ikke er en årsagssammenhæng mellem fusionen og de konkurrencemæssige virkninger, fordi konkurrencevilkårene måtte forventes at blive forringet i samme omfang også uden den foreliggende fusion. Risikoen for, at Stream skulle forsvinde fra markedet, ville dog være en faktor, der bør tages hensyn til ved vurderingen af fusionen. Kommissionen mener desuden, at en tilladelse til at gennemføre fusionen med forbehold af opfyldelsen af passende betingelser vil være til større fordel for forbrugerne end en forstyrrelse af markedet som følge af en eventuel opløsning af Stream.

VI. TILSAGN

- (222) Den 13. marts 2003 forelagde Newscorp med henvisning til artikel 8, stk. 2, i fusionsforordningen et revideret sæt tilsagn (i det følgende benævnt »tilsagn«) for at få fusionen godkendt. Disse tilsagn er nærmere beskrevet i bilaget til den foreliggende beslutning og udgør en integrerende del heraf.
- (223) De af Newscorp givne tilsagn er baseret på de korrigerende foranstaltninger, der blev forelagt Kommissionen den 31. oktober 2002 og den 14. januar 2003. Efter Kommissionens undersøgelse og på grundlag af markedstesten af de to ovennævnte sæt tilsagn konkluderede Kommissionen, at de ikke var tilstrækkelige til at løse de konkurrenceproblemer, fusionen gav anledning til. Kommissionen udsendte derfor en meddelelse i henhold til artikel 18 i fusionsforordningen.
- (224) Kommissionen er af den opfattelse, at de tilsagn, der blev forelagt den 13. marts 2003, på tilfredsstillende måde løser de konkurrenceproblemer, fusionen giver anledning til.

1. RESUMÉ AF NEWSCORPS TILSAGN AF 13. MARTS 2003

- (225) De tilsagn, Newscorp gav den 13. marts 2003, omfatter følgende:

Eksisterende kontrakter med enerettigheder

- a) Filmproducenter og fodboldklubber får ret til ensidigt og uden at skulle betale bøde at ophæve kontrakter, de har indgået med Stream og Telepiù.
- b) Newscorp giver afkald på sine enerettigheder over for andre tv-platforme end DTH-platforme (jordbaseret tv, kabel-tv, UMTS, internet m.m.). Desuden giver parterne afkald på alle beskyttelsesrettigheder over for andre transmissionsmetoder end DTH.
- c) Newscorp giver afkald på enerettigheder til »pay-per-view«, »video-on-demand« og »near-video-on-demand« på alle platforme.

Fremtidige kontrakter med enerettigheder

- d) Newscorp indgår fremover kun kontrakter af højst to års løbetid med fodboldklubber og højst tre års løbetid med filmselskaber. De enerettigheder, disse kontrakter giver, må kun vedrøre DTH-transmission og vil ikke gælde andre transmissionsmetoder (f.eks. jordbaseret, kabel, UMTS og internet). Desuden giver parterne afkald på alle beskyttelsesrettigheder i relation til andre transmissionsmetoder end DTH. Hvad angår tv-rettigheder til fodboldbegivenheder og internationale sportsbegivenheder, får kontraktparterne ret til ensidigt at ophæve kontrakter på årsbasis.
- e) Newscorp erhverver ingen beskyttelsesrettigheder for DTH og giver afkald på sine enerettigheder til »pay-per-view«, »video-on-demand« og »near-video-on-demand« på alle platforme.
- f) Newscorp får ikke gennem fremtidige kontrakter eller genforhandlinger af vilkårene for eksisterende kontrakter nogen beskyttelsesrettigheder eller spærretigheder for DTH.

Forbindelser med konkurrenter/tredjeparter: »Engrostitbud« og adgang til platformen og tekniske tjenester

- g) Newscorp tilbyder tredjeparter ret til at sende alle former for »premium«-indhold ubundet og uden

eneret på andre platforme end DTH, såfremt og så længe den fusionerede platform tilbyder denne form for »premium«-indhold til sine detailkunder. Tilbudet vil være baseret på det såkaldte »detail minus«-princip.

- h) Newscorp giver tredjeparter og mulige nye aktører på markedet for DTH-tv adgang til sin platform og til applikationsprogramgrænsefladen efter en omkostningsorienteret og ikke-diskriminerende model, der er baseret på de omkostninger, som hidrører direkte fra tjenesterne, en andel af de relevante tekniske omkostninger (faste og fælles omkostninger) og et rimeligt afkast i en passende periode. I forbindelse med adgangstjenester må den fusionerede platform ikke fastsætte forskellige betingelser for samme transaktioner.
- i) Newscorp sørger for, at NDS giver tredjeparter licenser til sit adgangsstyringssystem (CAS) på et retfærdigt og ikke-diskriminerende prisgrundlag.
- j) Newscorp tilstræber at indgå simulcrypt-aftaler i Italien så hurtigt som muligt og under alle omstændigheder inden seks måneder efter at have modtaget en skriftlig anmodning fra en interesseret tredjepart.

Udskillelse af DTT-virksomhed og tilsagn om ikke at gå ind i DTT-aktiviteter

- k) Telepiù digitale og analoge jordbaserede sendeaktiver udskilles, og Newscorp giver tilsagn om ikke at gå ind i andre DTT-aktiviteter, hverken som netoperatør eller som operatør i detailledet. Frekvenserne overtages af et selskab, som er villig til i sin forretningsplan for driften af den udskilte virksomhed at sende en eller flere kanaler som betalings-tv, når man i Italien er gået helt over til digitalt jordbaseret tv.

Voldgift

- l) Newscorp har foreslået en voldgiftprocedure for at garantere, at tilsagnene opfyldes i praksis. Dette mæglingssystem går bl.a. ud på, at AGCOM skal afgøre de sager, som i henhold til italiensk lov hører under denne myndigheds kompetence, herunder »engrostitilbuddet«.

Tilsagnenes varighed

- m) Tilsagnene udløber senest den 31. december 2011, medmindre Kommissionen efter anmodning fra

Newscorp eller den fusionerede platform beslutter at afkorte gyldighedsperioden med henvisning til, at konkurrencevilkårene ikke længere gør dem berettigede.

2. VURDERING AF TILSAGNENE

- (226) Kommissionen finder på grundlag af markedsundersøgelsen og de to markedstest, der er gennemført af de to på hinanden følgende sæt tilsagn, Newscorp har givet, at de endelige tilsagn er tilstrækkelige til at løse de konkurrenceproblemer, den anmeldte fusion giver anledning til.

2.1. GENERELLE BEMÆRKNINGER

- (227) Den fusionerede enhed vil få monopolstilling på markedet for betalings-tv og næsten-købermonopolstilling på markederne for køb af tv-kanaler og »premium«-film og køb af rettigheder til de italienske fodboldklubbers kampe og til tv-kanaler samt en dominerende stilling med hensyn til køb af rettigheder til andre sportsbegivenheder, som ikke er omfattet af de italienske gennemførelsesbestemmelser for direktivet om »fjernsyn uden grænser«, og som betragtes som internationale sportsbegivenheder.

- (228) Hovedsigtet med og endemålet for alle former for korrigerende foranstaltninger bør være at sikre, at forudsætningerne for effektiv konkurrence opretholdes, og/eller at der kan skabes potentiel konkurrence. I en sag som den foreliggende må dette formål opfyldes ved at mindske hindringerne for adgangen til de berørte markeder og tilvejebringe et konkurrencepres, som kan virke som en effektivt disciplinerende og begrænsende faktor over for den dominerende aktør. Den pakke af korrigerende foranstaltninger, Newscorp har foreslået, er udtænkt og konstrueret med dette endemål for øje.

2.2. ADGANG TIL TV-INDHOLD (PUNKT 1-7 I TEKSTEN MED TILSAGN)

- (229) Hvad angår adgang til tv-indhold, vil omfanget og varigheden af den fusionerede platforms enerettigheder blive kraftigt begrænset for at sikre, at der hyppigt (når det drejer sig om DTH-rettigheder) eller løbende (hvor det drejer sig om ikke-DTH-rettigheder) kan konkurreres om sådanne rettigheder. Desuden vil det »premium«-indhold,

som den fusionerede platform skal sende via DTH, blive gjort fuldt tilgængeligt for ikke-DTH-platformer til engrospriser via det såkaldte »engrostitilbud«. Desuden vil Newscorp hverken gennem fremtidige kontrakter eller genforhandlinger af vilkårene for eksisterende kontrakter få nogen former for beskyttelsesrettigheder eller spærre-rettigheder i relation til DTH.

2.2.1. Eksisterende kontrakter med enerettigheder

- (230) Med hensyn til tv-rettighederne til fodboldbegivenheder sikrer de af Newscorp givne tilsagn, at den fusionerede platform giver rettighedshaverne mulighed for ensidigt at ophæve kontrakter med virkning fra sæsonen 2003-04. Det vil sikre øget konkurrence omkring »premium«-fodboldindhold allerede fra den kommende sæson og dermed skabe bedre mulighed for, at en potentiel konkurrent kan komme ind på markedet for betalings-tv.
- (231) Newscorp har også forpligtet sig til at give afkald på enerettigheder og andre beskyttelsesrettigheder for ikke-DTH-transmission af fodboldkampe og andre sportsbegivenheder. Det giver operatører, der konkurrerer på andre transmissionsmetoder (f.eks. kabel, internet og UMTS), mulighed for at få direkte og omgående adgang til »premium«-sportsindhold.
- (232) Hvad angår tv-rettigheder til film, har Newscorp forpligtet sig til at give afkald på enerettigheder og andre beskyttelsesrettigheder for ikke-DTH-transmission. Det vil give operatører, der konkurrerer på andre transmissionsmetoder (f.eks. kabel, internet og UMTS) mulighed for at få direkte og omgående adgang til »premium«-filmindhold. Desuden får den fusionerede platforms kontraktpartnere ret til ensidigt at ophæve deres kontrakter. Eftersom de eksisterende produktionsaftaler, der er indgået med filmselskaber (både de store amerikanske og de italienske filmproducenter), har meget lang løbetid, vil denne ret til ensidig ophævelse skabe øget konkurrence om rettigheder til »premium«-film til gavn for potentielle nye aktører på markedet for betalings-tv, også i relation til DTH-transmission. Forpligtelsen til at afgive et »engrostitilbud« (se nedenfor) vil — kombineret med filmproducenternes (filmselskabernes) ret til ensidigt at ophæve kontrakterne — give bredest mulig adgang til »premium«-indholdet uden fuldstændigt at underminere de eksisterende kontraktmæssige forpligtelser mellem de fusionerende parter og filmproducenterne. Dette tilsagn forekommer derfor at være både adækvat og rimeligt.

2.2.2. Fremtidige kontrakter med enerettigheder

- (233) Hvad angår tv-rettigheder til fodboldkampe, er tilsagnet om en løbetid på højst to år for fremtidige kontrakter

med fodboldklubberne med henblik på DTH-transmission og tilsagnet om fodboldrettighedshavernes ret til ensidigt at ophæve kontrakterne meget effektive i og med, at de med jævne mellemrum vil skabe konkurrence om »premium«-fodboldindholdet på markedet.

- (234) Hvad angår tv-rettigheder til film, vil begrænsningen af løbetiden for fremtidige kontrakter med enerettigheder til DTH-transmission blive anvendt på de produktionsaftaler, som den fusionerede platform og filmselskaberne (både de store amerikanske og de italienske filmproducenter) allerede har indgået. Fremtidige produktionsaftaler med filmselskaberne vil højst være gældende i tre år.
- (235) En begrænsning på to år som den maksimale løbetid for kontrakter med fodboldrettighedshavere og tre år for kontrakter med filmselskaber er passende på baggrund af resultaterne af de gennemførte markedstest. Blandt filmselskaberne foretrak alle de store amerikanske filmselskaber uden undtagelse, at der ikke blev sat nogen begrænsninger, eller under alle omstændigheder længst mulig løbetid for deres kontrakter med den fusionerede platform, hvorimod fodboldklubberne gav udtryk for meget divergerende synspunkter: Nogle gik ind for en maksimal løbetid på et år, medens andre foretrak længere løbetid. På baggrund af disse divergerende synspunkter og præferencer, som tilsyneladende illustrerer forskellen mellem fodboldklubbernes og filmselskabernes forretningsmodel, mener Kommissionen, at en maksimal løbetid på to år i tråd med det krav, den italienske konkurrencemyndighed fastsatte sidste år i den første fusionssag, er passende. Desuden vil fodboldklubberne i modsætning til filmselskaberne også i fremtidige kontrakter få ret til ensidigt at ophæve kontrakten. Sådanne rettigheder til at ophæve kontrakter er et hensigtsmæssigt tilsagn, fordi det giver mulighed for at tage skyldigt hensyn til den faktiske værdi af de enkelte fodboldklubberes rettigheder (som kan undergå radikale ændringer i løbet af en fodboldsæson på grundlag af klubbens opnåede resultater), når der skal forhandles med den fusionerede platform.
- (236) Hvad angår tv-rettigheder til film, har Newscorp givet tilsagn om ikke at købe enerettigheder og andre rettigheder for andre transmissionsmetoder end DTH. Det vil give operatører, der konkurrerer på andre platforme (f.eks. kabel, internet og UMTS), mulighed for at få direkte adgang til »premium«-filmindhold.
- (237) Newscorp har desuden givet tilsagn om i fremtidige aftaler med filmselskaberne ikke at sikre sig enerettigheder eller andre beskyttelsesrettigheder for »pay-per-view«, »video-on-demand« og »near-video-on-demand«.
- (238) Newscorp har også givet tilsagn om ikke at forsøge at få DTH-beskyttelsesrettigheder for betalings-tv ved genforhandling af eksisterende kontrakter.

2.2.2.1. Proportionaliteten i tilsagnet vedrørende løbetiden for fremtidige kontrakter med filmselskaber

- (239) Som nævnt ovenfor i forbindelse med tv-rettighe-der til film begrænses løbetiden for fremtidige DTH-enerettighedsaftaler med filmselskaberne til højst tre år. En kortere løbetid for produktionsaftaler med filmproducenter vil i høj grad mindske hindringerne for adgangen til markedet for køb af filmrettigheder til gavn for potentielle nye aktører på markedet for betalings-tv. Den kendsgerning, at »premium«-film er afgørende for at tiltrække seere og få dem til at abonnere på betalings-tv, indebærer, at en potentiel ny aktør meget let vil blive forhindret i at komme ind på markedet, hvis han ikke får mulighed for at købe rettigheder til »premium«-film. Denne hindring vil uundgåeligt blive resultatet af den kumulerede virkning af langtidsaftaler mellem den dominerende aktør på markedet og alle de store filmselskaber om hovedparten af disse selskabers produktion, uanset om initiativet hidrører fra det etablerede tv-selskab, fra filmproducenterne eller fra begge parter. Så længe en aftale om enerettigheder løber, vil den blotte mulighed for en anden køber for at byde være udelukket på grund af selve aftalen. I den foreliggende sag er denne hindring på grund af den kumulerede virkning af flere aftaler udvidet til at omfatte en særdeles stor bundet markedsandel af et afgørende vigtigt udbudsmarked. Det er grunden til, at aftalernes løbetid under disse omstændigheder er et meget vigtigt parameter. Hvis den fusionerede platform fik lov til fortsat at indgå langfristede aftaler med filmproducenterne fremover (f.eks. ved at få mulighed for at forlænge eksisterende kontrakter i yderligere ti år), ville det simpelthen ikke være muligt at få nye aktører ind på markedet for betalings-tv, og al potentiel konkurrence ville følgelig være udelukket. En løbetid på tre år anses desuden for at være rimelig, eftersom den er i tråd med de almindelige normer for kontrakter, der tidligere er indgået med italienske filmproducenter.
- (240) Hvis løbetiden for de ovennævnte aftaler med enerettigheder derimod begrænses til et rimeligt maksimum, vil en potentiel køber få mulighed for at afgive et bud til de enkelte filmselskaber på et mere regelmæssigt og hyppigere grundlag. Det vil skærpe konkurrencen på købersiden om erhvervelse af rettigheder til »premium«-film. På baggrund af de særlige træk ved det relevante købermarked anses en maksimal løbetid på tre år for at give den fornødne fleksibilitet, så der bliver tale om konkurrence, uden at det ødelægger udbydernes mulighed for at sikre salget af deres rettigheder i en vis periode. Selv om en løbetid på tre år er kortere end de aktuelle aftalevilkår, er det dog tilstrækkeligt til at fjerne alle eventuelle tekniske eller forretningsmæssige legitime bekymringer på udbudssiden.
- (241) Interesserede tredjeparter argumenterede for, at der som et alternativ til begrænsningen af produktionsaftalernes løbetid skulle gives filmselskaberne ret til ensidigt at ophæve kontrakter i fremtiden. Efter en grundig overvejelse konkluderede Kommissionen, at en sådan løsning ikke ville skærpe konkurrencen om »premium«-filmrettigheder lige så effektivt som en begrænsning af produktionsaftalernes løbetid, og at det desuden kunne medføre nogle uønskede virkninger, fordi filmselskaberne derved ville få uforholdsmæssigt stor forhandlingsstyrke, hvilket i sidste ende kunne være til skade for potentielle nye aktører på markedet.
- (242) Alle argumenter om, at den fusionerede platform vil få købermonopol på markedet for erhvervelse af tv-rettighe-der, må vurderes omhyggeligt — i relation til filmrettigheder — ud fra den kendsgerning, at et sådant købermonopol kun vil bestå, hvis og i givet fald så længe filmselskaberne (navnlig de store amerikanske filmselskaber) fastholder deres nuværende markedsføringsmodel, der er baseret på en opdeling i »windows«, og i henhold til hvilken »free-to-air«-tv-selskaber kun kan byde på rettighederne til en bestemt film, efter at det pågældende »betalings-tv-window« er behørigt udnyttet af betalings-tv-selskaber. Så snart rettighedshaverne beslutter at give »free-to-air«-tv-selskaber mulighed for at byde samtidig med betalings-tv-selskaberne på filmrettigheder — dvs. når de fjerner sondringen mellem et »free-to-air-tv-window« og et »betalings-tv-window« — forsvinder den fusionerede platforms købermonopol af sig selv. Det gælder især i lande som Italien, hvor der (som tidligere påpeget) helt klart består et vist samspil mellem »free-to-air«-tv og betalings-tv (på trods af at det fortsat er to særskilte markeder), og hvor de større radio- og tv-koncerner vides at råde over ganske betydelige finansielle midler. Filmselskaberne er derfor i forvejen i besiddelse af et kraftfuldt instrument, de kan gøre brug af efter for-godtbefindende for at modvirke den fusionerede platform eventuelle fremtidige købermonopol.
- (243) For det andet vil det være urealistisk kun at basere sig på en ensidig ret for filmselskaberne til at ophæve kontrakter for at løse problemet med hindringerne for markedsadgangen. En ensidig ret til at ophæve kontrakter sikrer ikke en regulær genforhandling mellem udbyderen og de potentielle købere. Den giver tværtimod udbyderen mulighed for automatisk at forlænge alle de oprindelige kontraktvilkår med den nuværende køber. I forbindelse med betalings-tv-selskabernes produktionsaftaler om filmrettigheder ville dette give særlig anledning til bekymring, fordi der er en række faktorer, som kan få filmselskaberne til at foretrække status quo. Betalings-tv-selskabernes produktionsaftaler om filmrettigheder indeholder en lang række forretningsmæssige betingelser. F.eks. kan fastsættelsen af afgifterne afhænge af flere for-

skellige tekniske parametre. Det kan være klassificeringen af film efter succes, engangsbeløb og/eller variable priser som f.eks. de såkaldte »Cent Per Subscriber« (CPS), antallet af abonnenter (som eventuelt beregnes efter en bestemt formel), minimumsgarantier eller loft over prisen. Andre afgørende vilkår kan f.eks. være kontraktens løbetid, hvilke film der er omfattet af aftalen, mængden og karakteren af produkter, som licenstagere skal købe hvert år og/eller i licensperioden, antallet af visninger, datoer for udsendelser, sikkerhedsforanstaltninger, betalingsvilkår og sikkerhedsstillelse. Såfremt markedsvilkårene ændrer sig — og det må de ifølge de hidtidige erfaringer forventes at gøre over tid — vil alle disse mange forskellige centrale vilkår være et potentielt incitament for filmselskaberne til at bibeholde status quo så længe som muligt. Jo stærkere denne inertie er, jo større vil markedsudlukkelseeffekten være, selv om der rent teoretisk består en ret til ensidigt at ophæve en kontrakt.

(244) For det tredje vil total usikkerhed om, hvornår et bestemt filmselskab vælger ensidigt at ophæve sin kontrakt med den fusionerede platform, i modsætning til en situation med en fast udløbsdato, ikke give en potentiel ny aktør på markedet mulighed for at planlægge sin entré på markedet ordentligt, navnlig ikke i finansiel henseende. For at komme ind på markedet er en potentiel ny aktør nødsaget til at nå op på en kritisk masse af »premium«-film. I forhold til denne begrænsning vil en ny aktørs forhandlingsposition være særligt svag, hvis der blot bestod ensidig ret til at ophæve en kontrakt. Den nye aktør måtte forsøge at overtale og forhandle med hvert enkelt filmselskab for sig, hvorimod modparten ville være klar over, at alle andre filmselskaber havde langfristede løbende kontrakter, og at der derfor ikke umiddelbart ville være nogen rettigheder til rådighed. Det er en anden grund til, at et sæt faste udløbsdatoer med regelmæssige intervaller vil betyde, at flere filmselskaber med jævne mellemrum eller mere eller mindre samtidigt vil søge købere, og dermed være langt mere effektivt og bedre for konkurrencen. Desuden opererer halvdelen af kontrakterne med de store amerikanske filmselskaber, der forsyner de fusionerende parter, med udløbsdatoer, som ligger højst tre måneder fra hinanden. Det betyder, at de nye kontrakter, der senere skal indgå med den fusionerede platform, må forventes at udløbe på datoer, der under alle omstændigheder ligger meget tæt på hinanden, eller samtidigt, hvis den fusionerede platform finder på at forhandle samtidige udløbsdatoer.

(245) Endelig er det en kendsgerning, at de fleste betalings-tv-selskaber med monopolstilling eller købermonopolstilling — hvis ikke dem alle — tidligere har indgået meget langfristede produktionsaftaler. Det var navnlig tilfældet med Telepiù i 1996. Det viser klart, at det vil være at overforenkne tingene at betragte løbetiden som løsningen på en entydig vertikal konflikt, hvor køberen nødvendigvis tilstræber at afkorte kontraktens løbetid imod udbyderens interesse, og det afspejler ikke de faktiske forhold på markedet korrekt.

2.3. »ENGROSTILBUDET« VEDRØRENDE »PREMIUM«-INDHOLD (PUNKT 10 I TEKSTEN MED TILSAGN)

(246) »Engrostitilbudet« skal give den nye enheds konkurrenter på andre platforme end DTH-platforme mulighed for at overleve eller komme ind på det italienske marked for betalings-tv. Den underliggende tanke er, at et sådant »engrostitilbud« vil mindske adgangshindringerne på markedet for betalings-tv ved at give betalings-tv-selskaber, der ikke sender via DTH, adgang til »premium«-indhold, det ellers ville være for dyrt for dem at købe direkte, eller som ikke ville være tilgængeligt for dem på grund af langfristede aftaler med enerettigheder mellem de etablerede aktører og udbydere af tv-indhold. Visse typer tv-indhold (primært — men ikke udelukkende — fodbold og film) betragtes som nødvendig for at tiltrække abonnenter, og er derfor afgørende for et hvilket som helst betalings-tv's succes.

(247) Det fremgik af bemærkninger fra tredjeparter til de markdstest, Kommissionen gennemførte, at netop dette tilsagn i sin oprindelige formulering rejste fem problemstillinger: a) rækkevidden af begrebet »premium«-indhold, b) de kontraktmæssige muligheder for at tilbyde de nødvendige rettigheder i forbindelse med et »engrostitilbud« til andre platforme end til DTH-platforme, c) eventuel samling af produkter i pakker, d) fastsættelsen af tilbuddets »engrospris« efter »detail minus«-princippet samt e) spørgsmålet om, hvorvidt alle interesserede tredjeparter vil få adgang til »engrostitilbudet«.

(248) Med hensyn til rækkevidden af begrebet »premium«-indhold, dækker tilsagnet nu et »engrostitilbud«, som omfatter alt »premium«-indhold, den fusionerede platform sender, uanset om dette indhold sendes via en basiskanal eller en pakke. Desuden vil alle former for betalings-tv indgå i »engrostitilbudet«, hvilket betyder, at tredjeparter også vil kunne tilbyde »pay-per-view« og/eller »video-on-demand« i forbindelse med det »premium«-indhold, der sendes af den fusionerede platform i disse former.

(249) Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt de rettigheder, der skal til for at afgive et »engrostitilbud«, vil være kontraktmæssigt tilgængelige, har Newscorp givet et tilsagn, som omfatter en »bestemmelse om at gøre sit bedste« med hensyn til erhvervelse af de ikke-DTH-rettigheder, der skal til, for at tilbuddet kan fungere. Såfremt den fusionerede platform efter således at have gjort sit bedste ikke har været i stand til at erhverve rettighederne til på ikke-DTH-baseret betalings-tv at sende visse former for indhold, som den har ret til at sende på DTH, skal den udfolde alle rimelige anstrengelser for at sikre en komplet pakke af indhold i »engrostitilbudet« for »premium«-indhold, herunder tilbud om passende alternativt indhold.

(250) Med hensyn til eventuel bundtning af produkter sikrer tilsagnet i sin nuværende udformning udtrykkeligt, at »engrostitilbuddet« ikke er bundtet, dvs. at en licenstaget får mulighed for udelukkende at benytte sig af et »engrostitilbud« i relation til »premium«-indhold, uden at være nødsaget til at betale for eller på anden måde bære omkostningerne ved basisindhold.

(251) Med hensyn til fastsættelse af prisen for »engrostitilbuddet« efter »detail minus«-princippet fremgår de grundlæggende principper på tilfredsstillende måde af tilsagnet, uden at det i urimelig grad begrænser den tilsynsførende myndigheds skønsmæssige beføjelser vedrørende brugen af en bestemt test, hvad enten det drejer sig om at vurdere, om der opereres med en for lille margen, eller om der er tale om anden form for konkurrencebegrænsende udnyttelse af en markedsstyrke. Desuden sikres der regnskabsmæssig adskillelse mellem den fusionerede platforms engrosvirksomhed og detailvirksomhed kombineret med en omkostningsallokering efter årsagsprincippet. Det vil bl.a. gøre det muligt at identificere uvedkommende omkostninger ved beregningen af prisen for »engrostitilbuddet«.

(252) Hvad angår den rabatstruktur (også kaldet »rate card«), der skal anvendes fremover, forpligter Newscorp sig til ikke at diskriminere mellem sin egen detailvirksomhed og tredjeparters detailvirksomhed eller blandt tredjeparter i detailleddet indbyrdes. Den fusionerede platform vil navnlig være forhindret i at udforme en rabatstruktur på en sådan måde, at kun dens egen detailvirksomhed får gavn af den højeste rabatsats, som dens engrosvirksomhed opererer med, til skade for tredjeparter i detailleddet.

(253) Det må på baggrund af ovenstående konkluderes, at systemet med et »engrostitilbud« og »detail minus«-princippet, der indgår deri, kan betragtes som hensigtsmæssige instrumenter til at løse de konkurrenceproblemer, der kan opstå med hensyn til ikke-DTH-operatørers adgang til markedet for betalings-tv, adgangen til »premium«-indhold og uretmæssig udnyttelse af en markedsstyrke.

2.4. DTT OG OPGIVELSE AF FREKVENSER (PUNKT 9, DEL I, OG HELE DEL III I TEKSTEN MED TILSAGN)

(254) Newscorps opgivelse af selskabets jordbaserede sendeaktiviteter forventes at forhindre, at dets stærke position inden for DTH udvides til at omfatte andre tekniske platforme, og vil give en potentiel betalings-tv-konkurrent størst mulig adgang til markedet. Det er grundlaget for det sidste tilsagn fra Newscorp. Opgivelsen af frekvenser vil frigøre både analoge og digitale frekvenser, som

andre operatører i så fald kan udnytte, idet digitale frekvenser i denne henseende har særlig betydning på grund af de muligheder, der ligger i den digitale teknologi.

(255) Som et logisk supplement til tilsagnet om opgivelsen af frekvenser forpligter Newscorp sig til ikke at gå ind i DTT-virksomhed, hverken som netoperatør eller som detailudbyder, hvorved andre operatører får mulighed for at komme ind på markedet.

(256) På denne baggrund synes tilsagnet om at opgive jordbaserede frekvenser og ikke gå ind i DTT-virksomhed at være tilstrækkeligt til at skabe gunstige forudsætninger for, at andre operatører eventuelt kan komme ind på markedet. Desuden sikrer det forhold, at den egnede køber til de jordbaserede frekvenser og den afviklede virksomhed skal være et selskab, som er villigt til at lade en eller flere kanaler indgå som betalings-tv i sin forretningsplan efter overgangen fra analogt til digitalt jordbaseret tv i Italien, at den fusionerede platform også får konkurrence fra DTT-baserede transmissionsmetoder.

2.5. ADGANG TIL PLATFORMEN (PUNKT 11 I TEKSTEN MED TILSAGN)

(257) Adgang til den platform og de tekniske tjenester, som er nødvendige for at sende betalings-tv, er en forudsætning for, at der rent faktisk er mulighed for konkurrence mellem platformene indbyrdes. De tilsagn, Newscorp har givet, sikrer i vidt omfang adgang til den fusionerede platform med det formål at skabe forudsætninger for en effektiv konkurrence.

(258) På baggrund af ovenstående bliver det lettere for nye aktører at komme ind på markedet for betalings-tv, og det bliver muligt for »free-to-air«-kanaler at blive sendt via DTH. Desuden løser de af Newscorp givne tilsagn de konkurrenceproblemer, der er forbundet med tredjeparters manglende mulighed for at få adgang til to alternative konkurrerende platforme, som eksisterede før fusionen (Streams og Telepius platforme).

2.6. BILÆGGELSE AF TVISTER/VOLDGIFT (PUNKT 15 I TEKSTEN MED TILSAGN)

(259) De givne tilsagn er i vidt omfang af adfærdsmæssig art. Det er derfor afgørende, at der etableres et effektivt til-

synssystem. De foreslåede tilsagn omfatter et effektivt tilsynssystem. Der er navnlig foreslået en mekanisme til bilæggelse af tvister, som omfatter dels et privat voldgiftssystem, dels henvisninger af afgørende tvister om adgang til platformen og om »engrostitilbuddet« til den italienske telekommunikationsmyndighed.

2.7. TILSAGNENE SKAL MINDST VÆRE GÆLDENDE TIL 31. DECEMBER 2011

- (260) Det er Kommissionens opfattelse, at tilsagnenes foreslåede gyldighedsperiode giver tilstrækkelige garantier til at sikre, at der genskabes effektiv konkurrence på det berørte marked.

3. KONKLUSION OM DE AF NEWSCORP GIVNE TILSAGN

- (261) På baggrund af det foranstående mener Kommissionen, at de af Newscorp givne tilsagn er tilstrækkelige til at løse de påpegede konkurrencebegrænsende virkninger på de berørte markeder under hensyntagen til de særlige træk ved den foreliggende fusion.

VII. TELECOM ITALIA'S INTERESSE I FUSIONEN

I. INDLEDENDE BETRAGTNINGER

- (262) I henhold til »aktionæraftalen« (jf. betragtning 12) med Newscorp har Telecom Italia en mindretalsaktiepost i den fusionerede enhed (19,9 %), udpeger ét medlem af bestyrelsen (så længe Telecom Italia kontrollerer mindst [0-10]* % af de stemmeberettigede aktier i den fusionerede enhed) og har en række rettigheder med hensyn til beskyttelsen af sin investering i platformen (vedtægtsændringer, ændring af aktivitetsområde, forøgelse/nedskrivning af kapitalen, udstedelse af værdipapirer, udbyttepolitik, likvidationsret og specifikke rettigheder vedrørende muligheden for et lukket offentligt udbud eller Newscorps salg af den fusionerede enhed).

- (263) Selv om Telecom Italia kun er mindretalsaktionær, forekommer det ikke realistisk blot at betragte det etablerede italienske teleselskabs investering som værende udelukkende af finansiel art. Det bygger til dels på den kends-

gering, at Telecom Italia i forvejen er direkte involveret i jordbaseret tv-spredning (gennem to »free-to-air«-tv-selskaber: La 7 og MTV).

- (264) Desuden deltager Telecom Italia i henhold til »rammeaftalen« (jf. betragtning 11) sammen med Newscorp i den foreløbige finansiering (før fusionen) af Stream (indtil fusionsaftalen er indgået) i form af forholdsmæssige aktionærlån for et beløb, der for de to parter tilsammen ikke overstiger [...] * EUR. Telecom Italia kan blive anmodet om at bidrage med yderligere midler i samme forhold til dækningen af det underskud, Stream måtte udvise i denne periode. Når overtagelsen er gennemført, vil Telecom Italia sammen med Newscorp deltage i finansieringen af den fusionerede platform gennem vedtægtsbestemte kapitaltilførsler, der står i forhold til selskabets aktiepost, for et beløb, der for de to parter tilsammen ikke overstiger [...] * EUR. Det er derfor klart, at Telecom Italias investering i den foreliggende handel og dermed også i den fusionerede platform er meget vigtig og relevant ⁽⁸¹⁾.

- (265) Telecom Italias deltagelse og finansielle støtte er blevet betragtet som en afgørende faktor for Newscorps beslutning om at overtage kontrollen med den fusionerede platform. Det afvises ganske vist af Telecom Italia i selskabets skriftlige bemærkninger til meddelelsen med klagepunkter ⁽⁸²⁾, men blev klart bekræftet af udtalelser fra den anmeldende part under den mundtlige høring.

- (266) Desuden synes der umiddelbart at foreligge en klar mulighed for en industriel, forretningsmæssig og strategisk tilpasning, som kan gennemføres som konsekvens af aftalen mellem den fusionerede satellitplatform og Telecom Italia. I denne forbindelse er det vigtigt at understrege, at der er en udpræget tendens til konvergens mellem telemarkedet og mediemarkedet, som tidligere var klart adskilt. Denne sondring bliver i stigende grad udvisket af den teknologiske udvikling, som til gengæld giver anledning til nye forretningsstrategier og -modeller, der har til formål at sikre kommerciel udnyttelse af de nye muligheder, en sådan konvergens åbner for.

- (267) Markedsundersøgelsen viste, at der består specifikke problemer i relation til den fusionerede platforms mulige interesse i at vælge Telecom Italia som sin privilegerede

⁽⁸¹⁾ Jf. artikel II, punkt 2.2 (finansiering), og artikel IV, punkt 4.1 (finansiering af den fusionerede platform) i rammeaftalen.

⁽⁸²⁾ Jf. punkt 4 i Telecom Italias skriftlige bemærkninger som svar på den ikke-fortrolige udgave af Europa-Kommissionens meddelelse med klagepunkter, der er fremsendt i henhold til Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til fusionsforordningen.

partner på telemarkederne. Tredjeparter har også hævdet, at det vil medvirke til fra starten at fjerne det faktiske/potentielle konkurrencepres, der ellers måtte forventes, og dermed potentielt foranledige begge parter til at udvikle gensidigt fordelagtige strategier/adfærdsmønstre på de markeder, hvor denne konvergens finder sted.

- (268) Desuden er der udtrykt bekymring for, at forbindelsen mellem Telecom Italia og den fusionerede platform med tiden skal føre til en konsolidering eller styrkelse af den dominerende stilling. Telecom Italia har på følgende markeder: a) internet-adgang, navnlig via bredbånd, og b) fastnettelefoni. Ved den samlede vurdering af fusionen bør man ikke overse de sandsynlige virkninger, som forbindelsen mellem Telecom Italia og den fusionerede platform kan få den første tid efter fusionen på de ovennævnte telemarkeder.

II. KOMMISSIONENS KOMPETENCE I HENHOLD TIL FUSIONSFORORDNINGEN TIL AT VURDERE, HVILKE VIRKNINGER TELECOM ITALIAS MINDRETALSAKTIEPOST KAN FÅ PÅ DE RELEVANTE MARKEDER

- (269) I sit svar på meddelelsen med klagepunkter bestred Newscorp ikke, at Kommissionen inden for rammerne af fusionsforordningen er berettiget til at foretage en vurdering af mindretalsaktionæren Telecom Italias stilling som potentiel konkurrent til den fusionerede platform på markedet for betalings-tv. Newscorp anførte dog, at fusionsforordningen ikke giver Kommissionen beføjelse til at forbyde en fusion med henvisning til, at den skaber eller styrker en tredjeparts dominerende stilling, og her tænkes på en enhed, som ikke i sig selv er involveret i fusionen (Telecom Italia) ⁽⁸³⁾. Newscorp henviser desuden til en række beslutninger, hvori Kommissionen på grundlag af fusionsforordningen har foretaget en vurdering af tredjeparters dominerende stilling i forbindelse med en fusion. Endelig anfører Newscorp, at Kommissionen rent teoretisk har ret i, at en sådan fusion vil kunne skabe eller styrke en tredjeparts dominerende stilling og følgelig kan være til skade for forbrugere ⁽⁸⁴⁾.

- (270) Newscorp henviser bl.a. til, at Kommissionen i beslutningen vedrørende Exxon/Mobil ⁽⁸⁵⁾ konkluderede, at en fusion kan forbydes i henhold til fusionsforordningen, hvis den skaber eller styrker en eller flere tredjeparters dominerende stilling (dvs. en dominerende stilling, der ikke kan henføres til de virksomheder, som er involveret i fusionen). Kommissionen begrundede det med, at der i artikel 2, stk. 3, i fusionsforordningen står, at fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling, skal erklæres uforenelige med fællesmarkedet. Artikel 2, stk. 3, er således i sin ordlyd ikke begrænset til forbud mod en fusion, som skaber eller styrker en dominerende stilling for en eller flere af de i fusionen deltagende parter (her kan også henvises til betragtning 1, 5 og 7 i forordningen). Kommissionen har givet udtryk for, at artikel 2, stk. 3, i fusionsforordningen ligeledes gælder skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling for en tredjepart.

- (271) I beslutningen vedrørende Exxon/Mobil bragte Kommissionen de ovennævnte principper i anvendelse med henvisning til to domme, nemlig Domstolens dom i sagen Kali und Salz ⁽⁸⁶⁾ og dom afsagt af Retten i Første Instans i sagen Gencor mod Kommissionen ⁽⁸⁷⁾.

- (272) Kommissionen fastslog i sin beslutning vedrørende Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico ⁽⁸⁸⁾, at fusionen styrkede en kollektiv dominerende stilling for to elektricitetselskaber, som ikke var umid-

⁽⁸⁵⁾ Sag IV/M. 1383, betragtning 225-229.

⁽⁸⁶⁾ Forenede sager C-68/94 og C-30/95 — Frankrig m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1998 I, s. 1375. Præmis 171 lyder således: »En fusion, der skaber eller styrker en dominerende stilling for de berørte parter og en virksomhed, der står uden for fusionen, kan vise sig at være uforenelig med den ordning uden konkurrenceforbrejning, traktaten tilsiger. Såfremt det antoges, at kun fusioner, der skaber eller styrker en dominerende stilling for deltagerne i fusionen, er omfattet af forordningen, ville det formål, der forfølges med den, ... delvis blive undergravet. Forordningen ville i så fald miste en ikke ubetydelige del af sin effektive virkning, uden at dette er en nødvendig følge af den nødvendige opbygning af den fællesskabsretlige ordning om kontrol med fusioner«.

⁽⁸⁷⁾ Sag T-102/96, Gencor mod Kommissionen, Sml. 1999 II, s. 753.

⁽⁸⁸⁾ Sag COMP/M. 2434.

⁽⁸³⁾ Punkt 7.1.1 i Newscorps svar på meddelelsen med klagepunkter.

⁽⁸⁴⁾ Punkt 7.3.5 i Newscorps svar på meddelelsen med klagepunkter.

delbart involveret i fusionen. Tilsvarende anførte Kommissionen i sin beslutning vedrørende EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico ⁽⁸⁹⁾, at EnBW's, EDP's og Cajasturs fælles overtagelse af kontrollen med det spanske forsyningselskab, Hidrocantábrico, ville styrke den eksisterende dominerende stilling. Endesa og Iberdrola havde i fællesskab (ingen af disse selskaber var direkte involveret i den anmeldte fusion. I denne beslutning fastslog Kommissionen, at EDF, som sammen med andre selskaber kontrollerede EnB2W, som følge af fusionen ikke længere ville have de samme incitamenter som tidligere til at udbygge kapaciteten på samkøringsforbindelsen mellem Frankrig og Spanien, hvilket ville eliminere de eksisterende spanske elværkers største potentielle selvstændige konkurrent (EDF selv) og fortsat holde det spanske elmarked isoleret fra de øvrige europæiske elsystemer uden for Den Iberiske Halvø ⁽⁹⁰⁾.

(273) Telecom Italia har i sine skriftlige bemærkninger anført, at eftersom Kommissionen har erkendt, at Telecom Italia ikke får nogen kontrollerende interesse i den fusionerede platform og ikke er en »berørt virksomhed« i den i fusionsforordningen fastsatte betydning, går Kommissionen ud over sine beføjelser, hvis den med henvisning til fusionsforordningen vil bedømme de eventuelle negative virkninger, som Telecom Italias betydende mindretalsaktiepost i den fusionerede platform vil få på de forskellige relevante markeder (både det italienske marked for betalings-tv og de italienske markeder for teletjenester) som følge af fusionen på den måde, den er konstrueret ⁽⁹¹⁾.

(274) Telecom Italia henviser bl.a. til, at hvis den foreliggende fusion blev gennemført i to forskellige faser, og Telecom Italias ikke-kontrollerende interesse i den fusionerede platform blev erhvervet på et senere stadium, ville denne erhvervelse af en ikke-kontrollerende interesse ikke være omfattet af fusionsforordningen, hvorfor Kommissionen ville være nødsaget til at anvende artikel 81 eller artikel 82 i EF-traktaten, hvis den i sidste ende ville vurdere eventuelle dermed forbundne konkurrenceproblemer.

⁽⁸⁹⁾ Sag COMP/M. 2684, betragtning 33 og 37.

⁽⁹⁰⁾ Jf. betragtning 33 i sag COMP/M. 2684. Fusionen blev i sidste ende godkendt, efter at EDF og den franske netoperatør, EDF/RTE, gav tilsagn om at træffe alle nødvendige foranstaltninger til at øge kapaciteten på samkøringsforbindelsen mellem Frankrig og Spanien til ca. 4 000 MW fra tidligere 1 100 MW.

⁽⁹¹⁾ Jf. punkt 5 og navnlig punkt 9-13 i de nævnte skriftlige bemærkninger.

Kommissionens fremgangsmåde i den foreliggende sag resulterer derfor i, at transaktioner, der i økonomisk henseende er ens, bliver behandlet forskelligt ⁽⁹²⁾.

(275) Telecom Italia anfører i sit skriftlige indlæg, at hvis der overhovedet bliver tale om en styrkelse af Telecom Italias dominerende stilling, vil det være en konsekvens af selskabets mindretalsaktiepost i den fusionerede platform og ikke af selve fusionen ⁽⁹³⁾. Telecom Italia erkender dermed indirekte, at der i det mindste består en årsags-sammenhæng mellem selskabets mindretalsaktiepost og de deraf følgende eventuelle negative virkninger på de forskellige relevante markeder. Telecom Italia synes dog fortsat at betragte sin deltagelse i den fusionerede platform som et forhold, der er uafhængigt af selve fusionen.

(276) Det er Kommissionens opfattelse, at Telecom Italias juridiske argumentation er forkert. I de aftaler, Newscorp har anmeldt, deltager Telecom Italia i fusionen med en aktiepost på 19,9 %, og det er dette faktiske forhold, der er juridisk relevant i forbindelse med vurderingen af den anmeldte fusion, og ikke Telecom Italias rent hypotetiske argumenter. Det fremgik desuden klart under den mundtlige høring, at Telecom Italias mindretalsaktiepost kan betragtes som en »strukturel del« af den anmeldte fusion og på ingen måde er det samme som, at Telecom Italia eventuelt erhverver en mindretalsaktiepost i den fusionerede platform på et senere stadium, dvs. efter fusionen. Desuden må det konstateres, hvilket Newscorp også anførte ved den mundtlige høring, at fusionen uden denne mindretalsaktiepost ikke ville være gennemført i den form, hvori den blev anmeldt til Kommissionen.

(277) Det er et meget kunstigt argument, at det skulle være muligt at udskille en afgørende del af den transaktion, hvorved fusionen gennemføres. Den foreliggende dokumentation viser da også, at det er et rent teoretisk forehavende at præsentere erhvervelsen af mindretalsaktieposten som en selvstændig transaktion, som Telecom Italia ville have mulighed for at gennemføre efter fusionen.

(278) I overensstemmelse med Domstolens retspraksis bl.a. i sagen Kali und Salz finder Kommissionen, at alle beslutninger baseret på fusionsforordningen må dække den

⁽⁹²⁾ Punkt 14 i de skriftlige bemærkninger.

⁽⁹³⁾ Punkt 16 i de skriftlige bemærkninger.

transaktion, hvorved en given fusion gennemføres, i sin helhed, herunder også mindretsaktieposter. Telecom Italia vil ikke anerkende, at transaktionen er struktureret på en sådan måde, at Telecom Italia forbliver mindretsaktionær i den fusionerede platform. Hverken den anmeldende part eller Telecom Italia har dog været i stand til at påvise, at fusionen ville være planlagt og gennemført også uden Telecom Italias deltagelse i foretagendet. Tværtimod er det fremgået klart — også af den mundtlige høring — at Telecom Italias tilstedeværelse er afgørende for fusionens gennemførelse.

(279) Den faktuelle og juridiske situation, der bliver konsekvensen af den anmeldte fusion, betyder, at Kommissionen kan undersøge og bedømme virkningerne af fusionen (herunder også mindretsaktieposter) på alle relevante markeder, hvor fusionen kan få negative virkninger af den art, der er beskrevet i artikel 2 i fusionsforordningen. Telecom Italia benægter tilsyneladende ikke, at der består en »årsagsforbindelse« mellem selskabets mindretsaktiepost og den mulige styrkelse af selskabets dominerende stilling på flere telemarkeder. Kommissionen mener af ovennævnte grunde, at Telecom Italias mindretsaktiepost er en integrerende del af den transaktion, hvorved fusionen gennemføres.

(280) Desuden undersøgte Kommissionen i denne forbindelse i en sag for nylig, der i henhold til artikel 9 i fusionsforordningen blev henvist til den spanske konkurrencemyndighed, nemlig sagen vedrørende *Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital* ⁽⁹⁴⁾, fusionen mellem to satellitplatforme i Spanien ⁽⁹⁵⁾ (Sogecable, der var kontrolleret af selskaberne Promotora de Informaciones SA (Prisa) og Group Canal+ SA (Group Canal+), og Vía Digital, der blev kontrolleret af Telefónica SA (Telefónica)) til én samlet platform, som ville blive kontrolleret af Prisa og Group Canal+ i fællesskab. Kommissionen mente, at der som følge af fusionen også bestod konkurrenceproblemer på visse markeder (telemarkeder), som ikke var direkte berørt af fusionen på grund af et andet selskabs stilling (Telefónica), der ikke havde nogen kontrollerende interesse i foretagendet ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁴⁾ Kommissionens beslutning af 14. august 2002 i sag COMP/M. 2845 — *Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital*. Offentliggjort på Kommissionens websted: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

⁽⁹⁵⁾ Sagen drejede sig om, at Promotora de Informaciones SA (Prisa) og Group Canal+ i fællesskab ville overtage kontrollen med den fusionerede spanske satellitplatform (efter at Sogecable var integreret i Vía Digital). I forbindelse med denne transaktion ville Telefónica have fået en betydelig mindretsaktiepost, men uden at have andel i kontrollen over den fusionerede enhed.

⁽⁹⁶⁾ Jf. den nævnte beslutnings betragtning 96, 100 og 102 om det spanske marked for internetadgang og betragtning 106-109 om det spanske marked for fastnettelefoni.

(281) Eftersom de negative virkninger, der er beskrevet i artikel 2 i fusionsforordningen, kan hidrøre fra den transaktion (og her tænkes på transaktionen i sin helhed), hvorved en fusion gennemføres, konkluderer Kommissionen, at den har beføjelse til at foretage sin konkurrencemæssige vurdering og reagere på påstande og argumenter, som berørte tredjeparter har fremsat i forbindelse med undersøgelsen og ved den mundtlige høring.

III. VURDERING PÅ GRUNDLAG AF ARTIKEL 2 I FUSIONSFORORDNINGEN

A. Horisontale virkninger på det italienske marked for betalings-tv

1. FJERNELSE AF KONKURRENCEPRESSET PÅ DEN FUSIONEREDE PLATFORM

1.1. Generelle betragtninger

(282) Transaktionen og forbindelsen mellem Telecom Italia og betalings-tv-plattformen med monopolstilling må vurderes ud fra de eventuelle horisontale virkninger, de kan få på selve markedet for betalings-tv (navnlig »pay-per-view«-tjenester og »video-on-demand«), som igen kan få negativ indvirkning på konkurrencen på visse telemarkeder.

(283) Det er vigtigt fra starten at understrege, at den markedsundersøgelse, der er gennemført i den foreliggende sag, i relation til betalings-tv-tjenester viste, at bestemte tjenester såsom »pay-per-view«, »near-video-on-demand« og »video-on-demand« bør betragtes som segmenter inden for det overordnede marked for betalings-tv ⁽⁹⁷⁾.

(284) Situationen før fusionen og den markedsundersøgelse, der er gennemført i den foreliggende sag, viste, at Telecom Italia har interesse i betalings-tv-tjenester og/eller udnyttelsen af visse former for »premium«-indhold via selskabets egne transmissionsmetoder, også selv om selskabet kun vil fokusere på et enkelt eller nogle få seg-

⁽⁹⁷⁾ »Pay-per-view« er en tjeneste, hvor kunden ud over at betale et tv-abonnement skal betale for det enkelte produkt for at se indholdet (f.eks. en film eller en sportsbegivenhed). »Video-on-demand« og »near-video-on-demand« er forskellige modeller for betalings-tv-kunders adgang til videindhold efter eget valg.

menter af betalings-tv-virksomhed (»video-on-demand« og »pay-per-view«).

(285) I denne forbindelse har tredjeparter hævdet, at Telecom Italias aktiepost (og plads i bestyrelsen for den fusionerede platform) vil give Telecom Italia et stærkt incitament til at medvirke til at styrke platformen i stedet for at konkurrere med den på markedet for betalings-tv, enten via selskabets indstillede kabelnetprojekt eller via dets egen xDSL-bredbåndsinfrastruktur. Et sådant strategisk valg forekommer ikke usandsynligt på baggrund af Telecom Italias ønske om at få dækket de tab, selskabet har lidt i de senere år, hvor selskabet drev Stream som et joint venture sammen med Newscorp. Samtidig vil Newscorp have interesse i at fastholde Telecom Italia inden for den fusionerede enhed for at sikre den betydelige finansielle støtte herfra.

(286) Blandt de hovedargumenter, der er fremsat i sagen, blev der især lagt vægt på, at »aktionærforbindelsen« giver de to selskaber sammenfaldende interesser og incitament til at anlægge fælles strategier/adfærdsmønstre med henblik på gensidigt at styrke hinanden i relation til både det »berørte marked« (betalings-tv) og de markeder, hvor der er tale om øget konvergens mellem medier og telekommunikation (internetadgang via bredbånd samt fastnettelefon).

1.2. *Newscorps argumentation*

(287) Newscorp hævdede i sit svar på meddelelsen med klagepunkter⁽⁹⁸⁾, at Telecom Italias tilstedeværelse med en betydende aktiepost i den fusionerede platform (under alle omstændigheder i form af et »ikke-kontrollerende engagement«) ikke svækker Telecom Italias eventuelle incitament til at konkurrere på markedet for betalings-tv (ved at vælge ikke at gå ind på markedet igen og/eller ved at samarbejde med den fusionerede platform) i forhold til situationen før fusionen, hvor Telecom Italia og Newscorp hver ejede 50 % af Stream. Desuden anførte Newscorp, at det er forkert at betragte Telecom Italia som en sandsynlig ny aktør på markedet for betalings-tv inden for den nærmeste fremtid i betragtning af de konkrete tekniske begrænsninger ved xDSL- og UMTS-teknologien som egnede alternativer til DTH, kabel og DTT til spredning af betalings-tv-tjenester.

(288) Newscorp hævder desuden, at kravet om bevisbyrde i almindelighed (og i særdeleshed i relation til eventuelle

⁽⁹⁸⁾ Punkt 7.1.1-7.2.12 i Newscorps svar på meddelelsen med klagepunkter.

incitament, den fusionerede platform måtte have for at indlede en samarbejdsstrategi med Telecom Italia), skal være i overensstemmelse med de krav, Retten i Første Instans fastsatte i sin dom i Tetra Laval-sagen⁽⁹⁹⁾. Newscorp mener derfor, at det er Kommissionen, der skal bevise, »at det er overvejende sandsynligt, at den fusionerede koncern vil anlægge en sådan strategi«⁽¹⁰⁰⁾.

1.3. *Generel vurdering*

(289) Kommissionen har på denne baggrund analyseret det foreliggende bevismateriale grundigt og undersøgt fusionens eventuelle virkninger i relation til de problemstillinger, der ved markedsundersøgelsen blev påpeget på det italienske marked for betalings-tv. Kommissionen er nået til den konklusion, at det bevismateriale, der foreligger i denne henseende, ikke giver mulighed for at afgøre, om den transaktion, ved hvilken fusionen gennemføres (dvs. herunder Telecom Italias mindretalsaktiepost), vil få negative virkninger⁽¹⁰¹⁾. I det følgende redegøres der detaljeret for de enkelte elementer, denne konklusion bygger på.

1.3.a) **Incitamentet for den fusionerede platform til at udnytte forbindelsen med Telecom Italia til at befæste sin dominerende stilling inden for betalings-tv gennem positiv forskelsbehandling af Telecom Italia**

(290) Det er korrekt, at forbindelsen mellem den fusionerede enhed og Telecom Italia i princippet kunne udnyttes til at styrke den fusionerede enheds dominerende stilling yderligere på markedet for betalings-tv. Telecom Italia er den dominerende aktør inden for xDSL-bredbåndadgang og forventes også at blive en meget stærk aktør inden for UMTS i fremtiden. Betalings-tv-tjenester og navnlig videoindhold kan tilbydes slutbrugerne via for-

⁽⁹⁹⁾ Sag T-5/02, Tetra Laval SA mod Kommissionen, dom af 25. oktober 2002, præmis 153 og 251.

⁽¹⁰⁰⁾ Punkt 7.2.12 i Newscorps svar på meddelelsen med klagepunkter.

⁽¹⁰¹⁾ Vedrørende bevisbyrde og beviskraft henvises til forenede sager C-68/94 og C-30/95, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1998 I, s. 1375, særlig præmis 110, 120, 128 og 246.

skellige transmissionsmetoder: DTH, kabel og i et vist omfang allerede i dag gennem xDSL-bredbåndsteknologi⁽¹⁰²⁾, medens DTT bliver operationelt inden for en overskuelig fremtid. Som nævnt får den nye DTH-plattform næsten monopolstilling på markedet for betalings-tv. Den reelle konkurrence forventes at blive meget begrænset, fordi det eneste andet betalings-tv-selskab, der i forvejen er aktivt på markedet, kun har et kabelnet af meget begrænset rækkevidde.

1.3.a)1. Markedsundersøgelse

(291) I denne forbindelse blev det under markedsundersøgelsen understreget, at Telecom Italia allerede i den nuværende situation kan være en af dem, der lægger størst konkurrencepres på den fusionerede enhed via sine kabelnettjenester og xDSL-bredbåndstjenester. Tredjeparter har anført, at Telecom Italia på grund af forbindelsen med den fusionerede platform måske hverken vil konkurrere eller have noget incitament til at konkurrere med platformen og/eller gå ind igen på markedet for betalings-tv, selv ikke via sit kabel-net⁽¹⁰³⁾ eller via ADSL.

(292) På denne baggrund har tredjeparter i forbindelse med markedsundersøgelsen og ved besvarelsen af markeds-testene udtrykt bekymring for den fusionerede enheds incitament til/interesse i at udnytte sin forbindelse med Telecom Italia til at »udvande« den konkurrencemæssige

⁽¹⁰²⁾ I forbindelse med internetadgang refererer udtrykket »båndbredde« til den hastighed, hvormed informationer kan overføres. Jo større båndbredde, jo højere hastighed på forbindelsen, og jo mere information kan et telekommunikationssystem overføre. Moderne applikationer inden for internettet og navnlig »video-on-demand« kræver overførsel af store mængder information og dermed meget hurtige bredbåndsforbindelser, hvis de skal kunne bruges af slutabonnenten. Den såkaldte »xDSL«-teknologi (Digital Subscriber Line) repræsenterer en form for højhastighedsbånd. Der er forskellige varianter af DSL-teknologien såsom ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), HDSL (High data rate Digital Subscriber Line) og VDSL (Very high data rate Digital Subscriber Line). De betegnes under et som »xDSL«-teknologier. Bredbåndstjenester kan leveres via det eksisterende kobberkabel, hvis det forbindes til såkaldt »enabling«-teknologi som f.eks. en af xDSL-teknologierne. xDSL-teknologierne kan i realiteten omdanne et kobberkabel til en digital højhastighedslinje og dermed overvinde de tekniske begrænsninger ved det traditionelle kobberkabels abonnentlinje. I denne henseende har også kabelnetinfrastrukturen til internetadgang via bredbånd samme ydeevne i forhold til slutbrugerne og kan betragtes som substituerbare med xDSL-teknologierne på efterspørgsels-siden.

⁽¹⁰³⁾ Telecom Italia kunne i realiteten genoptage sit kabelnetprojekt, som blev indstillet i 1998. Det drejer sig om færdiggørelsen af selskabets eksisterende kabelnet i Italien (det såkaldte »Socrates«-projekt), som oprindeligt skulle koble [...] millioner husstande til et HFC-net (Hyper Fiber Coaxial).

trussel fra den dominerende aktør inden for en af de eksisterende alternative metoder til transmission af betalings-tv-tjenester (internetadgang via bredbånd), som må forventes også at blive en stærk aktør inden for en af de fremtidige transmissionsmetoder (UMTS).

(293) Det blev endvidere antydet, at dette ønske om at stække konkurrencen også kunne opnås ved at give Telecom Italia en fortrinsstilling i forhold til selskabets konkurrenter på markedet for internetadgang via bredbånd ved f.eks. at gøre platformens indhold tilgængeligt for Telecom Italia på mere favorable vilkår (med hensyn til pris, kvalitet og tidspunkter). Til gengæld for denne favorable behandling og på grundlag af »aktionærforbindelsen« ville Telecom Italia muligvis føle sig mindre tilskyndet til at konkurrere med platformen i fuldt omfang via sin eksisterende virksomhed.

1.3.a)2. Kommissionens vurdering

(294) Kommissionen har for at kunne foretage sin vurdering bl.a. analyseret situationen i Italien med hensyn til udviklingen af de xDSL-teknologier, der eventuelt vil kunne anvendes til betalings-tv-tjenester inden for en overskuelig fremtid i konkurrence med satellittransmission. Kommissionen har også analyseret, hvilke incitamenter den fusionerede platform må forventes at have til at give Telecom Italia en mere favorabel behandling end konkurrenterne.

(295) Generelt kan ingen af de tredjeparter, der har udtalt sig om disse problemstillinger, benægte, at Telecom Italia er ved at afvikle sin normale virksomhed inden for betalings-tv-tjenester og i øjeblikket under ingen omstændigheder har noget større forretningsmæssigt incitament til at reaktivere sit kabelnet for at kunne tilbyde betalings-tv-tjenester i fuldt omfang.

(296) Med hensyn til xDSL-bredbåndsteknologier (navnlig ADSL) må det indrømmes, at denne teknologi rent teoretisk kunne betragtes som en brugbar transmissionsmetode til betalings-tv-tjenester som et alternativ til DTH inden for den nærmeste fremtid. ADSL-teknologiens udviklingsstade i Italien vil dog fortsat kræve omfattende investeringer og opgradering af nettet⁽¹⁰⁴⁾, før det kan transportere bundter af tv-kanaler (dvs. transmission, der giver alle slutbrugerne mulighed for at se udsendelsen på samme tid, f.eks. direkte udsendelser, fodboldkampe eller film).

(297) Det fremgik af Kommissionens undersøgelse, at Telecom Italia foreløbig ikke har afsat ressourcer til dette formål. Det udelukker ikke muligheden for, at selskabet kan beslutte at foretage sådanne investeringer fremover. Det

⁽¹⁰⁴⁾ F.eks. for at øge bredden af de nuværende netfunktionaliteter både på lang sigt og lokalt.

har i hvert fald ikke været muligt at tilvejebringe tilstrækkelig dokumentation i forbindelse med markedsundersøgelsen til at kunne drage den konklusion, at Telecom Italia allerede nu er en potentiel ny aktør på markedet for betalings-tv, og at den potentielle konkurrence fra denne nye aktør vil kunne stækkes i væsentligt omfang af selskabets »aktionærforbindelse« med den fusionerede platform.

- (298) Hvad angår de direkte og indirekte incitamerter, den fusionerede platform måtte have til at vælge Telecom Italia som sin foretrukne partner i selskabets egenskab af medejer og på grund af dets (forholdsmæssige) medfinansiering af DTH-plattformen (dvs. incitamerter, der kan tilskrives »aktionærforbindelsen«), foranlediger de kontraktmæssige bestemmelser, der er fastsat mellem platformen og Telecom Italia i relation til den foreliggende transaktion, ikke til at drage en sådan konklusion, dvs. at den fusionerede platform skulle give det etablerede teleselskab en særligt favorabel behandling som en direkte konsekvens af den transaktion, hvorved fusionen gennemføres (herunder altså også mindretalsaktieposten).
- (299) Ud fra ovenstående kan det ikke konkluderes, at den fusionerede platform på grund af Telecom Italias tilstedeværelse som mindretalsaktionær vil få ganske særlige incitamerter til at vælge dette etablerede teleselskab som sin foretrukne partner og dermed afværge den potentielle konkurrencemæssige trussel, Telecom Italia kunne udgøre, og samtidig styrke sin dominerende stilling på det italienske marked for betalings-tv.

1.3.b) Den fusionerede platform og Telecom Italias incitament til at udvikle parallelle eller fælles adfærdsmønstre/strategier, som yderligere vil begrænse de resterende muligheder for konkurrence mellem de to parter

- (300) Det er korrekt, at transaktionen og »aktionærforbindelsen« mellem betalings-tv-plattformen med monopol og Telecom Italia kan afføde betydelige incitamerter mellem parterne i relation til markedet for betalings-tv (navnlig »pay-per-view«-tjenester og »video-on-demand«), som igen vil kunne få negativ indvirkning på konkurrencen på telemarkederne. Navnlig vil Telecom Italia og den fusionerede enhed kunne koordinere deres aktiviteter vedrørende a) komplette betalings-tv-tjenester og »video-on-demand« og b) interaktive multimedietjenester, der opstår som resultat af konvergensen på medieområdet.

1.3.b)1. Markedsundersøgelse

- (301) Tredjeparter gjorde under markedsundersøgelsen Kommissionen opmærksom på, at det vil være urealistisk at

forvente, at den fusionerede platform ikke vil udnytte forbindelsen med Telecom Italia til at få adgang til dette selskabs meget store kundebase og dermed forsøge at udvide sit eget abonnentgrundlag ved at udnytte alle eventuelle fordele ved forbindelsen med det etablerede teleselskab, herunder i givet fald fælles forretningsinitiativer. Det var derfor rimeligt at forvente, at både det etablerede teleselskab og den fusionerede platform ville indgå forskellige former for stiltiende eller eksplicit samarbejde.

- (302) Tredjeparter har hævdet, at de to parter på grund af »aktionærforbindelsen« og den mulige »udvanding« af konkurrencetruslen kan være tilskyndet til at indgå aftaler, der giver mulighed for fælles udbud/køb af produkter eller tjenester til kunderne, så de derved forstærker deres respektive markedspositioner ved en gensidig udnyttelse af deres aktiver og infrastrukturer.
- (303) Tredjeparter har også understreget de potentielle risici ved, at begge parter kan indgå særligt favorable aftaler om den fusionerede platforms distribution af indhold eller om at kombinere multimedie- og/eller audiovisuelt indhold med teletjenester. Desuden viste markedstesten, at den fusionerede enhed og Telecom Italia på grund af deres forbindelse (mindretalsaktieposten og pladsen i bestyrelsen) kan have et incitament og tilstrækkelig manøvrermargin til at indgå mere strategiske alliancer/aftaler til skade den fusionerede enheds potentielle konkurrenter.

- (304) Næsten alle tredjeparter mener, at det vil bidrage yderligere til at give den fusionerede platform og Telecom Italia en enestående stærk konkurrencemæssig stilling på de respektive markeder og gøre det lettere for dem at anlægge parallelle strategier/foretage »markedsdelinger« inden for de segmenter på markedet for betalings-tv, som har deres interesse, og dermed yderligere begrænse det konkurrencepres, som Telecom Italia, såfremt der ikke havde bestået en forbindelse mellem de to parter, stadigvæk ville kunne udøve på en mindre del af det italienske marked for betalings-tv.

1.3.b)2. Newscorps argumenter

- (305) Newscorp har anført, at den fusionerede platforms incitament til at samarbejde med Telecom Italia efter fusio-

nen ikke reelt berøres af fusionen, eftersom den nye platform og Telecom Italia er kontraktmæssigt forpligtet med hensyn til deres engagement i projektet, og at der derfor ikke kan blive tale om, at den fusionerede platform vil forsøge fortsat at sikre sig Telecom Italias velvilje. Desuden kontrollerer Telecom Italia ikke den fusionerede platform, og dennes rationelle strategi vil derfor være kun at indgå i samarbejdsarrangementer, hvis det er den mest profitable strategi for den fusionerede platform selv ⁽¹⁰⁵⁾.

1.3.b)3. Kommissionens vurdering

(306) Kommissionen har på denne baggrund foretaget en grundig analyse af ovenstående argumenter og scenarier under hensyntagen til det lovfæstede krav om, at den konstaterede negative indvirkning på konkurrencen skal hidrøre fra den transaktion, hvorved fusionen gennemføres. På dette grundlag kan det ikke ud fra det faktuelle materiale, Kommissionen har indsamlet under hele sagsforløbet, påvises, at både platformen og Telecom Italia — såfremt Telecom Italia ikke har nogen mulighed for rent faktisk at udøve en »avgørende indflydelse« på den fusionerede platforms strategiske forretningsmæssige adfærd — vil have incitament til at udvikle parallelle eller fælles strategier/adfærdsmønstre, og at det i givet fald indebærer risiko for, at konkurrencen påvirkes i væsentlig grad som følge af den anmeldte fusion.

(307) Det må derfor konkluderes, at markedsundersøgelsen ikke har givet tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at den konkurrencemæssige risici, tredjeparter har påpeget under sagsforløbet, vil materialisere sig inden for en overskuelig fremtid som følge af den transaktion, hvorved fusionen gennemføres (dvs. herunder Telecom Italias mindretalsaktiepost i den fusionerede platform).

2. KONKLUSION

(308) Selv om det ud fra den historiske baggrund for den anmeldte fusion og den kontekst, hvori den gennemføres, ikke er urealistisk at formode, at forbindelsen mellem Telecom Italia og den fusionerede platform (en betydende mindretalsaktiepost og en plads i bestyrelsen) vil kunne eliminere en mulig kilde til potentiel konkurren-

ce, har det ikke kunnet godtgøres med den fornødne sikkerhed, at en sådan forbindelse vil bidrage yderligere til at styrke den fusionerede platforms dominerende stilling på det italienske marked for betalings-tv.

B. *Markeder for teletjenester, hvor fusionen vil kunne styrke det etablerede teleselskab Telecom Italias dominerende stilling*

(309) Telecom Italia opererer i Italien som bl.a. fastnet-, mobil- og satellittelefoniudbyder og som internetudbyder i både engrosledet og detailledet. Telecom Italia er desuden aktiv inden for design og oprettelse af hjemmesider, salg af online reklameplads og multimedietjenester. De forretningsområder hos Telecom Italia, der er særligt relevante i forbindelse med den foreliggende fusion, er internetadgang og fastnettelefonitjenester, som begge har tilknytning til eventuel levering af multimedietjenester.

(310) Telecom Italia har en dominerende stilling i Italien både på markedet for internetadgang via bredbånd og på markedet for fastnettelefoni.

1. ANALYSE AF EVENTUELLE NEGATIVE KONKURRENCEMÆSSIGE VIRKNINGER PÅ DE RELEVANTE TELEMARKEDE EFTER FUSIONEN

1.1. *Generelle betragtninger*

(311) Den fusionerede platform for eneret til at sende vigtige sportsbegivenheder (bl.a. — men ikke kun — fodbold) og film. Disse rettigheder har hidtil primært været udnyttet inden for satellittransmission på det italienske marked, og bestemmelser om negative enerettigheder og spærreregler i de relevante kontrakter gør det muligt for den fusionerede enhed at forhindre, at det samme indhold eller en del af det udnyttes på flere forskellige transmissionsplatforme (f.eks. internettet). I denne forbindelse er det værd at bemærke, at allerede under den italienske konkurrencemyndigheds behandling af den tidligere fusions sag, der er nævnt i betragtning 15, og som blev opgivet, tilbød den fusionerede platform at forpligte sig til at give afkald på sådanne negative enerettigheder og spærrerettigheder på andre platforme end DTH.

1.2. *Markedsundersøgelse*

(312) Markedsundersøgelsen har bekræftet, at multimedierettigheder som den fusionerede platforms (navnlig ved-

⁽¹⁰⁵⁾ Punkt 7.2.12 i Newscorps svar på meddelelsen med klagepunkter.

rørende fodbold og anden sport) er egnede til også at udnyttes via andre transmissionsmetoder end DTH, uanset hvilken netinfrastruktur det drejer sig om (internet, kabel, satellit eller andet). Navnlig er noget af dette programindhold (f.eks. fodboldbegivenheder) også egnet til at blive transmitteret med brug af xDSL-teknologi, det gælder f.eks. højdepunkterne i en fodboldkamp. I denne forbindelse har tredjeparter under sagsforløbet hævdet, at Telecom Italia på grund af sin indflydelse i den fusionerede platform vil være klart mere fordelagtigt placeret til at opnå underlicenser på favorable vilkår med enerettigheder til noget af den fusionerede platforms programindhold med henblik på udnyttelse via de transmissionsmetoder, Telecom Italia råder over, navnlig internetadgang via bredbånd. F.eks. har man peget på risikoen for, at andre internetudbydere, såfremt Telecom Italias portaler får det pågældende indhold stillet til rådighed på bedre vilkår (f.eks. i næsten-realtid) end andre portaler, helt klart vil blive stillet ringere rent konkurrencemæssigt.

- (313) Det er i relation til ovenstående korrekt, at såfremt der bliver tale om en mere favorabel behandling af Telecom Italia, kan dette selskabs nuværende markedsstyrke — som bl.a. er et direkte resultat af selskabets meget store kundebase — i sidste ende blive endnu større, fordi det får bedre mulighed for at skaffe nye kunder og fastholde gamle kunder ved at tilbyde sine tjenester i form af pakker, der omfatter både internetadgang via bredbånd, fastnettelefoni og multimedieindhold (en form for »tredobbelte tilbud«). Det etablerede selskabs enorme kundebase er et attraktivt og relevant element både for annoncører og for udbydere af programindhold i modsætning til konkurrenternes langt mindre kundebaser.
- (314) I dette scenarie kan der være risiko for, at Telecom Italias konkurrenter ikke vil kunne matche nogen af de eventuelle »tredobbelte tilbud«, Telecom Italia kan give. Følgen bliver, at andre teleoperatører med licens efter al sandsynlighed vil blive mindre attraktive for annoncører (og for udbydere af programindhold) ⁽¹⁰⁶⁾.

1.3. Newscorps argumentation

- (315) Newscorp har kraftigt bestridt, at fusionen skulle styrke Telecom Italias dominerende stilling inden for internetadgang via bredbånd og fastnettelefoni ved, at selskabet skulle få fortrinsstilling til den fusionerede platforms programindhold og dermed kunne sammensætte »tredobbelte tilbud«, som konkurrenterne ikke vil kunne matche. Newscorp anførte tværtimod, at det slet ikke er

⁽¹⁰⁶⁾ Telecom Italias konkurrenter inden for internetadgang via bredbånd er følgende: Fastweb (e.Biscom), Wind, Tiscali, Alacom, Gruppo I.net, MCI Worldcom (især for erhvervskunder). Nogle af disse selskaber konkurrerer også med Telecom Italia omkring fastnettelefoni (Wind-Infostrada, Alacom, Fastweb, Tiscali).

indlysende, at de øvrige aktionærer i den fusionerede platform vil ønske at give Telecom Italia en særligt favorabel behandling [...]*. Den fusionerede platform har intet incitament til at give Telecom Italia en fortrinsstilling til nogen former for programindhold. Den fusionerede platform kontrolleres ikke af Telecom Italia og fastsætter derfor selv sin forretningsstrategi. Den fusionerede platform har ikke behov for at sikre sig Telecom Italias fortsatte velvilje, eftersom Telecom Italia er kontraktligt forpligtet i relation til sin investering. Den fusionerede platforms rationelle strategi vil derfor være at give adgang til sit programindhold efter »armslængdeprincippet« på normale forretningsmæssige vilkår til alle tredjeparter, herunder også — men ikke kun — til Telecom Italia ⁽¹⁰⁷⁾.

1.4. Telecom Italias argumentation

- (316) Telecom Italia har erklæret, at selskabets aktiepost i den fusionerede platform udelukkende er en finansiel investering. Ifølge Telecom Italia ønsker man ikke en bestemt industriel, forretningsmæssig eller strategisk model gennemført ved hjælp af mindretalsaktieposten. Selskabet besluttede i 2000 at forlade markedet for betalings-tv, og hvis det tidligere fusionsforsøg (Vivendi-gruppens overtagelse af enekontrol over den fusionerede platform) var blevet realiseret, ville Telecom Italia have solgt hele sin aktiepost. Grunden til, at Telecom Italia fortsat optræder som mindretalsaktionær i den fusionerede platform [...]*, er begrundet i selskabets ønske om at genvinde nogle af de tidligere foretagne investeringer: Det er en simpel finansiel beslutning ⁽¹⁰⁸⁾.

1.5. Kommissionens vurdering

- (317) Kommissionen har på denne baggrund foretaget en grundig analyse af fusionens virkninger i relation til eventuelle konkurrencemæssige problemer, nemlig den mulige styrkelse af Telecom Italias dominerende stilling på de relevante italienske telemarkeder (internetadgang via bredbånd og fastnettelefoni).
- (318) Kommissionen har som nævnt ikke kunnet godtgøre, at den transaktion, hvorved fusionen gennemføres (altså også Telecom Italias mindretalsaktiepost), vil få som konsekvens, at Telecom Italia af den fusionerede platform indrømmes en mere favorabel behandling end de øvrige internetudbydere/teleoperatører med licens.

⁽¹⁰⁷⁾ Punkt 1.2.7 i Newscorps svar på meddelelsen med klagepunkter.

⁽¹⁰⁸⁾ Punkt 24 i Telecom Italias bemærkninger.

1.6. Konklusion

- (319) Det må ud fra det foranstående konkluderes, at der under sagsforløbet ikke er indsamlet tilstrækkeligt materiale til at påvise, at eventuelle negative virkninger for konkurrencen på de italienske telemarkeder vil være et resultat af den transaktion, hvorved fusionen gennemføres (altså også Telecom Italias mindretalsaktiepost).

2. KONKLUSION OM TELECOM ITALIAS »AKTIONÆRFORBINDELSE«

- (320) Fusionen vil ikke resultere i en mere varig styrkelse af Telecom Italias dominerende stilling på de telemarkeder (internetadgang via bredbånd og fastnettelefon), som er medtaget i vurderingen på grund af Telecom Italias »aktionærforbindelse« med den fusionerede enhed.

IV. TILSAGN VEDRØRENDE TELECOM ITALIA

- (321) Som nævnt i betragtning 222 forelagde Newscorp den 13. marts 2003 et revideret sæt tilsagn (i denne tekst betegnet som »tilsagn«) i overensstemmelse med artikel 8, stk. 2, i fusionsforordningen med det formål at få godkendt den pågældende fusion. Disse tilsagn bygger som sagt på de korrigerende foranstaltninger, der blev forelagt for Kommissionen den 31. oktober 2002 og den 14. januar 2003.
- (322) I de af Newscorp givne tilsagn indgår også tilsagn, der vedrører forbindelserne mellem den fusionerede platform og Telecom Italia.

1. RESUMÉ AF NEWSCORPS TILSAGN AF 13. MARTS 2003 VEDRØRENDE TELECOM ITALIA (PUNKT 13 I TEKSTEN MED TILSAGN)

- (323) De tilsagn, Newscorp har givet vedrørende sine forbindelser med Telecom Italia, går ud på følgende:

- a) Newscorp forpligter sig til ikke sammen med Telecom Italia at udvikle fælles tilbud, der kombinerer betalings-tv-tjenester og internetadgang via bredbånd, ikke at diskriminere til fordel for Telecom Ita-

lia med hensyn til udstedelse af underlicenser på audiovisuelt indhold, ikke at opfordre sine kunder til at anvende Telecom Italia som returkanal for deres interaktive tjenester og ikke at indgå strategiske aftaler med Telecom Italia uden Kommissionens forudgående godkendelse.

- b) Tilsagnene vedrørende Telecom Italia vil være gældende, så længe Telecom Italia har en aktiepost på mindst 6 % i den fusionerede platform og ret til at udpege et medlem af dens bestyrelse.

2. VURDERING AF TILSAGNENE VEDRØRENDE TELECOM ITALIA

- (324) Ud fra ovenstående konstateringer og konklusioner tager Kommissionen de af Newscorp givne tilsagn vedrørende forbindelserne med Telecom Italia til efterretning. Disse tilsagn udgør imidlertid hverken betingelser eller forpligtelser i relation til den foreliggende beslutning.

VIII. KONKLUSION

- (325) Af ovenstående grunde konkluderer Kommissionen, at den anmeldte fusion, under forudsætning af, at Newscorp overholder alle de givne tilsagn, ikke vil skabe eller styrke en dominerende stilling på markedet for levering af betalings-tv-tjenester eller på markederne for køb af enerettigheder til »premium«-film, årligt tilbagevendende fodboldbegivenheder med deltagelse af nationale klubhold og andre sportsbegivenheder eller på markedet for tv-kanaler, og at den ikke vil medføre en kraftig begrænsning af den effektive konkurrence på fællesmarkedet eller en væsentlig del af det. Fusionen bør derfor erklæres forenelig med fællesmarkedet i henhold til artikel 8, stk. 2, i fusionsforordningen og artikel 57 i EØS-aftalen under forudsætning af, at de i bilaget anførte tilsagn opfyldes —

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

Den anmeldte fusion, hvorved The News Corporation Limited (Newscorp) får fuld kontrol med virksomhederne Telepiù Spa og Stream Spa, erklæres for forenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen.

Artikel 2

Det er en forudsætning for anvendelsen af artikel 1, at News-corp fuldt ud efterkommer de i bilaget anførte tilsagn med undtagelse af punkt 13 i del II.

The News Corporation Limited
1211 Avenue des Americas
New York, NY 10036
Amerikas Forenede Stater.

Udfærdiget i Bruxelles, den 2. april 2003.

Artikel 3

Denne beslutning er rettet til:

På Kommissionens vegne
Mario MONTI
Medlem af Kommissionen

BILAG

Den fulde ordlyd af de i artikel 2 nævnte betingelser og tilsagn kan læses på Kommissionens websted på følgende adresse:

http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html.
