

**ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION**

**vom 2. April 2003**

**zur Erklärung der Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen**

**(Sache COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù)**

*(Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2003) 1082)*

**(Nur der englische Text ist verbindlich)**

**(Text von Bedeutung für den EWR)**

(2004/311/EG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,

gestützt auf das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, insbesondere auf Artikel 57 Absatz 2 Buchstabe a),

gestützt auf die Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen <sup>(1)</sup>, zuletzt geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1310/97 <sup>(2)</sup>, insbesondere auf Artikel 8 Absatz 2,

gestützt auf die Entscheidung der Kommission vom 29. Dezember 2002 zur Einleitung des Verfahrens in dieser Sache, nachdem den beteiligten Unternehmen Gelegenheit gegeben wurde, sich zu den Beschwerdepunkten der Kommission zu äußern,

gestützt auf die Stellungnahme des Beratenden Ausschusses für die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen <sup>(3)</sup>,

gestützt auf den Abschlussbericht des Anhörungsbeauftragten in dieser Sache <sup>(4)</sup>,

in Erwägung nachstehender Gründe:

(1) Am 16. Oktober 2002 wurde der Kommission nach Artikel 4 der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 („Fusions-

<sup>(1)</sup> ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 1; Berichtigung: ABl. L 257 vom 21.9.1990, S. 13.

<sup>(2)</sup> ABl. L 180 vom 9.7.1997, S. 1.

<sup>(3)</sup> ABl. C 92 vom 16.4.2004

<sup>(4)</sup> ABl. C 92 vom 16.4.2004.

kontrollverordnung“) ein Zusammenschlussvorhaben gemeldet, bei dem das Unternehmen The News Corporation Limited, Australia („Newscorp“) im Sinne von Artikel 3 der Fusionskontrollverordnung durch den Erwerb von Aktien über eine eigens dafür gegründete Gesellschaft die Kontrolle über die Gesamtheit der italienischen Bezahlfernsehunternehmen Telepiù Spa und Stream Spa („Telepiù“ bzw. „Stream“) erwirbt. Telepiù und Stream werden ihre Tätigkeitsfelder in einer gemeinsamen Satelliten-Bezahlfernsehplattform für den Direktempfang durch Privathaushalte (Direct-to-Home, DTH) zusammenlegen. Telecom Italia S.p.A. (etabliertes Telekommunikations-Unternehmen Italiens — „Telecom Italia“) wird an dieser neuen gemeinsamen Bezahlfernsehplattform eine Minderheitsbeteiligung (19,9 %) halten.

(2) Nach Prüfung der Anmeldung und des von Newscorp am 31. Oktober 2002 vorgelegten Bündels von Verpflichtungszusagen stellte die Kommission am 29. November 2002 fest, dass der angemeldete Zusammenschluss in den Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung fiel und schwerwiegende Bedenken hinsichtlich seiner Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen hervorruft. Deshalb beschloss die Kommission, das Verfahren gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c) der Fusionskontrollverordnung einzuleiten.

(3) Am 14. Januar 2003 legte Newscorp ein neues Bündel von Verpflichtungszusagen vor.

(4) Am 5. und 6. März 2003 fand eine mündliche Anhörung statt.

(5) Am 13. März 2003 legte Newscorp ein abschließendes Paket von Verpflichtungszusagen vor.

(6) Am 20. März 2003 wurde der Entwurf dieser Entscheidung vom Beratenden Ausschuss beraten.

## I. DIE BETEILIGTEN UNTERNEHMEN

- (7) Newscorp ist ein in den USA, Kanada, Europa, Australien, Lateinamerika und im Pazifischen Raum tätiges Medienunternehmen. Zu den Tätigkeitsfeldern von Newscorp gehören die Produktion und der Vertrieb von Spielfilmen und Fernsehsendungen, die Ausstrahlung von Fernsehsendungen über Satellit und Kabel, die Herausgabe von Tageszeitungen, Zeitschriften und Büchern, die Herstellung und der Vertrieb von Promotions- und Werbeprodukten und -diensten, die Entwicklung des digitalen Rundfunks, die Entwicklung von Zugangskontroll- und Abonnenten-Verwaltungssystemen sowie die Erstellung und der Vertrieb von Online-Programmen.
- (8) Telepiù besteht seit 1991 als analoge Bezahlfernsehplattform. Seit 1996 strahlt Telepiù auch Bezahlfernsehprogramme über Satelliten für den digitalen Direktempfang (DTH) und in geringerem Umfang über Kabel aus. Außerdem strahlt Telepiù in einer sehr kleinen Zahl von Gebieten des italienischen Hoheitsgebiets im Rahmen eines technischen Versuchs terrestrisches Digitalfernsehen (Digital Terrestrial Television, DTT) aus. Seit 1997 steht Telepiù unter der alleinigen Kontrolle von Vivendi Universal S.A. Telepiù ist vor allem über seine Niederlassungen tätig. Insbesondere Europa T.V., S.p.A. und Prima TV S.p.A. sind für die redaktionellen Aktivitäten der Telepiù-Kanäle und für den Kauf von Fernsehrechten für Sportereignisse und Filme zuständig. Sie besitzen jeweils eine Genehmigung für terrestrisches Analogfernsehen und für digitales Satellitenfernsehen. Omega TV S.p.A. ist verantwortlich für die Produktion eigener Sendungen und für die Verwaltung des digitalen Satelliten-Bezahlfernsehangebots von Telepiù. Atena Servizi S.p.A. stellt die technisch-administrativen Dienstleistungen für die digitale Plattform bereit und kauft die Ausstrahlungsrechte für die von Dritten produzierten Kanäle ein, die auf dieser Plattform angeboten werden sollen. TeleCare S.p.A. schließlich, ein von Atena Servizi kontrolliertes Unternehmen, ist zuständig für das Call Centre.
- (9) Stream wurde 1993 als Kapitalgesellschaft gegründet und begann 1998 in Italien mit der Ausstrahlung von Pay-TV-Programmen über Satellit für den DTH-Empfang. Von 1993 bis 1997 war Stream lediglich Diensteanbieter im Vertrieb von Bezahlfernsehsendungen für andere Betreiber. Gegenwärtig setzt Stream nur die Digitaltechnologie ein, wobei es seine Signale über Satellit und in geringerem Umfang über Kabel überträgt. Bis Mitte 2000 schlüsselten sich die Gesellschafter von Stream wie folgt auf: Telecom Italia (35 %), Newscorp (35 %), Cecchi Gori Group Finmavi S.p.A. (CGG) (18 %) und S.D.S. — Società Diritti Sportivi S.r.l. (SDS) (12 %). Seit Mitte 2000, d. h. nach der Genehmigung durch die Kommission<sup>(5)</sup>, wird Stream im Rahmen einer Aktionärsverein-

barung zu gleichen Teilen von Newscorp und Telecom Italia kontrolliert.

## II. DER ZUSAMMENSCHLUSS

- (10) Das Zusammenschlussvorhaben beinhaltet die Übernahme der Kontrolle über die Gesamtheit von Telepiù und Stream durch Newscorp Telepiù mit dem Ziel, deren Geschäftstätigkeit unter einem Dach fortzusetzen. Zu diesem Zweck schlossen Newscorp und Telecom Italia am 1. Oktober 2002 eine „Aktienkaufvereinbarung“ mit Vivendi Universal S.A., Group Canal+ S.A. und Canal+ Europe B.V. (zusammen „Vivendi-Gruppe“) über den Erwerb sämtlicher Anteile von Telepiù durch Newscorp über eine eigens dafür gegründete Gesellschaft mit Stream als alleinigem Eigentümer.
- (11) Gleichzeitig schlossen Newscorp und Telecom Italia einen „Rahmenvertrag“ mit folgenden Zielen: i) Finanzmittel für Stream bereitzustellen, ii) ihre Interessen und jeweilige Rolle in Stream neu festzulegen und — über Stream — eine 100 %ige Tochter von Stream zu gründen und mit Kapital auszustatten, und zwar eigens für die Übernahme von Telepiù, sowie iii) ihre künftigen Beziehungen als Anteilseigner von Stream und die damit verbundene Beteiligung an dieser speziell gegründeten Gesellschaft zu regeln. Im Anschluss daran ist die Gründung einer gemeinsamen DTH-Bezahlfernsehplattform für die Zusammenlegung der Aktivitäten von Stream und Telepiù vorgesehen.
- (12) Außerdem regelt die dem Rahmenvertrag beigefügte „Aktionärsvereinbarung“ die Beziehung zwischen Newscorp und Telecom Italia als Anteilseigner von Stream.
- (13) Telecom Italia wird an der gemeinsamen Plattform einen Anteil von 19,9 % und Newscorp einen Anteil von 80,1 % halten. Es besteht die Möglichkeit der Beteiligung weiterer Investoren aus rein finanziellem Interesse. Laut Aktienkaufvereinbarung können solche Investoren weder allein noch zusammen mit anderen Kontrollbefugnisse über die gemeinsame Plattform erlangen, d. h., sie können keinerlei Einfluss auf die Festlegung der Unternehmenspolitik ausüben noch werden sie an der Ernennung der Geschäftsleitung beteiligt.
- (14) Auch wenn er auf mehreren Verträgen beruht, ist der Erwerb der 100 %igen Kontrolle über Stream und Telepiù durch Newscorp als ein einziger Zusammenschluss zu werten, der allein zum Zweck der Übernahme der Kontrolle von Newscorp über die Gesamtheit der gemeinsamen Plattform erfolgt. Somit handelt es sich bei dem Zusammenschlussvorhaben um einen Zusammenschluss im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b) der Fusionskontrollverordnung.
- (15) Bei dem Vorhaben geht es um die Weiterentwicklung eines Vorgangs, der von der italienischen Kartellbehörde

(5) Sache COMP/M.1978 — Telecom Italia/News Television/Stream vom 29.6.2000, veröffentlicht auf der Website der Kommission: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

(„IAA“) im Jahr 2002 untersucht worden ist <sup>(6)</sup>. Bei dem damaligen Vorgang hätte anders als bei dem jetzigen Vorhaben die Vivendi-Gruppe die Kontrolle über die Gesamtheit der italienischen DTH-Bezahlfernsehplattform erworben, die aus der Zusammenlegung der Geschäftsfelder von Stream und Telepiù hervorgegangen wäre. Bei diesem Szenario war Telecom Italia gemeinsam mit Newscorp der „Verkäufer“, während im vorliegenden Fall Telecom Italia mit der gemeinsamen Plattform verbunden bleiben wird. Diese Transaktion wurde von der IAA mit Entscheidung vom 13. Mai 2002 mit einem Paket von Auflagen genehmigt, die im Wesentlichen den Verpflichtungszusagen entsprechen, die die beteiligten Unternehmen in der ersten Phase der Untersuchung der Kommission vorgelegt haben. Die Vivendi-Gruppe trat dann von diesem Geschäft zurück.

### III. GEMEINSCHAFTSWEITE BEDEUTUNG

- (16) Die betreffenden Unternehmen erzielen einen Umsatz von weltweit insgesamt mehr als 5 Mrd. EUR (Newscorp [...]\*) EUR im Juni 2002, Stream [...]\*) EUR im Jahr 2001, Telepiù [...]\*) EUR im Jahr 2001). Der gemeinschaftsweite Umsatz von mindestens zwei der beteiligten Unternehmen beläuft sich auf zusammengenommen mehr als 250 Mio. EUR (Newscorp [...]\*) EUR im Juni 2002 und Telepiù [...]\*) EUR im Jahr 2001, während Stream 2001 [...]\*) EUR verbuchte). Die beteiligten Unternehmen erzielen nicht mehr als zwei Drittel innerhalb ein und desselben Mitgliedstaats (Newscorp erzielt zwei Drittel seines Gemeinschaftsumsatzes im Vereinigten Königreich, Stream und Telepiù in Italien). Daher ist das Vorhaben von gemeinschaftsweiter Bedeutung im Sinne von Artikel 1 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung.

### IV. BEURTEILUNG NACH ARTIKEL 2 DER FUSIONSKONTROLLVERORDNUNG

#### A. SACHLICH UND RÄUMLICH RELEVANTE MÄRKTE

- (17) Der Zusammenschluss betrifft eine Reihe von Märkten innerhalb des Hoheitsgebiets von Italien.

#### 1. BEZAHLFERNSEHEN

##### **Sachlich relevanter Markt**

- (18) Newscorp ist der Auffassung, dass das Zusammenschlussvorhaben im Zusammenhang mit dem Gesamt-

fernsehmarkt in Italien, der sowohl das Bezahlfernsehen (Pay-TV) als auch das frei empfangbare Fernsehen (Free-TV) umfasst, bewertet werden sollte. Die beteiligten Unternehmen haben geltend gemacht, dass die Kommission die Wechselwirkung zwischen diesen beiden Segmenten in früheren Entscheidungen anerkannt hat <sup>(7)</sup>. Newscorp legt dar, dass es in Bezug auf den italienischen Markt Gründe geben kann, die die Kommission zu dem Schluss veranlassen, dass der sachlich relevante Markt sowohl das Bezahlfernsehen als auch das frei empfangbare Fernsehen umfasst. Die Stärke der frei empfangbaren Fernsehsender im speziellen Fall Italiens, so Newscorp, bilde eine wirksame Gegenmacht zu den Betreibern von Bezahlfernsehen.

- (19) Die im vorliegenden Fall durchgeführte umfassende Marktuntersuchung hat gezeigt, dass in Italien sowohl die Kunden als auch die Anbieter eine deutliche Unterscheidung zwischen frei empfangbarem Fernsehen (Free-to-Air-TV) und Bezahlfernsehen (Pay-TV) treffen. In die Untersuchung wurden frei empfangbare Fernsehsender, Kanalanbieter, Fußballvereine und Verbraucherverbände einbezogen. Die wichtigsten Fragen, die dabei zutage traten, sind in den nachfolgenden Abschnitten zusammengefasst.

#### **Frei empfangbare Fernsehsender**

- (20) Die Feststellung, dass es sich bei frei empfangbarem Fernsehen und Bezahlfernsehen um eigene Märkte handelt, ist sowohl von größeren (landesweiten Sendern) als auch von der breiten Mehrheit kleinerer (regionaler oder lokaler Sender) bestätigt worden. Nahezu alle befragten Sender äußerten, dass die Art des Inhalts und die Programme von Pay-TV-Veranstaltern nicht die dem Angebot von frei empfangbaren Sendern entsprechen. Damit sind die beiden Angebote für den Endverbraucher aus ganz unterschiedlichen Gründen attraktiv. Was die Austauschbarkeit auf der Angebotsseite angeht, so könnten zudem Pay-TV-Veranstalter nicht kurzfristig auf Free-to-Air-TV umstellen (und umgekehrt), ohne erhebliche zusätzliche Kosten oder Risiken auf sich zu nehmen, da sich auch die Unternehmensmodelle der beiden Geschäftsformen unterscheiden <sup>(8)</sup>. Free-to-Air-TV stützt sich insbesondere weitgehend auf Einnahmen aus Werbung oder staatli-

<sup>(6)</sup> Entscheidung der italienischen Kartellbehörde („IAA“) vom 13.5.2002 (Sache C/5109).

<sup>(\*)</sup> Teile dieses Textes wurden ausgelassen, um zu gewährleisten, dass keine vertraulichen Informationen bekannt gemacht werden. Diese Teile sind durch eckige Klammern und ein Sternchen gekennzeichnet.

<sup>(7)</sup> Entscheidungen der Kommission vom 10.9.1991, Sache IV/M.110 — ABC/Générale des Eaux/Canal+/W.H. Smith TV, Randnr. 11; und vom 20.9.1995, Sache M.553 — RTL/Veronica/Endemol, Randnr. 20. Die genannten Entscheidungen sind auf der Website der Kommission veröffentlicht: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

<sup>(8)</sup> Siehe Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft (ABl. C 372 vom 9.12.1997, S. 5), Randnr. 20. Unter „kurzfristig“ wird der Zeitraum verstanden, „in dem es zu keiner erheblichen Anpassung bei den vorhandenen Sachanlagen und immateriellen Aktiva kommen kann“.

chen Mitteln (staatliche Zuschüsse), Pay-TV hingegen auf Einnahmen aus Abonnementgebühren (und in etwas geringerem Umfang — in Italien ca. 5 %) Werbung.

- (21) Während beim frei empfangbaren Fernsehen der Marktanteil bzw. die Einschaltquote als Erfolgskennziffer (bezüglich der potenziellen Reichweite für Werbung) gilt, ist beim Bezahlfernsehen die Anzahl der Abonnenten maßgebend. Die Befragten haben außerdem angegeben, dass bei speziellen Sendeinhalten, beispielsweise Sport und insbesondere Fußball, Pay-TV-Sender mehrere Veranstaltungen — sogar zeitgleich — bieten können. Dieses Mehrkanalangebot ist dem für Free-to-Air-TV-Zuschauer weitaus überlegen, denn sie können sich höchstens ein Ereignis (etwa ein Fußballspiel) zur gleichen Zeit ansehen. Deshalb sind zum gegenwärtigen Zeitpunkt Bezahlfernsehen und frei empfangbares Fernsehen aus Verbrauchersicht nicht uneingeschränkt austauschbar. So haben einige Free-TV-Sender darauf hingewiesen, dass Pay-TV-Zuschauer oft an bestimmten Programmsparten interessiert sind, z. B. Sport und Kino, was nur im Pay-TV-Bereich angeboten wird.
- (22) Des Weiteren haben einige bekannte Sendeanstalten im Bereich des frei empfangbaren Fernsehens erklärt, dass auch im Fall des Bestehens eines bestimmten Maßes an Interaktion zwischen Bezahlfernsehen und frei empfangbarem Fernsehen Inhalteanbieter in der Regel ihre Einnahmequellen vermehren, indem sie beim Verkauf klar zwischen Bezahlfernsehen und frei empfangbarem Fernsehen unterscheiden. Dies trägt eindeutig zur Festlegung getrennter Märkte bei.

### Kanalveranstalter

- (23) Ähnliche Auffassungen sind von einer erheblichen Zahl von Kanalveranstaltern vertreten worden, nach deren Aussage Bezahlfernsehen und frei empfangbares Fernsehen getrennten Märkten angehören.
- (24) Ein weiterer Grund, sie angebotsseitig unterschiedlichen Wettbewerbssegmenten zuzuordnen, sind Unterschiede bei den typischen Einnahmenmodellen beider Sendeformen. Zudem wurde geäußert, dass beim Pay-TV (über die Abonnementsgebühr) zwischen Sender und Zuschauer eine unmittelbare wirtschaftliche Beziehung besteht, beim Free-TV hingegen nicht, da dort die wirtschaftliche Beziehung zwischen Sender und Werbekunden hergestellt wird. Außerdem könnte die Beziehung zwischen den beiden Arten von Fernsehen unter Berücksichtigung ihrer jeweilige Programmgestaltung aus Sicht der Endverbraucher eher als „ergänzend“ denn als „alternativ“ eingestuft werden.
- (25) Unter Berücksichtigung der angebotsseitigen Sicht von Produzenten von themenspezifischen Kanälen haben die

Befragten festgestellt, dass nur Pay-TV-Sender als mögliche Abnehmer von Inhalten angesehen würden, während Free-to-Air-TV-Veranstalter kaum eine angemessene Alternative darstellten.

- (26) Dessen ungeachtet waren einige Befragte auch der Meinung, dass alle Sender auf einem globalen Einzelhandelsmarkt für Zuschauer und einem globalen Großhandelsmarkt für den Erwerb von Programmmaterial miteinander im Wettbewerb stehen. In diesem Zusammenhang wurde erklärt, dass beim Erwerb so genannter Library-Filme (Filme, die von Nicht-Premium-Pay-TV-Kanälen ausgestrahlt werden) ein Wettbewerb zwischen Pay-TV und Free-TV bestehe. Auf bestimmte inhaltlicher Elemente angesprochen, räumte jedoch ein Dritter ein, dass im Allgemeinen kein Wettbewerb zwischen Pay-TV- und Free-TV-Betreibern beim Ankauf/Verkauf von Kanälen und Programmen bestehe. Ein weiterer Befragter stellte fest, dass auch wenn Pay-TV und Free-TV gesonderte Märkte darstellten, doch beide für die von ihnen ausgestrahlten Sendungen von den gleichen Quellen abhängig seien, was wiederum bedeute, dass in einem Segment ausgehandelte Preise und Bedingungen Auswirkungen auf das andere Segment hätten.
- (27) Dritte haben betont, dass sich die beiden Märkte im Wesentlichen in vier Punkten voneinander unterscheiden: a) Geschäftsmodell, das die beiden Produkte von der Angebotsseite her unterscheidet, b) Bedeutung, c) Inhalte und d) Sendeschema. Lässt man die ersten drei Punkte außer Acht, die bereits erörtert wurden, dann ist im Hinblick auf das Sendeschema vor allem festzustellen, dass frei empfangbares Fernsehen eine feste Programmstruktur über den Tages- und Wochenablauf hat, während das Bezahlfernsehen (insbesondere die Themenkanäle, die über Pay-TV-Plattformen angeboten werden) ein Sendeschema aufweisen, das mehrere Wiederholungen des gleichen Inhalts/Programms zu verschiedenen Zeitpunkten an einem Tag bzw. in einer Woche ermöglicht. Folglich können Pay-TV-Zuschauer das Programm ihrer Wahl (innerhalb des Bezahlkanals) zu mehreren Gelegenheiten an einem Tag und auch innerhalb einer Woche sehen.
- (28) Die Befragten haben allerdings zugegeben, dass das Vorhandensein einer großen Zahl terrestrischer, frei empfangbarer Fernsehsender in Italien das Vordringen von Pay-TV-Angeboten und in gewissem Umfang die Möglichkeit von Inhalteanbietern, ihre Produkte über Pay-TV-Plattformen zu vertreiben, beeinflusst.

### Fußballmannschaften

- (29) Fußballvereine sind besonders eng mit dem Pay-TV-Geschäft verbunden, da ihre Einnahmen in hohem Maße

vom Verkauf ihrer Übertragungsrechte an Pay-TV-Veranstalter abhängen. Dies ist in Italien besonders von Belang. So haben die meisten italienischen Fußballvereine (Mannschaften der A- und der B-Serie) erklärt, dass die Märkte von Bezahlfernsehen und frei empfangbarem Fernsehen klar unterscheidbar seien und das frei empfangbare Fernsehen nicht direkt auf dem gleichen Markt im Wettbewerb stünde wie Pay-TV-Anbieter. Der Unterschied beruht auf vier Hauptfaktoren: a) technische Unterschiede, b) Bestehen eines Lizenzierungs-/Genehmigungssystems, das für das Agieren in diesem Sektor notwendig ist, c) Verhältnis zu den Endverbrauchern und d) unterschiedliche Finanzierungssysteme für die beiden Arten von Fernsehen. Zu diesen grundlegenden Unterschieden kommt noch der Hauptunterschied in Form des für die beiden Märkte typischen „Produktangebots“ hinzu.

(30) Für die Angebotsseite wurde angeführt, dass im Hinblick auf Live-Übertragungen von ganzjährig stattfindenden Spielen (beispielsweise die italienische Liga, die A- oder die B-Serie), das frei empfangbare Fernsehen nicht mit dem Bezahlfernsehen um den Erwerb der entsprechenden ausschließlichen Rechte konkurriert, während bei Freundschaftsspielen, Höhepunkten oder anderen Produkten ein gewisser Wettbewerb bestehe. Die Mehrheit der Fußballmannschaften betrachtet „Fußball“ als ein einzigartiges Produkt, das vor allem zur Verwertung im Pay-TV-Segment angelegt ist. Ausnahmen davon kann es geben (z. B. bei Höhepunkten oder verschobenen Spielen), was zeigt, dass auch ein gewisser Spielraum für das frei empfangbare Fernsehen zur Verwertung von fußballbezogenen Produkten besteht, aber diese Fälle treten nur sporadisch auf und sind nur am Rande von Bedeutung.

(31) In diesem Zusammenhang erklärten einige Befragte, man könne argumentieren, Bezahlfernsehen und frei empfangbares Fernsehen operierten auf demselben Markt, da die Rechteinhaber (die Fußballvereine), das Produkt (das Fußballspiel) und das Ziel (die Verbraucher) letztlich unabhängig von der Sendeform (kodiert oder unkodiert) gleich seien. Es liegt am a) Umstand, dass Pay-TV-Plattformen die Möglichkeit haben, mehrere Spiele gleichzeitig auszustrahlen, und b) dass Fußballvereine, insbesondere mittelgroße und kleine, ihre Rechte lieber an Bezahlfernsehbetreiber verkaufen, um die Zuschauer im Stadion zu halten, sowie an den c) Merkmalen und dem Marktverhalten der meisten Fußball-Rechteanbieter, dass jedoch der Schluss gezogen werden kann, dass zwischen den Produkten ein klarer Unterschied besteht, der es möglich und passend erscheinen lässt, sich um selbige zu bewerben.

### Verbraucherverbände

(32) Befragt wurden große italienische Verbraucherverbände (Adusbef, Aduc, Altroconsumo, Codacons, Confconsumatori, Federconsumatori). Die Befragten erklärten, dass

in Italien aufgrund des großen Netzes von frei empfangbaren Fernsehsendern mit einem umfangreichen Programmspektrum zwischen Free-TV und Pay-TV möglicherweise Wettbewerbsdruck bestehe, es aber dennoch unwahrscheinlich sei, dass eine Anhebung der Abonnementsgebühr um 5-10 % bei einer Pay-TV-Plattform Verbraucher dazu bewegen würde, „umzusteigen“, ein vorhandenes Abonnement zu kündigen oder gar kein Abonnement einzugehen <sup>(9)</sup>.

(33) Das liegt vor allem daran, dass sich Pay-TV-Abonnenten in der Regel vom Free-to-Air-TV-Zuschauer unterscheiden. Verbraucher, die bereit sind zu abonnieren, sind von einem so einem so starken Interesse an speziellen Themen (Sport, Spielfilme oder Musik) motiviert, dass aus ihrer Sicht traditionelle frei empfangbare Sender nicht imstande sind, diese Interessen abzudecken. Hierzu wurde dargelegt, dass die Entscheidung für ein Abonnement oft gefühlsmäßig getroffen wird, aus dem starken Wunsch nach dem vom Pay-TV angebotenen Inhalt heraus, beispielsweise nach Fußballspielen der Lieblingsmannschaft des Landes. Durch diese Besonderheit scheint es, dass die Grenzen zwischen dem Verbraucher von Pay-TV-Leistungen und dem „Anhänger“ bzw. Fan einer speziellen Mannschaft oder Sportart oder Inhaltsform verwischen.

### Zusätzliche Elemente

(34) Die Marktuntersuchung hat eine Reihe weiterer Elemente ermittelt, die für eine Marktunterscheidung zwischen Bezahlfernsehen und frei empfangbarem Fernsehen sprechen.

(35) Das erste Element betrifft den Unterschied bei den Geräten, die für den Empfang von Bezahlfernsehen im Gegensatz zum frei empfangbaren Fernsehen erforderlich sind. Ein Pay-TV-Verbraucher benötigt einen Decoder (die so genannte Set-Top-Box bzw. STB), die das Übertragungssignal entschlüsselt. Die STB muss zusätzlich zum handelsüblichen Fernseher gekauft oder gemietet werden. Bei der STB handelt es sich um ein Gerät, das für den terrestrischen analogen Rundfunk nicht erforderlich ist. Der Unterschied bei den Geräteanforderungen ist besonders in Italien von Belang, da derzeit kein terrestrisches Digitalfernsehen (DTT) kommerziell verfügbar ist. Es ist nicht ausgeschlossen, dass dieser Unterschied in der Zukunft an Bedeutung verliert, da mit der Einführung von DTT „terrestrische“ Fernsehgeräte ebenfalls einen Decoder benötigen, um die digitalen Signale empfangen zu können. Die italienische Regie-

<sup>(9)</sup> In diesem Zusammenhang ist die „Kündigungsquote“ das Maß der Abneigung von Verbrauchern gegenüber Bezahlfernsehen. Aus den Antworten geht hervor, dass eine Erhöhung um 15-20 % eher geeignet ist, Abonnenten zum „Umstieg“ zu bewegen.

rung plant die Einführung von DTT jedoch für Ende 2006 (im Gegensatz zu anderen Ländern wie Spanien oder dem Vereinigten Königreich <sup>(10)</sup>, wo digitale terrestrische Übertragungswege bereits in Betrieb sind). Zudem lassen die jüngsten Marktprognosen darauf schließen, dass die Abschaltung des analogen Fernsehens in Italien sogar erst noch später erfolgen wird.

- (36) Ferner spielen auch die speziellen Funktionen eine Rolle, die die Digitaltechnik bietet und die den Verbrauchern bisher nur über das Bezahlfernsehen zur Verfügung stehen. Abgesehen von der Möglichkeit, unterschiedliche Veranstaltungen über mehrere Kanäle gleichzeitig zu zeigen, bietet Pay-TV in Italien ein ganzes Spektrum zusätzlicher Funktionen, die nur die Digitaltechnik ermöglicht. Anschauliche Beispiele dafür sind die elektronischen Programmführer (Electronic Programme Guides, EPG) und die Interaktivität. Die Zuschauer von Sportveranstaltungen können ihre Betrachtungsweise nach eigenen Wünschen gestalten, beispielsweise bei Grand-Prix-Rennen der Formel 1 zwischen verschiedenen Kameras wechseln (von einer Fahrzeugperspektive zu einer anderen, oder zum Boxenstopp), sich ein Tor während eines Fußballspiels noch einmal ansehen oder auf eine andere Kamera schalten, um einen Strafstoß aus der Torperspektive zu verfolgen.
- (37) Alle dargestellten Elemente lassen darauf schließen, dass Bezahlfernsehen und frei empfangbares Fernsehen in Italien gegenwärtig noch getrennte Märkte sind, auch wenn unbestreitbar eine Wechselwirkung zwischen beiden besteht. Es steht fest, dass der Anreiz für einen Zuschauer, sich für ein Pay-TV-Abonnement zu entscheiden, um so geringer ist, je attraktiver das Angebot eines frei empfangbaren Fernsehsenders ist. Das spielt besonders in Ländern wie Italien eine Rolle, wo das frei empfangbare Fernsehen eine breite Auswahl von Programmen zur Verfügung stellt, von denen einige durchaus attraktive Inhalte anbieten. So gesehen beschränkt das frei empfangbare Fernsehen das Bezahlfernsehen zweifellos in gewissem Maße.
- (38) Die entscheidende Frage lautet jedoch, ob diese Beschränkung so stark ist, dass das frei empfangbare Fernsehen zu einem Ersatz für Bezahlfernsehen wird. Die Attraktivität eines frei empfangbaren Fernsehsenders hängt, und das liegt in der Natur der Sache, von den Inhalten ab, die er den Zuschauern bietet. Wie die Marktuntersuchung zeigt, stehen die Arten von Inhalten, die in Italien als „Premium“ gelten (insbesondere erfolgreiche neue Spielfilme und Sport, vor allem Fußball), momentan nur für und über Pay-TV-Sender zur Verfügung. Zudem zeigen Fußballvereine ein starkes Interesse, ihre Übertragungsrechte nur an Pay-TV-Betreiber zu verkaufen. Außerdem verkaufen die meisten bekannten

Filmproduzenten ihre Ausstrahlungsrechte für einen bestimmten Film im Rahmen eines „Windowing“-Systems (d. h. eines Systems mit mehreren Verwertungsstufen), bei dem die Verwertung im Bezahlfernsehen zeitlich vor der Verwertung im frei empfangbaren Fernsehen vorgesehen ist. Inhalteanbieter sind bisher nicht bereit, die Pay-TV-Verwertungsstufe aufzugeben, da dies den Verzicht auf eine zusätzliche Einnahmequelle bedeuten würde. Solange dieses Geschäftsmodell praktiziert wird, kann das frei empfangbare Fernsehen, wenn es um die Ausstrahlung erfolgreicher aktueller Spielfilme unmittelbar nach der Videoverwertungsstufe geht, im Wettbewerb mit dem Bezahlfernsehen nicht mithalten. Deshalb besteht derzeit in Italien ein eindeutiger Unterschied bezüglich der Premium-Inhalte, die frei empfangbares Fernsehen und Bezahlfernsehen anbieten können, und ganz besonders hinsichtlich des Zeitpunkts, zu dem ein solcher Inhalt ausgestrahlt wird.

- (39) Die gegenwärtige Sachlage schließt jedoch nicht aus, dass die Trennlinie zwischen den beiden Märkten nicht in Zukunft zunehmend verwischt, und zwar u. a. wegen der allgemeinen technischen Entwicklung und dem Voranschreiten der Digitalisierung in Italien. Die künftige Einführung von DTT in Italien wird mit Sicherheit zu Veränderungen in der Fernsehlandschaft führen. Außerdem dürfte auch die generelle Tendenz der Annäherung von unterschiedlichen audiovisuellen Medien einerseits und von Medien und Telekommunikation andererseits eine zunehmende Angleichung der unterschiedlichen Wege, auf denen Unterhaltung und Informationen zu den Verbrauchern gebracht werden, sowie der Wege, auf denen die Verbraucher sie erleben, zur Folge haben.

### Frühere Kommissionsentscheidungen

- (40) Die Erkenntnisse der Marktuntersuchung in der vorliegenden Sache gleichen denen der relevanten Marktdefinitionen, die von der Kommission in früheren Fällen und durch Wettbewerbsbehörden anderer Mitgliedstaaten aufgestellt wurden <sup>(11)</sup>. Die Kommission hat in früheren Fällen den Standpunkt vertreten, dass es einen eigenen Markt für Pay-TV gibt, ohne zwischen terrestrischer Übertragung, Satellit, Kabel oder anderen Übertragungswegen zu unterscheiden. Dieser Markt finanziert sich über Abonnements und in geringerem Umfang über Werbung und ist getrennt vom Markt für frei empfang-

<sup>(10)</sup> In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass in Spanien Quiero TV bis Mitte 2002 als Pay-TV-DTT-Sender ausgestrahlt wurde und im Vereinigten Königreich ITV über DTT übertragen wird.

<sup>(11)</sup> Siehe beispielsweise für das Vereinigte Königreich in der Sache NTL/CWC, <http://www.competition-commission.org.uk/fulltext/437c2.pdf>, für Italien die Entscheidung der IAA (vgl. Fußnote 6) zur Fusion Group Canal+/Stream vom 13.5.2002 sowie für Spanien die Entscheidung der spanischen Regierung in der Sache Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital vom 29.11.2002.

bares Fernsehen, das sich durch Werbung und/oder staatliche Zuschüsse finanziert <sup>(12)</sup>.

gezeigt, dass sie vorerst als Segmente des Pay-TV-Marktes anzustufen wären <sup>(15)</sup>.

### Fernsehkkanäle, insbesondere DTH-Pay-Kanäle

- (41) Während bei frei empfangbarem Fernsehen eine Handelsbeziehung nur zwischen dem Programmanbieter und der werbenden Wirtschaft besteht, existiert bei Pay-TV auch eine direkte Handelsbeziehung zwischen dem Programmanbieter und dem Zuschauer als Abonnenten. Pay-TV wird also über ein Netz von Vertriebsgesellschaften bzw. mittels Verkaufskräften vermarktet. Ein Abonnentenverwaltungssystem ist unerlässlich, und der Pay-TV-Veranstalter benötigt eine Zugangskontrolltechnologie (CAS), um den Zugang zu seinen Diensten auf zahlende Abonnenten zu beschränken.
- (42) Die Wettbewerbsbedingungen sind daher für Bezahlfernsehen und frei empfangbares Fernsehen unterschiedlich. Beim frei empfangbaren Fernsehen ist das Verhältnis zwischen den Einschaltquoten und den Werbegebühren der entscheidende Parameter, während für Pay-TV das Verhältnis zwischen der Programmgestaltung und der Anzahl der Abonnements maßgebend ist. Der Umstand, dass Abonnenten bereit sind, erhebliche Summen für Pay-TV zu zahlen, zeigt klar, dass es sich bei Pay-TV um ein eigenes Produkt mit einem klaren Ziel handelt.
- (43) Hinsichtlich weiterer Dienste in Verbindung mit Pay-TV hat die Kommission in früheren Fällen zwei andere mögliche Märkte ausgemacht: Pay-Per-View-Dienste <sup>(13)</sup> und digitale interaktive Fernsehdienste <sup>(14)</sup>, wobei Letztere als mit Pay-TV verbunden und als Ergänzung dazu angesehen wurden. In Bezug auf besondere Dienste wie Pay-per-View (PPV), Near-Video-on-Demand (NVoD) und Video-on-Demand (VoD) hat die Marktuntersuchung
- (44) Zwischen Pay-TV-Spartenkanälen (in einigen Mitgliedstaaten getrennt vermarktet <sup>(16)</sup>) und Pay-TV-Plattformen besteht eine gewisse Übereinstimmung. Einzelne Kanäle können nicht von Mehrkanal-Pay-TV-Sendern wie Stream und Telepiù aufgenommen werden, wo Abonnenten die Möglichkeit haben, ein Programmpaket mit einem Basis- und einen Premium-Inhalt (Bouquet) zu erwerben. Doch in beiden Fällen (DTH-Kanäle und Mehrkanal-Pay-TV) besteht im Zuge der Marktuntersuchung vorgelegten Angaben zufolge eine direkte Handelsbeziehung zwischen dem Programmanbieter und dem Zuschauer als Abonnenten. Beide werden über ein Netz von Vertriebsgesellschaften bzw. mittels Verkaufskräften vermarktet. Ein Abonnentenverwaltungssystem ist unerlässlich, und beide benötigen ein Zugangskontrollsystem (CAS), um den Zugang zu ihren Diensten auf zahlende Abonnenten zu beschränken.
- (45) Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Fall ist die Kommission zu dem Schluss gelangt, dass in der Zukunft unabhängige DTH-Kanäle auf dem italienischen Markt eine Wettbewerbsbeschränkung gegenüber Mehrkanal-Pay-TV-Plattformen wie Stream und Telepiù darstellen könnten, vor allem, wenn sie Premium-Inhalte einschließen (aktuelle Spielfilme, Sport und Fußballspiele).
- (46) Auf jeden Fall ist es nicht notwendig zu ermitteln, ob Pay-TV-Kanäle möglicherweise einen eigenen Markt innerhalb des Marktes für Pay-TV-Dienste insgesamt bilden, da der Zusammenschluss nach jeder möglichen Definition des sachlich relevanten Marktes zur Verstärkung einer beherrschenden Stellung führen würde.

### Schlussfolgerung

- (47) Ausgehend von den bisherigen Ausführungen kann festgestellt werden, dass die Marktuntersuchung gezeigt hat, dass in Italien zwar ein dynamisches Wechselspiel zwi-

<sup>(12)</sup> Sache COMP/JV.37 — BskyB/Kirch Pay TV, Sache IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Première, Sache COMP/M.2211 — Universal Studio Networks/De Facto 829 (NLT) Studio Channel Ltd, Sache COMP/JV.57 — TPS, Sache COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital. In einigen dieser Entscheidungen wurde darauf hingewiesen, dass ein weiteres Merkmal des Bezahlfernsehens darin besteht, dass Zuschauer ein Entschlüsselungsmodul (Decoder) benötigen. Hierzu ist anzumerken, dass gegenwärtig Set-Top-Boxen auch für frei empfangbares digitales terrestrisches und Satellitenfernsehen erforderlich sind. Alle genannten Entscheidungen sind auf der Website der Kommission veröffentlicht: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

<sup>(13)</sup> Sache COMP/M.2211 — Universal Studio Networks/De Facto 829 (NLT) Studio Channel Ltd. Entscheidung der Kommission vom 20.12.2000, veröffentlicht auf der Website der Kommission: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

<sup>(14)</sup> Sache COMP/JV.37 — BskyB/Kirch Pay TV, Entscheidung der Kommission vom 2.3.2000, veröffentlicht auf der Website der Kommission: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

<sup>(15)</sup> Pay-Per-View ist ein weiterer Dienst, bei dem der Kunde zusätzlich zum Entgelt für ein Fernsehabonnement noch für das einzelne Produkt bezahlt, um den Inhalt sehen zu können (z. B. einen Film oder eine Sportveranstaltung). Video-on-Demand und Near-Video-on-Demand sind verschiedene Wege, auf denen Pay-TV-Kunden Zugang zu Videoinhalten auf personenbezogener Basis haben können.

<sup>(16)</sup> Dies scheint beispielsweise im Vereinigten Königreich bei Channel 4 der Fall zu sein.

schen frei empfangbarem Fernsehen und Bezahlfernsehen besteht, das sich auf die Verbreitung und den Erfolg von Bezahlfernsehen auswirkt, zum gegenwärtigen Zeitpunkt aber dennoch zwei gesonderte Märkte bestehen, was den Erkenntnissen von früheren Untersuchungen der Kommission in diesem Sektor entspricht.

### **Räumlich relevanter Markt**

- (48) Auch wenn in bestimmten Nischenmärkten Programme europaweit ausgestrahlt werden, findet die Veranstaltung von Fernsehen grundsätzlich auf nationalen Märkten statt. Wie die Kommission bereits in mehreren Entscheidungen dargelegt hat<sup>(17)</sup>, ist für die Veranstaltung von Fernsehen von Märkten auf der Ebene des Landes bzw. eines Sprachraums auszugehen. Der Grund dafür sind vor allem bestehende unterschiedliche nationale Rechtsvorschriften, Sprachschranken, kulturelle Faktoren sowie sonstige unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen in den einzelnen Mitgliedstaaten. Die Festlegung des räumlich relevanten Marktes ist im vorliegenden Fall mit spezieller Bezugnahme auf den Pay-TV-Markt bestätigt worden. Somit ist der sachlich relevante Markt für das im vorliegenden Fall geplante Vorhaben auf das Hoheitsgebiet von Italien beschränkt.

### **2. VORGELAGERTE MÄRKTE (IM HINBLICK AUF PAY-TV)**

#### **Erwerb von audiovisuellen Fernsehinhalten (allgemeine Erwägungen)**

- (49) Das Vorhaben hat Auswirkungen auf den Sektor der audiovisuellen Inhalte. Auf diesem Markt sind Stream und Telepiù überwiegend in Italien als Käufer von Übertragungsrechten tätig<sup>(18)</sup>. Audiovisuelle Inhalte umfassen eine Reihe verschiedener Unterhaltungsprodukte. Dazu gehört eine schier endlose Vielfalt an Spielfilmen, Fernsehsendungen aller Genres (z. B. für das Fernsehen produzierte Spielfilme, Drama, Comedy, Dokumentarfilme, Rate- und Spielshows sowie Nachrichten), Sport sowie allgemeine und thematische Kanäle („audiovisuelle Inhalte“).

<sup>(17)</sup> Sache COMP/JV.37 — BskyB/Kirch Pay TV, Sache IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Première, Entscheidung der Kommission vom 27.5.1998 (ABl. L 53 vom 27.2.1999, S. 1). Sache COMP/M.2845 Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital, Entscheidung der Kommission vom 14.8.2002, veröffentlicht auf der Website der Kommission: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

<sup>(18)</sup> Fox (ein Unternehmen der Newscorp-Gruppe) ist vor allem im Bereich der Entwicklung, der Produktion und des weltweiten Vertriebs von Spielfilmen und Fernsehprogrammen tätig. Es bietet einige dieser Produkte, insbesondere in der filmischen Unterhaltung, in Italien an.

- (50) Wenn Fernsehanstalten ihre Sendeschemata zusammenstellen — und damit ihre „Angebote“ —, müssen sie verschiedene Formen audiovisueller Inhalte in Betracht ziehen. Nach Auskunft von Newscorp sollte man den Erwerb von Fernsehinhalten insgesamt als eigenen Markt ansehen, da für den Aufbau einer erfolgreichen Pay-TV-Plattform die Vielfalt bei den Fernsehinhalten eine wesentliche Rolle spielt.

- (51) In diesem Zusammenhang zeigen die Erkenntnisse der Kommission, dass es aus Nachfragesicht, d. h. Sicht eines Fernsehveranstalters, sicher zutrifft, dass Fernsehsender, insbesondere Pay-TV-Plattformen, eine Vielfalt an Fernsehinhalten einkaufen müssen, diese Inhalte aber nicht substituierbar sind (ein Spielfilm und eine für das Fernsehen produzierte Sendung sind in puncto Attraktivität für die Verbraucher nicht gleichwertig).

- (52) Angebotsseitig werden Rechte an Fernsehinhalten im Rahmen unterschiedlicher Preisstrukturen gehandelt werden und besitzen nicht den gleichen wirtschaftlichen Wert. Darüber hinaus können Anbieter spezieller Inhalte bei der Produktion nicht zwischen verschiedenen Arten von Inhalten hin und her wechseln. In früheren Entscheidungen hat die Kommission festgestellt, dass bei Fernsehinhalten zumindest folgende Märkte bestehen<sup>(19)</sup>: a) Premium-Filme, b) Fußballwettbewerbe, die regelmäßig (jedes Jahr) stattfinden und an denen Landesmannschaften teilnehmen, d) andere Sportarten, e) themenspezifische und allgemeine Fernsehkanäle und f) Fernsehprogramme. Die Rechte bei a), b), c) und d) sind bisher sowohl angebotsseitig (Verkäufe durch Rechteinhaber) als auch nachfrageseitig (Erwerb von Exklusivrechten) betrachtet worden.

- (53) Zudem konkurrieren Free-to-Air-TV und Pay-TV zwar theoretisch um den Erwerb der genannten Fernsehinhalte, doch einige Kategorien von Inhalten werden nur von Pay-TV-Sendern erworben, u. a. wegen i) ihrer Preise und der dazu gehörigen Vertragsbedingungen (z. B. werden aktuelle Spielfilme zuerst nur an Pay-TV verkauft, um beim späteren Verkauf an Free-to-Air-TV dann zusätzliche Einnahmen zu erzielen), und ii) im speziellen Fall von Fußballwettbewerben wegen der Möglichkeit, mehrere Spiele gleichzeitig zu übertragen, sowie des Umstands, dass die meisten Fußballvereine (besonders die kleinen und mittleren) nicht daran interessiert sind, ihre Rechte an das frei empfangbare (für alle Fernsehzuschauer problemlos zugängliche) Fernsehen zum gleichen Preis zu verkaufen wie an das Bezahlfernsehen, da bei einer solchen Verkaufspolitik die Zuschauerzahlen in den Stadien zurückgehen würden.

<sup>(19)</sup> Siehe insbesondere COMP/M.553 — RTL/Veronica/Endemol, COMP/M.2050 — Vivendi/Canal+/Seagram, Sache 37.576 — UEFA's Broadcasting Regulations, COMP/M.2211 — Universal Studio Networks/De facto (NTL) Studio Channel Ltd, COMP/JV.57 — TPS, COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital. Siehe Website der Kommission: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

(54) Deshalb werden diese kostspieligen Inhalte für gewöhnlich nicht im frei empfangbaren Fernsehen gezeigt. Insbesondere Rechte an aktuellen Premium-Filmen und den meisten regelmäßig stattfindenden Fußballwettbewerben, an denen Landesmannschaften teilnehmen (namentlich die italienische Liga), werden üblicherweise auf ausschließlicher Basis von Pay-TV-Veranstaltern erworben und stellen den maßgeblichen (absatzfördernden) Faktor für Verbraucher dar, einen bestimmten Pay-TV-Kanal/Plattform zu abonnieren. Zwar sind auch andere Arten von Inhalten wichtig, da sie das Bouquet eines Pay-TV-Senders vervollständigen, doch sind sie nicht unbedingt absatzfördernd.

### **Sachlich relevante Märkte**

(55) Von dem im vorliegenden Fall geplanten Vorhaben, bei dem der Zusammenschluss zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung auf der Nachfrageseite (Erwerb der Rechte) führt, sind folgende Märkte betroffen: a) Exklusivrechte an Premium-Filmen, b) Exklusivrechte an Fußballwettbewerben, die jedes Jahr stattfinden und an denen Landesmannschaften teilnehmen (vor allem die Landesliga, der Landespokal, der UEFA-Pokal und die UEFA-Champions League), c) andere Sport-Exklusivrechte, d) Erwerb von Fernsehkanälen.

#### **a) Rechte an Premium-Filmen**

(56) Die Kommission hat in früheren Fällen den Erwerb von Fernsehübertragungsrechten entsprechend der Art des Inhalts gesonderten Marktsegmenten zugeordnet<sup>(20)</sup>. Insbesondere stellte sie in der Fusionssache Vivendi/Canal+/Seagram<sup>(21)</sup> fest, dass der Erwerb von Übertragungsrechten für Spielfilme einen eigenen Markt darstellt, der von dem von für das Fernsehen produzierten Sendungen getrennt ist.

(57) Besonders im Hinblick auf die Pay-TV-Veranstalter heißt es in der Entscheidung Vivendi/Canal+/Seagram: „Nachfrageseitig sind diese Rechte aus Sicht eines Pay-TV-Veranstalters nicht austauschbar, da Spielfilme und Fernseh-

produktionen in punkto Attraktivität für die Verbraucher nicht den gleichen Wert besitzen. Angebotsseitig werden diese Rechte auf der Basis unterschiedlicher Preisstrukturen gehandelt und besitzen nicht den gleichen wirtschaftlichen Wert“ („From a demand side point of view, these rights are not interchangeable from a pay-TV operators perspective. The reason is that feature films and made-for-TV programs do not have the same value in terms of consumer's attractiveness. From the supply side, these rights are traded under different pricing structures and do not have the same economic value.“). Auf diesem Markt „haben die Hollywood-Majors sowohl quantitativ als auch qualitativ eine sehr starke Position inne, da sie die Hauptquelle für erfolgreiche Spielfilme sind“ („Hollywood so-called Major Studios hold a very strong position both quantitatively and qualitatively, since they are the main source of successful movies“).

(58) Vor kurzem<sup>(22)</sup> nun hat die Kommission erklärt, dass der relevante Markt für Filme vor allem in „erfolgreichen Filmen“ besteht, wobei es sich in der Regel um Filme handelt, die von führenden US-amerikanischen Studios (den so genannten „Hollywood-Majors“) produziert werden. Der Filmverkauf an Pay-TV-Veranstalter umfasst Rechte für so genannte „Bezahlzeiträume“ (Pay-Per-View, Near-Video-on-Demand, Video-on-Demand), die Erstverwertung und die Zweitverwertung<sup>(23)</sup>.

(59) Die Erstverwertung betrifft den ersten Zeitraum der Verfügbarkeit von Premium-Filmen im Pay-TV nach den Bezahlzeiträumen. Ein Pay-TV-Veranstalter, der keine Erstverwertungsrechte an Filmen besitzt, kann nur „ältere“ Premium-Filme anbieten, die bereits früher im Pay-TV ausgestrahlt worden sind, der so genannten Zweitverwertung. Frühere Untersuchungen der Kommission haben gezeigt<sup>(24)</sup>, dass Verbraucher nicht der Meinung sind, dass unter dem Gesichtspunkt der Neuheit Filme in der Zweitverwertung mit Filmen in der Erstverwertungsstufe austauschbar sind. Zudem ist es angebotsseitig nicht möglich, einen Film in der Erstverwertungsstufe durch einen Film in der Zweitverwertungsstufe zu ersetzen. In Frankreich beispielsweise, wo diese Rechte getrennt vermarktet werden, liegen die Zweitverwertungsgebühren bei 5-25 %<sup>(25)</sup> der Erstverwertungs-

<sup>(22)</sup> Sache COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

<sup>(23)</sup> Allgemein werden Spielfilme im Pay-TV nach unterschiedlichen Zeitrahmen und Verwertungsstufen ausgestrahlt. An den Aufführungszeitraum im Kino (6-8 Monate) schließt sich der Videoverleih- bzw. -verkauf (4-6 Monate) an. Danach haben die Pay-TV-Verbraucher für einen bestimmten Zeitraum per Pay-Per-View (üblicherweise 3 Monate) Zugriff. Nachfolgend können die Filme in der Erstverwertungsstufe (gewöhnlich 6 Monate) und in der Zweitverwertungsstufe (in der Regel 6 Monate) gezeigt werden. Schließlich gehen sie dann in den Filmbestand des Studios ein und werden für das frei empfangbare Fernsehen verfügbar.

<sup>(24)</sup> Sache COMP/M.2050 — Vivendi/Canal+/Seagram, Entscheidung vom 13.10.2000, Sache COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital, Entscheidung vom 14.8.2002, veröffentlicht auf der Website der Kommission:  
<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

<sup>(25)</sup> Siehe Sache COM/M.2050 — Vivendi/Canal+/Seagram, Randnr. 19.

<sup>(20)</sup> Das Thema wurde in der o. g. Entscheidung TPS vom 3.3.1999 (Randnr. 34) erstmals allgemein behandelt, jedoch nicht gelöst und später in der o.g. Fusionsentscheidung vom 13.10.2000 in der Sache COMP/M.2050 — Vivendi/Canal+/Seagram entschieden. Zum Bestehen eines eigenen Marktes für den Erwerb von Fernsehrechten an regelmäßig alljährlich stattfindenden Fußballwettbewerben siehe auch die Mitteilung der Beschwerdepunkte in der Sache COMP/C.2/37.398 — Gemeinsame Vermarktung der Medienrechte an der UEFA-Champions League auf Ausschließlichkeitsgrundlage (Pressemitteilung IP/01/1043 vom 20.7.2001), „Fernsehübertragungsrechte für die Champions League: EU-Kommission leitet Verfahren gegen die UEFA ein“ und die Hintergrunderläuterungen (MEMO/01/271 vom 20.7.2001) sowie die Sache COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

<sup>(21)</sup> Siehe die o. g. Entscheidung vom 13.10.2000 in der Sache COMP/M.2050 — Vivendi/Canal+/Seagram.

gebühren. Auch das System der geschäftlichen Verwertung durch Pay-TV-Veranstalter ist meist unterschiedlich: Bei der Erstverwertung werden Filme normalerweise auf Premium-Kanälen gesendet, bei der Zweitverwertung üblicherweise in speziellen Spielfilmkanälen.

- (60) Im speziellen Fall Italiens ist der Unterschied zwischen der ersten und der zweiten Verwertungsstufe bisher in der laufenden geschäftlichen Praxis nicht von Bedeutung oder von Belang. Laut Newscorp hat keine der bisher bestehenden Pay-TV-Plattformen ein besonderes Interesse am Erwerb von Rechten für eine zweite Pay-TV-Aufführung gezeigt. Speziell im Zusammenhang mit den Output-Deals<sup>(26)</sup>, die die italienischen Pay-TV-Betreiber mit den großen Studios (Majors) und den führenden nationalen Filmproduzenten geschlossen haben, sind keine speziellen Zweitaufführungsrechte für das Bezahlfernsehen erworben oder verkauft worden. Telepiù jedoch besitzt die Vorkaufsrechte für die Zweitverwertung für eine Reihe von Filmen, und in anderen Fällen dürfen aufgrund bestehender Sperrzeiten Zweitverwertungsrechte nicht vor der Aufführung im frei empfangbaren Fernsehen an Dritte verkauft werden. Zudem ist es möglich, dass in Italien künftig Zweitverwertungsrechte vermarktet werden dürfen.
- (61) Die Marktuntersuchung hat weitgehend bestätigt, dass Premium-Kinofilme allein einen absatzfördernden Inhalt für Pay-TV-Veranstalter darstellen. Zudem ist es aufgrund der Angebotsstruktur, der Merkmale dieser Art von Inhalten und der Preisgestaltung möglich, den Erwerb von ausschließlichen Übertragungsrechten für Premium-Spielfilme als von anderen Märkten für den Erwerb von Inhalten getrennten sachlich relevanten Markt anzusehen.

#### Räumlicher Erfassungsbereich

- (62) In mehreren Entscheidungen hat die Kommission den räumlich relevanten Markt als auf ein Land oder — in bestimmten Fällen — eine Region beschränkt eingestuft<sup>(27)</sup>. Auch wenn die meisten Rechte aus den USA

(von den so genannten Hollywood-Majors) erworben werden und die Veranstalter in keiner Weise daran gehindert sind, Rechte für mehr als ein Gebiet gleichzeitig zu erwerben, werden Übertragungsrechte aufgeteilt und überwiegend für ein Land bzw. höchstens für einen Sprachraum verkauft und die Preise so gestaltet, dass sich der wirtschaftliche Wert der Verträge nach dem Gebiet richtet, für das die Rechte erworben werden. Dementsprechend ist der räumliche Erfassungsbereich des Marktes in Anbetracht der durch die Rechtaufteilung bedingten Einschränkungen auf ein Land oder auf einen Sprachraum begrenzt.

- (63) In Italien sind die Lizenzen für Übertragungsrechte auf das italienische Hoheitsgebiet begrenzt. Somit ist der räumliche Erfassungsbereich im vorliegenden Fall das Land.

#### b) Fußball-Übertragungsrechte

- (64) In früheren Fällen hat die Kommission festgestellt<sup>(28)</sup>, dass es einen eigenen Markt für den Erwerb von ausschließlichen Übertragungsrechten für Fußballwettbewerbe, die jedes Jahr stattfinden und an denen Landesmannschaften teilnehmen, gibt (die Landesliga, vor allem die Erstliga und der Pokal, die UEFA-Champions League und der UEFA-Pokal). Frei empfangbare Fernsehsender beteiligen sich an den Ausschreibungen um Rechte an der Champions League und am UEFA-Pokal.
- (65) Dieser Markt ist zu unterscheiden vom Erwerb von Übertragungsrechten für Fußballwettbewerbe, die nicht regelmäßig stattfinden und an denen Nationalmannschaften teilnehmen (z. B. die Weltmeisterschaft oder die Europameisterschaft), die von unterschiedlichen Organisationen verkauft werden. Bei diesen Rechten beteiligen sich frei empfangbare Fernsehsender in gewissem Umfang an den Ausschreibungen. Diese Erkenntnisse werden durch die Marktuntersuchung im vorliegenden Fall bestätigt.
- (66) Für den vorliegenden Fall handelt es sich beim betroffenen Markt um den Markt des Erwerbs von ausschließlichen Übertragungsrechten für Fußballwettbewerbe, die jedes Jahr stattfinden und an denen Landesmannschaften teilnehmen (die Landesligen, vor allem Erstligen und Pokale, die UEFA-Champions League und der UEFA-Pokal). Die Marktuntersuchung hat eindeutig bestätigt, dass diese Art von Fußballinhalten allein ein absatzfördernder Inhalt für Pay-TV-Veranstalter ist. Zudem kann in Anbetracht der Merkmale dieser Art von Inhalten und der Gestaltung der Preise (die eindeutig höher sind

<sup>(26)</sup> Pay-TV-Aufführungsrechte (insbesondere die von größeren Produzenten angebotenen Rechte) werden häufig über so genannte Output-Deals erworben. Output-Deals sind in der Regel Verträge, nach denen ein Filmproduzent die Produktion seines Studios insgesamt oder teilweise an den jeweiligen Veranstalter verkauft. Bei Output-Deals für Pay-TV kaufen Pay-TV-Veranstalter das Verwertungsrecht für die Fernsehausstrahlung im Anschluss an die Video-Verwertung und gegebenenfalls die Verwertung durch Pay-Per-View und Video-on-Demand. In diesen Fällen kann derselbe Film auch für andere Verwertungsstufen zur Verfügung gestellt werden. Bei der Festlegung des Preises für diese Verträge werden die Einspielergebnisse der Filme im Kinoertrieb berücksichtigt. Üblicherweise erwerben Free-TV-Sender nachfolgende Verwertungsrechte, die gemeinhin als Free-TV-Verwertungsstufe bezeichnet werden.

<sup>(27)</sup> Sache COMP/M.2050 — Vivendi/Canal+/Seagram, Sache COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

<sup>(28)</sup> Sache 37.576 — UEFA-Übertragungsregelung, Sache COMP/M.2483 — Canal+/RTL/G/CD/JV, Sache COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

als bei anderen regelmäßigen Sportveranstaltungen, an denen Landesmannschaften teilnehmen) der Erwerb von ausschließlichen Übertragungsrechten für diese regelmäßigen Fußballwettbewerbe, an denen Landesmannschaften teilnehmen, als eigener sachlich relevanter Markt angesehen werden, der klar von anderen Märkten für den Erwerb von Inhalten unterschieden werden kann.

#### Räumlicher Erfassungsbereich

- (67) Die UEFA-Übertragungsregelung trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei den Märkten für Fußball-Übertragungsrechte um nationale Märkte handelt, da diese Rechte selbst für europaweite Wettbewerbe wie den UEFA-Pokal und die UEFA-Champions League grundsätzlich für jedes Land einzeln verkauft werden. Bei den Übertragungsrechten für die Spiele der Landesliga und des Landespokals entspricht der räumliche Erfassungsbereich wegen der Besonderheit des Produkts aufgrund kultureller Faktoren in Verbindung mit Nachfrage- und nationalen Vorlieben dem Land, in dem die Spiele stattfinden. In Italien sind die ausschließlichen Übertragungsrechte für Fußballwettbewerbe, die jedes Jahr stattfinden und an denen italienische Mannschaften teilnehmen, von italienischen Sendeanstalten erworben worden. Außerdem werden Rechte für die italienische Liga und den italienischen Pokal in Italien verwertet.
- (68) Daher ist, wie in früheren Entscheidungen, der räumliche Erfassungsbereich für diesen Markt national, d. h. auf Italien begrenzt.

#### c) Andere Sport-Übertragungsrechte

- (69) Bisher hat sich die Kommission noch nicht festgelegt, ob der Markt für den Erwerb von ausschließlichen Rechten an anderen Sportarten als den beiden in den Randnummern 64 und 65 angeführten Märkten für Fußballrechte in unterschiedliche Märkte aufgeteilt werden kann.
- (70) Die Marktuntersuchung hat jedoch gezeigt, dass diese Inhalte zwar keine wesentliche absatzfördernde Rolle für Pay-TV-Abonnements spielen, trotzdem aber einen sehr hohen Stellenwert für Pay-TV-Veranstalter besitzen, da sie Wettbewerbe betreffen, die potenziell das Interesse zahlreicher Endverbraucher auf sich ziehen (z. B. bedeutende Tennisturniere, Boxkämpfe, Golfwettbewerbe und Motorradrennen). Zudem deuten die Merkmale dieser Art von Inhalten und die Preisgestaltung darauf hin, dass der Erwerb von ausschließlichen Übertragungsrechten für diese Sportwettbewerbe als eigener sachlich relevanter Markt angesehen werden kann, der sich von anderen Märkten für den Erwerb von Inhalten unterscheiden lässt.

- (71) Allerdings braucht für die vorliegende Sache nicht entschieden zu werden, ob die relevanten Märkte in unterschiedliche Segmente nach einzelnen Sportarten aufgeteilt werden sollten, was den Erwerb von Übertragungsrechten durch Fernsehanstalten betrifft, da der Zusammenschluss unabhängig von der Definition anderer sachlich relevanter Märkte zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung führen wird.

#### Räumlicher Erfassungsbereich

- (72) Bei einigen Sportveranstaltungen werden die Rechte auf ausschließlicher Basis für den gesamten europäischen Raum erworben und unabhängig von den technischen Übertragungsmitteln anschließend auf Länderbasis weiterverkauft. Diese großen Sportereignisse, wie beispielsweise die Olympischen Spiele, sind aus Zuschauersicht von gesamteuropäischem Interesse. Ein anderes Beispiel für gesamteuropäisch verkaufte Sportrechte sind die vom Sender Eurosport erworbenen Rechte, die europaweit ausstrahlt.
- (73) Da jedoch die große Mehrheit der von Sendeanstalten erworbenen Sportrechte auf ein bestimmtes Land oder einen speziellen Sprachraum begrenzt ist, kann festgestellt werden, dass der Markt für den Erwerb von Sport-Übertragungsrechten nach wie vor auf ein Land oder einen bestimmten Sprachraum begrenzt ist.

#### d) Fernsehkanäle

- (74) Die Marktuntersuchung im vorliegenden Fall hat bestätigt, dass die Veranstaltung von unabhängig vermarktetem Pay-TV-Kanälen, insbesondere auf DTH-Plattformen, eine Wettbewerbsbeschränkung für Pay-TV-Plattformen darstellen könnte. TV-Kanäle können außerdem von Pay-TV-Plattformen für die Aufnahme in ihr Sortiment (Bouquet) erworben werden und sind, wie von der Kommission in anderen Sachen festgestellt<sup>(29)</sup>, wichtig für die Zusammenstellung von Pay-TV-Diensten und bilden einen eigenen sachlich relevanten Markt<sup>(30)</sup>. Premium-Kanäle werden normalerweise von Pay-TV-Sendern mit Premium-Inhalten (Sport und Spielfilme), die zuvor von den Inhabern der Originalrechte erworben wurden, produziert. Die Marktuntersuchung ergab überdies, dass zwar nur Premium-Kanäle absatzfördernd für Pay-TV-Abonnements wirken, andere Kanäle aber ebenfalls sehr wichtig für Pay-TV-Betreiber sind, da diese verschiedenen Arten von Kanälen (allgemein und themenspezifisch) zur Zusammenstellung eines für Endverbraucher attraktiven Pay-TV-Bouquets beitragen.

<sup>(29)</sup> Sache IV/36.237 — TPS. (Abl. L 90 vom 2.4.1999, S. 6).

<sup>(30)</sup> Sache COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

- (75) Bei Fernsehkanälen wird die Angebotsseite von Anbietern repräsentiert, die einzelne Ereignisse oder Inhalte erwerben (in der Regel auf nicht ausschließlicher Basis) und in Paketen zum Weiterverkauf an Fernsehsender bündeln. Dieses Angebotsmerkmal, die Wesenszüge der Art der angebotenen Inhalte und die Preisgestaltung (niedrigere Stundenpreise als bei Exklusivhalten) bedeuten, dass Fernsehkanäle als von Märkten für den Erwerb anderer Inhalte getrennter sachlich relevanter Markt angesehen werden können.
- (76) Allerdings braucht für die vorliegende Sache nicht entschieden zu werden, ob die relevanten Märkte in unterschiedliche Segmente nach einzelnen Kanalarten (allgemein oder themenspezifisch, z. B. Sport, Kindersendungen oder Nachrichten) aufgeteilt werden sollten, da der Zusammenschluss unabhängig von der Definition anderer sachlich relevanter Märkte zur Begründung einer Monopolstellung bei der Nachfrage führen wird.

#### Räumlicher Erfassungsbereich

- (77) Was den räumlichen Erfassungsbereich anbelangt, so wird der Erwerb dieser Kanäle zumeist von den kulturellen und soziologischen Gegebenheiten des Landes bestimmt, in dem die Pay-TV-Plattform betrieben wird, auf jeden Fall besteht jedoch ein starker Einfluss durch das jeweilige Landesgebiet und eine starke Bindung daran. Daher wäre auch ein möglicher alternativer sachlich relevanter Markt zwangsläufig national gebunden. Dies wird im Fall Italiens bestätigt, denn die Anbieter

haben themenspezifische Kanäle in italienischer Sprache und entsprechend dem italienischen Geschmack eingerichtet, und der Vertrieb findet auf nationaler Ebene statt.

#### B. FOLGEN DES ZUSAMMENSCHLUSSES

- (78) Die Fusion wird zu erheblichen horizontalen Überschneidungen in einer Reihe von Märkten führen, die vertikal miteinander in Verbindung stehen.

#### 1. DER ITALIENISCHE PAY-TV-MARKT

##### 1.1. Allgemeine Erwägungen

- (79) Der italienische Pay-TV-Markt ist gekennzeichnet durch das Bestehen von zwei Betreibern: Telepiù und Stream. Insbesondere seit dem Start von DTH-Angeboten im Jahr 1996 hat dieser Markt sowohl wert- als auch umfangmäßig (Zahl der Abonnenten) ein deutliches Wachstum verzeichnet. In den nachstehenden Tabellen sind Schätzwerte zur Marktgröße nach Angaben der beteiligten Unternehmen für den horizontal betroffenen Markt im Zeitraum 1999-2001 aufgeführt, wo dieses Wachstum gut zu beobachten ist (in den drei Bezugsjahren ein Plus von 80,8 % beim Wert und von 36,1 % bei der Abonnentenzahl).

TABELLE 1

#### Marktgröße

Wert

(in 1 000 EUR)

	1999	2000	2001
Werbung	[...]*	[...]*	[...]*
Abonnements	[...]*	[...]*	[...]*
Gesamt	[...]*	[...]*	[...]*

Quelle: Formblatt CO.

TABELLE 2

#### Volumen (Zahl der Abonnenten)

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

Quelle: Formblatt CO.

- (80) Es sei daran erinnert, dass Telepiù (das Zielunternehmen) bereits vor der Fusion eine beherrschende Stellung auf dem italienischen Pay-TV-Markt innehatte.
- (81) Im Jahr 2001 verfügte Telepiù über einen Marktanteil von [60-70]\* % bei den Abonnenten und von [65-75]\* % beim Wert; Stream kam auf Marktanteile von [30-40]\* % bzw. [25-35]\* %. Darüber hinaus verbuchte Telepiù im November 2002 einen Marktanteil von [65-75]\* % bei der Abonnentenzahl (Stream hatte [25-35]\* %) und von ungefähr [70-80]\* % bei den Einnahmen. In den nachfolgenden Tabellen sind die Stellungen von Stream und Telepiù vor der Fusion in den drei Bezugsjahren nach Wert, Anzahl der Abonnenten (Volumen) und entsprechenden Marktanteilen im Überblick dargestellt:

TABELLE 3

**Marktstellung von Telepiù und Stream vor der Fusion**

Wert

(in 1 000 EUR)

	1999	2000	2001
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*
Gesamt	[...]*	[...]*	[...]*

Quelle: Formblatt CO.

TABELLE 4

## Volumen (Zahl der Abonnenten)

	1999	2000	2001
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*
Gesamt	[...]*	[...]*	[...]*

Quelle: Formblatt CO.

TABELLE 5

## Marktanteil (Wert/Volumen)

(in %)

	1999		2000		2001	
	Wert	Volumen	Wert	Volumen	Wert	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]*
Gesamt	100	100	100	100	100	100

Quelle: Formblatt CO.

## 1.2. Erwägungen zu den Kosten auf dem italienischen Pay-TV-Markt

- (82) Der Pay-TV-Markt in Italien und im gesamten EWR ist durch ein sehr hohes Kostenniveau für Plattformen gekennzeichnet. Die Kostenstruktur eines Pay-TV-Veranstalters wird in erheblichem Maß durch die Programmrechte und die Höhe der Kosten für das Werben um Abonnements (Marketing- und Werbeausgaben) bestimmt. Der größte Anteil der Betriebskosten entfällt auf die Programmgestaltung, wo die Kosten absolut und relativ gesehen bei den italienischen Pay-TV-Plattformen insbesondere in den letzten Jahren ein sehr hohes Niveau erreicht haben.
- (83) Die Sende- bzw. Programmkosten erwachsen vor allem aus der Notwendigkeit, Premium-Inhalte zu erwerben (insbesondere Fußballspiele und Spielfilme, aber auch z. B. andere Sportarten), die das Potenzial besitzen, Zuschauer anzulocken und sie zu ständigen Abonnenten von Pay-TV- (oder Pay-Per-View-)Angeboten zu machen. In den von den beteiligten Unternehmen vorgelegten Unterlagen heißt es dazu, dass diese Kosten wegen der Laufzeit der Vereinbarungen mit Inhalteanbietern auf mittlere Sicht voraussagbar sind („are predictable over the medium-term because of the maturity of the agreements with the content providers“). Daher könnten sie in gewissem Maße als feste oder unvermeidbare Kosten für die Plattformen angesehen werden. Weiter heißt es: „Diese Rechte werden mit den Inhalteanbietern für gewöhnlich auf Abonnentenbasis ausgehandelt und beinhalten häufig eine Mindestzahlung oder Abonnementgarantien. Sobald eine Mindestzahl von Abonnenten erreicht ist, werden die Kosten in vollem Umfang variabel.“ („Such rights are usually negotiated with content providers on a per subscriber basis and often incorporate a minimum payment or subscriber guarantees. Once the minimum number of subscriber is reached, these costs become fully variable.“)
- (84) Wenngleich diese Kosten als Fixkosten oder als variable Kosten angesehen werden können (je nach dem analytischen Buchführungssystem des Unternehmens), stellen sie für die Plattformen offenbar durchgängig eine recht große Belastung dar, insbesondere in Italien, wo Pay-TV weniger verbreitet ist als in anderen EWR-Ländern und deshalb der Kundenstamm und die Einnahmen, mit denen diese Kosten amortisiert werden können, begrenzt sind.
- (85) Diese Kosten werden u. a. durch langfristige Exklusivverträge mit Anbietern von Premium-Inhalten bestimmt, die oftmals den Erwerb von ausschließlichen Rechten für die Übertragung nicht nur im Pay-TV- und Pay-Per-View-Bereich umfassen, sondern auch in den Bereichen Near-Video-on-Demand und Video-on-Demand, und mehrere Schutzbestimmungen enthalten (Sperrfristen, negative ausschließliche Rechte und dergleichen), die die Möglichkeit für Dritte betreffen, dieselben Inhalte über andere bestehende und künftige Übertragungswege (Kabel, Internet, UMTS <sup>(31)</sup> usw.) zu erwerben und zu übertragen. Ferner sind Verträge mit Inhalteanbietern meist so gestaltet, dass ein wesentlicher Teil der vom Pay-TV-Veranstalter zu entrichtenden Gebühren die Form eines „garantierten Mindestsatzes“ hat, der direkt oder indirekt mit der hypothetischen Mindestzahl von Abonnenten der Pay-TV-Plattform verknüpft ist. Steigt die Zahl der Abonnenten über diese hypothetische Zahl, dann erhöhen sich die vom Pay-TV-Veranstalter an den Inhalteanbieter zu zahlenden Gebühren entsprechend.
- (86) Seit Aufnahme des Pay-TV-Betriebs in Italien im Jahr 1991 und nach der Gründung von Stream 1998 sind diese Übertragungskosten geradezu explodiert. Dies hat, wie aus den Angaben von Newscorp hervorgeht, die Rentabilität der konkurrierenden Plattformen spürbar beeinträchtigt.
- (87) So hat das anmeldende Unternehmen (in den im Zuge des Verfahrens vorgelegten Dokumenten) berichtet, dass Telepiù und Stream im Zeitraum 1999-2001 schwere Verluste erlitten. In der nachfolgenden Tabelle sind insbesondere die finanziellen Verluste der beiden Plattformen im Zeitraum 1998-2001 aufgeführt:

(31) Universal Mobile Telecommunications System.

TABELLE 6

**Nettoverluste**

(in Mio. EUR)

	Telepiù	Stream	Gesamt
1998	[...]*	—	[...]*
1999	[...]*	[...]*	[...]*
2000	[...]*	[...]*	[...]*
2001	[...]*	[...]*	[...]*
Aggregat 1998-2001	[...]*	[...]*	[...]*

Quelle: Nach Angaben im Formblatt CO.

- (88) Bei ihrer Untersuchung der vorherigen (später abgebrochenen) Fusion, bei der die Vivendi-Gruppe die Kontrolle über Stream übernommen hätte, stellte die IAA fest, dass die Programmkosten [55-65]\* % der Gesamtkosten der DTH-Pay-TV-Veranstalter ausmachten <sup>(32)</sup>.

**1.3. Kosten für den Erwerb von Spielfilmrechten**

- (89) Sowohl Stream als auch Telepiù haben eine erhebliche Menge von Rechten an Premium-Spielfilmen von den großen US-amerikanischen Studios und in geringerem Umfang auch von italienischen Filmproduzenten erworben. Die Gesamtkosten dafür sind (je Plattform) in der nachfolgenden Tabelle für die letzten vier Jahre aufgeführt:

TABELLE 7

**Premium-Spiele**

Wert

(in 1 000 EUR)

	1999	2000	2001	2002
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Gesamt	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*

Quelle: Nach Angaben der beteiligten Unternehmen.

- (90) Von 1999 bis 2002. stellten diese Kosten im Schnitt knapp [5-15]\* % der Gesamtkosten für Telepiù und etwa [0-10]\* % für Stream dar.

**1.4. Kosten von Fußballrechten**

- (91) Sowohl Stream als auch Telepiù haben in ganz erheblichem Umfang Sportrechte von italienischen Fußballvereinen für die Übertragung von Wettbewerben in Verbindung mit italienischen Mannschaf-

<sup>(32)</sup> Entscheidung der italienischen Kartellbehörde (IAA) vom 13.5.2002, Randnr. 33 (Sache C/5109).

ten und mit der italienischen Serie A, Serie B, der Coppa Italia, den Champions Leagues und dem UEFA-Pokal erworben. Der Gesamtwert dieser erworbenen Rechte, bezogen auf die Kosten für die Plattformen, ist in der nachfolgenden Tabelle für die letzten vier Jahre dargestellt:

TABELLE 8

**Fussball-Veranstaltungen**

Wert

(in 1 000 EUR)

	1999	2000	2001	2002
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Gesamt	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*

Quelle: Nach Angaben der beteiligten Unternehmen.

- (92) Von 2000 bis 2002 beliefen sich diese Kosten im Durchschnitt auf [40-50]\* % der Gesamtkosten für Stream und [20-30]\* % für Telepiù.

**1.5. Kosten anderer Sportrechte**

- (93) Sowohl Stream als auch Telepiù haben in ganz erheblichem Umfang Übertragungsrechte für andere Sportereignisse, beispielsweise Formel I-Rennen, bedeutende Tennisturniere (Grand Slam) oder Wettbewerbe mit Beteiligung italienischer Mannschaften oder Spieler erworben. Der Gesamtwert dieser erworbenen Rechte, bezogen auf die Kosten für die Plattformen, ist der nachfolgenden Tabelle für die letzten drei Jahre dargestellt:

TABELLE 9

**Andere Sportveranstaltungen**

Wert

(in 1 000 EUR)

	1999	2000	2001
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*
Gesamt	[...]*	[...]*	[...]*

Quelle: Nach Angaben der beteiligten Unternehmen.

- (94) Von 1999 bis 2001 beliefen sich diese Kosten im Durchschnitt auf knapp über [0-10]\* % der Gesamtkosten für Telepiù und ca. [0-10]\* % für Stream.

**1.6. Kosten für den Erwerb von Kanälen**

- (95) Sowohl Stream als auch Telepiù haben in erheblichem Umfang Rechte an Kanälen zur Einbindung in ihre Bouquets bzw. ihre Programme erworben. Der Gesamtwert dieser erworbenen Rechte ist,

bezogen auf die Kosten für die Plattformen, in der nachfolgenden Tabelle für die letzten vier Jahre dargestellt. Die Kosten für den Erwerb sind auch gemessen an den übrigen Programmrechten beachtlich, auch wenn diese Programme nicht der Premium-Kategorie zugeordnet werden können. Berücksichtigt man aber die Anzahl der durch Kanäle erworbenen Sendestunden im Vergleich zur Anzahl von durch Film- und Sportrechte erworbenen Sendestunden, dann sind die Stundenkosten bei Kanälen deutlich niedriger als die Kosten von anderen Programmrechten. Davon abgesehen tragen die Kanäle dazu bei, die Attraktivität einer Pay-TV-Plattform für die Endverbraucher insgesamt zu erhöhen.

TABELLE 10

**Kanäle**

Wert

(in 1 000 EUR)

	1999	2000	2001	2002
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Gesamt	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*

Quelle: Nach Angaben der beteiligten Unternehmen.

- (96) Diese Kosten beliefen sich in den Jahren 2001-2002 im Durchschnitt auf [10-20]\* % der Gesamtkosten bei Telepiù und [10-20]\* % bei Stream.

### 1.7. **Kosten für allgemeine Programmrechte**

- (97) Insgesamt schmelzen durch den Erwerb von Programmrechten die Erlösspannen von beiden Plattformen. Jüngst vorgelegte Daten deuten jedoch auf eine Verbesserung hin. Das Verhältnis Gesamtprogrammkosten/Gesamtabonnementseinnahmen ist für Telepiù von [85-95]\* % (2001) auf [75-85]\* % (2002) und für Stream von [135-145]\* % (2001) auf [135-145]\* % (2002) angestiegen.
- (98) Somit zeigt sich, dass das Kosten-Einnahmen-Verhältnis für die Plattformen offenbar nicht mehr außer Kontrolle ist. Außerdem nehmen offenbar die wirtschaftlichen und finanziellen Schwierigkeiten, mit denen beide DTH-Plattformen auf dem Pay-TV-Markt in Italien zu kämpfen haben, jetzt dank der anhaltenden Bemühungen zur Bekämpfung der Piraterie ab. Dadurch konnte Telepiù in den letzten Monaten des Jahres 2002 einen Zuwachs bei der Abonnentenzahl von ca. 150 000 verzeichnen.

## 2. BEGRÜNDUNG ODER VERSTÄRKUNG EINER BEHERRSCHENDEN STELLUNG AUF DEM ITALIENISCHEN PAY-TV-MARKT

### 2.1. **Horizontale Folgen (Angebot von Pay-TV-Diensten)**

- (99) Der Pay-TV-Markt ist allgemein der Markt für Pay-TV-Dienste, zu denen derzeit das Bezahlfernsehen selbst (im engen Wortsinne), Pay-Per-View, Video-on-Demand und Near-Video-on-Demand gehören. Pay-TV-Dienste können auf verschiedenen Übertragungswegen bereitgestellt werden: digital terrestrisch (auch als DTT bezeichnet), per Kabel oder über Satellit (auch als DTH bezeichnet). Der analoge terrestrische Rundfunk ist technologisch gesehen viel weniger geeignet, um die gleichzeitige Übertragung einer großen Anzahl von Kanälen, Programmen und Sportereignissen zu unterstützen, die für ein Pay-TV-Bouquet typisch sind.

(100) Der italienische Pay-TV-Markt ist bisher auf die Satellitenübertragung (DTH) begrenzt, wo sowohl Stream als auch Telepiù tätig sind. Telepiù verfügt noch über eine Restzahl von Abonnenten für seine ursprünglichen analogen Dienste (ein Erbe aus den Anfängen des terrestrisch übertragenen Pay-TV), während das Kabel nur unwesentlich entwickelt ist (über den Betreiber e.Biscom), und sich das digitale terrestrische Fernsehen (DTT) noch in der Versuchsphase befindet.

#### 2.1.a) Wettbewerbsszenario: Kabel und DTH

(101) Auf diesem Markt ist Telepiù mit einem Marktanteil von [65-75]\* % bei der Abonnentenzahl ([...]\* Stand: November 2002) und aller Wahrscheinlichkeit nach [70-80]\* % bei den Einnahmen der beherrschende Akteur. Der derzeit einzige Wettbewerber auf diesem Markt ist Stream mit [...]\* Abonnenten (Stand: November 2002). Die beteiligten Unternehmen machen geltend, dass das Wettbewerbsumfeld in Italien ein weiteres Wachstum von Kabelbetreibern wie e.Biscom zulässt, dem ein Netz für die Bereitstellung von Fernsehdiensten gehört, mit dem nahezu eine Million Haushalte erreicht werden können.

(102) Was die Kabelbetreiber betrifft, so stellt e.Biscom gegenwärtig nur Video-on-Demand und interaktives Fernsehen für [10 000 — 20 000] Abonnenten bereit. Darüber hinaus richtet e.Biscom seinem Unternehmensplan zufolge für Kunden in einer begrenzten Zahl italienischer Großstädte momentan ein proprietäres Glasfasernetz ein. Daneben überträgt e.Biscom die Pay-TV-Angebote von Telepiù und Stream in seinem Kabelnetz, aber die Kunden gehören nach wie vor zu Stream und Telepiù, die auch die Verkaufsbedingungen bestimmen und den Kundendienst leisten.

(103) Wie die Kommission in ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte an Newscorp dargelegt hat, wird es nach der Fusion im Grund keinen Wettbewerb auf dem italienischen Pay-TV-Markt mehr geben. Der Wettbewerbsdruck für das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen vonseiten der Kabelbetreiber in Italien ist als minimal anzusehen. Auch Newscorp selbst hat auf öffentlichen Konferenzen und geschäftlichen Präsentationen erklärt, dass das Kabel für das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen in Italien „keine Konkurrenz“ darstellen wird<sup>(33)</sup>. Zudem haben Dritte behauptet, dass die Kosten für einen Kabelanschluss im Verhältnis höher sind als auf anderen Märkten.

(104) In Bezug auf DTH verlangen die italienischen Vorschriften, dass Dritte Zugang zu Zugangskontrollsystemen

(CAS) zu chancengleichen, angemessenen und nicht diskriminierenden Bedingungen erhalten, zudem beinhalten sie Simulcrypt-Anforderungen<sup>(34)</sup>. Aus den nachfolgend erläuternden Gründen jedoch (jeder mögliche DTH-Wettbewerber muss das CAS von Newscorp erwerben oder Simulcrypt-Vereinbarungen mit Newscorp schließen, und Newscorp muss Eigentümer der DTH-Plattform sein), ist nach dem Zusammenschluss kaum eine echte Konkurrenz von DTH zu erwarten, wenn keine zusätzlichen Garantien festgelegt werden.

#### 2.1.b) Aussichten für die Entwicklung des terrestrisches Digitalfernsehens (DTT)

(105) Was das terrestrische Digitalfernsehen anbelangt, so sind die Voraussetzungen für einen potenziellen Markteintritt innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens unklar. Die italienische Regierung hat als Termin für die Umstellung von Analog- auf Digitalfernsehen den 31. Dezember 2006 festgelegt. Nach der Marktuntersuchung der Kommission ist aber von einem späteren Zeitpunkt auszugehen. In ihrem Weißbuch über digitales terrestrisches Fernsehen vom 8. November 2000 hat die italienische Regulierungsbehörde für den Kommunikationssektor (AGCOM) die Schwierigkeiten bezüglich der Frequenzen für Sender und Set-Top-Boxen dargelegt. Sie empfahl, dass der italienische Staat jeden Haushalt mit einem Digitaldecoder subventionieren sollte.

(106) Laut einer — von Dritten zitierten — von der Kommission veröffentlichten Studie<sup>(35)</sup> wären folgende Hindernisse zu überwinden, um den erwarteten Nutzeffekt von DTT zu erzielen: i) Die Betreiber müssten in den Ausbau der Übertragungsnetze investieren. ii) Die Verbraucher müssten alle derzeitigen analogen Empfänger (Hauptfernseher, Zweitfernseher und Videorekorder) mit Konvertern/Decodern ausstatten bzw. sie nach und nach durch eingebaute Digitalempfänger ersetzen, um DTT zu empfangen. iii) Die Regulierungsstellen müssten die nationalen Frequenzen so ändern, dass gleichzeitig digital/analog (Simulcast-Betrieb) ausgestrahlt werden könnte.

(107) Dritte haben ferner darauf hingewiesen, dass DTT-Betreiber vor technischen Problemen stehen. So sei die DTT-Technologie häufig nicht hinreichend vorhersehbar, und wegen ihrer vergleichsweise begrenzten Sendestärke sei

<sup>(34)</sup> 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.

<sup>(33)</sup> Siehe beispielsweise die „News Corporation Goldman Sachs Medienkonferenz“ vom 1.10.2000, <http://www.newscorp.com/investor/presentations.html>.

<sup>(35)</sup> Digital Switchover in Broadcasting — Final Report, 12.4.2002, BIPE Consulting, Studie für die Europäische Kommission. Veröffentlicht von der GD Informationsgesellschaft.

nicht in jedem Fall sicher, dass das Signal in einem bestimmten Gebiet auch tatsächlich empfangbar ist <sup>(36)</sup>. Dritte haben betont, dass es kein Beispiel für ein erfolgreiches DTT-Bezahlfernsehen in Europa gibt. Sie behaupten, dass abgesehen von Premium-Inhalten einer der Hauptanreize für Verbraucher, für Pay-TV zu bezahlen, weiterhin im umfangreichen Angebot an Kanälen besteht. Sollte dies zutreffen, wird ein Veranstalter von DTT-Bezahlfernsehen, dem eine begrenzte Bandbreite zur Verfügung steht, nicht mit dem Umfang an Kanälen konkurrieren können, die derzeit von Teletipiù und Stream angeboten werden.

- (108) Aus Sicht eines Pay-TV-Betreibers hängt es von zwei Faktoren ab, ob der Nutzen des Aufbaus eines DTT-Übertragungssystems langfristig gegeben ist: erstens von der vorhandenen Empfangsinfrastruktur, d. h. der Anzahl von Haushalten, die sich für den terrestrischen Empfang mit den entsprechenden Empfängern ausstatten, und zweitens von den DTT-Übertragungskosten im Vergleich zur digitalen Übertragung per Kabel oder Satellit. Die Fixkosten eines landesweit betriebenen Netzes für das terrestrische digitale Fernsehen sind wesentlich höher als bei der Satellitenübertragung. Der genannten Studie zufolge betragen die Kosten für ein Jahr digitale Übertragung über Satellit ungefähr 0,5 Mio. EUR, über eines terrestrisches Digitalnetz hingegen 5 Mio. EUR. Von Dritten wurde zudem angeführt, dass Wettbewerbsfähigkeit, Attraktivität und Nutzen terrestrischer Digitalfernsehsysteme für Wirtschaftsakteure nicht bewiesen sind und der Satelliten-Direkt Empfang gegenüber dem terrestrischen Digitalfernsehen automatisch vorteilhafter ist und auch künftig in Italien den Löwenanteil am Pay-TV-Markt halten wird, solange die Kanalvielfalt ein maßgeblicher Faktor für die Förderung von Pay-TV bleibt.
- (109) Allerdings ist dabei zu bedenken, dass das Hauptmotiv, Bezahlfernsehen zu abonnieren, nicht so sehr die Vielfalt des Kanalangebots ist (insbesondere im Fall Italiens mit einer erheblichen Zahl von frei empfangbaren Kanälen), sondern eher die Premium-Inhalte (Premium-Filme und Sportveranstaltungen, vor allem der nationale Fußball). Es wurde darauf hingewiesen, dass ein DTT-Bouquet 30 Kanäle umfassen kann, während über eine Satellitenplattform 300 Kanäle empfangbar sind. In diesem Zusammenhang ist, so ein Dritter, ein DTT-Testbetrieb in Sizilien und in der Provinz La Spezia durchgeführt worden. Der Anteil der Zuschauer, die am Ende der Testzeit ihre Absicht erklärten, ein Abonnement abzuschließen, war äußerst niedrig und galt als Grund dafür, dass sich ein Bewerber gegen die Aufnahme des Sendebetriebs entschied.
- (110) Angesichts dessen ist es unmöglich, mit ausreichender Gewissheit zu beurteilen, ob und wann in absehbarer Zukunft von DTT-Plattformen ein effektiver Wettbe-

werbsdruck gegenüber dem aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmen ausgehen wird.

### 2.1.c) Wettbewerbsbeschränkungen durch frei empfangbares Fernsehen

- (111) Newscorp führt an, dass die Stärke der Free-TV-Sendeanstalten in Italien eine wirksame Beschränkung für die Pay-TV-Veranstalter darstellt. Nach Auffassung von Newscorp bietet das italienische frei empfangbare Programm ein einzigartig vielfältig und attraktives Angebot sowohl auf nationaler als auch auf regionaler Ebene. Dieser Wettbewerbsdruck sei ein entscheidender Wettbewerbsfaktor für Pay-TV-Veranstalter in Italien, der über die reine „Interaktion“ oder „eine Beziehung“ hinausgehe, wie sie von der Kommission bisher festgestellt wurden. In diesem Zusammenhang stellt das anmeldende Unternehmen fest, dass es in Italien im frei empfangbaren Bereich 12 landesweite Sendeanstalten, 50 Kanäle über DTH und etwa 700 lokale Sender gebe.
- (112) Unabhängig davon mag zwar ein gewisser Wettbewerbsdruck vonseiten des frei empfangbaren Fernsehens (wie auch in anderen Ländern, etwa Deutschland) bestehen, doch die von der Kommission im vorliegenden Fall zusammengetragenen Anhaltspunkte belegen, dass es sich beim Bezahlfernsehen um abgrenzbares Produkt mit einem Zusatznutzen handelt. Diese Feststellung wird dadurch untermauert, dass Premium-Filme in der ersten Verwertungsstufe und die meisten Fußballspiele mit Landesmannschaften nur von Pay-TV-Zuschauern gesehen werden können und dass Abonnenten bereit sind, erhebliche Summen für Pay-TV-Dienste zu bezahlen.
- (113) So beliefen sich beispielsweise die durchschnittlichen Einnahmen je Abonnent im Jahr 2001 auf [...] \* EUR für Teletipiù und [...] \* EUR für Stream, während die Jahresgebühr (eine Pflichtsteuer) für das öffentlich-rechtliche frei empfangbare Fernsehen (RAI) 97,10 EUR (2003) beträgt. Darüber hinaus können die drei landesweiten Mediaset-Fernsehsender kostenlos gesehen werden. Bei den lokalen frei empfangbaren Kanälen machte laut Auskunft eines Vertreters eines Verbandes frei empfangbarer Fernsehsender auf der mündlichen Anhörung am 5. und 6. März der Gesamtumsatz der 608 regionalen und lokalen Kanäle in Italien, die diesem Verband angehören, nur [40-50] \* % des Umsatzes von Teletipiù aus. Anhand dieser Fakten wird u. a. deutlich, dass der von Free-TV-Veranstaltern auf die Pay-TV-Plattform ausgehende Wettbewerbsdruck momentan sehr gering ist.

### 2.1.d) Schlussfolgerung

- (114) Angesichts dessen wird der Zusammenschluss praktisch zur Begründung einer Monopolstellung auf dem Pay-TV-Markt in Italien führen.

<sup>(36)</sup> Dieses Problem ist offenbar bei der früheren DTT-Technik aufgetreten, die auf unrealistischen Annahmen zum Versorgungsgrad beruhten.

## 2.2. Vertikale Folgen (technische Dienste für Pay-TV: CAS und technische Plattform)

- (115) Die Veranstaltung von Pay-TV erfordert eine spezielle technische Infrastruktur, die es ermöglicht, die Programmsignale zur verschlüsseln und sie gegenüber dem autorisierten Zuschauer zu entschlüsseln. Diese Infrastruktur besteht in einem Zugangskontrollsystem (CAS) und einem Decoder (der so genannten Set-Top-Box, STB).
- (116) Die Kommission hat in früheren Entscheidungen das mögliche Bestehen eines sachlich relevanten Marktes für die Anbieter der für Pay-TV erforderlichen technischen Dienste geprüft<sup>(37)</sup>. „Diese Dienste bestehen in erster Linie in der Bereitstellung der Decoder (Set-Top-Boxen), der Zugangsberechtigung einschließlich Chipkarten (Smart Cards) und der Verwaltung der Abonentendateien. Außerdem können Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Zugang zum elektronischen Programmführer und dem Schreiben von Anwendungen, die mit der in der Set-Top-Box enthaltenen Anwendungsprogrammierschnittfläche kompatibel sind, dazu gehören. Zudem erfordert die Bereitstellung digitaler interaktiver Fernsehdienste ein System, mit dem Geldgeschäfte in einem sicheren Umfeld stattfinden können<sup>(38)</sup>.“

### 2.2.a) Zugangskontrollsystem (CAS)

- (117) Ein CAS ist eine Technologie, die es Netzbetreibern und Sendeanstalten ermöglicht, das digitale Übertragungssignal zu verschlüsseln bzw. zu kodieren<sup>(39)</sup>, das dann per Satellit, Kabel oder terrestrische Anlage zu den STB übertragen wird. Wenn das digitale Signal bei der STB eintrifft, erzeugt eine Smart Card<sup>(40)</sup>, die Teil der CAS ist, das Passwort, das zum Entschlüsseln und Entkodieren des Übertragungssignals benötigt wird, und ermöglicht so dem Abonnenten mit den erforderlichen Zugangsrechten, die Programme zu sehen.
- (118) Newscorp ist auf der Angebotsseite des Zugangskontrollsektors zu finden, da es ungefähr 80 % von NDS besitzt, eines Anbieters von Lizenzen für Zugangskontrollsysteme. Im Einzelnen stellt NDS die Kontrolle über den

Zugang und zugehörige Produkte und Leistungen für die Verwaltung, Kontrolle und sichere Verbreitung von Unterhaltung und Informationen im Fernsehen bereit. Das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen wird deshalb vertikal mit NDS verbunden sein und selbst über eine proprietäre CAS-Technologie (unter der Bezeichnung Videoguard) verfügen.

- (119) In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Pay-TV-Sektor bisher durch eine starke vertikale Integration gekennzeichnet war. Einige der technischen Dienste für das Bezahlfernsehen (und insbesondere die Bereitstellung von CAS) sind bisher durch das Unternehmen selbst angeboten worden<sup>(41)</sup>. In Italien vereinigten 2001 zwei vertikal in die Vivendi-Gruppe bzw. die Newscorp-Gruppe integrierte Betreiber (Canal+ Technologies und NDS) mehr als [80-90]\* % der gesamten CAS-Bereitstellung für Pay-TV-Veranstalter auf sich (der Rest entfiel auf das Unternehmen Irdeto).c
- (120) In ihrer Mitteilung der Beschwerdepunkte an Newscorp führte die Kommission aus, dass die gemeinsame Plattform in naher Zukunft aller Wahrscheinlichkeit nach nur ein CAS anwenden wird: das Videoguard-CAS von NDS. In der Tat gibt es für die gemeinsame Plattform gute Gründe, diesen Weg einzuschlagen: erstens der Mehrheitsanteil von Newscorp an NDS, dem Lizenzgeber von Videoguard, und zweitens die von Newscorp und anderen vertikal integrierten Pay-TV-Veranstaltern verfolgte Strategie, das unternehmenseigene CAS zu verwenden. So haben sowohl Stream als auch Telepiù mit der Technologie von Irdeto begonnen, sind dann aber auf das eigenproduzierte CAS umgeschwenkt (Videoguard wird von NDS und Mediaguard von Canal+ Technologies produziert).
- (121) In diesem Zusammenhang werden in der Marktuntersuchung der Kommission unabhängig davon, ob CAS, STB und andere technische Dienste für Pay-TV als eigene sachlich relevante Märkte betrachtet werden sollten<sup>(42)</sup>, spezielle Bedenken zu den technischen Diensten für Pay-TV und insbesondere zu Zugangskontrollsystemen geäußert. Diese Bedenken wurden sowohl von einigen CAS-Anbietern als auch von einigen potenziellen Neubeberbern auf den Pay-TV-Märkten (über Satellit) vorgebracht. Sie lassen sich wie folgt zusammenfassen: erstens die Wahrscheinlichkeit, dass das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen potenziellen

<sup>(37)</sup> Siehe Sachen IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/ Premiere und IV/36.539 — British Interactive Broadcasting/Open (ABl. L 312 vom 6.12.1999, S. 1), Randnr. 30.

<sup>(38)</sup> Siehe Sache IV/36.539 — British Interactive Broadcasting/Open.

<sup>(39)</sup> Zu den übertragenen verschlüsselten Daten gehören Fernsehsignale und weitere Daten, wie etwa Informationen zu den Programmen oder abonnierten Programmpaketen sowie zur Empfangsberechtigung der Pay-TV-Abonnenten.

<sup>(40)</sup> Eine Smart Card ist ein Mini-Computer mit einem Mikroprozessor, einem Speicher und einem internen Betriebssystem, das dazu genutzt wird, als Sicherheitsbarriere zu fungieren, die den Zugang zu einem bestimmten Dienst gewährt oder verweigert.

<sup>(41)</sup> Die beiden größten CAS-Anbieter im EWR sind NDS (gehört zur Newscorp-Gruppe) und Canal+ Technologies (gehört zur Vivendi-Gruppe und wurde im September 2002 an die Thomson Multimedia Group verkauft).

<sup>(42)</sup> Wie bereits erwähnt, hat die Kommission in früheren Fällen die CAS im Rahmen eines weiter gefassten Marktes für technische Dienste für Pay-TV betrachtet. In der Sache IV/36.539 — British Interactive Broadcasting/Open, Randnr. 32, hat die Kommission bereits dargelegt, dass möglicherweise enger gefasste sachlich relevante Märkte bestehen, da für die Erbringung von Pay-TV-Zuschauerdiensten unterschiedliche Fachkenntnisse und Technologien erforderlich sind.

Neubewerbern den Zugang zur NDS-Technologie für CAS nicht zu chancengleichen Bedingungen gewährt, und zweitens die Wahrscheinlichkeit, dass das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen den Markteintritt alternativer Pay-TV-Plattformen mit einem anderen CAS-System als dem von NDS verhindert, was praktisch zu einem Monopol führen würde, weil NDS dann das einzige CAS in Italien wäre.

- (122) Im Hinblick auf den ersten Punkt der Bedenken wurde geltend gemacht, dass Newscorp nach dem Zusammenschluss in der Lage sein wird, Neubewerber auf dem italienischen Pay-TV-Markt am Erwerb der Videoguard-Lizenz zu hindern bzw. auf jeden Fall unlautere Bedingungen dafür zu fordern. Doch die Zugangsbestimmungen der Richtlinie 95/47/EG<sup>(43)</sup> können diese Bedenken mildern, denn dort ist festgelegt, dass der Zugang zu CAS zu chancengleichen, angemessenen und nicht diskriminierenden Bedingungen angeboten werden muss. Diese Bestimmung ist in die neue Zugangsrichtlinie 2002/19/EG<sup>(44)</sup> übernommen worden, die bis zum 24. Juli 2003 in nationales Recht umzusetzen war.
- (123) Zum zweiten Punkt der Bedenken wurde geltend gemacht, dass sich Neubewerber für ein anderes als das von NDS lizenzierte und von dem aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmen genutzte CAS entscheiden könnten. In diesem Fall müsste sich Newscorp an der Einrichtung eines Simulcrypt-Systems beteiligen, damit das CAS von NDS mit dem des Neubewerbers kompatibel ist. Die italienischen Regulierungsvorschriften<sup>(45)</sup> enthalten Simulcrypt-Anforderungen, nach denen Interoperabilität zwischen unterschiedlichen CAS herzustellen ist.
- (124) Aus der Marktuntersuchung ging jedoch hervor, dass die italienischen Regulierungsvorschriften höchstwahrscheinlich nicht ausreichen, um die Bedingungen für einen ungehinderten Markteintritt von neuen Pay-TV-Veranstaltern festzulegen, die ein anderes CAS als das von NDS verwenden. Simulcrypt-Anforderungen lassen sich innerhalb kurzer Zeit offenbar kaum umsetzen<sup>(46)</sup>, und ein wesentlich realistischerer Weg für einen Neubewerber wäre es, eine Lizenz für die NDS-Technologie zu erwerben. Etliche Befragte in der Marktuntersuchung

gingen soweit, die NDS-Technologie als eine Art „wesentliche Einrichtung“ für den italienischen Pay-TV-Markt anzusehen.

- (125) Vor dem Hintergrund der vorstehend dargestellten Ergebnisse der Marktuntersuchung und infolge der vertikalen Integration von NDS innerhalb des Gefüges des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens und des Besitzes einer proprietären CAS-Technologie gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass der Zusammenschluss zur Verwendung eines einzigen CAS durch das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen führen wird. Da nach der Fusion nicht kurzfristig mit dem Markteintritt einer neuen Pay-TV-DTH-Plattform zu rechnen ist, wird es — wenn die gemeinsame Plattform beschließt, nur die NDS-Technologie zu verwenden (was absehbar ist) — in Italien nur ein CAS geben, und der Zugang zu diesem CAS wird von Newscorp abhängen. Auch der Einsatz eines anderen CAS wird stets voll und ganz davon abhängig sein, inwieweit sich Newscorp an der Einrichtung eines Simulcrypts beteiligt.
- (126) Dies sind Faktoren, die die bereits bestehenden hohen Eintrittsschranken für den italienischen Pay-TV-Markt spürbar erhöhen und damit zur Verstärkung einer beherrschenden Stellung des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens auf dem Markt für Bezahlfernsehen beitragen werden.
- (127) In seiner Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte machte Newscorp geltend, dass die Kommission nicht festgestellt hatte, dass die wahrscheinliche Verwendung eines einzigen CAS durch die neue Plattform an sich wettbewerbswidrig sei, während der Umstand, dass der Zusammenschluss die Markteintrittsschranken erhöhen könnte, nicht ausreiche, um ein Verbot auszusprechen („the fact that the transaction ‚may‘ raise barriers to entry is not sufficient to justify a prohibition decision.“)<sup>(47)</sup>.
- (128) Ferner argumentierte Newscorp, es würde nicht in der Lage sein, einen Neubewerber vom Wettbewerb auszuschließen. Dazu wurde folgende Passage aus der Entscheidung der Kommission in der Sache Telia/Sonera<sup>(48)</sup> zitiert: „Um zu beurteilen, ob [das Problem eines vertikalen Wettbewerbsausschlusses] von Bedeutung ist, muss nicht nur festgestellt werden, ob das fusionierte Unternehmen einen Anreiz hat, ein anderes vom Wettbewerb auszuschließen, sondern auch, ob es dazu in der Lage wäre und ob es eine spürbare Wirkung auf den Wettbewerb im betreffenden Markt hat.“ („In assessing whether [a vertical foreclosure issue] is significant, it is necessary to establish not only that the merged entity will have the incentive to foreclose, but also whether it will have the ability to do so, and whether it will have

<sup>(43)</sup> Richtlinie 95/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 über die Anwendung von Normen für die Übertragung von Fernsehsignalen (ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 51).

<sup>(44)</sup> Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), (ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 7).

<sup>(45)</sup> AGCOM (italienische Regulierungsbehörde für den Kommunikationssektor), Entscheidung Nr. 216/00/CONS.

<sup>(46)</sup> Die Einrichtung von Simulcrypt zwischen Telepiù und Stream dauerte zwei Jahre, und die beiden Veranstalter wurden von der italienischen Regulierungsbehörde für den Kommunikationssektor (AGCOM) wegen Nichteinhaltung ihrer Verpflichtungen mit einer Geldstrafe belegt.

<sup>(47)</sup> Punkt 5.1.3 der Verteidigungsschrift von Newscorp.

<sup>(48)</sup> Punkt 5.1.5 der Verteidigungsschrift von Newscorp.

any significant effect on competition in the market in question“<sup>(49)</sup>).

- (129) Der Analyse der Kommission zufolge sind die Folgen des Zusammenschlusses nicht auf die Anhebung der Eintrittsschranken begrenzt, sondern umfassen auch die Begründung einer Monopolstellung im DTH-Bezahlfernsehen in Italien. In Anbetracht dieser Monopolsituation auf dem nachgeordneten Pay-TV-Markt und des Besitzes eines proprietären Zugangskontrollsystems — das vermutlich das Standard-CAS werden wird — wird Newscorp nicht nur daran interessiert sein, den Marktausschluss von Rivalen zu betreiben oder deren Kosten zu steigern (um den Markt abzuschotten und seine Monopolstellung bei DTH zu wahren), sondern auch in der Lage, dies zu tun.
- (130) Jeder potenzielle Wettbewerber, der auf dem italienischen Pay-TV-Markt im Satellitenbereich (DTH) tätig werden will, muss dann entweder eine Lizenz von einem Tochterunternehmen von Newscorp (nämlich NDS) einholen, um Zugang zum Videoguard-CAS zu erhalten, oder sich um die Mitarbeit von Newscorps bei der Umsetzung der Simulcrypt-Übereinkunft bemühen. Eingedenk bisheriger Erfahrungen kann dies zu erheblichen Rechtsstreitigkeiten führen, und eine solche Übereinkunft zu erreichen hat sich bereits als recht langwieriges, zeitraubendes und schwieriges Unterfangen selbst zwischen etablierten Wettbewerbern, wie es Stream und Telepiù bisher waren, erwiesen.
- (131) Aufgrund fehlender Abhilfemaßnahmen wird Newscorp auf jeden Fall in der Lage sein, einen potenziellen DTH-Markteintritt zu verhindern oder die CAS-Kosten für Konkurrenten zu erhöhen. Diese Faktoren wurden von der Kommission nicht isoliert betrachtet, da sie mit Blick auf die insgesamt entstehenden wettbewerbswidrigen Folgen dieses Zusammenschlusses zu sehen sind. In diesem Zusammenhang ist der Umstand, dass die Eintrittsschranken bei DTH im Ergebnis dieses Zusammenschlusses in einer (bei DTH) ohnehin bestehenden Monopolstellung weiter erhöht werden — u. a. durch die sehr wahrscheinliche Verwendung eines einzigen proprietären CAS durch das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen —, ein erschwerendes Element, das die beherrschende Stellung der gemeinsamen Plattform auf dem italienischen Pay-TV-Markt noch weiter verstärkt.
- (132) Newscorp hat ferner argumentiert, es bestehe kein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Zusammenschluss und der mutmaßlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung. Da Newscorp bereits 50 % eines italienischen Pay-TV-Betreibers besitze, gebe es bereits einen Anreiz, die Eintrittsschranken für den italienischen Pay-TV-Markt anzuheben, und dies würde nicht erst durch den Zusammenschluss verursacht.
- (133) Die Kommission teilt diese Auffassung nicht. Der Besitz eines proprietären CAS von einem DTH-Monopolisten ist ein Faktor, der an sich schon die Eintrittsschranken für den nachgelagerten Pay-TV-Markt erhöht. Das Interesse von Newscorps an einer Anhebung der Eintrittsschranken ist eine unmittelbare Folge des Zusammenschlusses, der zu dieser Monopolsituation im Hinblick auf DTH-Pay-TV führt. Zudem ist ausgehend von den Ergebnissen der Marktuntersuchung durchaus zu erwarten, dass sich die geschilderte Sachlage in absehbarer Zukunft nicht so bald ändern wird.

## 2.2.b) Technische Plattform

- (134) Stream und Telepiù werden eine gemeinsame technischen Plattform aufbauen, mit der sie ihre Programme über Satellit übertragen werden. Eine technische Plattform kann als das System definiert werden, über das der Zugang und die Bereitstellung der damit verbundenen technischen Dienste kontrolliert werden. Die technische Plattform entschlüsselt die vom Programmveranstalter übertragenen Signale und überträgt sie über die Set-Top-Box an die Abonnenten.
- (135) Es wurde vorgebracht, dass wegen der erheblichen Investitionen, die zur Einrichtung einer DTH-Plattform notwendig sind, Bezahl- und frei empfangbare DTH-Satellitenkanäle von Dritten über die kombinierte Plattform des Unternehmens übertragen werden müssen. Technische Dienste, die von Newscorp über die Plattform bereitgestellt werden, umfassen die Verwaltung der Zugangskontrolle, die Durchleitung durch die Decoder und die Einbindung in eine vorab festgelegte Liste von Diensten (automatische Abstimmung), die Digitalisierung und Verschlüsselung, die Übertragung zum Satelliten und insbesondere den Zugang zum elektronischen Programmführer (EPG).
- (136) Der EPG ist ein Fernsehprogrammführer, der wegen der erweiterten Programmauswahl im digitalen Fernsehen ein unerlässliches Hilfsmittel darstellt. Die Informationen für den EPG werden von Rundfunkanstalten gesendet und von der EPG-Software dargestellt. Mit Hilfe des Menüsystems kann der Benutzer nach einer bestimmten Programmart, z. B. Filmen, Comedy oder Kindersendungen, suchen oder sich nur die Programmnummer oder Tageszeit anzeigen lassen. Ohne einen EPG wäre es für Benutzer äußerst schwierig, den speziellen Kanal, nach dem sie suchen, systematisch und problemlos zu finden.
- (137) Der Zugang zur Plattform spielt für den Eintritt in den Pay-TV-Markt und für die DTH-Übertragung von Bezahl- und frei empfangbaren Kanälen eine zentrale Rolle. Durch die Fusion wird es DTH-Kanälen nicht mehr möglich sein, zwischen zwei Plattformen zu wählen.

<sup>(49)</sup> Sache COMP/M.2803 — Telia/Sonera, Randnr. 91. Entscheidung vom 10.7.2002, siehe Website der Kommission: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

(138) Da Newscorp die Plattform kontrolliert, hat es den Anreiz und die Möglichkeit, den Zugang zu verweigern und die Konsolidierung von Kanälen zu behindern (beispielsweise durch eine systematische Änderung von deren Position im EPG) oder für digitale Satellitenkanäle (Free-to-Air- und Pay-DTH) nicht chancengleiche oder diskriminierende Bedingungen festzulegen. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt gibt es keinen ausreichenden Rechtsrahmen, mit dem sich diese Probleme effektiv und zügig lösen ließen. Daher würde das beschriebene mögliche Verhalten zur Festigung der Monopolstellung des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens auf dem Pay-TV-Markt beitragen.

(139) In seiner Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte der Kommission<sup>(50)</sup> machte Newscorp geltend, dass es keinen Anreiz hätte, den EPG zu manipulieren. Vielmehr liege es im Interesse des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens, seinen Abonnenten einen hochwertigen Dienst zu bieten. Vor allem wäre es ein unpassendes Verhalten gegenüber den Abonnenten, wenn die Reihenfolge der Kanäle im elektronischen Programmführer ständig geändert würde. In diesem Zusammenhang ist die Kommission der Meinung, dass, wie das bisherige Verhalten von Stream gezeigt hat<sup>(51)</sup>, das Interesse des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens, die Zuschauer an seine eigenen Kanäle zu binden, stärker wäre als sein Interesse, die Position der Kanäle von Dritten im EPG unverändert zu lassen.

### 2.3. Schlussfolgerungen

(140) Ausgehend von den vorstehenden Ausführungen wird festgestellt, dass der Zusammenschluss eine beherrschende Stellung auf dem italienischen Pay-TV-Markt auf Dauer verstärkt. Das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen wird eine Monopolstellung bei den DTH-Übertragungswegen besitzen und alle Möglichkeiten und den wirtschaftlichen Anreiz haben, aktuelle und potenzielle Wettbewerber, die über die gleichen und/oder andere Übertragungswege in den Markt eintreten wollen, auszuschließen, indem es bei diesen Konkurrenten für höhere Aufwendungen sorgt und die Eintrittsschranken anhebt. Diesbezüglich werden die wettbewerbsrechtlichen Bedenken zwar durch bestehende Vorschriften in gewissem Maße gemildert, doch die Verwendung eines Standards (NDS) für die Zugangskontrolle in der gesamten Satellitenplattform — unabhängig von eventuell zu schließenden umfangreichen Simulcrypt-Vereinbarungen — dürfte dazu führen, dass potenzielle DTH-Neubewerber technisch vollkommen von dem aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmen abhängig sind. Zudem hat Newscorp durch seine Kontrolle über die technische Plattform die Mög-

lichkeit und den Anreiz, den Umfang des Wettbewerbs innerhalb der Plattform zu bestimmen. Aufgrund dieser Faktoren wird das Monopol von Newscorp bei den DTH-Übertragungswegen trotz bestehender Rechtsvorschriften wesentlich zur Festigung der bestehenden Quasi-Monopolstellung im Pay-TV-Markt beitragen, wie sie sich aus dem Vorgang für eine gewisse Zeit nach dem Zusammenschluss ergeben wird.

(141) In seinem Antwortschreiben auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte<sup>(52)</sup> gab Newscorp an, die Kommission habe es verabsäumt festzustellen, dass die Wahrscheinlichkeit größer ist, dass Newscorp kein solches Gebaren an den Tag legen werde. Newscorp weist darauf hin, dass in der Rechtssache Tetra Laval BV/Kommission<sup>(53)</sup> das Gericht erster Instanz festgestellt habe, dass das Beweismaß üblicherweise die Abwägung der Wahrscheinlichkeiten sei, und die Vorgehensweise der Kommission zurückgewiesen habe (speziell die Auffassung, die Möglichkeit einer wettbewerbswidrigen Auswirkung reiche aus, um ein Verbot zu rechtfertigen).

(142) In diesem Zusammenhang macht die Kommission geltend, dass in dem betreffenden Urteil die Abwägung der Wahrscheinlichkeiten gegenüber dem Standpunkt der Kommission auf Folgendem beruhte: i) der fehlenden Annahme einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung<sup>(54)</sup> und ii) der notwendigen Untermauerung durch eine Analyse des künftigen angemessenen Verhaltens als Grundlage für das Feststellen einer beherrschenden Stellung. Im vorliegenden Fall ist keine dieser beiden Bedingungen erfüllt. In Bezug auf die erste Bedingung (fehlende Annahme einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung) kann man sicher nicht bestreiten, dass die Fusion tatsächlich zur Begründung einer Quasi-Monopolstellung auf dem Pay-TV-Markt führen wird. In Bezug auf die zweite Bedingung (die notwendige Untermauerung durch eine prospektive Analyse des künftigen angemessenen Verhaltens) basiert die zum vorliegenden Fall durchgeführte Analyse auf einer Sachlage, die unmittelbar nach der Fusion eintreten wird (Begründung einer Quasi-Monopolstellung).

(143) Daher ist die Kommission auf der Grundlage der im Zuge des Verfahrens gesammelten Beweise und unter Berücksichtigung der horizontalen Überschneidungen infolge des Zusammenschlusses der Auffassung, dass genügend Beweise vorliegen, um zu dem Schluss zu gelangen, dass die neue Plattform in absehbarer Zukunft die notwendigen Anreize und die Fähigkeit haben wird, das oben dargestellte Verhalten zu zeigen, und im Ergebnis letztlich erhebliche Folgen für den Wettbewerb auf dem relevanten Markt mit sich bringen wird.

<sup>(50)</sup> Siehe Punkt 5.1.15 der Verteidigungsschrift von Newscorp.

<sup>(51)</sup> So hat sich beispielsweise die Position von Digitaly im EPG von Stream in den letzten Jahren viermal geändert.

<sup>(52)</sup> Punkt 5.1.11 der Verteidigungsschrift von Newscorp.

<sup>(53)</sup> Rechtssache T-5/02.

<sup>(54)</sup> Vgl. Randnr. 142 des Urteils in der Rechtssache Tetra Laval.

3. BEGRÜNDUNG ODER VERSTÄRKUNG EINER BEHERRSCHENDEN STELLUNG IN BESCHAFFUNGSMÄRKTEN

3.1. **Horizontale Folgen für betroffene vorgelagerte Märkte (Erwerb von Inhalten)**

3.1.a) **Der Erwerb von ausschließlichen Übertragungsrechten von Premium-Filmen**

- (144) Telepiù (das Zielunternehmen) hat bereits eine beherrschende Stellung auf dem Markt für den Erwerb von ausschließlichen Rechten für Premium-Filme inne (die von Telepiù 2001 erworbenen Filme stellen einen Anteil von etwa [85-95]\* % an den Gesamteinspielergebnissen der Filme dar, die mit ausschließlichen Rechten an alle Fernsehanstalten verkauft wurden, [85-95]\* % wertmäßig <sup>(55)</sup> und [50-60]\* % <sup>(56)</sup> bei der Anzahl der Filme). Im Jahr 2001 hat Stream die übrigen Rechte mit Ausnahme von vier italienischen Filmen erworben, deren Erstverwertungsrechte von La 7 (von Telecom Italia kontrollierter, frei empfangbarer Fernsehsender) gekauft wurden.
- (145) Die nachfolgenden Tabellen geben einen Überblick über die Rechte von Telepiù und Stream:

TABELLE 11

**Telepiù**

*Führende US-amerikanische Studios*

Name	Erstverwertung	Zweitverwertung	PPV	VoD	NVoD	Gültigkeit bis
Buena Vista (Walt Disney)						
Columbia						
Dreamworks						
Paramount						
MGM						
T.C. Fox						
Warner Bros						

Quelle: Formblatt CO.

TABELLE 12

**Italienische Filmproduzenten**

Name	Pay TV	PPV	VoD	NVoD	Gültigkeit bis
Medusa					
Eagle Picture					
Fandango					
Lucky Red					
Mediatrade					

Quelle: Formblatt CO.

<sup>(55)</sup> Der insgesamt in Italien gezahlten Summe für Rechte an Premium-Filmen.

<sup>(56)</sup> Dieser Rückgang beim volumenmäßigen Marktanteil ist darauf zurückzuführen, dass die Mehrzahl der Filme, die sich im Bestand von Telepiù befinden, von den Hollywood-Majors aus den USA stammen. Es handelt sich um die teuersten Filme, die hauptsächlich im Kino gezeigt werden.

- (146) Telepiù hat 2002 außerdem Verträge mit Eyescreen, Nexo und anderen Anbietern geschlossen.

## STREAM

**Führende US-amerikanische Studios**

- (147) Den Angaben der beteiligten Unternehmen im Formblatt CO zufolge besitzt Stream ausschließliche Rechte von Universal für PPV und NVoD bis zum 31. August 2002. Universal hat eine Option für eine automatische Verlängerung um weitere fünf Jahre ausgeübt.

TABELLE 13

**Italienische Filmproduzenten**

Name	Pay TV	PPV	VoD	NVoD	Gültigkeit bis/Art des Vertrags
Cecchi Gori					
Clemi					( <sup>57</sup> )
Istituto Luce					
Lady Film					
Mikado					
Raitrade					
Tangram					
Palomar					
Eyescreen					
Lantia					
CDE					
Veradia					
Cattleya					

Quelle: Formblatt CO.

- (148) Ferner hat Stream Verträge mit Filmauro, Videofilm VCKappa und Key Films (Vertriebsgesellschaften) für eine Reihe von italienischen und nicht italienischen Filmen geschlossen. Im Jahr 2002 verfügte das Unternehmen außerdem über etliche eher „kleine“ Verträge mit anderen Anbietern (Minerva, Pasodoble, Romagnosi und Teodora).
- (149) Alle von Stream wie auch Telepiù mit ihren Partnern geschlossenen Verträge beinhalten ausschließliche Rechte für alle Übertragungswege (terrestrische Übertragung, Satellit, Kabel usw.). Zusammengefasst entsprechen sie [75-85]\* % aller Kinoeinspielergebnisse im Jahr 2001 (<sup>58</sup>) und praktisch [90-100]\* % der von Pay-TV-Sendern erworbenen ausschließlichen Rechte. Wie an anderer Stelle angegeben, verfügt Telepiù über einen Marktanteil von [85-95]\* % und Stream von [5-15]\* % (bezogen auf die Einspielergebnisse) bei Filmen, die mit ausschließlichen Rechten erworben/veräußert wurden. Der frei empfangbare Fernsehsender La 7 (der Telecom Italia gehört) erwarb 2001 die Erstverwertungsrechte für vier italienische Filme. Allerdings hat La 7 keine Exklusivverträge für die Erstverwertung mit einem führenden Hollywood-Studio geschlossen.

(<sup>57</sup>) [...]\*

(<sup>58</sup>) Im Jahr 2001 stammten mit Ausnahme von vier italienischen Filmen, deren Erstverwertungsrechte La 7 gekauft hat, fast 19 % der Einspielergebnisse von Filmen, für die keine ausschließlichen Rechte erworben oder veräußert wurden.

- (150) Nach der Übernahme von Telepiù durch Stream und dem Kundenzuwachs in Italien wird die Fusion zu einer Quasi-Monopolstellung beim Erwerb von ausschließlichen Rechten für Filme führen (Nachfragemonopol). La 7 hat eine unerhebliche Zahl von Erstverwertungsrechten an italienischen Filmen erworben. Hierzu ist zu beachten, dass Rechteinhaber, insbesondere die Hollywood-Majors, nicht bereit sein dürften, Erst- und Zweitverwertungsrechte künftig an frei empfangbare Fernsehanstalten zu verkaufen. Wie bereits erläutert, werden Kinofilmrechte mindestens fünf bis sechs Mal verkauft (Kinoaufführung, Video, Pay-Per-View und Video-on-Demand, Erstverwertung, Zweitverwertung und Katalogfilme). Nur die letzte Gruppe wird von Free-to-Air-TV-Sendern erworben. Würden Rechteinhaber sechs Monate nach der Kinoaufführung Erstverwertungsrechte für Filme an frei empfangbare Fernsehsender verkaufen (die von allen Zuschauern gesehen werden können), würde dies die Einnahmen für die Filmproduzenten gravierend schmälern.
- (151) Durch diese Monopolstellung bei der Nachfrage wird wegen fehlender Abhilfemaßnahmen der Zugang Dritter zu Inhalten ausgeschlossen (auch in Bezug auf andere Übertragungswege als DTH). Zudem ist damit zu rechnen, dass die Verfügbarkeit von Inhalten für die Verbraucher und damit deren Auswahl eingeschränkt wird.
- (152) Darüber hinaus werden die beteiligten Unternehmen in der Lage sein, die Zugänglichkeit von Inhalten noch weiter zu beschneiden, indem sie Sperr- und Vorkaufsrechte bei Filmen für die Zweitverwertungsstufe ausüben, wie es in den Verträgen von Telepiù mit den meisten Majors vorgesehen ist (siehe Tabelle 11). Sofern keine Abhilfemaßnahmen ergriffen werden, wird dies letztlich potenzielle Neubewerber an dem Versuch hindern, als „Nebenwettbewerber“ oder Wettbewerber der „zweiten Reihe“ auf den Markt zu gelangen. Zudem werden die von den beteiligten Unternehmen ausübenden Schutzrechte zur Folge haben, dass Zweitverwertungsrechte vom Markt verschwinden. Dies wirkt sich auf die Verbraucher und ihre freie Wahl, zu welchem Preis und zu welcher Zeit sie Pay-TV-Rechte „verbrauchen“ wollen, nachteilig aus.
- (153) In Anbetracht dieser Ausführungen und der Laufzeit der bestehenden Verträge wird der Zusammenschluss zur Folge haben, dass potenzielle Pay-TV-Wettbewerber für eine Reihe von Jahren am Zugang und damit an der Möglichkeit zur Übertragung dieser Inhalte über Bezahlfernsehen gehindert werden.
- (154) In seinem Antwortschreiben auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte <sup>(59)</sup> trug Newscorp vor, der Zusammenschluss würde nichts an der aktuellen Sachlage ändern, da die von Stream und Telepiù zum Rechteerwerb geschlossenen Verträge bereits bestünden und von der Fusion nicht berührt würden. Soweit das Vertrags-
- netz die Wahrscheinlichkeit eines Markteintritts beeinträchtigt, sei die Ursache dafür nicht in der Fusion zu suchen („the contracts entered into by Stream and Telepiù for the acquisition of rights are already in place and are not affected by the merger. Insofar as the network of contracts may affect the likelihood of entry, this issue is not caused by the merger“). Nach Auskunft der beteiligten Unternehmen belegt all dies, dass kein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Fusion und einer möglichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs besteht. Dazu verweist Newscorp auf Randnummer 10 des Entwurfs einer Mitteilung über horizontale Zusammenschlüsse <sup>(60)</sup>, wonach „die Kommission die voraussichtlichen Wettbewerbsbedingungen nach der Fusion mit denen [vergleicht], die auf dem Markt herrschen würden, wenn der Zusammenschluss nicht zustande käme“.
- (155) So waren vor dem Zusammenschluss zwei Pay-TV-Veranstalter in der Lage, am Wettbewerb um den Erwerb von Inhalten teilzunehmen. Nach dem Zusammenschluss wird sich das „Vertragsnetz“ in den Händen eines einzigen Veranstalters befinden, der aufgrund fehlender Abhilfemaßnahmen dann in der Lage ist, die Bedingungen der Märkte gegenüber den Rechteinhabern in einem wesentlich größeren Maß zu bestimmen als es bei zwei konkurrierenden Käufern der Fall wäre. Vor allem wird er dank seiner größeren Verhandlungsmacht aus der Position des Quasi-Nachfragemonopolisten heraus aller Wahrscheinlichkeit nach in der Lage sein, die Vertragsbedingungen mit Inhalteanbietern auf sein Bedürfnis und die Zielsetzung zuzuschneiden, eine potenzielle Konkurrenz von Neubewerbern zu verhindern. Angesichts dieser Erwägungen erscheint der Vortrag der beteiligten Unternehmen, nach dem Zusammenschluss werde eine größere Anzahl statt weniger Rechte für andere Käufer zur Verfügung stehen, da die beteiligten Unternehmen ihre Nachfrage senken könnten, unbegründet.
- (156) Newscorp äußert ferner <sup>(61)</sup>, dass ein Neubewerber Rechte erwerben könnte, die denen von Stream entsprechen, wenn er mit MGM einen Vertrag ab 2004 schließt, und die Kommission irre sich mit ihrer Annahme, der MGM-Vertrag werde verlängert. Hierzu stellt die Kommission Folgendes fest: Erstens ist nicht sicher, ob nach dem Zusammenschluss im Jahr 2004 ein neuer Wettbewerber auf den italienischen Markt kommt. Zweitens ist unter Berücksichtigung aller Belege und relevanten Faktoren davon auszugehen, dass MGM und TC Fox das einseitige Recht auf Verlängerung ausüben werden. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass die Hollywood-Majors dieses Recht trotz des Bestehens von zwei alternativen Plattformen stets ausgeübt haben. Columbia und Paramount haben das Recht auf Vertragsverlängerung 2002 mit Telepiù ausgeübt, und Universal tat dies kürzlich bei Stream. Ein Blick auf die bisherigen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zeigt also, dass die Behauptung von Newscorp vermutlich unzutreffend ist.

<sup>(59)</sup> Punkt 6.1.3 der Verteidigungsschrift von Newscorp.

<sup>(60)</sup> [http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/final\\_draft\\_de.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/final_draft_de.pdf).

<sup>(61)</sup> Punkt 6.1.4 der Verteidigungsschrift von Newscorp.

## 3.1.b) Erwerb von Sportinhalten allgemein

## Rechtliche Rahmenbedingungen

- (157) Artikel 3a der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ in ihrer geänderten Fassung<sup>(62)</sup> sieht vor, dass ein Mitgliedstaat Maßnahmen ergreifen kann, mit denen sichergestellt werden soll, dass Fernsehveranstalter, die seiner Rechtshoheit unterliegen, nicht Ereignisse, denen eine erhebliche gesellschaftliche Bedeutung beigemessen wird, auf Ausschließlichkeitsbasis und in kodierter Form übertragen. Eine diesbezügliche Bestimmung ist in der italienischen Durchführungsmaßnahme vom März 1999 enthalten<sup>(63)</sup>. Damit soll erreicht werden, dass ein wesentlicher Anteil (mehr als 90 %) der italienischen Öffentlichkeit die aufgeführten Ereignisse im frei empfangbaren Fernsehen verfolgen kann, ohne zusätzliche Kosten für den Erwerb von technischen Geräten aufbringen zu müssen.
- (158) Für Italien sind folgende Ereignisse aufgeführt: a) die Olympischen Sommer- und Winterspiele, b) die Fußball-Weltmeisterschaft und alle Spiele mit Beteiligung der italienischen Nationalmannschaft (als vollständige Live-Berichterstattung), c) das Finale der Fußball-Europameisterschaft und alle Spiele mit Beteiligung der italienischen Nationalmannschaft (als vollständige Live-Berichterstattung), d) alle Heim- und Auswärtsspiele der italienischen Fußball-Nationalmannschaft in offiziellen Wettbewerben, e) das Finale und das Halbfinale der Champions League und des UEFA-Pokals, wenn italienische Mannschaften beteiligt sind, f) das Radrennen Italien-Rundfahrt (Giro d'Italia) sowie g) das Grand-Prix-Rennen der Formel I. Darüber hinaus behält sich die italienische Regulierungsbehörde für den Kommunikationssektor (AGCOM) vor, die Aufstellung zu gegebener Zeit zu ergänzen, insbesondere bei folgenden Ereignissen: a) Finale der Basketball-, Wasserball- und Volleyball-Weltmeisterschaften bei Beteiligung der italienischen Nationalmannschaften, b) das Finale und Halbfinale des Davis Cups bei Beteiligung der italienischen Nationalmannschaft sowie c) die Straßenradrenn-Weltmeisterschaft. Ferner behält sich die italienische Behörde vor, die Aufstellung zwei Jahre nach Inkrafttreten ihrer Entscheidung zu revidieren. Die Verpflichtung zur Übertragung der aufgeführten Ereignisse auf frei empfangbarer Basis führt in der Regel dazu, dass der Preis für den Erwerb der Übertragungsrechte für solche Ereignisse auf dem italienischen Markt sinkt.

## 3.1.c) Erwerb der ausschließlichen Übertragungsrechte von Fußballereignissen, die regelmäßig (alljährlich) stattfinden und bei denen Mannschaften des Landes teilnehmen

- (159) Zusammengekommen kommen die beteiligten Unternehmen auf Marktanteile von [80-90]\* % wertmäßig (Stream [35-45]\* %, Telepiù [35-45]\* %) und [90-100]\* % bei der Anzahl der Spiele (Stream [35-45]\* %, Telepiù [50-60]\* %). Nach italienischem Recht (Gesetz Nr. 78/99) darf keine DTH-Plattform mehr als 60 % aller Fußballrechte besitzen. Diese Vorschrift würde bei Bestehen nur einer einzigen DTH-Plattform (also nach dem Zusammenschluss) jedoch unter der Bedingung nicht gelten, dass die Laufzeit der Verträge für den Erwerb der ausschließlichen Rechte drei Jahre nicht überschreitet.
- (160) Die italienischen Fußballklubs der Serie A und der Serie B, für die Stream ausschließliche Rechte besitzt, sind: Bologna, Lecce, SDS srl<sup>(64)</sup> und Napoli (bis [...]\*), Brescia, Chievo Verona, Empoli, Modena und Siena (bis [...]\*). Diese Rechte entsprechen [45-55]\* % der Spiele in der Serie A. Außerdem besitzt das Unternehmen ausschließliche Rechte für die UEFA-Champions League 2002/2003.
- (161) Die italienischen Fußballklubs der Serie A und Serie B, für die Telepiù ausschließliche Rechte besitzt, sind: Atalanta, Como, Messina, Perugia, Piacenza, Reggina und Torino (bis [...]\*), Inter, Bari, Juventus, Milan, Cagliari, (bis [...]\*). Diese Rechte entsprechen [45-55]\* % der Spiele in der Serie A.
- (162) Die Fusion wird zu einer Quasi-Nachfragemonopolstellung<sup>(65)</sup> des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens beim Erwerb von ausschließlichen Rechten für regelmäßige Fußballereignisse mit Beteiligung nationaler Mannschaften führen. Die ausschließlichen Rechte umfassen stets Live- und Nicht-Live-Übertragungen für Pay-TV und PPV, Schutzrechte für Live-Übertragungen im Free-to-Air-TV und in einigen Fällen Video-on-Demand, UMTS und Internet. Vor allem wird der Quasi-Nachfragemonopolist — wie bei den Spielfilmrechten und aufgrund seiner stärkeren Verhandlungsmacht — in der Lage sein, die Vertragsbeziehungen auf sein Bedürfnis und die Zielsetzung zuzuschneiden, den Markteintritt neuer Wirtschaftsteilnehmer zu verhindern.

<sup>(62)</sup> Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (ABl. L 298 vom 17.10.1989, S. 23), geändert durch die Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 202 vom 30.7.1997, S. 60).

<sup>(63)</sup> Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (ABl. C 277 vom 30.9.1999), [http://europa.eu.int/eur-lex/de/consleg/pdf/1989/de\\_1989L0552\\_do\\_001.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/de/consleg/pdf/1989/de_1989L0552_do_001.pdf).

<sup>(64)</sup> Roma, Lazio, Parma.

<sup>(65)</sup> Wie bereits erläutert, verkaufen Fußballvereine (vor allem mittlere und kleine) ihre Rechte nur ungern an frei empfangbare Fernsehveranstalter, da Pay-TV-Plattformen die Möglichkeit haben, mehrere Spiele gleichzeitig zu übertragen, und damit weiterhin Zuschauer in die Stadien kommen. Frei empfangbare Fernsehsender konkurrieren nur um die Rechte für den UEFA-Pokal und die UEFA-Champions League sowie den italienischen Pokal (Coppa Italia).

### 3.1.d) Erwerb von ausschließlichen Übertragungsrechten an anderen Sportereignissen

- (163) Stream und Telepiù haben ausschließliche Rechte für eine bedeutende Zahl von Sportereignissen zusätzlich zu den Formel-I-Rennen, die in Italien sehr populär sind. Bei der Formel I sind die Rechte im Besitz von Pay-TV-Veranstaltern (die als einzige diese Rennen über Satellit übertragen) nicht exklusiv, da RAI (frei empfangbarer Fernsehsender) die Formel I auf dem italienischen Hoheitsgebiet analog-terrestrisch überträgt.
- (164) Den Angaben der beteiligten Unternehmen im Formblatt CO vom Oktober 2002 zufolge besitzt Telepiù ausschließliche Rechte für folgende Sportveranstaltungen: Golf (PGA Tour 2002, Ryder Cup, Italian Open <sup>(66)</sup> und Augusta bis [...]\*, British Open, US Golf Association und US PGA bis [...]\*), Tennis (Roland Garros <sup>(67)</sup> und US Open <sup>(68)</sup> bis [...]\*, Australian Open bis [...]\*), Basketball (NCAA, NBA und ULEB Euroleague bis [...]\*, mehrere FIBA-Veranstaltungen bis [...]\*), Motorbootrennen (UIM F1 Powerboat bis [...]\*), Volleyball (Lega pallavolo serie A femminile bis [...]\*), Rugby (Lega Italiana bis [...]\*, Trinitation 2002 [...]\*), Boxen (Tyson gegen Lewis bis [...]\* <sup>(69)</sup>), Football (NFL-Spielzeiten bis [...]\*), Autorennen (Le Mans 2002, 24 Stunden Spa bis [...]\* usw.
- (165) Stream besitzt ausschließliche Rechte für folgende Veranstaltungen: mehrere Sportarten über einen Vertrag mit Espn Inc. bis [...]\*, Golf (PGA Tour [...]\* PGA European Tour 2002/2003 bis Februar 2004) und Tennis (Tennis Masters Series, WTA Rom und Wimbledon bis [...]\*).
- (166) Würde man Sport allgemein (mit Ausnahme des nationalen Fußballs) als gesonderten Markt betrachten, würde der Zusammenschluss in jedem Fall zur Begründung einer beherrschenden Stellung beim Erwerb von ausschließlichen Rechten für Sportveranstaltungen führen. Würde man einzelne Sportarten als gesonderte Märkte ansehen, würde der Zusammenschluss zur Verstärkung einer beherrschenden Stellung bei Golf und Tennis führen. Nach Auskunft des Anmelders kommt Stream derzeit bei Übertragungsrechten für Sportereignisse mit Ausnahme des nationalen Fußballs auf einen Marktanteil von [35-45]\* % und Telepiù auf [30-40]\* %. Andere Fernsehveranstalter, die als Wettbewerber von Stream und Telepiù beim Erwerb dieser Rechte anzusehen wären, kämen auf einen Marktanteil von [20-30]\* %.
- (167) Diesbezüglich wurden 2001 folgende große Sportereignisse im frei empfangbaren Fernsehen auf ausschließlicher Basis übertragen: Radsport (Giro d'Italia und andere internationale Wettbewerbe), Leichtathletik (die wichtigsten internationalen Meetings), Boxen (italienische und europäische Titelfämpfe), Rugby (Spiele der italienischen Nationalmannschaft und Sechs-Länder-Turnier), Motorradspport (die gesamte Motorrad-Weltmeisterschaft), Segeln (Louis-Vuitton-Cup, America's Cup), Olympische Sommer- und Winterspiele.
- (168) Das Zusammenschlussvorhaben wird die Kaufkraft des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens und seine Position gegenüber der Zeit vor der Fusion stärken. Potenzielle Wettbewerber aus dem Fernsehsektor werden keine Möglichkeit haben, ausschließliche Rechte für die meisten der wichtigen Sportereignisse zu erwerben, die [...]\* stattfinden. Vor allem wird das in einer Quasi-Nachfragemonopolstellung befindliche Unternehmen aufgrund seiner größeren Verhandlungsmacht in der Lage sein, die Vertragsbeziehungen auf sein Bedürfnis und die Zielsetzung zuzuschneiden, den Markteintritt neuer Wirtschaftsteilnehmer zu verhindern, indem es beispielsweise lange Laufzeiten verlangt oder ausschließliche Rechte oder Schutzrechte für andere Übertragungswege als DTH erwirbt.

### 3.1.e) Fernsehkanäle

- (169) Im Gegensatz zu Premium-Filmen und -Fußballereignissen werden sehr viele Fernsehkanäle nicht auf ausschließlicher Basis erworben. Das bedeutet, dass Pay-TV-Wettbewerber denselben Kanal erwerben und übertragen können.
- (170) Stream besitzt ausschließliche Rechte für folgende Kanäle: Duel TV, Comedy Life, National Geographic, MT Channel, Roma Channel, Fox Kids, CFN-CNBC und Music Choice. Hinzu kommen acht eigenproduzierte Kanäle in den Sparten Film, Reisen, Nachrichten, Sprache, Reality Show, Musik und Sport.
- (171) Telepiù besitzt ausschließliche Rechte für 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 und II, Cineclassics, INN, Bloomberg, ESPN Classic Sport, Eurosport News, TV5, Multimusica, Matchmusic, Rock TV, Classica, Milan Channel und Inter Channel. Hinzu kommt eine Reihe eigenproduzierter Kanäle für Filme (Premium-Kanäle und PPV) und Sport (PPV).

<sup>(66)</sup> Nur Live-Übertragungsrechte.

<sup>(67)</sup> Ausschließliche Rechte für Roland Garros gelten für Eurosport nicht, wenn Eurosport Spiele ab dem Viertelfinale in anderen Sprachen als Italienisch überträgt.

<sup>(68)</sup> Ausschließliche Rechte für die US Open gelten für Eurosport nicht, wenn Eurosport Spiele ab dem Viertelfinale in anderen Sprachen als Italienisch überträgt.

<sup>(69)</sup> Nur Live-Übertragungsrechte.

- (172) Die meisten auf ausschließlicher Basis erworbenen Kanäle (ohne normalerweise von den beteiligten Unternehmen produzierte Premium-Sport-/Spielfilmkanäle) zeichnen sich durch eine Programmgestaltung mit nicht ausschließlichen Inhalten aus. Dementsprechend wird es — mit Ausnahme von Premium-Kanälen — für potenzielle Wettbewerber möglich sein, Kanäle zu erwerben und zu produzieren.
- (173) Die wettbewerbsrechtlichen Bedenken bei Fernsehkanälen ergeben sich daraus, dass die Fusion beim Erwerb von Kanälen in Italien zu einer von einem Nachfrage-monopol gekennzeichneten Situation (100 %) führen wird, sofern kein anderer Wettbewerber in den Markt eintritt (und das wird nicht geschehen, wenn der Zugang zu Premium-Inhalten nicht gewährleistet ist). Daher wird die Verhandlungsposition insbesondere von kleineren unabhängigen Kanalveranstaltern nach dem Zusammenschluss wegen des Fehlens anderer Plattformen als Alternative zu dem neuen Unternehmen geschwächt. Dies könnte den Verbrauchern indirekt zum Nachteil gereichen, sollte sich das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen entschließen, keine Rechte an Fernsehkanäle mehr zu verkaufen, oder seine Macht als Nachfragemonopolist so weit ausnutzen, dass einige Veranstalter von Fernsehkanälen den Markt wegen des unsicheren wirtschaftlichen Umfelds verlassen. Dadurch würde die Angebotsvielfalt für die Verbraucher und deren Wahlfreiheit stark gemindert. Diese nachteiligen Folgen für die Verbraucher lassen sich nur ausgleichen, indem die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass diese Kanäle über DTH (frei empfangbar oder als Bezahlfernsehen) übertragen werden können, auch wenn sie nicht von der neuen Plattform erworben werden.

### 3.2. *Schlussfolgerung zu horizontalen Folgen in betroffenen vorgelagerten Märkten (Erwerb von Inhalten)*

- (174) Zum Erwerb von Rechten an Inhalten allgemein hat Newscorp in seinem Antwortschreiben auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte vorgetragen, dass es keine Nachfragemonopolstellung gebe, dass ein Wettbewerb zwischen Pay-TV- und Free-TV-Veranstaltern um den Rechteerwerb bestehe und der Wettbewerb vonseiten anderer Pay-TV-Veranstalter zunehmen dürfte („there is no monopsony: there is competition between pay-TV and free TV operators for the acquisition of rights and competition from other pay TV operators can be expected to increase“). Nach Auffassung von Newscorp handelt es sich beim Markt der Inhalte um einen „Ausschreibungsmarkt“.
- (175) Die Kommission teilt diese Auffassung nicht. Zwar kann der Erwerb von Programminhalten allgemein in gewissem Umfang als Ausschreibungsmarkt angesehen werden, doch wegen des speziellen Charakters und der Merkmale der einzelnen Teilmärkte sind die „Ausschrei-

bungen“ im Grunde auf eine begrenzte Zahl von Veranstaltern mit bestimmten Wesenszügen beschränkt.

- (176) Beim Erwerb von Erst- (und zumindest theoretisch Zweit-)verwertungsrechten für Premium-Spielfilme sind Ausschreibungen wegen des Geschäftsmodells der Studios<sup>(70)</sup>, d. h. die Aufteilung in Verwertungsstufen, auf Pay-TV-Veranstalter begrenzt. Betreiber des frei empfangbaren Fernsehens werden praktisch daran gehindert, diese Rechte im Wettbewerb mit Pay-TV-Sendern zu erwerben.
- (177) Vergleichbare Bedingungen eines „beschränkten Ausschreibungsverfahrens“ gelten de facto für den Erwerb der meisten Rechte für Fußballereignisse, die regelmäßig (alljährlich) stattfinden und an denen Mannschaften des Landes teilnehmen, namentlich die Meisterschaften der Serie A und der Serie B. Wie bereits dargelegt, geht aus der Marktuntersuchung eindeutig hervor, dass die Rechteinhaber (Fußballmannschaften) ihre Rechte lieber an Pay-TV- als Free-to-Air-TV-Veranstalter verkaufen, um nachteilige Auswirkungen auf die Besucherzahlen in den Stadien (die andere wichtige Einnahmequelle) zu vermeiden. Auch hier besteht offenbar kein wirklicher Wettbewerb zwischen Free-to-Air- und Pay-TV-Veranstaltern um den Erwerb dieser Rechte.
- (178) Bei den Rechten für andere Sportveranstaltungen (z. B. Tennis und Golf) schließlich sind die Ausschreibungen allem Anschein nach offener gehalten, doch haben die beiden bestehenden Pay-TV-Veranstalter im Grunde bereits eine beherrschende Stellung beim Erwerb von ausschließlichen Rechten für diese Sportereignisse inne, und dies wird auch bei dem neuen Unternehmen so sein. Damit liegt ein weiteres Beispiel dafür vor, dass die meisten ausschließlichen Rechte aller Art in der Regel von Pay-TV-Sendern erworben werden, auch wenn die Rechteinhaber aufgrund ihres Geschäftsmodells keinen Grund haben, Pay-TV den Vorzug vor Free-to-Air-TV zu geben. Das erschüttert auch die Beweiskraft der von den beteiligten Unternehmen vorgetragenen Argumente bezüglich der künftigen Marktbedingungen und dem möglichen Verhalten des neuen Unternehmens und seiner potenziellen Wettbewerber.

### 4. ALLGEMEINE SCHLUSSFOLGERUNGEN ZU DEN HORIZONTALEN UND VERTIKALEN FOLGEN DES ZUSAMMENSCHLUSSES AUF DEN BETROFFENEN MÄRKTEN

- (179) Ausgehend von dem Vorstehenden kann Folgendes festgestellt werden:

<sup>(70)</sup> Im gesamten vorliegenden Dokument steht der Begriff „Studios“ sowohl für die großen Hollywood-Studios (Hollywood-Majors) als auch für die italienischen Filmproduzenten.

#### 4.1. *Newscorp wird eine Monopolstellung als Pay-TV-Veranstalter in Italien haben*

- (180) Stream und Telepiù sind gegenwärtig die einzigen Pay-TV-Veranstalter in Italien. Auch wenn von e.Biscom, DTT-Sendeanstalten und DTH-Kanälen oder einer anderen DTH-Plattform künftig Wettbewerbsdruck ausgeübt werden könnte, gibt es keine ausreichende Gewähr dafür, dass potenzielle Wettbewerber Zugang zu Premium-Inhalten (insbesondere Premium-Filme von den Hollywood-Majors und Fußballspiele von Landesmannschaften) haben werden. Diese speziellen Inhalte spielen eine entscheidende Rolle für das Überleben jedes Pay-TV-Veranstalters, und sie werden nicht auf dem Markt verfügbar sein.

#### 4.2. *Newscorp wird Zugang zu den attraktivsten und umfassendsten Inhalten haben*

- (181) Der Zugang zu Premium-Inhalten, vorwiegend aktuelle Filme und Fußballereignisse, aber auch andere Sportveranstaltungen, ist für die erfolgreiche Veranstaltung von Bezahlfernsehen unerlässlich. Diese Inhalte bewegen potenzielle Verbraucher dazu, ein Abonnement abzuschließen. Der Zugang zu Filmen in der Zweitverwertung und der Nicht-Live-Übertragung von Sportereignissen ist auch für potenzielle Wettbewerber wichtig, die an der Errichtung einer alternativen Plattform interessiert sein könnten.
- (182) Wie bereits dargelegt, hat die Untersuchung der Kommission gezeigt, dass die neue Plattform Zugang zu in Italien bisher ungekannten Programmressourcen haben wird. Hinzu kommt, dass ein Teil der wesentlichen Inhalte, die für Pay-TV absatzfördernd wirken (namentlich Filme der Hollywood-Majors), nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums (bis Ende [...])\* auf dem Markt verfügbar sein werden, wenn MGM und TC Fox einseitige Verlängerungsrechte ausüben.

#### 4.3. *Kein anderes Unternehmen wird über Inhalte verfügen, die zur Errichtung einer alternativen Pay-TV-Plattform unerlässlich sind*

- (183) Der Zugang zu Rechten besitzt für das Bezahlfernsehen einen höheren Stellenwert als für das empfangbare Fernsehen. Um die Verbraucher zu einem Abonnement oder zum Pay-Per-View-Empfang bestimmter Produktionen zu bewegen, sind bestimmte Arten von Inhalten unentbehrlich. Damit ein Pay-TV-Paket attraktiv genug ist, muss es eine Kombination aus Premium-Rechten für die Erstverwertung oder zumindest Filme in der Zweitverwertungsstufe und beliebte Sportveranstaltungen enthalten. Das gilt besonders für Italien, wo, wie von Newscorp fest-

gestellt, jeder mit einem Fernseher ausgestattete Haushalt eine große Zahl frei zugänglicher Kanäle empfangen kann.

#### 4.3.1. *Marktabstottungseffekte*

- (184) Das Angebot an Premium-Programmressourcen (Rechte an aktuellen Filmen und an Fußballereignissen) ist knapp. Zudem werden Übertragungsrechte für Premium-Inhalte (insbesondere Premium-Filme der großen Hollywood-Studios) in aller Regel auf der Basis langfristiger, ausschließlicher Verträge vergeben. Während der Laufzeit der bestehenden Verträge hat kein anderer Veranstalter Zugang zu den Programmressourcen der gemeinsamen Plattform. Darüber hinaus sind Fußballrechte extrem teuer, und ihr Erwerb stellt ein erhebliches finanzielles Risiko dar. Deshalb werden potenzielle Wettbewerber nicht in der Lage sein, eine erfolgreiche alternative Pay-TV-Plattform aufzubauen. Bei den anderen Übertragungswegen reicht die Kapazität des einzigen bestehenden Kabelbetreibers (e.Biscom) nur aus, um eine begrenzte Anzahl von Haushalten zu erreichen, und potenzielle DTT-Wettbewerber werden erst über einen mittleren Zeitraum aktiv werden.
- (185) Es ist auch unwahrscheinlich, dass sich die Sachlage in irgendeiner Weise ändern wird, wenn die laufenden Verträge für Pay-TV-Rechte auslaufen. Theoretisch könnten Pay-TV-Dienste in Italien von anderen DTH-Betreibern, Kabelbetreibern wie e.Biscom und DTT-Betreibern angeboten werden. Wie bereits dargelegt, werden die ersten Output-Deals mit den Hollywood-Majors Ende [...]\* auslaufen (sofern MGM und TC Fox ihr Recht auf Verlängerung ausüben). Verträge zu Sportrechten enden zwar früher, doch potenzielle Wettbewerber müssten mit den Geboten der neuen Plattform für diese Rechte mithalten. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt erscheinen die Chancen potenzieller Wettbewerber, ein attraktives Pay-TV anbieten zu können, sehr gering.
- (186) In Anbetracht ihrer Marktposition wird die neue Plattform bis dahin ihre Stellung gefestigt haben. Wettbewerber werden kaum Aussichten haben, sich ein größeres Volumen von attraktiven Pay-TV-Übertragungsrechten zu sichern. Um sich überhaupt Hoffnung auf den Erwerb von Übertragungsrechten machen zu können, ist es wichtig, Zugang zu Zuschauern zu haben, und zwar in Gestalt eines festen Abonnentenstamms. Die Preise von Pay-TV-Rechten werden für gewöhnlich durch die Zahl der Abonnenten bestimmt, die eine festgelegte Mindesthöhe haben muss. Dies trifft auf jeden Fall bei Output-Deals mit den Hollywood-Majors zu. Da der Abonnentenstamm der gemeinsamen Plattform in den kommenden Jahren nicht zu übertreffen sein dürfte, müsste sich mit einem Verkauf von Rechten an Newscorp ein deutlich höherer Preis erzielen lassen als bei einem Neueinsteiger. Letzterer würde mit dem Abschluss von Output-Deals auch ein erhebliches finanzielles Risiko einge-

hen, zumindest bei Filmen in der ersten Verwertungsstufe. Er müsste einen Mindestabonnentenstamm entsprechend dem von Newscorp garantieren, ohne diesen garantierten Umfang erreichen zu können. Newscorp wird über einen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem potenziellen Wettbewerber bei den Vertragsverhandlungen für Premium-Inhalte verfügen, auch wenn diese potenziellen Wettbewerber die Mittel hätten, Rechte von einem oder zwei der Majors zu erwerben.

- (187) Die Kommission kommt daher zu dem Schluss, dass Verträge, mit denen das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen ausschließliche Rechte von Studios erhält, einen potenziellen Markteintritt verhindern.
- (188) Hinzu kommt, wie bereits erläutert, dass Rechte für Premium-Filme für Pay-TV-Zwecke in unterschiedlichen Formaten (den so genannten Verwertungsstufen) bezogen auf den Zeitpunkt der zugelassenen Aufführung erworben werden können. Je näher dieser Zeitpunkt an der Premiere der Kinoaufführung liegt, desto wertvoller ist die Verwertungsstufe und damit der Premium-Inhalt. Rechte für die zweite Verwertungsstufe kosten normalerweise einen Bruchteil der Rechte für die erste Verwertungsstufe von Pay-TV-Rechten. Es kann berechtigterweise argumentiert werden, dass aufgrund ihrer Preisdifferenzen und ihrer unterschiedlichen Übertragungszeiten Erst- und Zweitverwertungsrechte für Premium-Spielfilme de facto ungleiche Produkte sind.
- (189) Telepiú besitzt auf der Grundlage von Output-Deals mit Studios eine Reihe von ausschließlichen Rechten an Spielfilmen für die erste Verwertungsstufe. Durch die gleichen Output-Deals mit den meisten großen Studios verfügt Telepiú auch über Schutzrechte (beispielsweise Rechte an Sperrfristen) für Zweitverwertungsrechte, die letztlich verhindern, dass das Produkt „Spielfilme in der zweiten Verwertungsstufe“ jemals den Markt erreicht, indem eine Art „Blockade“ geschaffen wird.
- (190) Diese Schutz- oder Sperrfristrechte zielen darauf ab, a) potenzielle neue Marktteilnehmer vom Zugang zu billigeren Premium-Inhalten auszuschließen, bewirken aber auch, dass b) den Verbrauchern ihr Recht versagt wird, die Zeit und den Preis zu wählen, zu denen sie Pay-TV-Produkte sehen wollen.
- (191) Was die Marktabschottung anbelangt, so hätte, wenn Zweitverwertungsrechte zur Verhandlung mit den Studios stünden, ein potenzieller neuer Pay-TV-Veranstalter die Möglichkeit, mit niedrigerem finanziellem Einsatz und geringerem Risiko auf den Markt zu gelangen, und könnte preiswertere Premium-Inhalte einige Zeit nach dem aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmen anbieten. Beispiele von anderen nationalen Märkten der Gemeinschaft zeigen, dass (zumindest

anfangs) von kleineren und weniger bekannten Veranstaltern Wettbewerb auf dem Pay-TV-Markt ausgehen kann<sup>(71)</sup>. Die Ausschlusswirkung der vom marktführenden Pay-TV-Veranstalter (der praktisch eine Monopol-/Nachfragemonopolstellung inne hat) gehaltenen Schutzrechte gegenüber einem potenziellen Neueinsteiger ist unbestreitbar. Im Grunde geht es bei diesen Schutzrechten nur darum, den Markt abzuschotten.

- (192) Was die Beschränkung der Wahlfreiheit des Verbrauchers anbelangt, so versagt ein Pay-TV-Veranstalter durch die Ausübung solcher Schutzrechte den Verbrauchern ihr Grundrecht auf Entscheidungsfreiheit. Die Vorlieben, preisliche Akzeptanz und Anforderungen der Verbraucher sind sehr breit gefächert, und zwar auf allen Märkten und bei allen Produkten. Würden Spielfilme nicht in der zweiten Verwertungsstufe zugänglich sein, dann wären Verbraucher, die Zugang zu Pay-TV-Produkten haben möchten, auf ein Szenario „ein Format für alle“ angewiesen, und zwar zu dem vom Pay-TV-Veranstalter festgesetzten Zeitpunkt (erste Verwertungsstufe) und Preis.
- (193) Würden im entgegengesetzten Fall keine Schutzrechte bestehen, durch die Spielfilme für die zweite Verwertungsstufe praktisch vom Markt verschwinden, dann könnten die Verbraucher zwischen „erstrangigen“ Pay-TV-Veranstaltern, die Premium-Spielfilme schneller nach der Kinoaufführung zu einer höheren Gebühr (mit Abonnement) anbieten, und einem „zweitrangigen“ Veranstalter wählen, der dieselben Inhalte preiswerter, aber erst zu einem späteren Zeitpunkt anbietet. Unter diesen Gegebenheiten läge das Recht, die bevorzugte Form der Nutzung von Pay-TV-Leistungen zu wählen, voll und ganz beim Verbraucher.
- (194) Auch wenn das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen beschließen sollte, selbst Zweitverwertungsrechte für eine Übertragung über die gemeinsame Plattform zu erwerben, statt einfach potenziellen Wettbewerbern den Zugang zu ihnen zu versperren, wären diese Rechte für einen potenziellen Neueinsteiger nicht verfügbar. Dies wäre jedoch das Resultat des Geschäftsverkehrs zwischen der gemeinsamen Plattform und einem oder mehreren Studios und nicht die Folge von Sperrklauseln. Auf jeden Fall würden Inhalte der zweiten Verwertungsstufe letztlich doch auf den Markt kommen, wenn auch über einen praktisch in einer Monopolstellung befindlichen Anbieter.
- (195) Deshalb ist festzustellen, dass Schutzrechte bzw. Sperrfristrechte stets das Ziel und die Wirkung haben, potenzielle Markteinsteiger auszuschließen, und den Verbrauchern zum Schaden gereichen, weil sie sowohl für

<sup>(71)</sup> In Frankreich werden Zweitverwertungsrechte von TPS ausgeübt, das sich als bedeutender Wettbewerber neben Canal+ etabliert hat, und in Belgien von Cinenova.

potenzielle Wettbewerber als auch für potenzielle Pay-TV-Verbraucher den Zugang zu Premium-Inhalten verhindern.

(196) im Fall regelmäßiger Fußballereignisse schließlich, an denen Landesmannschaften teilnehmen, muss ein potenzieller Wettbewerber auch mit den Angeboten der gemeinsamen Plattform mithalten können, um diese Rechte zu erwerben. Der Preis für diese Rechte trägt in erheblich größerem Maße als andere Rechte zu den Gesamtkosten bei. Das finanzielle Risiko bei Verträgen mit Fußballvereinen wäre für einen Neubewerber wesentlich höher als für die gemeinsame Plattform.

(197) Dementsprechend ist es ohne Abhilfemaßnahmen unwahrscheinlich, dass e.Biscom oder ein anderer potenzieller Wettbewerber (bei DTH oder DTT) in der Lage sein wird, eine voll funktionsfähige alternative Programmplattform mit gleicher Reichweite aufzubauen, und zwar aus folgenden Gründen:

- a) Sie besitzen keine ausschließlichen Rechte für Premium-Inhalte.
- b) Die meisten Rechte (insbesondere für Spielfilme der Hollywood-Majors) werden für etliche Jahre nicht auf dem Markt verfügbar sein.
- c) Viele Fußballrechte und Sportrechte für bedeutende Ereignisse werden in den kommenden Jahren nicht verfügbar sein.
- d) Das finanzielle Risiko, das ein Neueinsteiger beim Kauf von ausschließlichen Rechten Fußballereignisse eingehen müsste, stellt eine weitere Eintrittsschranke dar.

**4.4. Newscorp wird zum „Wächter“ über ein System (Videoguard CAS), das anderen Pay-DTH-Veranstaltern den Zugang ermöglichen könnte, und über eine Infrastruktur (der Plattform), die die Voraussetzungen für die Übertragung von Pay-TV- und Free-TV-Satellitenkanälen vereinfachen könnte**

(198) Im Prinzip haben Veranstalter von DTH-Pay-TV die Wahl, ob sie eine eigene Infrastruktur aufbauen oder ihre Programme über eine bestehende Plattform anbieten wollen. Momentan scheint allerdings der Aufbau einer neuen Infrastruktur bestenfalls eine theoretische Alternative zu sein, die sicher für Veranstalter ohne ausreichende Programmressourcen für ein Programmangebot nicht in Frage kommt. Normalerweise könnte ein Außenstehender leichter Zugang zu einer bestehenden

Plattform erhalten, wenn er die Wahl zwischen mehreren konkurrierenden Plattformen hätte. Diese Möglichkeit bestand in Italien vor dem Zusammenschlussvorhaben. Da es nun keine andere Plattform in Italien gibt, sind potenzielle DTH-Wettbewerber auf dem italienischen Markt oder freie Kanäle, die ihre Kanäle Abonnenten der gemeinsamen Plattform anbieten möchten, künftig auf den Zugang zur Plattform von Newscorp angewiesen.

(199) Damit muss jeder Veranstalter von DTH-Pay-TV, der keine alternative Infrastruktur einrichten kann, und jeder freie Kanal, der digital über Satellit übertragen wird und die Abonnenten der gemeinsamen Plattform erreichen möchte, seine Kanäle über die Plattform von Newscorp übertragen lassen. Da Abhilfemaßnahmen fehlen, würde Newscorp auf diese Weise ein hohes Maß an Kontrolle über die Aktivitäten dieser Unternehmen gewinnen und wäre in der Lage, in gewissem Umfang die Bedingungen zu bestimmen, zu denen andere Veranstalter von DTH-Pay-TV mit ihm in Wettbewerb treten, oder zu denen seine Abonnenten Zugang zu frei empfangbaren digitalen Satellitenkanälen hätten.

(200) Newscorp wird in der Lage sein, den Zugang zu seinen Plattformen zu verweigern oder nicht chancengleiche bzw. diskriminierende Bedingungen vorzuschreiben.

(201) Zudem benötigt jede alternative Pay-TV-Plattform, die auf den italienischen Markt gelangen möchte, ein CAS, um verschlüsselte Programme übertragen zu können. Wie bereits dargelegt, ist Newscorp Eigentümer des NDS-CAS (Videoguard). Zwar könnten bestehende Zugangsvorschriften in den Richtlinien 95/47/EG<sup>(72)</sup> und 2002/19/EG<sup>(73)</sup> die diesbezüglichen Bedenken mindern und abschwächen, doch sind Dritte der Meinung, dass der Zugang zur NDS-Technologie blockiert werden könnte, wenn sich Newscorp nicht zur Einhaltung dieser Vorschriften verpflichtet und ein sachgerechtes und wirksames Streitbeilegungsverfahren eingerichtet wird. Wenn dies nicht geschieht, wird es zu langwierigen Streitigkeiten über Preise kommen, die bis zur Beilegung die Wettbewerbsmöglichkeiten beeinträchtigen. Andererseits kann die Verwendung eines anderen CAS durch einen Neueinsteiger trotz der Simulcrypt-Auflagen in den italienischen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie 95/47/EG höchstwahrscheinlich ein zusätzliches Eintrittshindernis darstellen, da eine effektive Anwendung dieser Simulcrypt-Verpflichtungen bisher bis zu zwei Jahren dauert und sehr teuer sein kann.

<sup>(72)</sup> Richtlinie 95/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 über die Anwendung von Normen für die Übertragung von Fernsehsignalen (ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 51).

<sup>(73)</sup> Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (ABl. L 108 vom 24.4.2002, S. 7).

- (202) Aufgrund fehlender Abhilfemaßnahmen wird die neue Plattform daher in der Lage sein, die Kosten für die Konkurrenten zu erhöhen, indem sie den Zugang Dritter zu den DTH-Plattformdiensten und zum CAS kontrolliert.
- (203) Folglich wird die Möglichkeit eines neuen DTH-Senders, der keine alternative Infrastruktur aufbauen kann, den Betrieb aufzunehmen, vom guten Willen von Newscorp abhängen, keine Hindernisse zu errichten, wenn es Zugang zu seinen Plattformdiensten gewährt. Zudem wird die Möglichkeit eines neuen DTH-Senders, in einen wirksamen Wettbewerb mit Newscorp zu treten, davon abhängen, dass Newscorp sein NDS-CAS lizenziert oder die Simulcrypt-Verpflichtungen rechtzeitig und zu transparenten und nicht diskriminierenden Bedingungen erfüllt.

#### 4.5. Dauer der beherrschenden Stellung

- (204) Allen vorliegenden Anzeichen zufolge ist es höchst unwahrscheinlich, dass ein anderer Wettbewerber in der Lage sein wird, auf irgendeinem Übertragungsweg in absehbarer Zeit in einen echten Wettbewerb mit den beteiligten Unternehmen zu treten. Der derzeit einzige denkbare Wettbewerber auf dem Markt im Kabelsegment, e.Biscom, wird in naher Zukunft nur eine Reichweite von einer Million Haushalten (5 % der italienischen Haushalte) haben, während per Satellit im Prinzip alle italienischen Haushalte erreichbar sind. Andererseits soll das terrestrische Digitalfernsehen nach den Plänen der Regierung in Italien erst Anfang 2007 seinen Betrieb aufnehmen. Aus der Untersuchung der Kommission geht jedoch hervor, dass dies wahrscheinlich nicht der Fall sein wird und ein längerfristiger Termin anvisiert werden soll. Schließlich wird keine andere DTH-Plattform auf den Markt gelangen können, wenn der Zugang zu Inhalten und zu technischen Einrichtungen nicht gewährleistet ist. Dementsprechend gibt es vernünftige und überzeugende Gründe für die Kommission, zu dem Schluss zu gelangen, dass infolge des Zusammenschlusses Newscorp für eine erhebliche Zeit in der absehbaren Zukunft der einzige Pay-TV-Veranstalter in Italien sein wird und dass dies höchstwahrscheinlich einen wirksamen Wettbewerb weitgehend verhindern wird.

#### V. DAS KONZEPT DER „SANIERUNGSFUSION“

- (205) Bisher hat die Kommission nur zweimal bei einer Fusionsentscheidung den Begriff der Sanierungsfusion zu Hilfe genommen, die gemeinhin als „failing company defence“ bezeichnet wird, und zwar in der Sache Kali und Salz/MKD/Treuhand<sup>(74)</sup> („Kali und Salz“) und in der

Entscheidung BASF/ Eurodiol/ Pantochim<sup>(75)</sup>. Bei Kali und Salz stellte die Kommission folgende Kriterien für die Verwendung des Konzepts der Sanierungsfusion auf: a) Das erworbene Unternehmen würde kurzfristig aus dem Markt ausscheiden müssen; b) es gibt keine weniger wettbewerbswidrige Erwerbsalternative; und c) die Marktanteile des erworbenen Unternehmens würden im Fall seines Ausscheidens aus dem Markt dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen.

- (206) In seinem Urteil in der Rechtssache Kali und Salz<sup>(76)</sup> (31. März 1998) stellte der Gerichtshof fest, dass eine Fusion dann als Sanierungsfusion gelten kann, wenn die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur, zu der es nach dem Zusammenschluss kommt, auch ohne diesen in gleicher Weise eintreten würde. Der Gerichtshof führte aus:<sup>(77)</sup> „Die Einführung dieses Kriteriums (dass die Marktanteile des erworbenen Unternehmens im Fall seines Ausscheidens aus dem Markt dem erwerbenden Unternehmen zuwachsen würden) soll nämlich gewährleisten, dass das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Zusammenschluss und der Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur des Marktes nur dann ausgeschlossen werden kann, wenn die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur, zu der es nach dem Zusammenschluss kommt, auch ohne diesen in gleicher Weise eintreten würde. Obwohl die Kommission das Kriterium der Absorbierung der Marktanteile allein selbst nicht als ausreichend erachtet, um die Schädlichkeit des Zusammenschlusses für den Wettbewerb auszuschließen, bietet es doch mit Gewähr für die Neutralität des genannten Vorgangs für die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur des Marktes, was dem Kausalitätsbegriff des Artikels 2 Absatz 2 der Verordnung entspricht.“

- (207) In ihrer Entscheidung in der Sache BASF/Eurodiol/Pantochim erklärte die Kommission, dass der Gerichtshof in seiner Auslegung der Kriterien weiter gehe als die Kommission in ihrer Entscheidung in der Sache Kali und Salz. Nach Auffassung des Gerichtshofs kann das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Zusammenschluss und der Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur des Marktes nur dann ausgeschlossen werden und somit eine Fusion nur dann als Sanierungsfusion gelten, wenn die Verschlechterung der Wettbewerbsstruktur, zu der es nach dem Zusammenschluss kommt, auch eintreten würde, wenn dieser nicht genehmigt wird, d. h. bei einem Verbot des Zusammenschlusses. Gemäß der BASF/Eurodiol/Pantochim-Entscheidung setzt die Anwendung des Begriffs der „Sanierungsfusion“ generell voraus, dass die zur Übernahme anstehenden Unternehmen vor der Insolvenz stehen („failing firms“) und die Fusion nicht ursächlich für die Verschlechterung

<sup>(74)</sup> Entscheidung der Kommission vom 14. Dezember 1993 in einem Verfahren nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates: Fall IV/M.308 — Kali — Salz/MdK/Treuhand (ABl. L 186 vom 21.7.1994, S. 38).

<sup>(75)</sup> Sache COMP/M.2314 — BASF/Eurodiol/Pantochim, Entscheidung vom 11.7.2001 (ABl. L132 vom 17.2.2002, S. 45), auch auf der Website der Kommission veröffentlicht: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

<sup>(76)</sup> Verbundene Rechtssachen C-68/94 und C-30/95, Frankreich/Kommission.

<sup>(77)</sup> Randnrn. 115 ff. des Urteils in den verbundenen Rechtssachen C-68/94 und C-30/95.

der Wettbewerbsstruktur ist. Damit das Konzept der Sanierungsfusion greifen kann, müssen demnach zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

- a) das erworbene Unternehmen würde ohne den Erwerb durch ein anderes Unternehmen kurzfristig aus dem Markt ausscheiden; und
  - b) es gibt keine weniger wettbewerbswidrige Erwerbsalternative.
- (208) Die Anwendung dieser beiden Kriterien schließt jedoch nicht völlig aus, dass die Aktiva der fraglichen Unternehmen durch Dritte auch dann noch übernommen werden können, wenn das Konkursverfahren bereits eröffnet ist. Bei Übernahme der Aktiva durch Wettbewerber im Verlauf des Konkursverfahrens wären die wirtschaftlichen Auswirkungen ähnlich wie im Fall der Übernahme im Stadium der „failing firm“ durch einen alternativen Käufer. Daher hat die Kommission in diesem speziellen Fall entschieden, dass die beiden erstgenannten Kriterien um ein weiteres zu ergänzen sind, nämlich
- c) dass die zur Übernahme anstehenden Aktiva bei Nichtzustandekommen der Fusion unweigerlich für den Markt verloren gehen würden.
- (209) In jedem Fall setzt die Anwendung des Konzepts der Sanierungsfusion voraus, dass sich die Wettbewerbsstruktur durch die Fusion nicht mehr verschlechtert als ohne die Fusion.
- (210) In seinem Antwortschreiben auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte argumentiert Newscorp, dass die Voraussetzungen für das Insolvenzargument in diesem Fall erfüllt seien, insbesondere dass bei Nichtzustandekommen der Fusion Telepiù in eine Position gelangen würde, die der der neuen Plattform nach der Fusion vergleichbar wäre, und dass die Aktiva von Stream dem Markt unweigerlich verloren gehen würden.
- (211) Vor einer Prüfung dieser Behauptung sei darauf hingewiesen, dass Newscorp argumentiert, Stream (derzeit unter gemeinsamer Kontrolle von Newscorp und Telecom Italia) sei die „failing company“ und würde ohne die Fusion aus dem Markt ausscheiden. In der Tat ist der vorliegende Zusammenschluss eine Verbindung aus dem Übergang von der gemeinsamen zur alleinigen Kontrolle von Stream durch eine seiner Muttergesellschaften (Newscorp) und seiner Fusion mit einem anderen Unternehmen (Telepiù). Da es sich bei Stream um einen Geschäftsbereich eines Unternehmens handelt, erhebt sich bei dieser Fusion die Frage, ob das Argument des Sanierungszusammenschlusses greift, wenn das erwerbende Unternehmen finanziell gesund ist, aber einer seiner Geschäftsbereiche, der kurz vor dem Konkurs steht, mit einem anderen Unternehmen fusioniert.

- (212) Wie von der Kommission in ihrer Entscheidung in der Sache Rewe/Meinl <sup>(78)</sup> dargelegt, ist im Fall einer „failing-division defence“ (Insolvenz eines Geschäftsbereichs) und nicht etwa einer „failing-company defence“ (Insolvenz eines Unternehmens) der Nachweis, dass zwischen der Fusion und der Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung keine Kausalität vorliegt, von den Unternehmen zu führen, die diese Behauptung aufgestellt haben. Andernfalls könnte jeder Zusammenschluss, bei dem es um die Veräußerung eines angeblich unrentablen Geschäftsbereichs geht, fusionskontrollrechtlich damit gerechtfertigt werden, ohne den Zusammenschluss seine Geschäftstätigkeit einzustellen. Bei der Sache Rewe/Meinl ging es um einen Geschäftsbereich der Meinl-Gruppe, der von Rewe erworben wurde. Im Fall einer „failing division“, die eigentlich das erwerbende Unternehmen ist, spielt der Nachweis fehlender Kausalität sogar eine noch größere Rolle. Schließlich könnte berechtigterweise auch argumentiert werden, dass die erwerbende Unternehmensgruppe möglicherweise strategische Gründe haben könnte, um einen vor dem Konkurs stehenden Geschäftsbereich auch bei einem Verbot des Zusammenschlusses am Leben zu halten.

a) *DAS VOR DER INSOLVENZ STEHENDE UNTERNEHMEN WÜRDEN OHNE DEN ERWERB DURCH EIN ANDERES UNTERNEHMEN AUS DEM MARKT AUSSCHIEDEN*

- (213) Newscorp argumentiert, dass Stream gegenwärtig ein vor der Insolvenz stehendes Unternehmen sei, das bei Nichtzustandekommen des Zusammenschlusses aus dem Markt ausscheiden wird, weil es wirtschaftlich und geschäftlich logisch ist, dass die Entscheidung der Gesellschafter über den Konkurs von Stream auf einer Gegenüberstellung des (negativen) Kapitalwerts der künftigen CashFlows (vor dem Schuldendienst) aus der Fortführung der Geschäftstätigkeit und dem (möglicherweise negativen) Kapitalwert aus dem Konkurs beruht. Übersteigt der Kapitalwert bei einem Konkurs den Kapitalwert bei Fortführung der Geschäftstätigkeit, so ist die vernünftige Entscheidung der Konkurs, da keine realistischen Aussichten bestehen, dass Stream als eigenständiges Unternehmen rentabel wird. Nach Auskunft von Newscorp sind die Ausstiegskosten für Newscorp und insbesondere Telecom Italia derzeit deutlich geringer als die Kosten einer Fortführung der Geschäftstätigkeit, und Stream sei nur wegen der Aussicht der Realisierung des hier untersuchten Zusammenschlusses noch nicht aus dem Markt ausgeschieden. Einige Dritte haben jedoch geltend gemacht, dass mit einer besseren Geschäftsführung und stärkeren Bemühungen um eine wirksame Bekämpfung von Piraterie die Anzahl der Abonnenten und die entsprechenden Einnahmen erheblich steigen würden.
- (214) Bei dem vorliegenden Zusammenschluss handelt es sich beim Erwerb der alleinigen Kontrolle des vor dem

<sup>(78)</sup> Entscheidung der Kommission vom 3. Februar 1999 in einem Verfahren nach der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates: Fall IV/M.1221 — Rewe/Meinl (Abl. L 274 vom 23.10.1999, S. 1).

Konkurs stehenden Unternehmens um eine seiner Muttergesellschaften, die außerdem die alleinige Kontrolle über ein anderes Unternehmen (Telepiù) übernimmt. Auch wenn Stream eine eigene Rechtsperson ist, scheint es außer Frage zu stehen, dass ein ganzes Unternehmen (d. h. Newscorp) aus dem Markt ausscheiden würde. Newscorp handelt als Dachunternehmen, und Stream macht nur einen Teil der Geschäftstätigkeit und Tochterunternehmen der Newscorp-Gruppe aus. Streams Rückzug vom italienischen Pay-TV-Markt würde dementsprechend als Entscheidung der Geschäftsführung erfolgen, eine Geschäftstätigkeit aufzugeben, deren Entwicklung die Erwartungen des Unternehmensvorstands nicht erfüllt hat.

- (215) Es sei besonders darauf hingewiesen, dass die Parteien dieses Argument zu einem sehr späten Zeitpunkt vorgebracht haben. In der Anmeldung wurde es nicht angeführt. Dies wirft weitere Zweifel auf die Beweiskraft ihrer Behauptung, da sich seit der Anmeldung nichts grundlegend geändert hat.

b) *ES BIETET SICH KEIN ERWERB DURCH EINEN ALTERNATIVEN KÄUFER AN, DER POSITIVERE FOLGEN FÜR DEN WETTBEWERB HÄTTE*

- (216) Newscorp argumentiert, dass bei fehlenden erheblichen Synergien jeder potenzielle Käufer mit der gleichen Sachlage konfrontiert wäre wie Newscorp und Telecom Italia. Es ist auch anzunehmen, dass die Ungewissheit bezüglich der künftigen Rentabilität für einen anderen Käufer noch größer wäre, weil Newscorp und Telecom Italia als Gesellschafter besser über die Geschäftslage informiert sind. Es besteht keine realistische Aussicht auf einen Käufer, der weniger widrige Folgen für den Wettbewerb verursachen würde, da sehr schwer vorstellbar ist, dass jemand über so große Synergien verfügt, dass sich die in den JPMorgans-Projektionen<sup>(79)</sup> festgestellten Rentabilitätsaussichten für Stream erheblich ändern könnten, und im Mai/Juni 2002, als der Verkauf an Newscorp abgeschlossen wurde, gab es keine anderen potenziellen Käufer, die sich um den Erwerb von Telepiù von der Vivendi-Gruppe bemüht hätten. In diesem Zusammenhang stellt JPMorgan fest, dass, soweit bekannt, keine anderen potenziellen Käufer ein formelles Gebot für Telepiù oder Stream eingereicht hätten. Das war der Fall, obwohl die Fusionsverhandlungen 2001 und 2002 öffentlich gemacht wurden und der Preis Berichten zufolge von Newscorp im Laufe langwieriger Gespräche heruntergehandelt wurde und keine anderen potenziellen Käufer versucht haben, Stream von Newscorp zu kaufen, als der Verkauf an die Vivendi-Gruppe abgeschlossen war.

<sup>(79)</sup> Dokument in der Anlage zur Verteidigungsschrift von Newscorp. Sachverständigenbericht über die Rentabilität von Stream SpA. Dieses Dokument soll zeigen, dass Stream als eigenständiger Geschäftsbereich in absehbarer Zukunft nicht rentabel ist und dass es ohne ständige Finanzierung durch seine beiden Gesellschafter in der ersten Jahreshälfte 2003 zum Konkurs gezwungen wäre.

- (217) Aus der Begründung der Kommission wird deutlich, dass in der Entscheidung Kali und Salz der Nachweis darüber, dass es abgesehen vom erwerbenden Unternehmen keinen alternativen potenziellen Käufer gibt, nach Auffassung der Kommission von der Partei zu führen ist, die diese Behauptung aufgestellt hat. Das von Newscorp vorgebrachte Argument entlastet nicht von der Beweislast. Abgesehen von einigen Versuchen, reine Finanzinvestoren für Stream zu finden, hat Newscorp weder die potenziellen Käufer (bis auf die Vivendi-Gruppe für Stream und Newscorp für Telepiù) genannt, mit denen Newscorp und die Vivendi-Gruppe Verhandlungen über den Verkauf ihrer jeweiligen Unternehmen in Italien aufgenommen hätten, noch die Gründe, warum diese Verhandlungen scheiterten. Lediglich Telecom Italia hat versucht, seine Beteiligung an Stream zu verkaufen<sup>(80)</sup>, doch weder Stream noch die Vivendi-Gruppe haben sich aktiv darum bemüht, eine weniger wettbewerbswidrige Lösung zu finden als die Fusion der beiden Unternehmen. Informationen zufolge, die der Kommission vorliegen, haben weder Newscorp noch Telecom Italia Stream jemals öffentlich ausgeschrieben.

c) *DIE ZUR ÜBERNAHME ANSTEHENDEN VERMÖGENSWERTE WÜRDEN OHNE FUSION UNWEIGERLICH FÜR DEN MARKT VERLOREN GEHEN*

- (218) Laut Newscorp würden die zu erwerbenden Aktiva unweigerlich für den Markt verloren gehen. Derzeit besitzt Stream zwei wichtige Aktiva, deren künftige Allokation für die Wettbewerbsbedingungen entscheidend ist: sein Abonnentenbestand und seine derzeitigen Rechte an Inhalten. Die DTH-Abonnenten von Stream würden höchstwahrscheinlich überwiegend zu Telepiù wechseln, weil es keine andere Satellitenplattform gibt und Kabel nur in einigen Gebieten verfügbar ist. Bezüglich der Premium-Rechte von Stream argumentiert Newscorp, dass sie vermutlich von Telepiù erworben würden. Nach dem Konkurs von Stream würden die Rechte an die Rechteinhaber zurückfallen, die sie dann wieder zum Verkauf anbieten könnten.
- (219) Laut Newscorp würde Telepiù diese Rechte eher erwerben können (als z. B. e.Biscom oder der konkurrierende frei empfangbare Veranstalter). Dennoch ist berechtigterweise davon auszugehen, dass zumindest einige Inhalte (wie etwa Rechte für die Champions League oder für Tennis) nicht zwangsläufig von Telepiù erworben würden. Wie bereits dargelegt, können Free-to-Air-TV- und Pay-TV-Sendeanstalten zumindest in gewissem Umfang um den Erwerb dieser Rechte konkurrieren, und sie wären in einer besseren Position für Gebote für diese Rechte, wenn die Finanzlage von Telepiù schlechter wäre als die der neuen, aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Plattform. Newscorp hat keine Angaben zum möglichen Erwerb von anderen Aktiva von Stream (wie

<sup>(80)</sup> Laut Aussage von Telecom Italia auf der mündlichen Anhörung am 5. und 6. März 2003 hat Telecom Italia 2001 ein Finanzinstitut mit dem Verkauf seiner Beteiligung an Stream beauftragt.

Marken und Vertriebsnetze) durch Teletipiù oder andere Unternehmen gemacht.

- (220) Da jedoch im vorliegenden Fall keine der beiden ersten Kriterien erfüllt sind, ist es nicht notwendig, eine endgültige Feststellung dazu zu treffen, ob das dritte Kriterium (das unvermeidliche Verschwinden bzw. der Verlust der zu erwerbenden Aktiva für den Markt) im vorliegenden Fall erfüllt ist.

d) *SCHLUSSFOLGERUNG*

- (221) Daher stellt die Kommission fest, dass es Newscorp nicht gelungen ist nachzuweisen, dass keine Kausalität zwischen dem Zusammenschluss und den Folgen für den Wettbewerb besteht, da sich die Wettbewerbsbedingungen auch ohne den betreffenden Zusammenschluss in ähnlichem oder gleichem Ausmaß verändern dürften. Die Gefahr jedoch, dass Stream aus dem Markt ausscheidet, sollte dies zum Tragen kommen, wäre als Faktor bei der Würdigung dieses Zusammenschlusses zu berücksichtigen. Die Kommission stellt ferner fest, dass eine Genehmigung des Zusammenschlusses mit geeigneten Auflagen für die Verbraucher vorteilhafter sein wird als eine Unterbrechung aufgrund einer eventuellen Schließung von Stream.

**VI. VERPFLICHTUNGSZUSAGEN**

- (222) Am 13. März 2003 legte Newscorp ein revidiertes Bündel von Verpflichtungszusagen („Verpflichtungen“) gemäß Artikel 8 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung vor, um die Genehmigung des Zusammenschlusses zu erreichen. Die Verpflichtungen sind im Anhang dieser Entscheidung aufgeführt und deren Bestandteil.
- (223) Die Verpflichtungen von Newscorp bauen auf den Abhilfemaßnahmen auf, die der Kommission am 31. Oktober 2002 und 14. Januar 2003 vorgelegt wurden. Nach ihrer Untersuchung und auf der Basis der Marktprüfung zu den beiden genannten Verpflichtungspaketen kam die Kommission zu dem Schluss, dass die vorgelegten Verpflichtungen nicht ausreichen, um die durch das Vorhaben aufgeworfenen wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen. Infolgedessen gab die Kommission eine Mitteilung im Sinne von Artikel 18 der Fusionskontrollverordnung heraus.
- (224) Die Kommission ist der Ansicht, dass die am 13. März 2003 vorgelegten Verpflichtungen die durch den Zusammenschluss aufgeworfenen wettbewerbsrechtlichen Bedenken in zufrieden stellender Weise behandeln und lösen.

**1. ZUSAMMENFASSUNG DER VON NEWSCORP AM 13. MÄRZ 2003 ABGEBEBENEN VERPFLICHTUNGSZUSAGEN**

- (225) Die von Newscorp am 13. März 2003 abgegebenen Verpflichtungen sehen Folgendes vor:

*Laufende Exklusivverträge*

- a) Filmstudios und Fußballvereine sind berechtigt, Verträge mit Stream und Teletipiù ohne Vertragsstrafe einseitig zu kündigen.
- b) Newscorp verzichtet auf ausschließliche Rechte in Bezug auf andere als DTH-Fernsehplattformen (terrestrische Übertragung, Kabel, UMTS, Internet usw.). Ferner verzichten die beteiligten Unternehmen auf alle Schutzrechte zu anderen Übertragungswegen als DTH.
- c) Newscorp verzichtet auf ausschließliche Rechte für Pay-Per-View, Video-on-Demand und Near-Video-on-Demand auf allen Plattformen.

*Künftige Exklusivverträge*

- d) Newscorp wird keine Verträge mit einer Laufzeit von mehr als zwei Jahren mit Fußballklubs und von mehr als drei Jahren mit Filmstudios abschließen. Die mit diesen Verträgen verbundene Ausschließlichkeit würde nur die DTH-Übertragung betreffen und nicht für andere Übertragungswege (z. B. terrestrische Übertragung, Kabel, UMTS oder Internet) gelten. Des Weiteren verzichten die beteiligten Unternehmen auf alle Schutzrechte in Bezug auf andere Übertragungswege als DTH. Bei Fußballrechten und weltweiten Sportereignissen wird den Vertragspartnern ein einseitiges jährliches Kündigungsrecht eingeräumt.
- e) Newscorp wird keine Schutzrechte für DTH erwerben und auf ausschließliche Rechte für Pay-Per-View, Video-on-Demand und Near-Video-on-Demand auf allen Plattformen verzichten.
- f) Newscorp wird darauf verzichten, über künftige Verträge oder Neuverhandlung der Bedingungen bestehender Verträge Schutz- oder Sperrfristrechte in Bezug auf DTH zu erwerben.

*Beziehungen mit Wettbewerbern/Dritten: Großabnehmerangebot und Zugang zur Plattform und den technischen Diensten*

- g) Newscorp bietet Dritten auf entbündelter und nicht ausschließlicher Basis das Recht an, auf anderen

Plattformen als DTH alle Premium-Inhalte zu verbreiten, falls und solange die neue Plattform ihren Endabnehmerkunden solche Premium-Inhalte anbietet. Dieses Angebot wird nach dem Grundsatz „Endabnehmer minus“ erfolgen.

- h) Newscorp gewährt Dritten und möglichen DTH-Neueinsteigern Zugang zu seinen Plattformen und Zugang zu seiner Anwendungsprogrammchnittstelle (API) auf kostenorientierte, nicht diskriminierende Weise, die auf Folgendem basiert: direkt zuzuordnende Kosten der Dienste, ein Anteil der entsprechenden technischen Kosten (Fix- und Gemeinkosten) und nach angemessener Zeit einen angemessenen Erlös. Bei der Bereitstellung von Zugangsdiensten wird die gemeinsame Plattform davon Abstand nehmen, unterschiedliche Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen anzuwenden.
- i) Newscorp sorgt dafür, dass NDS Dritten Lizenzen für sein Zugangskontrollsystem (CAS) zu chancengleichen und nicht diskriminierenden Preisen gewährt.
- j) Newscorp wird so bald wie möglich und auf jeden Fall innerhalb von neun Monaten ab dem schriftlichen Antrag einer interessierten dritten Partei Simulcrypt-Vereinbarungen in Italien abschließen.

*Veräußerung des DTT-Geschäftsfelds und Verpflichtung, keine DTT-Aktivitäten aufzunehmen*

- k) Veräußerung von Aktiva von Telepiù im Bereich digitale und analoge terrestrische Übertragung und Verpflichtung, keine weiteren DTT-Aktivitäten aufzunehmen, weder als Netz noch als Endabnehmerbetreiber. Die Frequenzen müssen von einem Unternehmen erworben werden, das bereit ist, nach der Umstellung von analogem auf digitales terrestrisches Fernsehen in Italien Pay-TV-Übertragungen eines oder mehrerer Kanäle in seinen Geschäftsplan für den Betrieb des veräußerten Geschäftsfelds aufzunehmen.

*Schlichtung*

- l) Newscorp hat ein Schlichtungsverfahren vorgeschlagen, um die Wirksamkeit der Verpflichtungszusagen zu gewährleisten. Diese Schlichtungsregelung umfasst u. a. die Rechtsprechung der AGCOM für Angelegenheiten, die nach italienischem Recht in ihren Zuständigkeitsbereich fallen, einschließlich des Großabnehmerangebots.

*Dauer der Verpflichtungszusagen*

- m) Die Verpflichtungen bleiben bis höchstens 31. Dezember 2011 in Kraft, sofern die Kommission

nicht auf Antrag von Newscorp oder der neuen Plattform entscheidet, ihre Dauer mit der Begründung zu verkürzen, dass die Wettbewerbsbedingungen die Fortdauer dieser Verpflichtungen nicht mehr rechtfertigen.

## 2. WÜRDIGUNG DER VERPFLICHTUNGSZUSAGEN

- (226) Vor dem Hintergrund der Marktanalyse und zweier Marktuntersuchungen zu den Verpflichtungspaketen, die Newscorp nacheinander vorgelegt hat, stellt die Kommission fest, dass die letzten Verpflichtungen ausreichen, um die durch den angemeldeten Zusammenschluss aufgeworfenen wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen.

### 2.1. ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

- (227) Das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen wird auf dem Pay-TV-Markt eine Monopolstellung, auf den Märkten für den Erwerb von Fernsehkanälen, Premium-Filmen, Rechten für nationale Fußballvereine und für Fernsehkanäle eine Quasi-Nachfragemonopolstellung und beim Erwerb von Übertragungsrechten für andere Sportarten, die in den italienischen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ nicht enthalten sind und als weltweite Sportereignisse gelten, eine beherrschende Stellung innehaben.

- (228) Die Hauptzielrichtung und das zugrunde liegende oberste Anliegen von Abhilfemaßnahmen sollte darin bestehen, die Bedingungen für das Fortbestehen wirklichen Wettbewerbs bzw. die Herausbildung potenziellen Wettbewerbs zu schaffen. In einem Fall wie dem vorliegenden muss dieses Ziel erreicht werden, indem die Schranken für den Eintritt in die betroffenen Märkte gesenkt werden und Wettbewerbsdruck erzeugt wird, der gegenüber dem beherrschenden Akteur als disziplinierender und beschränkender Faktor wirkt. Das von Newscorp vorgelegte Maßnahmenpaket ist auf der Basis dieses Hauptanliegens aufgestellt und entwickelt worden.

### 2.2. ZUGANG ZU INHALTEN (PUNKTE 1 BIS 7 DES TEXTES DER VERPFLICHTUNGSZUSAGEN)

- (229) Im Hinblick auf den Zugang zu Inhalten werden der Geltungsbereich und die Dauer von ausschließlichen Rechten, die sich im Besitz der gemeinsamen Plattform befinden, umfassend verringert, damit um diese Rechte häufig (bei DTH-Rechten) bzw. ständig (bei Nicht-DTH-Rechten) konkurriert werden kann. Ferner werden Pre-

mium-Inhalte zur DTH-Übertragung durch die gemeinsame Plattform ohne Einschränkung für Nicht-DTH-Plattformen über das Großabnehmerangebot zu Großkundenpreisen zur Verfügung gestellt. Darüber hinaus wird Newscorp weder mit künftigen Verträgen noch durch Neuverhandlungen der Bedingungen bestehender Verträge Schutz- oder Sperrfristrechte in Bezug auf DTH erwerben.

### 2.2.1. *Laufende Exklusivverträge*

- (230) In Bezug auf Fußballrechte sieht die Verpflichtungszusage durch Newscorp vor, dass die gemeinsame Plattform den Rechteinhabern ein einseitiges Kündigungsrecht ab der Spielzeit 2003/2004 gewährt. Damit werden die Wettbewerbsbedingungen für Premium-Fußballinhalte bereits in der kommenden Spielzeit und so die Chancen für einen potenziellen Neueinsteiger auf dem Pay-TV-Markt verbessert.
- (231) Newscorp hat sich außerdem verpflichtet, auf Ausschließlichkeit und andere Schutzrechte für die Nicht-DTH-Übertragung von Fußball- und anderen Sportereignissen zu verzichten. Damit können Betreiber, die im Wettbewerb bei anderen Übertragungswegen (z. B. Kabel, Internet und UMTS) stehen, direkten und sofortigen Zugang zu Premium-Sportinhalten erhalten.
- (232) Bei Spielfilmrechten hat sich Newscorp verpflichtet, auf Ausschließlichkeit und andere Schutzrechte für die Nicht-DTH-Übertragung zu verzichten. Damit können Betreiber, die im Wettbewerb bei anderen Übertragungswegen stehen (z. B. Kabel, Internet und UMTS), direkten und sofortigen Zugang zu Premium-Spielfilminhalten erhalten. Ferner werden die Partner in den Vereinbarungen mit der gemeinsamen Plattform ein einseitiges Kündigungsrecht für ihre Verträge erhalten. Angesichts der beträchtlichen Dauer der laufenden Output-Deals mit den Studios (Hollywood-Majors und italienische Filmproduzenten) werden sich durch das einseitige Kündigungsrecht die Möglichkeiten für den Wettbewerb um die Rechte an Premium-Spielfilmen zum Vorteil potenzieller Neueinsteiger auf dem Pay-TV-Markt auch in Bezug auf die DTH-Übertragung erhöhen. Die Verpflichtung zur Vorlage eines Großabnehmerangebots (siehe unten), gekoppelt mit dem einseitigen Kündigungsrecht von Filmproduzenten (Studios), wird die Verfügbarkeit von Premium-Inhalten so weit erhöhen, wie es möglich ist, ohne die laufenden Vertragsverpflichtungen zwischen den beteiligten Unternehmen und Filmproduzenten vollkommen zu untergraben. Daher ist die Verpflichtung sowohl angemessen als auch verhältnismäßig.

### 2.2.2. *Künftige Exklusivverträge*

- (233) In Bezug auf Fußballrechte sind die Begrenzung der Laufzeit künftiger Exklusivverträge für die DTH-Übertragung mit Fußballmannschaften auf zwei Jahre und die Gewährung eines einseitigen Kündigungsrechts für Fußball-Rechteinhaber wirksame Verpflichtungen, durch die Premium-Fußballinhalte in regelmäßigen Abständen wieder auf den Markt gelangen.
- (234) Bei Spielfilmrechten wird bei Output-Deals der gemeinsamen Plattform mit den Studios (Hollywood-Majors und italienische Filmproduzenten) die Laufzeit künftiger Exklusivverträge für die DTH-Übertragung begrenzt. Die Laufzeit künftiger Output-Deals mit Studios wird höchstens drei Jahre betragen.
- (235) Eine Begrenzung der Höchstlaufzeit der Verträge mit Fußballrechte-Inhabern auf zwei Jahre im Vergleich zu drei Jahren bei Verträgen mit Studios ist vor dem Hintergrund der Marktuntersuchungen angemessen. Während bei den Studios alle Hollywood-Majors ohne Ausnahme Verträgen mit der gemeinsamen Plattform ohne Laufzeitbegrenzung oder auf jeden Fall mit einer möglichst langen Laufzeit den Vorzug geben, gehen die Meinungen bei den Fußball-Mannschaften weit auseinander: Einige sprachen sich für eine Höchstlaufzeit von einem Jahr, andere für eine längere Laufzeit aus. Angesichts dieser unterschiedlichen Standpunkte und Präferenzen, an denen die Besonderheit des Geschäftsmodells der Fußballmannschaften gegenüber dem der Studios deutlich wurde, stellt die Kommission fest, dass eine Höchstlaufzeit von zwei Jahren entsprechend der Auflage, die die italienische Wettbewerbsbehörde im letzten Jahr in einem gleichgelagerten Fall erteilt hat, angemessen ist. Zudem erhalten Fußball-Mannschaften — anders als die Studios — ein einseitiges Kündigungsrecht für künftige Verträge. Dieses Kündigungsrecht stellt eine geeignete Verpflichtung dar, da so der wahre Wert jeder einzelnen Mannschaft (der sich wegen der erzielten Ergebnisse von Spielzeit zu Spielzeit drastisch ändern kann) bei den Verhandlungen mit der gemeinsamen Plattform gebührend berücksichtigt werden kann.
- (236) In Bezug auf Spielfilmrechte hat sich Newscorp verpflichtet, keine ausschließlichen und anderen Rechte für Nicht-DTH-Übertragungswege zu erwerben. Auf diese Weise können Veranstalter, die auf anderen Plattformen (z. B. Kabel, Internet und UMTS) am Wettbewerb teilnehmen, direkten Zugang zu Premium-Spielfilminhalten erhalten.
- (237) Newscorp hat sich ebenfalls verpflichtet, bei künftigen Vereinbarungen mit Studios keine ausschließlichen Rechte für Pay-Per-View, Video-on-Demand und/oder Near-Video-on-Demand und andere Schutzrechte zu erwerben.
- (238) Darüber hinaus hat sich Newscorp auch verpflichtet, sich bei Neuverhandlungen laufender Verträge nicht um DTH-Schutzrechte für Pay-TV zu bemühen.

### 2.2.2.1. Verhältnismäßigkeit der Verpflichtung zur Laufzeit künftiger Verträge mit Studios

- (239) Wie bereits in Bezug auf Spielfilmrechte erklärt, wird die Laufzeit künftiger DTH-Exklusivverträge mit den Studios auf höchstens drei Jahre begrenzt sein. Eine verkürzte Laufzeit von Output-Verträgen mit Filmproduzenten wird die Abschottung des Marktes für den Erwerb von Spielfilmrechten zum Vorteil potenzieller Neueinsteiger im Pay-TV-Markt deutlich vermindern. Die anerkanntermaßen zentrale Bedeutung von Premium-Filmen in ihrer „absatzfördernden“ Rolle für Pay-TV-Abonnements findet darin ihren Ausdruck, dass ein potenzieller Neueinsteiger leicht am Markteintritt gehindert wird, wenn Premium-Spielfilme für ihn unerreichbar sind. Eine solche Abschottung ergibt sich unvermeidlich aus der kumulativen Wirkung langfristiger Vereinbarungen des marktbeherrschenden Akteurs mit allen großen Filmproduzenten über den Löwenanteil an deren Produktion unabhängig davon, ob eine solche Initiative vom Marktführer oder vom Filmproduzenten oder von beiden ausgeht. Solange ein Exklusivkaufvertrag läuft, wird allein die Möglichkeit eines Gebots durch einen anderen Käufer durch die Vereinbarung selbst schon ausgeschlossen. Im vorliegenden Fall erstreckt sich die Abschottungswirkung auf einen äußerst hochwertigen Marktanteil an einem Angebotsmarkt von entscheidender Bedeutung. Deshalb ist die Laufzeit der Verträge in Anbetracht dieser Umstände eine sehr wichtige Kennziffer. Dürfte die gemeinsame Plattform in Zukunft weiterhin langfristige Verträge mit diesen Filmproduzenten schließen (indem ihr beispielsweise gestattet wäre, die laufenden Verträge um zehn Jahre zu verlängern), dann würden die Ausschichten auf einen Neueintritt in den Pay-TV-Markt einfach zunichte gemacht und potenzieller Wettbewerb ausgeschaltet. Außerdem wird diese Laufzeit von drei Jahren als verhältnismäßig angesehen, da sie den in der Branche üblichen Normen für bisher mit italienischen Filmproduzenten geschlossenen Verträgen entspricht.
- (240) Im Gegensatz dazu hat ein potenzieller Käufer die Möglichkeit, jedem Studio regelmäßiger und häufiger ein Angebot zu unterbreiten, wenn die Laufzeit dieser Exklusivverträge auf eine angemessene Höchstdauer begrenzt ist. Dadurch werden sich die Wettbewerbsbedingungen auf der Käuferseite für den Erwerb von Premium-Spielfilmrechten verbessern. In Anbetracht der Merkmale des relevanten Beschaffungsmarkts bietet eine Höchstlaufzeit von drei Jahren ein ausreichendes Maß an Flexibilität für den Wettbewerb, ohne die Möglichkeit für Inhalteanbieter zu schmälern, den Verkauf ihrer Rechte innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu sichern. Auch wenn der Zeitraum von drei Jahren kürzer ist als bei den derzeitigen Bedingungen, ist er doch lange genug, um alle denkbaren technischen und handelsbezogenen rechtmäßigen Bedenken auf der Angebotsseite auszuräumen.
- (241) Als Alternative zur Senkung der Laufzeit von Output-Deals haben Dritte angeführt, dass den Studios bei künftigen Verträgen ein einseitiges Kündigungsrecht gewährt werden sollte. Nach sorgfältiger Prüfung ist die Kommission zu dem Schluss gelangt, dass eine solche Lösung die Wettbewerbsbedingungen für Premium-Spielfilmrechte nicht so wirksam verbessern würde wie eine Verkürzung der Laufzeit bei Output-Deals. Außerdem könnten sich unerwünschte Folgen infolge einer unverhältnismäßigen Verschiebung von Verhandlungsmacht zugunsten der Studios ergeben, was letztlich potenziellen Neueinsteigern zum Nachteil gereichen würde.
- (242) Alle Argumente bezüglich der von der gemeinsamen Plattform auszuübenden Nachfragemonopolmacht auf dem Rechtemarkt sind in Bezug auf die Spielfilmrechte sorgfältig unter dem Gesichtspunkt abzuwägen, dass eine solche Nachfragemonopolmacht nur bestehen kann, wenn und solange die Studios (insbesondere die Hollywood-Majors) an ihrem gegenwärtigen Vermarktungsmodell der Aufteilung in Verwertungsstufen festhalten, wonach frei empfangbare Fernsehsender sich um die Rechte an einem bestimmten Film erst bewerben dürfen, nachdem die Bezahlfernsehsstufe von den Veranstaltern gebührend genutzt worden ist. In dem Moment, da die Rechteinhaber entscheiden, frei empfangbaren Fernsehsendern zu gestatten, sich zur gleichen Zeit wie Bezahlfernsehsendern um Filmrechte zu bewerben — wenn sie also den Unterschied zwischen „Free-TV-Verwertungsstufe“ und „Pay-TV-Verwertungsstufe“ aufheben — wird die Nachfragemonopolmacht der gemeinsamen Plattform durch diesen Vorgang selbst verschwinden. Das gilt vor allem in Ländern wie Italien, wo frei empfangbares Fernsehen zwar noch immer einen eigenen relevanten Markt bildet, aber (wie bereits festgestellt) unbestreitbar in einer gewissen Wechselbeziehung mit dem Bezahlfernsehen steht, und wo große Rundfunkgruppen bekanntermaßen über bedeutende finanzielle Mittel verfügen. Deshalb besitzen die Studios über ein mächtiges Instrument, das ganz nach ihrem Ermessen eingesetzt wird, um eine etwaige künftige Nachfragemonopolmacht der gemeinsamen Plattform auszugleichen.
- (243) Außerdem wäre es unrealistisch, sich allein auf das einseitige Kündigungsrecht vonseiten der Studios zu stützen, um die Bedenken hinsichtlich einer Abschottungswirkung auszuräumen. Ein einseitiges Kündigungsrecht ermöglicht keine wirklichen uneingeschränkten Neuverhandlungen zwischen Anbieter und potenziellem Käufer. Vielmehr erhält dadurch der Anbieter die Möglichkeit, alle anfänglichen vertraglichen Beziehungen mit dem derzeitigen Käufer automatisch zu verlängern. Im Zusammenhang mit Output-Deals über Filmrechte für das Bezahlfernsehen wäre dies besonders besorgniserregend, da dort eine Reihe von Faktoren besteht, die die Studios dazu bewegen könnten, lieber beim Status Quo zu bleiben. Output-Deals über Filmrechte für das Bezahlfernsehen enthalten eine große Zahl von geschäftlichen Bedingungen. So kann beispielsweise die Festlegung der Gebühren von mehreren technischen Parametern abhängen. Dabei kann es sich um die Einstufung der Filme

nach ihrem Erfolg, Pauschalsummen und/oder variable Preise wie den so genannten „Cent Per Subscriber“ (CPS), die Zahl der Abonnenten (die unter Umständen genau berechnet wird), Mindestgarantien oder Preisobergrenzen handeln. Andere wichtige Bedingungen sind z. B. die Laufzeit, die unter die Vereinbarung fallenden Filme, die Menge und Merkmale von Produkten, die der Lizenznehmer pro Jahr bzw. während der gesamten Lizenzdauer erwerben muss, die Anzahl der Aufführungen, Verfügbarkeitsfristen, Sicherheitsmaßnahmen, Zahlungsbedingungen und Gewährleistung. Sollten sich die Marktbedingungen ändern (und damit ist erfahrungsgemäß nach gewisser Zeit zu rechnen), dann stellt jede dieser zahlreichen maßgebenden Bedingungen einen potenziellen Anreiz für die Studios dar, am bestehenden Zustand so lange wie möglich festzuhalten. Je stärker diese Unbeweglichkeit, desto größer die Abschottungswirkung trotz eines in der Theorie bestehenden einseitigen Kündigungsrechts.

(244) Weiterhin könnte ein potenzieller neuer Marktteilnehmer seinen Markteintritt insbesondere aus finanzieller Sicht nicht richtig planen, da anders als bei einer festen Laufzeit vollkommen ungewiss ist, zu welchem Zeitpunkt ein bestimmtes Studio seinen Vertrag mit der gemeinsamen Plattform einseitig löst. Für seinen Markteintritt benötigt ein potenzieller Neubewerber eine kritische Menge an Premium-Filmen. Wegen dieses Zwangs wäre die Verhandlungsposition des Neulings bei einem einseitigen Kündigungsrecht besonders schwach. Er müsste mit jedem Studio einzeln verhandeln und es überzeugen und hätte es mit einem Gegenüber zu tun, der weiß, dass alle anderen Studios langfristige Verträge haben und daher zu dem gegebenen Moment keine Rechte verfügbar sind. Das ist ein weiterer Grund, warum eine Zusammenstellung fester Laufzeiten und Fristen, die bedeuten, dass mehrere Studios regelmäßig und mehr oder weniger gleichzeitig nach Käufern suchen, wesentlich wirkungsvoller und erfolgreicher ist. Zudem liegen die Ablaufdaten der laufenden Verträge bei der Hälfte der Hollywood-Majors nicht mehr als drei Monate auseinander. Das bedeutet, dass die neuen Verträge, die dann mit der gemeinsamen Plattform geschlossen werden, wahrscheinlich zumindest zu nahe beieinander liegenden Terminen, wenn nicht sogar gleichzeitig ablaufen, wenn die gemeinsame Plattform zeitgleiche Ablauffristen aushandelt.

(245) Schließlich ist es eine Tatsache, dass die meisten, wenn nicht sogar alle Pay-TV-Sender in einer Monopol-/Nachfragemonopolstellung bisher sehr langfristige Output-Verträge geschlossen haben. Dies war insbesondere bei Telepiú 1996 der Fall. Das zeigt deutlich, dass die Betrachtung der Laufzeit als Problem eines eindeutigen vertikalen Konflikts, bei dem der Käufer entgegen dem Interesse des Anbieters zwangsläufig auf eine Verkürzung der Vertragslaufzeit zielt, die Dinge zu stark vereinfacht und der Wirklichkeit auf dem Markt nicht gerecht wird.

### 2.3. PREMIUM-GROSSABNEHMERANGEBOT (RANDNUMMER 10 DES TEXTES DER VERPFLICHTUNGSZUSAGEN)

(246) Mit dem Großabnehmerangebot soll Wettbewerbern des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens auf anderen Plattformen als DTH ermöglicht werden, auf dem italienischen Pay-TV-Markt zu bestehen oder in denselben einzutreten. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass ein solches Großabnehmerangebot die Eintrittsschranken für den Pay-TV-Markt senkt, indem Nicht-DTH-Veranstalter im Bezahlfernsehen der Zugang zu Premium-Inhalten ermöglicht wird, deren direkter Erwerb für sie zu kostenaufwändig wäre oder die durch langfristige Exklusivverträge der Marktführer mit den Inhalteanbietern unzugänglich sind. Einige Arten von Inhalten (hauptsächlich Fußball und Filme) gelten als „absatzfördernd“ für Abonnements und sind deshalb entscheidend für den Erfolg eines Pay-TV-Veranstalters.

(247) Den Anmerkungen Dritter während der Marktuntersuchungen der Kommission war zu entnehmen, dass diese spezielle Verpflichtung in ihrer ursprünglichen Formulierung fünf Probleme aufwarf: a) den Anwendungsbereich des Begriffs „Premium-Inhalte“, b) die vertragsrechtliche Verfügbarkeit der erforderlichen Rechte für ein Großabnehmerangebot an andere als DTH-Plattformen, c) die mögliche Bündelung von Produkten, d) die Festlegung des Großkundenpreises nach dem Grundsatz „Endabnehmer minus“, e) die Verfügbarkeit des Großabnehmerangebots für alle interessierten Dritten.

(248) Was den Anwendungsbereich des Begriffs „Premium-Inhalte“ anbelangt, sieht die Verpflichtung jetzt vor, dass ein Großabnehmerangebot alle Premium-Inhalte umfasst, die von der gemeinsamen Plattform übertragen werden, auch wenn dies über einen Basiskanal oder ein Paket erfolgt. Ferner werden darin alle Pay-TV-Bereiche eingeschlossen sein, d. h. auch dritte Veranstalter werden dann in der Lage sein, Pay-Per-View und/oder Video-on-Demand für Premium-Inhalte anzubieten, die von der gemeinsamen Plattform in diesen Bereichen übertragen werden.

(249) Im Hinblick auf die vertragsrechtliche Verfügbarkeit der für ein Großabnehmerangebot notwendigen Rechte hat Newscorp eine Verpflichtung vorgelegt, die eine Klausel beinhaltet, in der zugesagt wird, alles für den Erwerb der für ein wirksames Großabnehmerangebot notwendigen Nicht-DTH-Rechte zu tun. Falls es der gemeinsamen Plattform auch unter Aufbringung aller Kräfte nicht gelingt, für Inhalte, die sie über DTH übertragen darf, die Rechte für die Übertragung über Nicht-DTH-Pay-TV zu erlangen, ergreift sie alle angemessenen Maßnahmen, um im Rahmen des Premium-Großabnehmerangebots ein vollständiges Paket mit Inhalten bereitzustellen, was auch das Angebot eines geeigneten alternativen Inhalts einschließt.

- (250) Bezüglich der möglichen Bündelung von Produkten sieht die Verpflichtung jetzt ausdrücklich vor, dass das Großabnehmerangebot entbündelt abzugeben ist, d. h., der Lizenznehmer wird ein Großabnehmerangebot nur zu Premium-Inhalten erhalten können, ohne für Basisinhalte bezahlen oder die Kosten tragen zu müssen.
- (251) Was die Festlegung des Preises für das Großabnehmerangebot nach dem Grundsatz „Endabnehmer minus“ betrifft, so sind in der Verpflichtung in zufrieden stellender Weise die grundlegenden Prinzipien dargelegt, ohne den Ermessensspielraum der Überwachungsbehörde zur Nutzung eines bestimmten Tests über Gebühr einzuschränken, wenn es um die Prüfung der Möglichkeit eines Verdrängens oder einer anderer denkbaren wettbewerbsfeindlichen Ausübung von Marktmacht geht. Weiterhin ist eine Kontentrennung zwischen Großkunden- und Privatkundengeschäft der gemeinsamen Plattform vorgesehen, die mit einer Kostenzuordnung nach dem Verursacherprinzip gekoppelt ist. Auf diese Weise können u. a. bei der Berechnung des Großkundenpreises vermeidbare Kosten ermittelt werden.
- (252) Hinsichtlich der künftig anzuwendenden Preisnachlassstruktur (der so genannten Gebührenkarte) verpflichtet sich Newscorp, keinen Unterschied zwischen seinem eigenen Einzelhandelsbereich und Einzelhändlern Dritter oder zwischen Einzelhändlern Dritter zu machen. Insbesondere wird die gemeinsame Plattform daran gehindert, eine Preisnachlassstruktur einzurichten, bei der nur der eigene Einzelhandelsbereich den höchsten Nachlass erhalten kann, der von seinem Großhandelsbereich angeboten wird, und Einzelhändler Dritter benachteiligt würden.
- (253) Ausgehend von dem Vorstehenden wird festgestellt, dass der Mechanismus des Großabnehmerangebots sowie der darin verankerte Grundsatz „Endabnehmer minus“ als geeignetes Mittel anzusehen sind, um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen, die sich beim Zugang von Nicht-DTH-Veranstaltern zum Pay-TV-Markt in Bezug auf den Zugang zu Premium-Inhalten und auf die unrechtmäßige Ausübung von Marktmacht ergeben hatten.

#### 2.4. DTT UND VERÄUßERUNG VON FREQUENZEN (RANDNUMMER 9 TEIL I UND DER GESAMTE TEIL III DES TEXTS DER VERPFLICHTUNGSZUSAGEN)

- (254) Die Veräußerung seines Geschäftsfelds „Terrestrische Übertragung“ durch Newscorp dürfte die Ausweitung der starken Position des Unternehmens bei DTH auf andere technische Plattformen verhindern und den Markteintritt von potenziellen Pay-TV-Wettbewerbern ermöglichen. Das ist die Grundlage für die letzte Verpflichtung von Newscorp. Die Veräußerung wird analoge wie digitale Frequenzen zur Nutzung durch

andere Veranstalter freigeben, wobei die digitalen Frequenzen diesbezüglich aufgrund der durch die Digitaltechnik möglichen Funktionen von besonderem Belang sind.

- (255) Als logische Ergänzung zur Veräußerungszusage verpflichtet sich Newscorp, weder als Netzbetreiber noch als Endabnehmerbetreiber in das DTT-Segment einzutreten, und ermöglicht so den Neueintritt alternativer Veranstalter.
- (256) Vor diesem Hintergrund erscheint die Verpflichtung zur Veräußerung von terrestrischen Frequenzen und zum Nichteintritt in das DTT-Marktsegment als ausreichend, um günstige Bedingungen für einen Neueintritt anderer potenzieller Veranstalter zu schaffen. Weiterhin wird dadurch, dass als Erwerber der terrestrischen Frequenzen und des veräußerten Geschäftsfelds nur ein Unternehmen als geeignet gilt, das bereit ist, die Pay-TV-Übertragung eines oder mehrerer Kanäle nach der Umstellung von der analogen auf die digitale Fernsehübertragung in Italien in seinen Geschäftsplan aufzunehmen, sichergestellt, dass auch vom DTT-Übertragungsweg ein Wettbewerbsdruck auf die gemeinsame Plattform ausgehen wird.

#### 2.5. ZUGANG ZUR PLATTFORM (RANDNUMMER 11 DES TEXTS DER VERPFLICHTUNGSZUSAGEN)

- (257) Der Zugang zur Plattform und zu den für den Betrieb notwendigen technischen Diensten spielt eine wesentliche Rolle dafür, dass innerhalb einer Plattform tatsächlich Wettbewerb möglich ist. Mit seinen Verpflichtungen hat Newscorp bei der Bereitstellung von Zugang zu der gemeinsamen Plattform weitgehende Zugeständnisse gemacht, damit echter Wettbewerb erreicht werden kann.
- (258) In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen wird der Eintritt in den Pay-TV-Markt erleichtert, und frei empfangbare Kanäle werden über DTH übertragen werden können. Darüber hinaus werden die wettbewerbsrechtlichen Bedenken, die sich daraus ergaben, dass Dritte vor der Fusion keinen Zugang zu zwei im Wettbewerb stehenden alternativen Plattformen (von Stream und Teletipiù) hatten, durch die von Newscorp angebotenen Verpflichtungen ausgeräumt.

#### 2.6. STREITBEILEGUNG/SCHLICHTUNG (RANDNUMMER 15 DES TEXTS DER VERPFLICHTUNGSZUSAGEN)

- (259) Die abgegebenen Verpflichtungen betreffen größtenteils das Verhalten. Daher ist ein wirksames Kontrollsystem

unerlässlich. Die vorgelegten Verpflichtungen sehen ein wirksames Kontrollsystem vor. Insbesondere soll ein Mechanismus zur Streitbeilegung eingerichtet werden, der einerseits ein eigenes Schlichtungssystem und andererseits die Rechtsprechung der italienischen Regulierungsbehörde für den Kommunikationssektor zu zentralen Problemen wie dem Plattformzugang und dem Großabnehmerangebot beinhaltet.

#### 2.7. DIE VERPFLICHTUNGSZUSAGEN WÜRDEN HÖCHSTENS BIS 31. DEZEMBER 2011 IN KRAFT SEIN

- (260) Die Kommission geht davon aus, dass die geplante Geltungsdauer der Verpflichtungszusagen ausreichende Gewähr dafür bietet, dass wieder echter Wettbewerb Einzug hält.

#### 3. SCHLUSSFOLGERUNG ZU DEN VERPFLICHTUNGSZUSAGEN VON NEWSCORP

- (261) In Anbetracht des Vorstehenden kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die von Newscorp abgegebenen Verpflichtungszusagen unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale dieses Zusammenschlusses ausreichen, um die festgestellten wettbewerbswidrigen Folgen auf den relevanten Märkten zu beheben.

### VII. DIE VERBINDUNG MIT TELECOM ITALIA

#### 1. VORBEMERKUNGEN

- (262) Gemäß der „Aktionärsvereinbarung“ (siehe Randnr. 12) mit Newscorp hält Telecom Italia eine Minderheitsbeteiligung an dem neuen Unternehmen (19,9 %), stellt ein Mitglied des Vorstands (so lang wie es mindestens [0-10]\* % des aufgelegten stimmberechtigten Kapitals des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens besitzt) und besitzt eine Reihe von Rechten zum Schutz seiner Investitionen in die Plattform (Änderung der Satzung, Änderung des Geschäftsumfanges, Kapitalerhöhungen/-herabsetzungen, Ausgabe von Wertpapieren, Dividendenpolitik, Liquidationsrechte und spezielle Rechte betreffend die Möglichkeit von Aktienverkaufsangeboten (Initial Public Offers, IPO) oder des Verkaufs des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens durch Newscorp).
- (263) Trotz der Minderheitsbeteiligung von Telecom Italia wäre es wohl unrealistisch, die Beteiligung des etablierten Telekommunikationsunternehmens als „rein finanziell“ anzusehen. Dies beruht zum Teil darauf, dass Telecom

Italia bereits direkt im Segment terrestrische Übertragung tätig ist (über zwei frei empfangbare Fernsehsender: La 7 und MTV).

- (264) Außerdem beteiligt sich Telecom Italia gemäß der „Rahmenvereinbarung“ (siehe Randnr. 11) gemeinsam mit Newscorp an der Übergangsfinanzierung (vor der Fusion) von Stream (vor Abschluss des Vertrags über den Zusammenschluss) über anteilmäßige Gesellschafterdarlehen in Höhe von maximal (für beide Parteien) insgesamt [...] \* EUR. Telecom Italia könnte gebeten werden, sich in gleicher Höhe an den Verlusten zu beteiligen, die für Stream in der Zwischenzeit anfallen, auch durch eine zusätzliche Finanzierung. Nach Abschluss der Übernahme wird sich Telecom Italia zusammen mit Newscorp an der Finanzierung der gemeinsamen Plattform beteiligen, und zwar mittels satzungsmäßiger, im Verhältnis zu seinem Aktienanteil stehender Kapitalzuschüsse in Höhe von maximal (für beide Parteien) insgesamt [...] \* EUR. Dies zeigt klar die Bedeutung und den Stellenwert des Engagements von Telecom Italia bei dieser Transaktion und damit auch für die gemeinsame Plattform <sup>(81)</sup>.
- (265) Die Beteiligung und finanzielle Unterstützung von Telecom war für Newscorp der ausschlaggebende Faktor bei seiner Entscheidung zur Übernahme der Kontrolle über die gemeinsame Plattform. Telecom Italia bestreitet das in seiner schriftlichen Stellungnahme zur Mitteilung der Beschwerdepunkte <sup>(82)</sup>, doch die Anmelderin hat dies auf der mündlichen Anhörung eindeutig bestätigt.
- (266) Zudem bestehen auf den ersten Blick offenkundige branchenbezogene, geschäftliche und strategische Gemeinsamkeiten, die im Ergebnis der Übereinkunft zwischen der neuen Satellitenplattform und Telecom Italia umgesetzt werden können. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass sich zwischen Telekommunikations- und Medienmarkt, die bisher klar voneinander getrennt waren, eine rasante Annäherung vollzieht. Die Trennlinie zwischen beiden wird infolge der technischen Entwicklung immer unschärfer, was wiederum Auslöser für neue Geschäftsstrategien und -modelle ist, mit denen die neuen Möglichkeiten dieser Konvergenz wirtschaftlich verwertet werden sollen.
- (267) Die Marktuntersuchung ergab spezielle Bedenken in Bezug auf das mögliche Interesse der gemeinsamen Plattform, Telecom Italia als seinen bevorzugten Partner für
- <sup>(81)</sup> Siehe Artikel II Absatz 2.2 (Finanzierung) und Artikel IV Absatz 4.1 (Finanzierung der Plattform nach dem Zusammenschluss) der Rahmenvereinbarung.
- <sup>(82)</sup> Siehe Randnr. 4 der schriftlichen Stellungnahme von Telecom Italia in seiner Antwort auf die nicht vertrauliche Fassung der Mitteilung der Beschwerdepunkte der Europäischen Kommission gemäß der Verordnung (EG) Nr. 447/98 des Rates über die Anmeldungen, über die Fristen sowie über die Anhörung nach der Fusionskontrollverordnung.

die Telekommunikationsmärkte zu wählen. Dritte haben außerdem vorgetragen, dass dies dazu beitragen würde, den sich daraus ergebenden tatsächlichen/potenziellen Wettbewerbsdruck im Keim zu ersticken, und somit beide Parteien dazu bringen könnte, einander stützende Strategien/Verhaltensweisen für die Märkte zu entwickeln, in denen sich diese Annäherung vollzieht.

- (268) Des Weiteren wurden Bedenken dahin gehend geäußert, dass die Verbindung zwischen Telecom Italia und der gemeinsamen Plattform letztlich zur Festigung bzw. Verstärkung einer beherrschenden Stellung von Telecom Italia in folgenden Märkten führen könnte: a) Internetzugang, insbesondere Breitband, und b) Festnetztelefonie. Bei der allgemeinen Beurteilung des Vorhabens sollten die möglichen Folgen, die die Verbindung zwischen Telecom Italia und der gemeinsamen Plattform nach dem Zusammenschluss in absehbarer Zukunft für die genannten Telekommunikationsmärkte haben könnte, nicht außer Acht gelassen werden.

2. ZUSTÄNDIGKEIT DER KOMMISSION, DIE FOLGEN DER MINDERHEITSBETEILIGUNG VON TELECOM ITALIA IN DEN RELEVANTEN MÄRKTEN AUF DER GRUNDLAGE DER FUSIONSKONTROLLVERORDNUNG ZU BEURTEILEN

- (269) In seiner Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte hat Newscorp nicht bestritten, dass die Kommission berechtigt ist, auf der Grundlage der Fusionskontrollverordnung die Stellung des Minderheitsaktionärs Telecom Italia als potenziellem Wettbewerber der gemeinsamen Plattform im Pay-TV-Markt zu prüfen. Das Unternehmen erklärte jedoch, dass die Fusionskontrollverordnung der Kommission nicht die Befugnis verleihe, einen Zusammenschluss mit der Begründung zu verbieten, dass sie die beherrschende Stellung einer dritten Partei begründet oder verstärkt, d. h. eines Unternehmens, das selbst nicht an dem Vorhaben beteiligt ist (Telecom Italia) <sup>(83)</sup>. Newscorp führt allerdings auch eine Reihe von Kommissionsentscheidungen an, bei denen die Kommission auf der Grundlage der Fusionskontrollverordnung die Beurteilung einer beherrschenden Stellung von Dritten bezüglich des betreffenden Zusammenschlusses durchgeführt hat. Schließlich gibt es noch an, dass theoretisch „die Kommission eindeutig Recht damit [hat], dass ein Zusammenschluss die beherrschende Stellung einer dritten Partei begründen oder verstärken und Nachteile für die Verbraucher mit sich bringen kann“ („the Commission is clearly correct that such a transaction may create or strengthen a dominant position held by a third part and, accordingly, may harm consumer welfare“) <sup>(84)</sup>.
- (270) Insbesondere, wie Newscorp anerkennt, hat die Kommission in der Sache Exxon/Mobil <sup>(85)</sup> festgestellt, dass ein Zusammenschluss nach der Fusionskontrollverordnung

verboten werden kann, wenn er die beherrschende Stellung einer dritten Partei bzw. von Dritten (d. h. nicht am Zusammenschluss beteiligten Parteien) begründet oder verstärkt, und zwar aus folgenden Gründen: „Es ist festzustellen, dass laut Artikel 2 Absatz 3 der Fusionskontrollverordnung Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung begründen oder verstärken, für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären sind. Mithin ist Artikel 2 Absatz 3 nicht auf das Verbot eines Zusammenschlusses beschränkt, der zur Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung von einer oder mehreren der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen führt (siehe auch Erwägungsgründe 1, 5 und 7 im Vorwort der Verordnung [...]). Die Kommission ist der Auffassung, dass die Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung durch einen Dritten nicht vom Anwendungsbereich von Artikel 2 Absatz 3 der Fusionskontrollverordnung ausgenommen ist.“ („It can be noted that Article 2(3) of the Merger Regulation states that a concentration which creates or strengthens a dominant position is to be declared incompatible with the common market. Article 2(3) is thus, in terms, not limited to the prohibition of an operation which will give rise to the creation or reinforcement of a dominant position on the part of one or more of the parties to the concentration — see also recitals 1, 5 and 7 in the preamble to the Regulation ... The Commission considers that the creation or reinforcement of a dominant position by a third party is not excluded from the scope of application of Article 2(3) of the Merger Regulation.“)

- (271) In der Sache Exxon/Mobil wandte die Kommission die vorstehenden Grundsätze auf der Grundlage u. a. der Begründung in zwei Urteilen an: dem des Gerichtshofs in der Rechtssache Kali und Salz <sup>(86)</sup> und dem des Gerichts erster Instanz in der Rechtssache Gencor/Kommission <sup>(87)</sup>.
- (272) In der Sache Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico <sup>(88)</sup> stellte die Kommission fest, dass die Fusion die kollektiv marktbeherrschende Stellung von zwei Elektrizitätsunternehmen verstärkte, die nicht am

<sup>(86)</sup> Verbundene Rechtssachen C-68/94 und C-30/95, Frankreich und andere/Kommission, Slg.1998, I-1375. In Randnummer 171 stellt der Gerichtshof fest: „Ein Zusammenschluss, der eine beherrschende Stellung der Beteiligten gemeinsam mit einer am Zusammenschluss unbeteiligten Einheit begründet oder verstärkt, kann sich als unvereinbar mit dem vom Vertrag geforderten System des unverfälschten Wettbewerbs erweisen. Wenn daher davon ausgegangen würde, dass nur solche Zusammenschlüsse, die eine beherrschende Stellung der an ihnen Beteiligten begründen oder verstärken, von der Verordnung erfasst würden, so wäre deren Zielsetzung so, wie sie sich insbesondere aus den erwähnten Begründungserwägungen ergibt, teilweise gefährdet. Der Verordnung würde auf diese Weise ein nicht unerheblicher Teil ihrer praktischen Wirksamkeit genommen, ohne dass dies in Anbetracht der allgemeinen Systematik der gemeinschaftlichen Fusionskontrollregelung geboten wäre.“

<sup>(87)</sup> Rechtssache T-102/96, Gencor/Kommission, Slg. 1999, II-753.

<sup>(88)</sup> Sache COMP/M.2434.

<sup>(83)</sup> Punkt 7.1.1 der Verteidigungsschrift von Newscorp.

<sup>(84)</sup> Punkt 7.3.5 der Verteidigungsschrift von Newscorp.

<sup>(85)</sup> Sache IV/M.1383, Randnrn. 225-229.

Zusammenschluss beteiligt waren. Ebenso hat die Kommission in der Sache EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocarbri-co<sup>(89)</sup> festgestellt, dass die Übernahme der gemeinsamen Kontrolle über das spanische Versorgungsunternehmen Hidrocarbri-co durch EnBW, EDP und Cajastur die bestehende kollektiv marktbeherrschende Stellung von Endesa und Iberdrola verstärken würde (beide waren nicht am angemeldeten Zusammenschluss beteiligt). In dieser Entscheidung stellte die Kommission fest, dass EDF, das an der gemeinsamen Kontrolle über EnBW beteiligt war, im Ergebnis des Zusammenschlusses nicht mehr die bis dahin bestehenden Anreize hätte, die Kapazität des Stromverbundes zwischen Frankreich und Spanien auszubauen, wodurch der für die bestehenden spanischen Stromerzeuger wichtigste potenzielle unabhängige Wettbewerber (EDF selbst) verdrängt würde und die Isolation des spanischen Strommarkts von anderen Stromsystemen in Europa außerhalb der Iberischen Halbinsel erhalten bliebe<sup>(90)</sup>.

- (273) In seiner schriftlichen Stellungnahme hat Telecom Italia behauptet, dass, da die Kommission anerkannt habe, dass Telecom Italia keine Mehrheitsbeteiligung an der gemeinsamen Plattform besitzen werde und kein „beteiligtes Unternehmen“ im Sinne der Fusionskontrollverordnung sei, sie rechtswidrig handeln würde, wenn sie die aufgrund des Zusammenschlusses in der konzipierten Form entstehenden möglichen nachteiligen Folgen der bedeutenden Minderheitsbeteiligung von Telecom Italia an der gemeinsamen Plattform in den verschiedenen betroffenen Märkten (sowohl auf dem Pay-TV-Markt als auch dem Markt für Telekommunikationsdienste in Italien) gemäß der Fusionskontrollverordnung beurteilen würde<sup>(91)</sup>.
- (274) Insbesondere macht Telecom Italia Folgendes geltend: „Wenn das betreffende Vorhaben in zwei Zeitabschnitte gegliedert wäre und Telecom Italia seinen Anteil an der gemeinsamen Plattform (mit dem es keine Kontrollbefugnisse erlangt) zu einem späteren Zeitpunkt erwerben würde, würde dieser Erwerb nicht in den Anwendungsbereich der Fusionskontrollverordnung fallen und die Kommission wäre verpflichtet, zur Beurteilung von sich daraus ergebenden wettbewerbsrechtlichen Problemen Artikel 81 oder 82 EG-Vertrag anzuwenden. Demnach hat die von der Kommission im vorliegenden Fall gewählte Vorgehensweise zur Folge, dass wirtschaftlich gleichwertige Vorgänge unterschiedlich behandelt werden“ („if the present operation were structured in two different phases and Telecom Italia's non-controlling interest in the combined platform were acquired at some later stage, that acquisition would not fall within

the scope of the Merger Regulation and the Commission would be obliged to use Article 81 or Article 82 EC treaty to eventually assess any competition problems arising from it. Consequently, the approach adopted by the Commission in this case results in economically equivalent transactions being treated differently“<sup>(92)</sup>).

- (275) In ihrer schriftlichen Stellungnahme trägt Telecom Italia vor: „Die Verstärkung einer beherrschenden Stellung von Telecom Italia wird, sollte es jemals dazu kommen, die Folge ihrer Minderheitsbeteiligung an der gemeinsamen Plattform und nicht des Zusammenschlusses selbst sein.“ („the strengthening of Telecom Italia's dominant position, if it ever takes place, will then be the consequence of its minority shareholding in the Combined platform and not of the concentration itself“)<sup>(93)</sup>. Damit erkennt Telecom Italia indirekt das Vorhandensein einer ursächlichen Verbindung zumindest zwischen seiner Minderheitsbeteiligung und deren möglichen nachteiligen Folgen auf den verschiedenen Märkten an. Dessen ungeachtet scheint Telecom Italia nach wie vor davon auszugehen, dass seine Beteiligung an der gemeinsamen Plattform von der Transaktion, die zu dem Zusammenschluss führt, unabhängig ist.
- (276) Die Kommission ist der Meinung, dass die von Telecom Italia vorgetragene rechtliche Begründung nicht korrekt ist. In den von Newscorp angemeldeten Vereinbarungen ist Telecom Italia an der Fusion mit einem Gesellschafteranteil von 19,9 % beteiligt, und es ist dieser Tatbestand, der für die Beurteilung des angemeldeten Zusammenschlusses rechtlich von Belang ist, nicht die von Telecom Italia rein hypothetischen Argumente. Außerdem wurde auf der mündlichen Anhörung klargestellt, dass die Minderheitsbeteiligung von Telecom Italia als „Bauteil“ des angemeldeten Zusammenschlussvorhabens angesehen werden kann und sicher nicht mit einem möglichen Erwerb einer Minderheitsbeteiligung an der gemeinsamen Plattform durch Telecom Italia zu einem späteren Zeitpunkt, d. h. nach der Fusion, zu wechseln ist. Darüber hinaus wäre die Fusion ohne diese Minderheitsbeteiligung — wie von Newscorp auf der mündlichen Anhörung erklärt — nicht in der bei der Kommission angemeldeten Form erreicht worden.
- (277) Es ist sehr merkwürdig zu argumentieren, dass sich ein wesentlicher Teil der zum Zusammenschluss führenden Transaktion „herausschneiden“ ließe. Die vorliegenden Beweise legen auch nahe, dass es spekulativ ist, den Erwerb der Minderheitsbeteiligung als isolierten Vorgang darzustellen, der von Telecom Italia auch nach der Fusion hätte durchgeführt werden können.

<sup>(89)</sup> Sache COMP/M.2684, Randnrn. 33 und 37.

<sup>(90)</sup> Siehe Randnr. 33 der Sache COMP/M. 2684. Das Vorhaben wurde schließlich genehmigt, nachdem EDF und der französische Netzbetreiber EDF/RTE Verpflichtungszusagen abgegeben hatten, alle notwendigen Schritte zu unternehmen, um die Kapazität des Verbundes zwischen Frankreich und Spanien von bis dahin 1 100 MW auf ca. 4 000 MW auszubauen.

<sup>(91)</sup> Siehe Randnr. 5 und insbesondere Randnrn. 9-13 der angeführten schriftlichen Stellungnahme.

<sup>(92)</sup> Randnr. 14 der schriftlichen Stellungnahme.

<sup>(93)</sup> Randnr. 16 der schriftlichen Stellungnahme.

kontrollverordnung eine Transaktion, die zu einem Zusammenschluss führt, in ihrer Gesamtheit abdecken muss, was Minderheitsbeteiligungen einschließt. Telecom Italia erkennt nicht an, dass die Transaktion so gestaltet wurde, dass Telecom Italia als Minderheitsaktionär in der gemeinsamen Plattform bleibt. Auch gelang es weder der Anmelderin noch Telecom Italia nachzuweisen, dass das Vorhaben ohne die Beteiligung von Telecom Italia geplant und erreicht worden wäre. Vielmehr hat sich auch durch die mündliche Anhörung klar gezeigt, dass die Anwesenheit von Telecom Italia für den Fortgang der Transaktion unerlässlich ist.

(279) Die sich aus dem angemeldeten Vorgang ergebende sachliche und rechtliche Lage ermöglicht es der Kommission, die Folgen des betreffenden Vorhabens (einschließlich der Minderheitsbeteiligung) in allen relevanten Märkten, wo sie zu nachteiligen Folgen im Sinne von Artikel 2 der Fusionskontrollverordnung führen kann, zu prüfen und zu beurteilen. Telecom Italia streitet offenbar nicht ab, dass zwischen seiner Minderheitsbeteiligung und der möglichen Verstärkung seiner beherrschenden Stellung auf dem Telekommunikationsmarkt eine ursächliche Verbindung besteht. Aus den oben genannten Gründen ist die Kommission der Auffassung, dass die Minderheitsbeteiligung von Telecom Italia integraler Bestandteil der zum Zusammenschluss führenden Transaktion ist.

(280) Ebenfalls in diesem Zusammenhang hat die Kommission kürzlich in einer Sache, die gemäß Artikel 9 der Fusionskontrollverordnung an die spanische Wettbewerbsbehörde verwiesen wurde (Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital<sup>(94)</sup>), die Fusion der beiden Satellitenplattformen in Spanien<sup>(95)</sup> (Sogecable, kontrolliert von den Unternehmen Promotora de Informaciones SA („Prisa“) und Group Canal+ SA („Group Canal+“), sowie Vía Digital, kontrolliert von Telefónica SA („Telefónica“) zu einer gemeinsamen Plattform unter der gemeinsamen Kontrolle von Prisa und Group Canal+ geprüft. Die Kommission stellte fest, dass sich aus dem Zusammenschluss auch wettbewerbsrechtliche Bedenken zur Stellung eines Unternehmens (Telefónica), das keine Kontrollbeteiligung an dem Unternehmen hatte, bezüglich einiger Märkte (Telekommunikation) ergaben, die von dem Zusammenschluss nicht unmittelbar betroffen waren<sup>(96)</sup>.

<sup>(94)</sup> COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital, Entscheidung der Kommission vom 14.8.2002. Siehe Website der Kommission: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

<sup>(95)</sup> COMP/M.2845. Die Sache betrifft die Übernahme der gemeinsamen Kontrolle von Promotora de Informaciones SA (Prisa) und Group Canal+ über die kombinierte spanische Satellitenplattform (aus der Eingliederung von Sogecable in Vía Digital). Bei diesem Vorhaben hätte Telefónica die Stellung eines bedeutenden Minderheitsaktionärs gehabt, aber keine Beteiligung an der Kontrolle über das neue Unternehmen.

<sup>(96)</sup> Siehe Randnummern der o.a. Fusionsentscheidung Sogecable: Randnrn. 96, 100 und 102 zum Markt für Internetzugang in Spanien und Randnrn. 106-109 zum Markt für Festnetztelefonie in Spanien.

(281) Da sich aus der zum Zusammenschluss führenden Transaktion (in ihrer Gesamtheit) die in Artikel 2 der Fusionskontrollverordnung beschriebenen nachteiligen Folgen ergeben könnten, gelangt die Kommission zu dem Schluss, dass sie rechtlich befugt ist, deren wettbewerbsrechtliche Würdigung durchzuführen und auf die Behauptungen und Argumente zu reagieren, die Dritte während der Untersuchung und auf der mündlichen Anhörung vorgetragen haben.

### 3. BEURTEILUNG NACH ARTIKEL 2 DER FUSIONS-KONTROLLVERORDNUNG

#### A. Horizontale Folgen für den italienischen Pay-TV-Markt

##### 1. BESEITIGUNG VON WETTBEWERBSZWÄNGEN FÜR DIE GEMEINSAME PLATFORM

###### 1.1. Allgemeine Erwägungen

(282) Das Zusammenschlussvorhaben und die Verbindung zwischen Telecom Italia und der monopolistischen Pay-TV-Plattform muss aus Sicht der möglichen horizontalen Folgen beurteilt werden, die sich für den Pay-TV-Markt selbst (insbesondere Pay-Per-View-Dienste und Video-on-Demand) ergeben können und wiederum nachteilige Folgen für den Wettbewerb auf einigen Telekommunikationsmärkten hätten.

(283) Zu Beginn sei daran erinnert, dass im Hinblick auf Pay-TV-Dienste die im vorliegenden Fall durchgeführte Marktuntersuchung gezeigt hat, dass Pay-Per-View (PPV), Near-Video-on-Demand (NVoD) und Video-on-Demand (VoD) als Segmente des Pay-TV-Markts angesehen werden könnten<sup>(97)</sup>.

(284) Die Sachlage vor dem Zusammenschluss und die im vorliegenden Fall durchgeführte Marktuntersuchung haben das Interesse von Telecom Italia in Bezug auf Pay-TV-Dienste bzw. in Bezug auf die Nutzung einiger Inhalte über ihre Übertragungswege gezeigt, auch wenn zu vermuten wäre, dass sich das Unternehmen auf eines oder

<sup>(97)</sup> Pay-Per-View ist ein Dienst, bei dem ein Kunde zusätzlich zum Fernsehabonnement für ein Produkt einzeln zu zahlen hat, wenn er es sehen will (z. B. einen Film oder ein Sportereignis). Video-on-Demand und Near-Video-on-Demand sind unterschiedliche Formen des Zugangs von Pay-TV-Kunden zu Videoinhalten auf personenbezogener Basis.

wenige Segmente des Pay-TV-Geschäfts (Video-on-Demand oder Pay-Per-View) konzentriert.

- (285) In diesem Zusammenhang wurde von Dritten behauptet, dass Telecom Italia durch seine Beteiligung (und seine Vertretung im Vorstand der gemeinsamen Plattform) starke Anreize hätte, zur Stärkung der Plattform beizutragen statt mit ihr auf dem Pay-TV-Markt in Wettbewerb zu treten, entweder über ihr „im Stillstand befindliches“ Kabelnetz oder über ihre eigene xDSL-Breitbandinfrastruktur. Diese strategische Entscheidung wäre glaubhaft erschienen, wenn man als Ziel von Telecom Italia ansieht, die in den letzten Jahren in dem gemeinsam mit Newscorp unterhaltenen Gemeinschaftsunternehmen Stream aufgelaufenen Verluste wieder hereinzuholen. Gleichzeitig hätte Newscorp ein Interesse, Telecom Italia in dem aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmen zu halten, um sich dessen erhebliche finanzielle Unterstützung zu sichern.
- (286) Von den vielen Argumenten, die im Verlauf des Verfahrens vorgetragen wurden, lautete eines, dass die „Verbindung“ eine Annäherung der Interessen beider Unternehmen hervorrufen würde, und ein anderes, dass dies beiden Beteiligten Anreize geben würde, sich gegenseitig unterstützende gemeinsame Strategien/Verhaltensweisen zu entwickeln, und zwar sowohl für den „betroffenen Markt“ (Bezahlfernsehen) als auch für die Märkte, auf denen die Konvergenz von Medien und Telekommunikation stattfindet (Internet-Breitbandzugang und Festnetztelefonie).

### 1.2. Argumente von Newscorp

- (287) In seiner Erwiderung auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte<sup>(98)</sup> erklärte Newscorp, die Präsenz von Telecom Italia mit einer erheblichen Beteiligung an der gemeinsamen Plattform (auf jeden Fall „keine Mehrheitsbeteiligung“) mindere nicht den Anreiz für Telecom Italia zum Wettbewerb im Pay-TV-Markt gegenüber der Sachlage vor dem Zusammenschluss, als Telecom Italia zur Hälfte Eigentümer von Stream war (indem es sich gegen einen Wiedereintritt und/oder für die Zusammenarbeit mit der gemeinsamen Plattform entscheidet). Weiterhin erklärte Newscorp, es sei falsch zu glauben, Telecom Italia werde in nächster Zukunft in den Pay-TV-Markt einsteigen. Dazu müsse man sich nur die derzeitigen technischen Beschränkungen der xDSL- und der UMTS-Technik als angemessene Alternativen zu DTH, Kabel und DTT für die Übertragung von Pay-TV-Diensten vor Augen führen.

- (288) Newscorp behauptet außerdem, dass allgemein (und insbesondere zu Anreizen, die die gemeinsame Plattform

für eine Kooperationsstrategie mit Telecom Italia hätte) Nachweise entsprechend den Anforderungen beigebracht werden sollten, die das Gericht erster Instanz in der Rechtssache Tetra Laval festgelegt hat<sup>(99)</sup>. Daher solle die Kommission beweisen, dass die aus dem Zusammenschluss hervorgehende Gruppe aller Wahrscheinlichkeit eine solche Strategie wählen würde („it is more likely than not that the merged group would adopt such a strategy“) <sup>(100)</sup>.

### 1.3. Allgemeine Beurteilung

- (289) Vor diesem Hintergrund hat die Kommission alle vorliegenden Beweise und die möglichen Folgen des Vorhabens in Bezug auf die Bedenken, die sich während der Marktuntersuchung hinsichtlich des italienischen Pay-TV-Marktes ergaben, eingehend untersucht. Ihre Schlussfolgerung lautet, dass anhand der dazu zusammengetragenen Beweise nicht festgestellt werden kann, dass die zu dem Zusammenschluss führende Transaktion (d. h. einschließlich der Minderheitsbeteiligung von Telecom Italia) nachteilige Folgen für den Wettbewerb mit sich bringen würde<sup>(101)</sup>. Die dieser Schlussfolgerung zugrunde liegenden Faktoren werden jetzt im Einzelnen beleuchtet.

#### 1.3.a) Anreiz für die gemeinsame Plattform, die Verbindung auszunutzen und die beherrschende Stellung beim Bezahlfernsehen durch eine positive Diskriminierung gegenüber Telecom Italia zu festigen

- (290) Es trifft zu, dass im Prinzip die Verbindung zwischen dem aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmen und Telecom Italia das Potenzial hätte, die beherrschende Stellung des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens im Pay-TV-Markt weiter zu verstärken. Telecom Italia beherrscht den Markt beim xDSL-Breitbandzugang und dürfte in der Zukunft auch bei UMTS eine sehr starke Position haben. Pay-TV-Dienste und insbesondere Video-on-Demand können für die Endverbraucher auf verschiedenen Übertragungswegen bereitgestellt werden: DTH, Kabel und in

<sup>(99)</sup> Rechtssache T-5/02, Tetra Laval SA/Kommission, Urteil vom 25. Oktober 2002, Randnrn. 153 und 251.

<sup>(100)</sup> Punkt 7.2.12 der Verteidigungsschrift von Newscorp.

<sup>(101)</sup> Bezüglich der Beweisführung und -last siehe verbundene Rechtsachen C-68/94 und C-30/95, Frankreich und andere/Kommission, Slg. 1998, I-1375, insbesondere Randnummern 110, 120, 128 und 246.

<sup>(98)</sup> Punkte 7.1.1 bis 7.2.12 der Verteidigungsschrift von Newscorp.

bestimmtem Umfang schon jetzt mittels xDSL-Breitband<sup>(102)</sup>, während DTT in nächster Zukunft einsatzbereit sein wird. Wie bereits erläutert, wird die neue DTH-Plattform praktisch eine Monopolstellung im Pay-TV-Markt haben. Wegen der begrenzten Reichweite des Kabelnetzes des einzigen alternativen Pay-TV-Veranstalters, der bereits auf dem Markt tätig ist, wird damit gerechnet, dass der tatsächliche Wettbewerb sehr begrenzt ist.

### 1.3.a)1. Marktuntersuchung

(291) In diesem Zusammenhang wurde während der Marktuntersuchung betont, dass Telecom Italia bereits zum gegenwärtigen Zeitpunkt über das Potenzial verfügte, als einer der Hauptwettbewerbsfaktoren für das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen aufzutreten, und zwar über sein Kabel- oder sein xDSL-Breitbandnetz. Dritte stellten fest, dass Telecom Italia wegen der Verbindung möglicherweise weder am Wettbewerb teilnimmt noch einen Anreiz hat, in Wettbewerb zur Plattform zu treten und/oder wieder in den Pay-TV-Markt einzusteigen, auch nicht über sein Kabelnetz<sup>(103)</sup> und über ADSL.

(292) Vor diesem Hintergrund hatten Dritte im Zuge der Marktuntersuchung und in Reaktion auf die Markttests Bedenken geäußert, was den Anreiz/das Interesse des neuen Unternehmens betraf, seine Verbindung mit Telecom Italia auszunutzen, um die Gefahr im Keim zu ersticken, die vom marktbeherrschenden Akteur bei

<sup>(102)</sup> Im Zusammenhang mit dem Internetzugang steht der Begriff „Bandbreite“ für die Geschwindigkeit, mit der Informationen übertragen werden können. Je höher die Bandbreite, desto größer ist die Geschwindigkeit der Verbindung und desto mehr Informationen kann ein Telekommunikationssystem übertragen. Moderne Anwendungen im Internet und insbesondere Video-on-Demand erfordern die Übertragung großer Datenmengen und deshalb Hochgeschwindigkeits-Breitbandverbindungen, wenn sie für Abonnenten von Nutzen sein sollen. Eine Art Hochgeschwindigkeitsband ist die xDSL-Technologie (Digital Subscriber Line). Es gibt eine Reihe von DSL-Varianten, wie etwa ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), HDSL (High data rate Digital Subscriber Line) und VDSL (Very high rate data Digital Subscriber Line). Sie alle sind in dem Begriff „xDSL-Technologien“ zusammengefasst. Breitbanddienste können über eine vorhandene Kupferleitung bereitgestellt werden, wenn geeignete Basistechnologien angeschlossen sind, z. B. eine der xDSL-Technologien. Die xDSL-Technologien vermögen eine Kupferdoppelader in eine Hochgeschwindigkeits-Digitalleitung umzuwandeln und so die technischen Beschränkungen der traditionellen, für den Teilnehmeranschluss genutzten Leitungen zu überwinden. Auch die Kabelnetzinfrastruktur bietet für den Breitband-Internetzugang vergleichbare Leistungen für die Endverbraucher und könnte aus Nachfragesicht als Ersatz für xDSL-Technologien angesehen werden.

<sup>(103)</sup> Telecom Italia könnte theoretisch sein Kabelnetzprojekt wieder aufnehmen, das 1998 unterbrochen wurde. Dies umfasst die Vollendung seines bestehenden Kabelnetzes in Italien (das „Projekt Sokrates“), mit dem ursprünglich [...] Millionen Haushalte an das HFC-Netz (Hyber Fiber Coaxial) angeschlossen werden sollten.

einem bestehenden Übertragungsweg für Pay-TV-Dienste (Breitband-Internetzugang) ausgeht, der auch bei einem künftigen Übertragungsweg (UMTS) eine starke Position haben dürfte.

(293) Dieses Ziel hätte, so wurde argumentiert, auch erreicht werden können, indem Telecom Italia gegenüber seinen Wettbewerbern im Internet-Breitband begünstigt wird, indem beispielsweise Inhalte der Plattform Telecom Italia zu günstigeren Bedingungen (bei Preis, Qualität und Zeitpunkt) zur Verfügung gestellt werden. Im Gegenzug hätte Telecom Italia aufgrund dieser Begünstigung und der Verbindung möglicherweise einen geringeren Anreiz, zur Plattform über seine bestehenden Geschäftsfelder in vollem Umfang in Wettbewerb zu treten.

### 1.3.a)2. Prüfung durch die Kommission

(294) Im Rahmen ihrer Würdigung hat die Kommission u. a. geprüft, ob im speziellen Fall Italiens die Möglichkeit besteht, dass vermittels der xDSL-Technologien in absehbarer Zukunft Pay-TV-Dienste in Konkurrenz zur Satellitenübertragung angeboten werden. Darüber hinaus hat die Kommission auch untersucht, welche Anreize die gemeinsame Plattform haben könnte, Telecom Italia gegenüber seinen Wettbewerbern bevorzugt zu behandeln.

(295) Generell kommen alle Einlassungen von Dritten nicht um die Tatsache herum, dass Telecom Italia auf den Ausbau des Geschäfts im Pay-TV verzichtet und für das Unternehmen derzeit kein erheblicher wirtschaftlicher Anreiz besteht, sein Kabelnetz zu reaktivieren, um das vollständige Spektrum an Pay-TV-Diensten anzubieten.

(296) Was die xDSL-Breitbandtechnologien (vor allem ADSL) angeht, so trifft es zu, dass theoretisch diese Technologie in absehbarer Zukunft als taugliches Übertragungsmittel für Pay-TV-Dienste angesehen werden und eine Alternative zu DTH darstellen kann. Doch angesichts des Entwicklungsstands der ADSL-Technologie in Italien wären noch gewaltige Investitionen und ein Ausbau des Netzes<sup>(104)</sup> notwendig, bevor Bündel von „ausgestrahlten“ Fernsehkanälen übertragen werden könnten (d. h. die Übertragung z. B. von Live-Ereignissen, Fußballspielen oder Filmen, die eine zeitgleiche Betrachtung durch alle Endverbraucher ermöglicht).

(297) Wie die Untersuchung der Kommission ergab, hat Telecom Italia bisher keine Mittel für dieses Ziel eingeplant. Das schließt nicht aus, dass es sich künftig zu derartigen Investitionen entschließen könnte. Auf jeden Fall kann-

<sup>(104)</sup> Beispielsweise um die Breite der derzeitigen Netzfunktionen sowohl langfristig als auch auf Ortsebene zu erhöhen.

ten während der Marktuntersuchung keine ausreichenden Beweise zusammengetragen werden, die den Schluss zulassen, dass Telecom Italia bereits ein potenzieller Einsteiger für den Pay-TV-Markt ist, dessen „potenzieller Wiedereinstieg“ durch die „Verbindung“ mit der gemeinsamen Plattform weitgehend im Keim erstickt wird.

(298) Was die direkten und indirekten Anreize anbelangt, die die gemeinsame Plattform haben könnte, Telecom Italia als bevorzugten Partner in seiner Rolle als Miteigentümer und wegen seiner finanziellen Beteiligung (anteilmäßig) an der DTH-Plattform (d. h. Anliegen aufgrund der „Verbindung“) anzusehen, so lassen die vertraglichen Festlegungen zwischen der Plattform und Telecom Italia für diese Transaktion einen solchen Schluss nicht zu, d. h., dass es als unmittelbare Auswirkung der zur Fusion führenden Transaktion (einschließlich der Minderheitsbeteiligung) zu einer Begünstigung des etablierten Telekommunikationsunternehmens durch die Plattform käme.

(299) Ausgehend von dem Vorstehenden kann nicht festgestellt werden, dass die gemeinsame Plattform wegen der Präsenz von Telecom Italia als Minderheitsaktionär hinreichend starke Anreize hätte, das etablierte Telekommunikationsunternehmen als seinen bevorzugten Partner zu wählen und dadurch eine potenzielle Wettbewerbsbedrohung durch Telecom Italia im Keim zu ersticken und seine beherrschende Stellung auf dem italienischen Pay-TV-Markt zu verstärken.

**1.3.b) Anreiz für die gemeinsame Plattform und Telecom Italia, gleichgerichtete oder gemeinsame Verhaltensweisen/Strategien zu entwickeln, die den zwischen ihnen verbliebenen Wettbewerbsdruck weiter einschränken**

(300) Es trifft zu, dass die Transaktion und die Verbindung zwischen der monopolistischen Pay-TV-Plattform und Telecom Italia bedeutende Anreize zwischen den beiden Parteien bezüglich des Pay-TV-Markts (insbesondere Pay-Per-View- und Video-on-Demand-Dienste) erzeugen kann, die wiederum schädliche Folgen für den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten haben können. Vor allem könnten Telecom Italia und das neue Unternehmen ihre Aktivitäten im Hinblick auf a) vollständige Pay-TV-Dienste und Video-on-Demand sowie b) interaktive Multimedia-Dienste durch die Annäherung der Medien abstimmen.

1.3.b)1. Marktuntersuchung

(301) Während der Marktuntersuchung haben Dritte der Kommission vorgetragen, dass es nicht unangemessen wäre

zu erwarten, dass die gemeinsame Plattform die Verbindung mit Telecom Italia ausnutzen könnte, um Zugang zu deren sehr umfassendem Kundenbestand zu erhalten, und in der Folge versuchen würde, seinen Abonnenntenbestand zu erweitern, indem es alle denkbaren Vorteile aus der Verbindung mit dem etablierten Telekommunikationsunternehmen zieht, gegebenenfalls auch durch gemeinsame Geschäftsinitiativen. Daher sei durchaus zu erwarten, dass sowohl das etablierte Telekommunikationsunternehmen als auch die gemeinsame Plattform verdeckt oder offen zusammenarbeiten.

(302) Dritte bestätigten, dass wegen der Verbindung und der möglichen „Erstickung“ der Wettbewerbsgefahr beide beteiligte Unternehmen den Anreiz haben können, Vereinbarungen zu treffen, die das gemeinsame Angebot/den gemeinsamen Erwerb von Produkten oder Dienstleistungen für Kunden dergestalt ermöglichen, dass ihre jeweiligen Marktpositionen durch die gegenseitige Nutzung ihrer Aktiva und Infrastrukturen verbessert werden.

(303) Dritte haben auf die potenziellen Gefahren hingewiesen, die sich daraus ergeben können, dass beide Parteien Präferenzabkommen über die Verbreitung von Inhalten der gemeinsamen Plattform oder über die Bündelung von Multimedia- und/oder audiovisuellen Inhalten mit Telekommunikationsdiensten schließen. Zudem ergab die Marktuntersuchung, dass wegen ihrer Verbindung (die Minderheitsbeteiligung und Vertretung im Vorstand) das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen und Telecom Italia einen Anreiz haben und ausreichende Handlungsfreiheit haben könnten, um strategische Bündnisse/Vereinbarungen einzugehen, die für potenzielle Wettbewerber des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens nachteilige Folgen mit sich bringen könnten.

(304) Nach Aussage von nahezu allen Dritten würde dies weiter dazu beitragen, dass die gemeinsame Plattform und Telecom Italia in den jeweiligen Märkten eine konkurrenzlose Position gegenüber anderen Wettbewerbern erlangen, und es würde die Annahme gleichgerichteter Strategien/Verhaltensweisen der „Marktaufteilung“ in den Segmenten des Pay-TV-Markts erleichtern, die für sie jeweils von Interesse sind. Dadurch würde der Raum für Wettbewerbsdruck weiter eingeschränkt, den Telecom Italia ohne die Verbindung am Rande des italienischen Pay-TV-Marktes noch ausüben könnte.

1.3.b)2. Argumente von Newscorp

(305) Newscorp hat erklärt, dass die Anreize der gemeinsamen Plattform, mit Telecom Italia nach erfolgtem Zusammen-

schluss zusammenzuarbeiten, von der Fusion nicht wesentlich beeinflusst würden, da die gemeinsame Plattform und Telecom Italia vertraglich an ihr Engagement bei dem Vorhaben gebunden seien und es daher nicht darum gehe, dass die gemeinsame Plattform etwas für den Firmenwert von Telecom Italia tue. Zudem kontrolliere Telecom Italia die gemeinsame Plattform nicht. So verfolge die gemeinsame Plattform die Strategie, Kooperationsvereinbarungen nur dann zu schließen, wenn das für sie selbst der gewinnbringendste Weg ist („therefore there is no question of the combined platform seeking to maintain Telecom Italia's goodwill. Further, Telecom Italia does not control the combined platform and, therefore, the combined platform's rational strategy is to enter co-operative arrangements only if they are the most profitable strategy for the combined platform itself“) <sup>(105)</sup>.

### 1.3.b)3. Prüfung durch die Kommission

(306) Vor diesem Hintergrund hat die Kommission die vorstehenden Argumente und Szenarien sorgfältig geprüft und dabei die rechtliche Anforderung berücksichtigt, dass sich die beschriebenen nachteiligen Folgen für den Wettbewerb aus der zum Zusammenschluss führenden Transaktion ergeben müssen. Aus den von der Kommission während des gesamten Verfahrens zusammengetragenen Tatsachenbeweisen geht nicht hervor, dass (bei fehlender Möglichkeit für Telecom Italia, tatsächlich „entscheidenden Einfluss“ auf das geschäftsstrategische Verhalten der gemeinsamen Plattform auszuüben) sowohl die Plattform als auch Telecom Italia Anreize hätten, gleichgerichtete oder gemeinsame Verhaltensweisen/Strategien zu entwickeln, woraus die Gefahr einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs infolge des angemeldeten Vorhabens erwachsen könnte.

(307) Daher wird festgestellt, dass die Marktuntersuchung keine ausreichenden Beweise dafür erbracht hat, dass aus der zum Zusammenschluss führenden Transaktion (einschließlich der Minderheitsbeteiligung von Telecom Italia an der gemeinsamen Plattform) die von Dritten im Zuge des Verfahrens genannten Gefahren für den Wettbewerb in absehbarer Zukunft erwachsen könnten.

## 2. SCHLUSSFOLGERUNG

(308) Auch wenn es in Anbetracht der Vergangenheit und der Rahmenbedingungen, unter denen der angemeldete Zusammenschluss stattfindet, nicht unangemessen ist davon auszugehen, dass die Verbindung zwischen Tele-

com Italia und der gemeinsamen Plattform (erhebliche Minderheitsbeteiligung und Mitglied im Vorstand) eine mögliche Quelle für potenziellen Wettbewerb ausschalten kann, ist es nicht gelungen, abschließend festzustellen, dass diese Verbindung einen weiteren Beitrag zur Verstärkung der beherrschenden Stellung der gemeinsamen Plattform auf den italienischen Pay-TV-Markt stellt.

### B. Märkte für Telekommunikationsdienste, in denen der Zusammenschluss die beherrschende Stellung von Telecom Italia stärken könnte

(309) Telecom Italia ist in Italien u. a. als Anbieter von Festnetztelefonie-Diensten, Mobil- und Satellitentelefonie-Diensten und als Internet-Diensteanbieter (ISP) sowohl für Großabnehmer als für Einzelkunden tätig. Ferner bietet Telecom Italia Leistungen zur Erstellung von Websites, den Verkauf von Online-Werbeplätzen und Multimedia-Dienste an. Für diesen Zusammenschluss besonders von Belang sind die Geschäftsbereiche Internetzugang und Festnetztelefonie, die beide in Verbindung mit der möglichen Bereitstellung von Multimedia-Diensten stehen.

(310) Telecom Italia hat in Italien eine beherrschende Marktstellung sowohl beim Internetzugang als auch bei der Festnetztelefonie inne.

## 1. UNTERSUCHUNG MÖGLICHER NACHTEILIGER FOLGEN DES ZUSAMMENSCHLUSSES AUF DEN WETTBEWERB IN DEN GENANNTEN TELEKOMMUNIKATIONSMÄRKTEN

### 1.1. Allgemeine Erwägungen

(311) Die gemeinsame Plattform hätte die ausschließlichen Rechte zur Verwertung von wichtigen Sportinhalten (darunter, aber nicht nur Fußball) und Spielfilmen. Bisher werden diese Rechte auf dem italienischen Markt überwiegend per Satellit verwertet, doch ermöglichen es die negativen ausschließlichen Rechte und die Sperrfristbestimmungen in den entsprechenden Verträgen der gemeinsamen Plattform, die Nutzung dieser Inhalte auf anderen Übertragungsplattformen (z. B. Internet) ganz oder teilweise zu verhindern. Dazu sei angemerkt, dass in dem Verfahren bei der IAA zu der aufgegebenen „Spiegelvereinbarung“ (siehe Randnr. 15) die gemeinsame Plattform bereits u. a. eine Verpflichtung abgegeben hatte, auf diese negativen ausschließlichen Rechte und Sperrfristrechte auf Nicht-DTH-Plattformen zu verzichten.

### 1.2. Marktuntersuchung

(312) Die Marktuntersuchung hat bestätigt, dass Multimedia-rechte wie die im Besitz der gemeinsamen Plattform

<sup>(105)</sup> Punkt 7.2.12 der Verteidigungsschrift von Newscorp.

(insbesondere Fußball- und Sportinhalte) unabhängig von der Netzinfrastruktur (Internet, Kabel, Satellit usw.) zur Verwertung über andere Übertragungswege als DTH geeignet sind. Insbesondere sind einige Inhalte (z. B. Fußball) auch zur Übertragung mittels „Streaming“ unter Verwendung von xDSL-Technologie geeignet, beispielsweise die wichtigsten Szenen aus einem Fußballspiel. In diesem Zusammenhang haben Dritte im Zuge des Verfahrens geltend gemacht, dass Telecom Italia aufgrund seiner Beteiligung an der gemeinsamen Plattform in einer klar vorteilhaften Position wäre, um bevorzugt Teillizenzen für ausschließliche Rechte an einigen Inhalten der gemeinsamen Plattform zu erhalten und sie über eigene Übertragungswege (namentlich Internet-Breitbandzugang) zu verwerten. So wurde auf die Gefahr hingewiesen, dass andere ISP eindeutig im Wettbewerb benachteiligt würden, sollten die Portale von Telecom Italia solche Inhalte zu besseren Bedingungen (z. B. beinahe in Echtzeit) erhalten.

- (313) Unter den genannten Gegebenheiten trifft es zu, dass im Fall der Begünstigung die derzeitige Marktmacht von Telecom Italia, die sich u. a. direkt aus seinem großen Kundenbestand ergibt, letztlich durch seine Fähigkeit verstärkt werden könnte, alte und neue Kunden zu halten bzw. zu gewinnen, indem es Leistungspakete mit Internet-Breitbandzugang, Festnetztelefonie und Diensten für Multimedia-Inhalte anbieten kann („Triple-Play-Angebote“). Der riesige Kundenbestand von Telecom Italia ist ein attraktives und maßgebendes Element sowohl für Werbekunden als auch für Inhalteanbieter gegenüber der wesentlich kleineren Kundenbasis der anderen Wettbewerber.
- (314) In diesem Szenario kann die Gefahr bestehen, dass die Wettbewerber des etablierten Unternehmens mit keinem der etwaigen Triple-Play-Angebote von Telecom Italia mithalten könnten. Infolgedessen würden andere lizenzierte Telekommunikationsbetreiber (OLO) höchstwahrscheinlich für Werbekunden (und Inhalteanbieter) weniger attraktiv sein <sup>(106)</sup>.

### 1.3. Argumente von Newscorp

- (315) Newscorp hat nachdrücklich bestritten, dass das Vorhaben die beherrschende Stellung von Telecom Italia beim Internet-Breitbandzugang und bei der Festnetztelefonie aufgrund eines begünstigten Zugangs zu Inhalten der gemeinsamen Plattform, durch den es von anderen unerreichbare Triple-Play-Angebote vorlegen könnte, verstärkt. Vielmehr stellt Newscorp fest: „Es ist keines-

<sup>(106)</sup> Die Wettbewerber von Telecom Italia im Bereich Internet-Breitbandzugang sind: Fastweb (e.Biscom), Wind, Tiscali, Albacom, Gruppo I.net, MCI Worldcom (insbesondere für Unternehmenskunden). Einige dieser Unternehmen sind auch Wettbewerber von Telecom Italia im Bereich der Festnetztelefonie (Wind-Infostrada, Albacom, Fastweb, Tiscali).

wegs offenkundig, warum die anderen Gesellschafter der gemeinsamen Plattform Telecom Italia begünstigen sollten [...]\*. Die gemeinsame Plattform hat keinen Anreiz, Telecom Italia bevorzugt Zugang zu Inhalten zu gewähren. Die gemeinsame Plattform wird nicht von Telecom Italia kontrolliert und bestimmt daher selbst über ihre Geschäftsstrategie. Die gemeinsame Plattform ist nicht darauf angewiesen, den Firmenwert von Telecom Italia zu stützen, da Telecom Italia an seine Investition vertraglich gebunden ist. Deshalb verfolgt die gemeinsame Plattform die Strategie, Zugang zu seinen Inhalten auf der Basis der Gleichbehandlung zu üblichen geschäftlichen Bedingungen für alle Dritten zu gewähren, zu denen auch, aber nicht nur, Telecom Italia gehört.“ <sup>(107)</sup>

### 1.4. Argumente von Telecom Italia

- (316) Telecom Italia hat seine Beteiligung an der gemeinsamen Plattform als rein finanzielles Engagement dargestellt: Es „möchte durch seine Minderheitsbeteiligung keine branchenbezogene, geschäftliche oder strategische Konformität erreichen. Seit dem Jahr 2000 hatte es geplant, aus dem Pay-TV-Markt auszuscheiden. Wäre die frühere ‚Spiegelvereinbarung‘ (die Übernahme der alleinigen Kontrolle über die gemeinsame Plattform durch die Vivendi-Gruppe) geschlossen worden, dann hätte es seinen gesamten Anteil veräußert. Die Gründe, warum es weiterhin Minderheitsaktionär der gemeinsamen Plattform bleibt [...]\*, stehen in Zusammenhang mit der Möglichkeit, einige der getätigten Investitionen wieder hereinzuholen: eine einfache finanztechnische Entscheidung.“ <sup>(108)</sup>

### 1.5. Prüfung durch die Kommission

- (317) Vor diesem Hintergrund hat die Kommission die Auswirkungen bezüglich der möglichen wettbewerbsrechtlichen Bedenken, namentlich die mögliche Verstärkung einer beherrschenden Stellung von Telecom Italia in den relevanten italienischen Telekommunikationsmärkten (Internet-Breitbandzugang und Festnetztelefonie) eingehend untersucht.
- (318) Wie bereits dargelegt, konnte die Kommission nicht feststellen, dass es infolge der zum Zusammenschluss führenden Transaktion (d. h. einschließlich der Minderheitsbeteiligung des etablierten Telekommunikationsunternehmens) nach dem Zusammenschluss zu einer bevorzugten Behandlung von Telecom Italia gegenüber anderen ISP/OLO durch die gemeinsame Plattform kommen wird.

<sup>(107)</sup> Punkt 1.2.7 der Verteidigungsschrift von Newscorp.

<sup>(108)</sup> Randnr. 24 der Stellungnahme von Telecom Italia.

### 1.6. Schlussfolgerung

- (319) Ausgehend von dem Vorstehenden wird festgestellt, dass die im Verlaufe des Verfahrens zusammengetragenen Beweise nicht ausreichen, um mögliche nachteilige Folgen auf den Wettbewerb in den italienischen Telekommunikationsmärkten infolge der zum Zusammenschluss führenden Transaktion (einschließlich der Minderheitsbeteiligung von Telecom Italia) festzustellen.

### 2. SCHLUSSFOLGERUNG ZUR VERBINDUNG MIT TELECOM ITALIA

- (320) Der Zusammenschluss wird nicht zur dauerhaften Verstärkung der beherrschenden Stellung von Telecom Italia in Bezug auf diese Telekommunikationsmärkte (Internet-Breitbandzugang und Festnetztelefonie) führen, die durch die Verbindung von Telecom Italia mit dem aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmen in die Würdigung eingeführt wurden.

### 4. VERPFLICHTUNGSZUSAGEN IN BEZUG AUF TELECOM ITALIA

- (321) Wie in Randnummer 222 erwähnt, hat Newscorp am 13. März 2003 ein revidiertes Bündel von Verpflichtungszusagen („Verpflichtungen“) gemäß Artikel 8 Absatz 2 der Fusionskontrollverordnung mit dem Ziel vorgelegt, die Genehmigung des betreffenden Zusammenschlusses zu erreichen. Wie bereits an anderer Stelle dargelegt, bauen diese Verpflichtungen auf Abhilfemaßnahmen auf, die der Kommission am 31. Oktober 2002 und am 14. Januar 2003 zugeleitet wurden.
- (322) Die von Newscorp angebotenen Verpflichtungen beinhalten einen Abschnitt zu den Beziehungen zwischen der gemeinsamen Plattform und Telecom Italia.

### 1. ZUSAMMENFASSUNG DER VON NEWSCORP AM 13. MÄRZ 2003 ABGEGEBENEN VERPFLICHTUNGSZUSAGEN IN BEZUG AUF TELECOM ITALIA (RANDNUMMER 13 DES TEXTS DER VERPFLICHTUNGSZUSAGEN)

- (323) Die von Newscorp angebotenen Verpflichtungen in Bezug auf seine Beziehung zu Telecom Italia sehen Folgendes vor:
- a) Newscorp wird keine gemeinsamen Angebote mit Telecom Italia zur Kombination von Pay-TV-Diensten und Internet-Breitbandzugang abgeben, wird Telecom Italia nicht bei der Vergabe von Teillizenzen für

audiovisuelle Inhalte bevorzugen, wird seine Kunden nicht dazu bewegen, die Rückleitung für ihre interaktiven Dienste über Telecom Italia zu führen, und wird keine strategischen Vereinbarungen mit Telecom Italia ohne vorherige Genehmigung durch die Kommission treffen.

- b) Die Verpflichtungen zu Telecom Italia bleiben in Kraft, solange Telecom Italia einen Gesellschafteranteil von mindestens 5 % hält und ein Mitglied des Vorstands der gemeinsamen Plattform stellt.

### 2. BEURTEILUNG DER VERPFLICHTUNGSZUSAGEN IN BEZUG AUF TELECOM ITALIA

- (324) In Anbetracht der vorstehenden Feststellungen und Schlussfolgerungen nimmt die Kommission die von Newscorp in Bezug auf seine Beziehungen zu Telecom Italia abgegebenen Verpflichtungszusagen zur Kenntnis. Diese Verpflichtungszusagen stellen jedoch keine Auflagen oder Pflichten im Rahmen dieser Entscheidung dar.

### VIII. SCHLUSSFOLGERUNG

- (325) Aus den vorstehend dargelegten Gründen wird der Schluss gezogen, dass vorbehaltlich der Einhaltung der von Newscorp abgegebenen Verpflichtungszusagen das Zusammenschlussvorhaben eine beherrschende Stellung auf dem Markt für die Bereitstellung von Pay-TV-Diensten, auf den Märkten für den Erwerb von ausschließlichen Rechten an Premium-Spielfilmen, alljährlich stattfindenden Fußballereignissen mit Beteiligung von Mannschaften des Landes, an anderen Sportereignissen sowie auf dem Markt für Fernsehkanäle nicht begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde. Daher kann der Zusammenschluss gemäß Artikel 8 Absatz 2 Fusionskontrollverordnung und Artikel 57 EWR-Abkommen vorbehaltlich der Einhaltung der im Anhang niedergelegten Verpflichtungszusagen für mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar erklärt werden —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

#### Artikel 1

Das angemeldete Vorhaben, durch das das Unternehmen The News Corporation Limited („Newscorp“) die Kontrolle über die Gesamtheit der Unternehmen Telepiù Spa und Stream Spa erwirbt, wird für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen erklärt.

*Artikel 2*

Artikel 1 gilt vorbehaltlich der vollständigen Erfüllung der im Anhang aufgeführten Verpflichtungszusagen durch Newscorp, ausgenommen Teil II Punkt 13.

The News Corporation Limited  
1211 Avenue des Americas  
New York, NY 10036  
USA.

Brüssel, den 2. April 2003

*Artikel 3*

Diese Entscheidung ist gerichtet an:

*Für die Kommission*  
Mario MONTI  
*Mitglied der Kommission*

\_\_\_\_\_

*ANHANG*

Der vollständige Originalwortlaut der in den Artikeln 2 und 3 genannten Auflagen und Verpflichtungen kann auf der Website der Kommission eingesehen werden:

[http://europa.eu.int/comm/competition/index\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html).

---