

II

(Besluiten waarvan de publicatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 27 mei 1998

inzake een procedure op grond van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad

(Zaak nr. IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere)

(Kennisgeving geschied onder nummer C(1998) 1439)

(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(1999/153/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op de EER-Overeenkomst, inzonderheid op artikel 57, lid 2, onder a),

Gelet op Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen ⁽¹⁾, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1310/97 ⁽²⁾, inzonderheid op artikel 8, lid 3,

Gezien het besluit van de Commissie van 22 januari 1998 om in deze zaak de procedure in te leiden,

Na de betrokken ondernemingen in de gelegenheid te hebben gesteld hun standpunt ten aanzien van de door de Commissie aangevoerde bezwaren kenbaar te maken,

Na raadpleging van het Adviescomité voor concentraties ⁽³⁾,

Overwegende hetgeen volgt:

- (1) Op 1 december 1997 werd bij de Commissie overeenkomstig artikel 4 van Verordening (EEG) nr. 4064/89, hierna „de concentratieverordening” genoemd, een concentratievoornemen aangemeld, waarbij CLT-UFA SA, hierna „CLT-UFA” genoemd, en Taurus Beteiligungs-GmbH & Co. KG, hierna „Taurus” genoemd, de gezamenlijke zeggenschap in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening zouden verwerven over Premiere Medien GmbH & Co. KG, hierna „Premiere” genoemd, BetaDigital Gesellschaft für digitale Fernsehdienste mbH, hierna „BetaDigital” genoemd, en BetaResearch Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen mbH, hierna „BetaResearch” genoemd. De voorgenomen concentratie zal ten uitvoer worden gelegd door middel van de verwerving van aandelen.
- (2) De Commissie gelastte op 15 december 1997 op grond van artikel 7, lid 2, en artikel 18, lid 2, van de concentratieverordening dat de totstandbrenging

⁽¹⁾ PB L 395 van 30.12.1989, blz. 1. Verordening gerectificeerd in PB L 257 van 21.9.1990, blz. 13.

⁽²⁾ PB L 180 van 9.7.1997, blz. 1.

⁽³⁾ PB C 57 van 27.2.1999.

van de concentratie zou worden geschorst, totdat in deze zaak een eindbeslissing werd vastgesteld.

- (3) Bij brief van 22 december 1997 deelde Duitsland de Commissie overeenkomstig artikel 9, lid 2, van de concentratieverordening mee dat de concentratie dreigde te leiden tot het ontstaan of versterken van een machtspositie, waardoor de daadwerkelijke mededinging op zes markten in Duitsland, die een afzonderlijke geografische markt vormen in de zin van artikel 9, lid 7, van de concentratieverordening, aanzienlijk zou worden belemmerd.
- (4) De Commissie besloot op 22 januari 1998 in deze zaak de procedure van artikel 6, lid 1, onder c), van Verordening (EEG) nr. 4064/89 en van artikel 57 van de EER-Overeenkomst in te leiden.
- (5) Het ontwerp van de onderhavige beschikking is op 6 mei 1998 door het adviescomité besproken.

I. DE PARTIJEN

- (6) Bertelsmann AG, hierna „Bertelsmann” genoemd, is de moederonderneming van het grootste Duitse mediaconcern. Het Bertelsmann-concern is vooral bedrijvig op het gebied van boeken- en tijdschriftenuitgeverijen, boekenclubs, drukkerijen en muziekuitgeverijen en op het gebied van geluidsopname. Het heeft daarnaast belangen in de sector van de commerciële televisie. CLT-UFA is een gemeenschappelijke onderneming van Bertelsmann en Audiofina SA waarin de moedermaatschappijen hun Europese televisieactiviteiten hebben ingebracht. Daartoe behoort het belang in Premiere.
- (7) Taurus is een holding van het Kirch-concern, hierna „Kirch” genoemd. Kirch is de belangrijkste aanbieder van speelfilms en amusementsprogramma's voor de televisie in Duitsland en is ook actief op het gebied van de commerciële televisie. De activiteiten van het concern hebben voornamelijk betrekking op Duitsland.

II. DE VOORGENOMEN OPERATIE

- (8) De Duitse betaaltelevisiezender Premiere is momenteel in handen van CLT-UFA en Canal+ SA, hierna „Canal+” genoemd, die ieder een belang van

37,5 % hebben, en van Kirch dat een belang van 25 % heeft. Het is de bedoeling dat Canal+ zich uit Premiere zal terugtrekken, waarna CLT-UFA en Kirch hun respectieve belang in Premiere zullen uitbreiden tot 50 %. Tegelijk zal Kirch zijn eigen digitale betaaltelevisiekanaal, DF1, uit bedrijf nemen en de activa van DF1 overdragen aan Premiere. Voorts zal Kirch zijn sportzender, DSF, overdragen aan Premiere en zijn rechten op het gebied van betaaltelevisie en pay-per-view in subscritie ter beschikking stellen van [. . .] ⁽⁴⁾. Premiere zal worden uitgebouwd tot een programma- en afzetplatform voor digitale betaaltelevisie dat gebruik zal maken van de d-box-technologie die door Kirch ter beschikking van Premiere is gesteld en gebaseerd is op een ingebouwd versleutelingssysteem. Premiere zal daartoe eigen en/of door derden samengestelde televisieprogramma's tot programmapakketten bundelen en op de markt brengen. Bovendien zal Premiere het abonneebeheer („Subscriber Management Services” of „SMS”) van Premiere Digital en van andere zenders voor haar rekening nemen. Premiere zal de decoderinfrastructuur die noodzakelijk is voor de ontvangst van digitale televisie („set top box”) ontwikkelen. Premiere zal tevens de toegangscontrole („conditional access”) van via de satelliet doorgegeven digitale televisie verzekeren.

- (9) Gelijktijdig neemt CLT-UFA 50 % van het kapitaal van BetaDigital over, die thans een volledige dochteronderneming van het Kirch-concern is. BetaDigital drijft een zendstation voor digitale satelliettelevisie en zal diensten leveren aan Premiere en aan andere bedrijven op het gebied van de verwerking en de doorgifte, onder meer de versleuteling, de beeldcompressie, de stapeling van signalen en de opstraalverbindingen naar de satelliet. BetaDigital verzorgt momenteel de opstraling naar de satelliet ten behoeve van DSF, PRO7 en [. . .].
- (10) Daarenboven zal CLT-UFA 50 % van het kapitaal van BetaResearch, momenteel een volledige dochteronderneming van het Kirch-concern, overnemen. BetaResearch is eigenaar van uitsluitende licenties van onbepaalde duur inzake de Beta-technologie voor de versleuteling van programma's op basis van de d-box-decoder voor Duitsland, Oostenrijk en het Duitstalige deel van Zwitserland. De licentie met betrekking tot de toegangstechniek is gegeven door DigCo BV, waarvan Kirch en Irdeto BV, die tot het Zuid-Afrikaanse MIH-concern behoort, ieder de helft in handen hebben. BetaResearch is werkzaam op het gebied van de ontwikkeling van decodersoftware en zal de versleutelings- en de

⁽⁴⁾ Weggelaten voor publicatie. In het navolgende worden alle gegevens over onder meer marktaandeelen en omzet om redenen van vertrouwelijkheid vervangen door een orde van grootte tussen vierkante haakjes. Tekstgedeelten waarvan de inhoud vertrouwelijk is, worden vervangen door [. . .].

bedrijfssoftware voor de d-box-technologie verder ontwikkelen. Zij zal deze technologie in licentie geven aan Premiere, Deutsche Telekom AG, hierna „Telekom” genoemd, alsook aan andere programma-aanbieders en producenten van decoders. Voorts zal BetaResearch zelf conditional access-modules, hierna „CA-module” genoemd, en smart-cards produceren en aan d-box-producenten leveren. Bovendien verricht BetaResearch eveneens order- en projectontwikkelingsactiviteiten voor derden en heeft zij reeds orders ontvangen van [. .].

- (11) Telekom heeft zich via de „Verständigung zur programmanbieterneutralen Kabelplattform für das digitale Fernsehen” aangesloten bij de overeenkomst tussen Kirch en Bertelsmann inzake de Beta-toegangstechnologie op basis van d-box-decoders. Telekom zal op basis hiervan een technisch platform voor digitale verspreiding van betaal-TV-programma's via haar kabelnet ontwikkelen. Telekom is voornemens een deelneming te nemen in BetaResearch, teneinde zich de nodige rechten op Beta-toegangstechnologie op basis van de d-box-decoder te verschaffen. Deze operatie is behandeld in zaak IV/M.1027 — Deutsche Telekom/BetaResearch. Hoewel beide operaties formeel zelfstandige concentraties behelzen en elk afzonderlijk zijn aangemeld, zijn zij inhoudelijk nauw met elkaar verbonden. Beide operaties vormen samen de grondslag voor de invoering van digitale televisie in Duitsland.

III. DE CONCENTRATIE

- (12) CLT-UFA, Kirch en Canal+ oefenen momenteel gezamenlijk de zeggenschap uit over Premiere, omdat alle drie aandeelhouders over een vetorecht beschikken voor besluiten die relevant zijn voor de markt. De operatie zal een wijziging van de zeggenschap tot gevolg hebben. Nadat Canal+ zich uit Premiere heeft teruggetrokken, zullen CLT-UFA en Kirch ieder 50 % van het kapitaal in handen hebben en aldus de gezamenlijke zeggenschap uitoefenen over Premiere, in die zin dat alle strategische bedrijfsbesluiten voortaan in onderlinge overeenstemming door CLT-UFA en Kirch moeten worden getroffen. Kirch zal gelijktijdig aanzienlijke marktrelevante activa overdragen aan Premiere, meer bepaald de DF1-activa en de sportzender DSF alsook de rechten op het gebied van betaaltelevisie en pay-per-view. De inbreng van de digitale activiteiten van Kirch zal een aanzienlijke uitbreiding van de bedrijfsactiviteiten van Premiere tot gevolg hebben.
- (13) Premiere zal op duurzame wijze alle functies uitoefenen die normaal worden uitgeoefend door een

zelfstandige economische eenheid, en zal geenszins leiden tot een coördinatie van het concurrentiegedrag van CLT-UFA en Kirch. Premiere zal in de toekomst verder betaaltelevisie aanbieden in Duitsland en als programma-aanbieder en als programma- en afzetplatform digitale betaaltelevisie uitbouwen naast de thans het meest verspreide analoge betaaltelevisie. Momenteel ontvangt Premiere nog de betaaltelevisie-uitzendrechten van Taurus. Zodra de door Taurus met de rechthebbenden gesloten overeenkomsten zijn verstreken, zal Premiere die rechten zelf kopen [. .]. Nadat de concentratie is uitgevoerd, zullen Kirch en CLT-UFA/Bertelsmann uitsluitend via Premiere op de markt voor betaaltelevisie en uitzendrechten inzake betaaltelevisie bedrijvig zijn. De verhoging van de belangen van CLT-UFA en Kirch in Premiere na de terugtrekking van Canal+ en het gelijktijdig uitbouwen van Premiere tot een digitaal programma- en afzetplatform is derhalve een concentratie in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening.

- (14) CLT-UFA en Kirch verwerven ieder 50 % van BetaDigital en zullen aldus gezamenlijk de zeggenschap over de onderneming uitoefenen. BetaDigital zal op duurzame wijze alle functies uitoefenen die normaal door een zelfstandige economische eenheid worden uitgeoefend en zal geenszins een coördinatie van het concurrentiegedrag van CLT-UFA en Kirch tot gevolg hebben. Weliswaar levert BetaDigital thans voornamelijk technische diensten aan met CLT-UFA en Kirch verbonden ondernemingen, maar het is de bedoeling dat BetaDigital tevens technische diensten zal verrichten ten behoeve van derde bedrijven, hetgeen nu gedeeltelijk reeds het geval is. Er kan ervan worden uitgegaan dat BetaDigital bij een ruimere verspreiding van digitale televisie in Duitsland in toenemende mate actief zal zijn ten behoeve van derden. BetaDigital dient derhalve te worden beschouwd als een volwaardige onderneming. Aangezien alleen CLT-UFA in geringe mate via Cologne Broadcasting Center GmbH werkzaam is op het gebied van de technische diensten ten behoeve van digitale televisie, zal het evenmin komen tot een coördinatie van het concurrentiegedrag van CLT-UFA en Kirch. De deelname van CLT-UFA en BetaDigital behelst derhalve een concentratie in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening, die de vorm aanneemt van een gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een concentratie.
- (15) In eerste instantie zullen CLT-UFA en het tot het Kirch-concern behorende BetaTechnik ieder 50 % van BetaResearch in handen hebben. Zodra Telekom haar belang verworven heeft, zal zij met CLT-UFA en Kirch de gezamenlijke zeggenschap

over BetaResearch uitoefenen. In de tussen CLT-UFA, Kirch en Telekom gesloten overeenkomst inzake de herstructurering van BetaResearch, hierna „de herstructureringsovereenkomst” genoemd, is bepaald dat belangrijke strategische beslissingen zoals [. . .], met eenparigheid van stemmen door de algemene vergadering zullen worden genomen. BetaResearch zal op duurzame wijze alle functies uitoefenen die normaal door een zelfstandige economische eenheid worden uitgeoefend, en geenszins een coördinatie van het concurrentiegedrag van CLT-UFA en Kirch tot gevolg hebben. BetaResearch zal de d-box-technologie niet alleen in licentie geven aan ondernemingen die, zoals Telekom en BetaDigital, technische diensten ten behoeve van digitale televisie wensen aan te bieden, maar ook aan programma-aanbieders die zelf de nodige technische diensten wensen te verrichten. Voorts zal BetaResearch licenties aanbieden aan belangstellende producenten van decoders en hun CA-modules leveren. Bovendien zal BetaResearch decodersoftware voor derden ontwikkelen. Derhalve kan redelijkerwijze worden geconcludeerd dat BetaResearch, naast de handel met haar moedermaatschappijen of de daarmee verbonden ondernemingen, ook in aanzienlijke mate licenties zal verstrekken aan derden en aldus zelf als marktdeelnemer zal optreden. BetaResearch dient derhalve te worden beschouwd als een zelfstandig functionerende onderneming. Aangezien alleen CLT-UFA via het belang van Bertelsmann in Seca SA actief is op het gebied van de digitale versleutelingstechnologie voor betaal-TV, bestaat er geen risico voor een coördinatie van het concurrentiegedrag van CLT-UFA en Kirch. De participatie van CLT-UFA in BetaResearch behelst derhalve een concentratie in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening, die de vorm aanneemt van een gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een concentratie.

IV. COMMUNAUTAIRE DIMENSIE

- (16) Bertelsmann en Kirch behalen samen wereldwijd een totale omzet van meer dan 5 miljard ECU. Elk afzonderlijk behalen zij een totale omzet in de Gemeenschap van meer dan 250 miljoen ECU. Kirch alleen behaalt meer dan twee derde van zijn totale omzet binnen de Gemeenschap in eenzelfde lidstaat, meer bepaald Duitsland. Derhalve heeft de voorgenomen concentratie een communautaire dimensie en vormt niet een geval van samenwerking op grond van de EER-Overeenkomst.

V. BEOORDELING KRACHTENS ARTIKEL 2 VAN DE CONCENTRATIEVERORDENING

- (17) De voorgenomen concentratie betreft voornamelijk de markten van:

- betaaltelevisie;
- technische diensten ten behoeve van betaaltelevisie.

A. DE RELEVANTE PRODUCTMARKTEN

1. Betaaltelevisie

- (18) Betaaltelevisie is een afzonderlijke relevante productmarkt ten aanzien van de markt voor uit reclame-inkomsten gefinancierde particuliere televisie en openbare televisie die ten dele uit omroepbijdragen en ten dele uit reclame-inkomsten wordt gefinancierd en die vrijelijk kan worden ontvangen (vrij toegankelijke televisie) ⁽⁵⁾. Terwijl bij de uit omroepbijdragen en uit reclame-inkomsten gefinancierde televisie slechts een zakelijke relatie bestaat tussen de programma-aanbieder en de reclame-industrie, is er bij betaaltelevisie alleen een zakelijke relatie tussen de programma-aanbieder en de kijker als abonnee. Derhalve zijn de concurrentievoorwaarden voor de twee typen televisie verschillend. Bij uit omroepbijdragen en uit reclame-inkomsten gefinancierde televisie zijn de kijkdichtheid en de reclametarieven de voornaamste parameters, terwijl bij betaaltelevisie de samenstelling van de programma's ter voldoening van de eisen van de doelgroepen en de hoogte van de abonnementsprijzen de belangrijkste factoren zijn. Volgens een studie van GfK-Fernsehforschung besteden abonnees van betaaltelevisie van hun dagelijkse „tijdbudget” voor televisie gemiddeld 90 % aan vrij toegankelijke televisie en 10 % aan betaaltelevisie. Dat abonnees ondanks het naar verhouding geringe gebruik bereid zijn aanzienlijke kosten voor betaaltelevisie te betalen, toont aan dat betaaltelevisie een duidelijk afgrensbaar product is met een specifieke meerwaarde. De voortschrijdende digitalisering zou in de loop der tijd tot een zekere convergentie tussen betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie kunnen leiden. Met name is denkbaar dat nu vrij toegankelijke kanalen in de toekomst overwegend deel zullen uitmaken van de digitale programmapakketten van aanbieders van betaaltelevisie. Deze mogelijke toekomstige ontwikkeling rechtvaardigt echter niet de veronderstelling dat er nu reeds een enkele markt voor betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie is. Pay-per-channel en pay-per-view behoren ook tot de betaaltelevisiemarkt. Een opsplitsing van de betaaltelevisiemarkt in analoge en digitale betaaltelevisie is niet mogelijk. Digitale betaaltelevisie is slechts een verdere ontwikkeling van analoge betaaltelevisie en vormt derhalve geen afzonderlijke relevante product-

⁽⁵⁾ Zie Beschikking 94/922/EG van de Commissie in de zaak MSG Media Service (PB L 364 van 31.12.1994, blz. 1, overwegingen 32 en 33).

markt. Overigens is het aannemelijk dat analoge betaaltelevisie-uitzendingen de komende jaren geheel plaats zullen maken voor digitale uitzendingen. Volgens het ondernemingsplan van Premiere, hierna „ondernemingsplan” genoemd, zullen de analoge abonnementen zonder onderbreking in digitale abonnementen worden omgezet, zodat er in het jaar [...] nog slechts digitale abonnementen zullen bestaan.

2. Technische diensten voor betaaltelevisie

(19) De exploitatie van betaaltelevisie vereist een speciale technische infrastructuur die het mogelijk maakt programmasignalen te versleutelen en ten behoeve van de abonnee te ontsleutelen. Het laatste geschiedt via een decoder die wordt geïnstalleerd bij de gezinnen die op betaaltelevisie zijn geabonneerd. Een decoder voor de ontvangst van digitale betaaltelevisie ontsleutelt niet alleen de in het toegangssysteem versleutelde signalen, maar zet deze ook om, teneinde de ontvangst van digitale televisiesignalen op analoge televisietoestellen mogelijk te maken. Er worden evenwel voor doorgifte via de kabel en via de satelliet verschillende decoders gebruikt.

(20) Behalve een decoderbestand verlangt de exploitatie van betaaltelevisie ook een toegangssysteem. Dit systeem omvat een bundel van versleutelde gegevens met informatie over de programma's of pakketten programma's waarop een abonnement is genomen en over het recht van de betaal-TV-abonnees om de programma's te ontvangen, samen met het programmasignaal en de zogenoemde smartcard, die ter beschikking van de kijker wordt gesteld en met behulp waarvan de versleutelde gegevens worden ontsleuteld en aan de decoder doorgegeven.

(21) De diensten die nodig zijn voor de werking van de betaal-TV, vloeien voort uit de beschreven infrastructuur. Het betreft voornamelijk de afwikkeling van de toegangscontrole alsook het in de handel brengen van decoders en smartcards. Technische diensten ten behoeve van betaal-TV verschillen naargelang er sprake is van omzetting van digitale programmasignalen via satelliet dan wel via de kabel. Bij doorgifte via de satelliet wordt het programmasignaal na passende verwerking van het zendcentrum via de satelliettransponder verstuurd. Vervolgens kan het rechtstreeks door iedere abonnee worden ontvangen via een bijzondere decoder voor satellietontvangst. Bij verspreiding via de kabel worden de bewerkte programmasignalen van een satelliettransponder daarentegen eerst naar een kabelkopstation gestuurd, waar zij worden aangepast voor verspreiding via het kabelnet en vervolg-

gens op de kabel worden gezet. Hoewel de techniek voor doorgifte via satelliet verschilt van de techniek voor doorgifte via de kabel, lijkt het evenwel niet noodzakelijk om de markt voor technische diensten ten behoeve van betaaltelevisie op te splitsen in twee afzonderlijke deelmarkten. Er heeft in elk geval over deze kwestie geen uitsluitel te worden gegeven daar zij zonder betekenis is voor de mededingingsrechtelijke beoordeling.

B. DE RELEVANTE GEOGRAFISCHE MARKTEN

(22) De relevante geografische markt voor de vastgestelde productmarkten is beperkt tot Duitsland en tot het Duitse taalgebied — Duitsland, Oostenrijk, het Duitstalige deel van België en het Duitstalige deel van Zwitserland. Gelet op het kijkgedrag van de bevolking zou ook Luxemburg tot het Duitse taalgebied kunnen worden gerekend.

1. Betaaltelevisie

(23) Hoewel programma's op nichemarkten, zoals bijvoorbeeld de sportzender Eurosport, in geheel Europa worden uitgezonden, vindt het televisieaanbod voornamelijk op nationale markten plaats. Zoals de Commissie reeds in verschillende eerdere beschikkingen heeft vastgesteld⁽⁶⁾, wordt meer bepaald op grond van de verschillende nationale wettelijke bepalingen, de taalbarrières, de culturele factoren en de verschillende concurrentievoorwaarden in de afzonderlijke lidstaten (de structuur van de kabeltelevisiemarkt) aangenomen dat er sprake is van nationale markten.

(24) Derhalve moet worden aangenomen dat de relevante geografische markt voor betaaltelevisie in de eerste plaats Duitsland betreft. De Commissie kwam tot dezelfde bevinding in de MSG Media Service-beschikking. Toen reeds stelde zij vast dat er bij ontstentenis van een taalbarrière in de toekomst misschien zou kunnen worden uitgegaan van een markt voor Duitstalige betaaltelevisie⁽⁷⁾. Het onderzoek van de Commissie in deze zaak wijst er eveneens op dat de relevante geografische markt voor betaaltelevisie in deze zaak groter is dan Duitsland en bij gebrek aan taalbarrières het

⁽⁶⁾ Voetnoot 5, overweging 46 en Beschikking 96/346/EG van de Commissie in de zaak RTL/Veronica/Endemol (PB L 134 van 5.6.1996, blz. 32, overweging 25).

⁽⁷⁾ Reeds aangehaald (voetnoot 5), overweging 51.

gehele Duitstalige gebied omvat. Hierover heeft evenwel geen uitsluitel te worden gegeven omdat de mededingingsrechtelijke beoordeling zelfs indien wordt aangenomen dat er een markt bestaat die het gehele Duitstalige gebied omvat, niet anders zou zijn.

2. Technische diensten voor betaaltelevisie

- (25) De technische diensten voor betaaltelevisie houden nauw verband met het betaaltelevisieaanbod. De Commissie nam in haar beschikking in de zaak MSG Media Service⁽⁸⁾ aan dat de geografisch relevante markt tot Duitsland was beperkt, maar tevens betoogde zij dat, voorzover Duitse aanbieders van digitale betaaltelevisie eveneens abonnees kunnen werven in andere Duitstalige gebieden, de dienstenmarkt van MSG zich zou uitstrekken tot die gebieden. In deze zaak moet worden aangenomen dat de markt voor technische diensten ten behoeve van betaaltelevisie ongeacht of er een afzonderlijke markt voor doorgifte via satelliet bestaat dan wel of doorgifte via satelliet en doorgifte via de kabel één markt vormen, het gehele Duitstalige gebied omvat.

C. GEVOLGEN VAN DE CONCENTRATIE

1. De organisatie van betaaltelevisie in Duitsland na de concentratie

a) Programmaplatform

- (26) Premiere zal een programma- en afzetplatform opbouwen en haar programma's zowel door middel van het technische platform van Telekom via de kabel als door middel van haar eigen technische platform via de satelliet verspreiden. Premiere zal eigen en/of door derden geproduceerde televisieprogramma's tot programmapakketten bundelen en die direct of via tussenpersonen afzetten. Voorts zal Premiere het abonneebeheer van Premiere Digital maar ook van andere programma-aanbieders verrichten. Premiere zal in de eerste plaats de decoderinfrastructuur („set top box”) die noodzakelijk is voor de ontvangst van digitale televisie ontwikkelen.

b) Technisch platform

- (27) Het technische platform in enge zin, dat wil zeggen de toegangscontrole en de daarmee verbonden technische diensten, is bij doorgifte via de satelliet en via de kabel niet hetzelfde. Het technische platform versleutelt de programmasignalen die door de programma-aanbieder worden uitgezonden en stuurt deze door naar de abonnee. BetaDigital zou de toegangscontrole en de daarmee verbonden technische diensten voor satellietdoorgifte voor haar rekening nemen. Voor de doorgifte via de kabel zal Telekom de toegangscontrole verrichten en een elektronische programmagids aanbieden in de vorm van een basisnavigator.
- (28) De decodertechnologie is een onderdeel van het technische platform. CLT-UFA, Kirch en Telekom zijn overeengekomen de d-box-technologie en de door Kirch mee ontwikkelde Beta-toegangstechniek als versleutelingstechniek te gebruiken bij de verspreiding van programma's via de kabel en bij de doorgifte per satelliet. Om het gebruik van de Beta-toegangstechnologie door Premiere en Telekom structureel te verzekeren, zullen CLT-UFA en Telekom een belang nemen in BetaResearch, dat over de rechten op het versleutelings- en decodersysteem beschikt.

2. Betaaltelevisiemarkt

a) Machtspositie

- (29) De voorgenomen concentratie zal leiden tot het ontstaan of versterken van een machtspositie van Premiere op de Duitse betaaltelevisiemarkt.

i) Premiere wordt in feite de enige aanbieder van betaaltelevisie

- (30) Op dit moment zijn Premiere en DF1 in feite de enige aanbieders van betaaltelevisie in Duitsland. Canal+ is eveneens in Duitsland werkzaam met het „Multithématiques”-programmapakket, dat drie betaalthemazenders omvat. Thans wordt dit programmapakket via het platform van DF1 uitgezonden. Premiere heeft ongeveer 1,5 miljoen abonnees (november 1997), waarvan ongeveer 100 000 geabonneerd zijn op Premiere Digital (december 1997). DF1 heeft ongeveer [$< 100\,000$] abonnees op zijn eigen digitale programmapakket (november

⁽⁸⁾ Reeds aangehaald (voetnoot 5), overwegingen 52, 53 en 54.

1997). Deze cijfers wijzen erop dat Premiere thans reeds een machtspositie inneemt op de betaaltelevisiemarkt. Tot dusver betreft het evenwel geen onaanvechtbare positie. Kirch beschikt immers over omvangrijke film- en sportuitzendrechten en Premiere is inzonderheid afhankelijk van de betaal-TV-uitzendrechten die in handen zijn van Kirch. Hoewel Kirch, zoals in overweging 12 is opgemerkt, de gezamenlijke zeggenschap kon uitoefenen over Premiere, bestond er tot dusver tussen Premiere en DF1 een hevige concurrentie. Ondanks het aandeelhouderschap in Premiere begon Kirch in 1996 met de oprichting van DF1, een platform voor digitale betaaltelevisie dat met Premiere zou concurreren. Dit deed een felle concurrentiestrijd tussen Premiere en DF1 ontbranden en had talrijke gerechtelijke procedures tot gevolg. Deze concurrentiestrijd kwam onder meer tot uitdrukking in het feit dat Kirch en Premiere elk hun eigen decoderprojecten volgden totdat in juni 1997 overeenstemming werd bereikt over de concentratie. Door de voorgenomen concentratie zal deze concurrentie wegvallen en zal er feitelijk nog slechts één aanbieder van betaaltelevisie overblijven, die zal beschikken over de programmamiddelen van zowel CLT-UFA als Kirch.

ii) *Premiere wordt het enige programmaplatform voor digitale betaaltelevisie*

(31) Momenteel biedt Premiere ook een analoog betaaltelevisiekanaal aan, dat voornamelijk topfilms (eerste uitzending van actuele speelfilms) en sportevenementen uitzendt. Daarnaast biedt Premiere Digital twee andere kanalen aan, die het opgenomen analoge programma later uitzenden. Het digitale televisieaanbod bevat voorts speelfilms en een pay-per-view-regeling. DF1 biedt een basispakket aan met 20 kanalen (inclusief enige buitenlandse vrij toegankelijke televisiekkanalen en het betaaltelevisiekanaal Planet van Canal+). Daarnaast biedt DF1 drie bijkomende pakketten aan (film, sport en science fiction), vier themazenders waarop men zich ook afzonderlijk kan abonneren (waaronder twee Canal+-kanalen) en pay-per-view-speelfilms.

(32) De omvorming van Premiere tot een gemeenschappelijke onderneming waarvan CLT-UFA en Kirch ieder 50 % in handen hebben, en de beëindiging van de activiteiten van DF1 als zelfstandige betaaltelevisieaanbieder hebben tot gevolg dat Premiere binnen afzienbare tijd het enige programma- en afzetplatform voor betaaltelevisie wordt in Duitsland. Na de concentratie zal Premiere aanzienlijke

activa [...] overnemen. Daarna zal DF1 zijn zend- en andere bedrijfsactiviteiten beëindigen. Taurus Film zal bovendien [...] overdragen aan Premiere. Voorts verwerft Premiere de sportzender DSF, die in de toekomst digitale sportzenders zal leveren voor het programmapakket van Premiere en bovendien een vrij toegankelijke sportzender zal exploiteren. Voorts neemt Premiere [< 20] transponders van DF1 en [< 10] transponders van CLT-UFA, alsook het contract voor 1 miljoen d-box-decoders dat Kirch met Nokia heeft gesloten, over.

(33) [...].

iii) *Premiere krijgt toegang tot de aantrekkelijkste en de ruimste programmamiddelen*

(34) De toegang tot programmamiddelen is een wezenlijke factor voor het welslagen van het aanbieden van betaaltelevisie. Daarbij komt het er in het bijzonder op aan toegang te hebben tot topfilms en aantrekkelijke sportevenementen, die via zeer aantrekkelijke kanalen („ankerkanalen”) worden uitgezonden, hetgeen belangstelling van potentiële abonnees voor een betaaltelevisiepakket wekt. Tevens is het van belang te kunnen beschikken over eerder uitgezonden films en televisieproducties die geschikt zijn voor heruitzending. Deze archiefprogramma's zijn met name geschikt voor themakanalen zoals bijvoorbeeld filmkanalen, sciencefiction-kanalen, comedy-kanalen of documentaire kanalen.

(35) Premiere zal via de moedermaatschappijen CLT-UFA en Kirch toegang krijgen tot programmamiddelen die in Duitsland buitengewoon zijn, gezien de marktposities die deze moedermaatschappijen innemen op de markten voor programmarechten. Om vertrouwelijkheidsredenen kunnen in de onderstaande overwegingen niet de precieze cijfers worden gegeven.

(36) Kirch is de leidende Duitse aanbieder van speelfilms en ontspanningsprogramma's voor televisie. De Commissie stelde in haar beschikking in de zaak MSG Media Service ⁽⁹⁾ reeds vast dat Kirch over een programmabestand beschikt van 15 000 speelfilms in alle genres alsook over 50 000 uren televisieprogramma's en omvangrijke productieactiviteiten in de film- en televisiesector. Ondertussen heeft Kirch in de periode [...] met [...] Hollywood-studio's [...] overeenkomsten (outputdeals) gesloten betreffende televisierechten en aldus een uitzonderlijke positie op programmagebied opge-

⁽⁹⁾ Reeds aangehaald (voetnoot 5), overweging 76.

bouwd. Daarbij komt dat betaaltelevisierechten, buiten het Kirch-concern en CLT-UFA/Premiere, [...] voorhanden zijn. Door die outputdeals die Kirch voornamelijk op het gebied van betaaltelevisie heeft gesloten, zal het [...] monopolie dat Premiere na de concentratie inzake topfilms op betaaltelevisiegebied zal hebben, in de toekomst blijven bestaan.

(37) Kirch en CLT-UFA hebben bovendien [...] sportrechten die in veel gevallen complementair zijn. Zo heeft CLT-UFA de betaaltelevisierechten voor de Duitse Bundesliga, terwijl Kirch [...] bezit. Wat tennis betreft, heeft Kirch de rechten op [...], terwijl CLT-UFA de rechten op [...] bezit. Beide maatschappijen beschikken bovendien over verschillende rechten voor verscheidene sporttakken. Aldus bezit Kirch de [...] rechten.

(38) [...].

(39) [...].

(40) [...].

(41) [...].

(42) [...]. De partijen beweren terecht dat zij een deel van deze rechten slechts voor een relatief korte tijd hebben verworven en derhalve binnenkort nieuwe rechten moeten trachten te verwerven. Dit geeft echter slechts een beeld van de huidige toestand. Voorzover de partijen nu reeds beschikken over een aanzienlijk deel van de belangrijkste sportuitzendrechten, die gewoonlijk slechts voor een relatief korte periode worden toegekend, moet na de bundeling van deze middelen in Premiere worden aangenomen dat zij ook in de toekomst minstens in dezelfde mate en waarschijnlijk in een nog grotere mate dergelijke rechten zullen kunnen verwerven. Ten aanzien van het argument van de partijen dat de minister-presidenten van de Duitse deelstaten op grond van Richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 juni 1997 tot wijziging van Richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisieomroepactiviteiten ⁽¹⁰⁾ overeenstemming hebben

bereikt over een lijst van bijzonder belangrijke sportevenementen die via de openbare, vrij toegankelijke omroepen moeten worden uitgezonden, dient erop te worden gewezen dat het hier uitsluitend om de Olympische Spelen en bepaalde zeer belangrijke voetbalwedstrijden gaat.

iv) *De handelingsvrijheid van Premiere op concurrentiegebied zal evenmin op noemenswaardige wijze door de openbare televisieomroepen kunnen worden ingeperkt*

(43) De partijen hebben in hun antwoord op de punten van bezwaar van de Commissie betoogd dat de Commissie in haar beoordeling onvoldoende rekening heeft gehouden met de aanzienlijke wisselwerkingen op concurrentiegebied tussen openbare en via reclame gefinancierde televisie enerzijds en betaal-TV anderzijds en de daaruit voortvloeiende controlerende invloed die de vrij toegankelijke televisie kan hebben op betaal-TV. Inzonderheid heeft de Commissie volgens de partijen helemaal geen rekening gehouden met de enorme concurrentiedruk die de openbare omroep in Duitsland uitoefent op de betaal-TV.

(44) De Commissie erkent dat er een bepaalde wisselwerking bestaat tussen betaal-TV en vrij toegankelijke televisie hoewel zij tot twee verschillende markten behoren. Zoals uitvoerig beschreven in punt c), zijn de kijkers minder geneigd zich op betaal-TV te abonneren naarmate het programma-aanbod van de openbare omroepen veelzijdig en aantrekkelijk is. Het is evenwel niet bewezen dat deze wisselwerkingen en meer bepaald de concurrentiedruk van de openbare televisieomroepen momenteel reeds de handelingsvrijheid van Premiere op de betaal-TV-markt beperken. Hoewel de partijen daarover betogen dat er in het bijzonder een concurrentiestrijd woedt op het gebied van de kijkdichtheid, wordt dit tegengesproken door hun andere beweringen. De partijen verwijzen naar een onderzoek van GfK-Fernsehforschung volgens hetwelk betaal-TV-abonnees van de totale tijd die zij aan televisie besteden gemiddeld 90 % aan vrij toegankelijke televisie besteden en 10 % aan betaal-TV. Wanneer betaal-TV-abonnees ertoe bereid zijn naast het kijkgeld van ongeveer 30 DEM dat zij reeds hebben betaald, nog eens 50 DEM te betalen voor een betaal-TV-abonnement hoewel zij slechts 10 % van de tijd die zij aan televisie besteden, naar betaal-TV kijken, bewijst dit dat de kijkdichtheid geen doorslaggevend element is voor het commerciële succes van betaal-TV. Een doorslaggevende factor is eerder het abonneestbestand, dat bestaat ongeacht hoe vaak het abonnement

⁽¹⁰⁾ PB L 202 van 30.7.1997, blz. 60.

wordt gebruikt. Dat abonnees, ondanks een naar verhouding gering gebruik, ertoe bereid zijn een bijkomend bedrag te betalen voor betaal-TV, bewijst bovendien dat betaal-TV een duidelijk definieerbaar product is dat een bepaalde meerwaarde heeft.

- i) *Geen enkele andere onderneming zal over de noodzakelijke programmamiddelen beschikken om een programmaplatform te ontwikkelen*

- (45) Wanneer de partijen voorts beweren dat een verhoging van het kijkgeld gevolgen heeft voor de vraag naar betaal-TV en dat de vraagelasticiteit met betrekking tot betaal-TV derhalve afhankelijk is van de hoogte van het kijkgeld dat wordt betaald aan de openbare omroepen, wordt hiermee evenmin bewezen dat er een concurrentieverhouding is tussen betaal-TV en de openbare omroepmaatschappijen. Er zou zich een drastische verhoging van het kijkgeld moeten voordoen, die zwaar weegt op het cultuurbudget, voordat dit invloed heeft op de bereidheid van de kijkers 50 DEM per maand uit te geven voor een betaal-TV-abonnement. Bovendien kan er van een concurrentieverhouding met betrekking tot de hoogte van het kijkgeld en bijvoorbeeld de prijs van het betaal-TV-abonnement slechts sprake zijn wanneer de openbare televisieomroepen zelf de hoogte van het kijkgeld kunnen bepalen. Dit is evenwel niet het geval.

b) De duurzame aard van de machtspositie

- (46) De partijen geven toe dat Premiere de volgende vijf jaar een zeer sterke positie zal innemen op de betaal-TV-markt. Zij zijn evenwel van mening dat de sterke positie van Premiere van beperkte duur zal zijn. Zodra Premiere erin slaagt een breed decoderbestand uit te bouwen, kunnen andere betaal-TV-aanbieders op grond hiervan Premiere beconcurreren door een programma- en afzetplatform voor betaal-TV aan te bieden en hun eigen programma's op te stellen en te verspreiden. Met name zou Telekom haar eigen programma- en afzetplatform op kabelgebied kunnen ontwikkelen en andere programma-aanbieders een afzetmogelijkheid voor hun programma's aanbieden en hun abonneebeheer verrichten.

- (47) Die bewering kan niet worden gevolgd. Aangenomen wordt dat Premiere op duurzame wijze een machtspositie zal innemen. Premiere zal op grond van de concentratie op duurzame wijze het enige programma- en afzetplatform in het satelliet- en het kabelsegment van de betaal-TV-markt in Duitsland blijven.

- (48) De toegang tot programmarechten is nog belangrijker voor betaal-TV-aanbieders dan voor aanbieders van vrij toegankelijke televisie. Alleen bepaalde programmapakketten zullen abonnees kunnen lokken of de kijkers ervan kunnen overtuigen bepaalde programma's in een pay-per-view-regeling te kopen. De ervaringen tot dusver met betaal-TV in Europa wijzen uit dat een combinatie van exclusieve rechten op de eerste uitzending van grote filmproducties van Hollywood-studio's en op belangrijke sportevenementen het betaal-TV-aanbod voldoende aantrekkelijk kunnen maken. Dit geldt te meer in Duitsland, waar per TV-toestel, in tegenstelling tot bijvoorbeeld Frankrijk en Groot-Brittannië, meer dan 30 vrij toegankelijke televisiekanalen kunnen worden ontvangen. De sterke betekenis van aantrekkelijke films en sportuitzendingen voor een betaal-TV-maatschappij blijkt tevens uit de programmakostenprognoses in het bedrijfsplan van Premiere. Volgens deze prognoses zal ongeveer [60-80 %] van alle licentiekosten in 1998 worden besteed aan aantrekkelijke films ([30-50 %]) en sportuitzendingen ([20-40 %]). Om die reden kan slechts een alternatief programmaplatform worden ontwikkeld voorzover men toegang heeft tot aantrekkelijke programma's, zodat men een aantrekkelijk programmapakket kan bieden.

- (49) De programmamiddelen zijn evenwel schaars. De uitzendrechten van dergelijke topprogramma's zijn gewoonlijk het voorwerp van langlopende, exclusieve overeenkomsten. CLT-UFA en Kirch hebben voor het Duitstalige gebied [...] betaal-TV-rechten betreffende aantrekkelijke films verworven in outputdeals met de grote Hollywood-studio's. Tevens bezitten zij [...] sportrechten. Aangezien CLT-UFA en Kirch hun betaal-TV-rechten overdragen aan Premiere, zal Premiere na de concentratie de enige betaal-TV-aanbieder worden die over de programmamiddelen beschikt die nodig zijn om een topzender te exploiteren. Gedurende de gehele looptijd van de geldende overeenkomsten krijgt geen enkele andere aanbieder toegang tot de programmamiddelen van Premiere. Potentiële concurrenten zullen derhalve niet in staat zijn een alternatief programmaplatform voor het Duitstalige gebied tot stand te brengen. Hoogstens zullen zij kunnen optreden als nicheaanbieders van betaal-TV, waarbij zij evenwel op toegang tot het programma- en verkoopplatform van Premiere aangewezen zullen zijn.

- (50) Het is ook niet waarschijnlijk dat er na het verstrijken van de geldende overeenkomsten inzake de betaal-TV-rechten een wijziging in die situatie komt. In theorie kunnen andere televisiehuizen binnen en buiten Europa, meer bepaald betaal-TV-maatschappijen in andere lidstaten zoals bijvoorbeeld BskyB Ltd of Canal+ alsook de grote Hollywood-studio's, zelf optreden als aanbieder van betaal-TV in Duitsland en in het Duitstalige gebied. Om een alternatief programmaplatform tot stand te brengen volstaat het niet enkele outputdeals te sluiten. De door Kirch en CLT-UFA gesloten outputdeals hebben een verschillende looptijd. Kirch draagt de rechten met betrekking tot tien outputdeals over aan Premiere in de vorm van een sublicentie en vier van deze contracten hebben een looptijd van [< 20] jaar. Het gaat hierbij om [...]. De meeste outputdeals met de grote Hollywood-studio's lopen tot [< 2005] of nog langer. Potentiële concurrenten zullen derhalve ertoe genoodzaakt zijn zich gedurende een langere periode rechten te verschaffen via verscheidene outputdeals om een attractief betaal-TV-programmapakket te kunnen bieden.
- (51) Aangezien Premiere op dat tijdstip haar positie op de markt gevestigd zal hebben, moet worden aangenomen dat de concurrenten slechts over geringe mogelijkheden zullen beschikken om in voldoende mate aantrekkelijke betaal-TV-rechten te verwerven. De toegang tot de kijkers in de vorm van een gevestigd abonneebestand is namelijk een van de doorslaggevende parameters voor een succesrijke verwerving van uitzendrechten, daar de rechthebbenden gewoonlijk geïnteresseerd zijn in een zo ruim mogelijke verspreiding van hun programma's. Dit geldt voor topfilms en vooral voor sportevenementen. In het bijzonder de rechthebbenden van sportrechten hebben er belang bij te verzekeren dat hun sportevenementen een zo ruim mogelijke verspreiding vinden om op deze wijze meer sponsors aan te trekken en hogere reclame-inkomsten te verwerven. Aangezien Premiere op dat tijdstip reeds zal beschikken over een gevestigd abonneebestand, zal het bedrijf, in tegenstelling tot een aanbieder die eerst nog een abonneebestand moet opbouwen, een grotere verspreiding van de uitzendingen kunnen garanderen. Daarbij komt dat de prijzen voor betaal-TV-rechten gewoonlijk worden berekend op basis van het aantal abonnees waarbij een bepaald minimumaantal abonnees wordt gegarandeerd. Dit geldt in elk geval voor de outputdeals. Dit heeft in de eerste plaats tot gevolg dat de rechthebbenden, gezien het grote aantal abonnees dat Premiere in de komende jaren verwacht, een beduidend hogere prijs kunnen krijgen bij de verkoop van de rechten aan Premiere in plaats van aan een nieuwe aanbieder. In de tweede plaats zal een nieuwe aanbieder een aanzienlijk financieel risico lopen door het sluiten van een outputdeal, omdat hij immers een bepaald minimumaantal abonnees moet garanderen zonder te weten of hij dit minimumaantal ook kan halen. Gezien de voordelen die Premiere heeft ten opzichte van potentiële concurrenten met betrekking tot het sluiten van overeenkomsten inzake topprogramma's, is het weinig waarschijnlijk dat andere aanbieders voldoende toegang tot topprogramma's zullen hebben.
- (52) Daarenboven is het onwaarschijnlijk dat Telekom een alternatief programma- en afzetplatform tot stand kan brengen. Bovendien zou Telekom in alle omstandigheden slechts in staat zijn een dergelijk platform tot stand te brengen in het kabelsegment. Telekom beschikt evenwel niet over film- en sportrechten. Voor de opbouw van een concurrerend programmapakket zijn aantrekkelijke programma's noodzakelijk. Alleen bedrijven die toegang hebben tot dergelijke programma's zullen met succes programma's op de markt kunnen brengen, die slechts in een pakket met andere programma's kunnen worden verkocht. Dergelijke programma's hebben zelf onvoldoende aantrekkingskracht om de kijkers tot het nemen van een abonnement te kunnen bewegen. Telekom kan derhalve ten behoeve van potentiële concurrenten van Premiere slechts een alternatief afzetplatform opbouwen, indien het toegang tot aantrekkelijke programma's of tot een aantrekkelijke zender heeft. Telekom heeft evenwel in de overeenkomsten met CLT-UFA en Kirch uitdrukkelijk ervan afgezien zelf Premiere op de markt te brengen. Derhalve is het niet duidelijk hoe Telekom een aantrekkelijk, verkoopbaar betaal-TV-aanbod zou kunnen ontwikkelen.
- ii) *Door de concentratie is Premiere in staat de voordelen van haar abonneebestand te combineren met de uitzonderlijke programmamiddelen van Kirch*
- (53) Als tot dusver grootste aanbieder van betaal-TV beschikt Premiere reeds over een abonneebestand dat zij kan gebruiken bij haar toekomstige digitale betaal-TV-activiteiten. Het feit dat Premiere in december vorig jaar de verkoop van de d-box beëindigde, wijst erop dat een groot abonneebestand op het gebied van analoge betaal-TV een belangrijke grondslag is voor een succesrijke verkoop van een digitaal betaal-TV-programmapakket. Premiere had haar abonnees het digitale programma inclusief de huur van de d-box aangeboden tegen een geringe toeslag van 10 DEM op het abonnement op analoge televisie. Sinds begin 1997 slaagde Premiere erin, tot de beëindiging van de verkoop van de d-box medio december, [50 000-100 000] abonnees te werven voor Premiere Digital en een overeenkomstig aantal d-boxen op de markt te brengen. Het ging om [$< 20\,000$] die voor [...] digitale mediaboxen werden geruild, [50 000-70 000] d-boxen voor abonnees van Premiere die

hun analoge decoder inruilden voor een d-box en om slechts [10 000-30 000] nieuwe abonnees van Premiere Digital. Alle concurrenten van Premiere op de betaal-TV-markt zullen eerst een dergelijk abonneebestand moeten opbouwen, hetgeen inhoudt dat zij vergeleken met Premiere van nul af moeten beginnen.

- (54) Bovendien moet ermee rekening worden gehouden dat Premiere met de programmamiddelen die zij krijgt van CLT-UFA en Kirch, in staat zal zijn verschillende programmapakketten samen te stellen die zijn toegesneden op de behoeften van bepaalde doelgroepen en die alle kunnen worden aangeboden tegen een voordelige abonnementsprijs. De ervaring in landen waar betaal-TV beter ontwikkeld is, wijst erop dat de samenstelling van de programmapakketten een doorslaggevende betekenis heeft voor een succesvolle afzet van betaal-TV. Bovendien zal Premiere als enige aanbieder die over aantrekkelijke programma's beschikt, haar aantrekkingskracht via een bundeling met andere programmarechten nog versterken.
- (55) Voorts oefenen CLT-UFA en Kirch verreichende activiteiten uit op het gebied van de vrij toegankelijke televisie. Op het gebied van de vrij toegankelijke televisie hebben de programma-aanbieders die via CLT-UFA verbonden zijn met Bertelsmann — RTL, RTL2, Super RTL en VOX — en de programma-aanbieders die verbonden zijn met Kirch — SAT1, DSF, PRO7 en Kabel1 — meer dan 50 % van de kijkers en ongeveer 90 % van de reclamemarkt. CLT-UFA en Kirch kunnen hun sterke positie inzake de vrij toegankelijke televisie gebruiken voor een uitgebreide reclamecampagne ten gunste van Premiere Digital. Deze strategie werd van begin november tot medio december van vorig jaar gebruikt bij het op de markt brengen van Premiere Digital. De potentiële concurrenten van Premiere zullen eveneens over dergelijke reclamemogelijkheden in de vrij toegankelijke televisie beschikken, maar het is hoogst onzeker of zij deze reclamemogelijkheden tegen dezelfde voorwaarden als Premiere zullen kunnen verkrijgen.

iii) *Bertelsmann en Kirch hebben de decoder-infrastructuur in handen*

- (56) Potentiële concurrenten uit binnen- en buitenland die eigen programma's en zenders op de Duitse markt wensen aan te bieden, zijn aangewezen op de toegang tot de d-box. In theorie kan een betaal-TV-aanbieder ervoor kiezen om de reeds gevestigde decoderinfrastructuur te gebruiken om

zijn programma's uit te zenden dan wel om een eigen infrastructuur op te bouwen. In de praktijk zou een nieuwe programma-aanbieder evenwel aangewezen zijn op de infrastructuur en diensten van een reeds gevestigde betaal-TV-aanbieder. Het opbouwen van een nieuwe eigen infrastructuur houdt immers een veel te groot economisch risico in. De kijkers zullen in de regel niet bereid zijn een bijkomende decoder aan te schaffen voor de ontvangst van een extra betaal-TV-programmapakket. Dit geldt zowel voor de koop als voor de huur van een bijkomende decoder.

- (57) Bovendien kan slechts een alternatieve decoderinfrastructuur worden geïnstalleerd voor satellietdoorgifte. In Duitsland zijn er ongeveer 7 tot 9 miljoen kijkers van satelliettelevisie terwijl 18,5 miljoen kijkers op het breedbandkabelnet zijn aangesloten. CLT-UFA, Kirch en Telekom zijn in hun herstructureringsovereenkomst evenwel overeengekomen dat Telekom met betrekking tot de technische diensten inzake de doorgifte van digitale TV-programma's in haar breedbandnet uitsluitend de Beta-toegangstechniek zou gebruiken die gebaseerd is op de d-box-decoder. Elke betaal-TV-aanbieder die toegang wil tot de 18,5 miljoen kijkers die op de kabel zijn aangesloten, dient derhalve altijd de d-box-decoder te gebruiken. Toekomstige concurrenten van Premiere op betaal-TV-gebied zullen aldus zijn aangewezen op het gebruik van het d-box-decoderbestand voor de doorgifte van hun programma-aanbod.
- (58) Aangezien de d-box met een ingebouwd toegangscontrolesysteem werkt, moet elke potentiële betaal-TV-aanbieder een licentie verwerven om de Beta-toegangstechniek van BetaResearch te kunnen gebruiken. Het aandelenkapitaal van BetaResearch is evenwel voor twee derde in handen van CLT-UFA en Kirch. Krachtens deze participaties in BetaResearch kunnen CLT-UFA en Kirch invloed uitoefenen op de mogelijkheden van de toekomstige betaal-TV-aanbieders om Premiere te beconcurreren, en de concurrentie in aanzienlijke mate sturen. Zij kunnen via hun controlerende invloed bij BetaResearch ervoor zorgen dat de voorwaarden voor het gebruik van de Beta-toegangstechniek en inzonderheid de prijsstructuur gunstig zijn voor Premiere en ongunstig voor de programma's van potentiële concurrenten. BetaResearch kan door het gebruik van kunstmatig hoge prijzen CLT-UFA en Kirch begunstigen omdat zij, in tegenstelling tot de concurrenten, rechtstreeks deelnemen in de

winst van BetaResearch. Bovendien moet, zoals hieronder beschreven (overweging 112), in het licht van de controle over de toegangstechniek worden aangenomen dat zich op de markt voor de technische diensten ten behoeve van satellietdoorgifte nauwelijks andere aanbieders dan BetaDigital zullen aanbieden. Potentiële concurrenten van Premiere zullen dus aangewezen zijn op BetaDigital voor het beheer van de toegang tot hun programma's.

(59) Voorts kunnen de partijen via de controle over de decoderinfrastructuur de positionering van de programma's van hun concurrenten beïnvloeden. Het grote programma-aanbod op gebied van digitale televisie maakt de invoering van een elektronische programmagids ten behoeve van de kijkers („Electronic Programming Guide” of „EPG”) die de kijkers een duidelijk overzicht van de programma's en andere informatie biedt, noodzakelijk. In de d-box is een navigatieprogramma ingebouwd, TONI genaamd, dat de basisfuncties van een EPG bevat. Het betreft een geotrooieerde oplossing die is ontwikkeld voor de d-box. Alle programma-aanbieders zijn van deze EPG afhankelijk. Derde programma-aanbieders kunnen momenteel hun eigen EPG niet gebruiken in de d-box. Derhalve moeten zij in de EPG van de d-box worden opgenomen.

(60) Programma-aanbieders zoals ARD, zien EPG als een middel om zich tegenover de concurrenten te differentiëren. Een creatieve vorm van de inhoud van de EPG en de mogelijkheid interactieve diensten, zoals spellen, aan te bieden is een belangrijke concurrentieparameter. De EPG van de d-box biedt thans slechts rudimentaire functies vergeleken met de andere systemen op de markt waarbij met eenvoudige middelen een eigen EPG kan worden geschapen.

(61) Tenslotte verwerven CLT-UFA en Kirch wezenlijke informatievoordelen dankzij hun controle van de programma- en afzetplatforms van Premiere alsook van de decoderinfrastructuur. Aangezien Premiere niet alleen het abonneebeheer van Premiere Digital maar ook van andere programma-aanbieders zal verrichten, zal Premiere toegang hebben tot informatie over de programmaplannen van de concurrenten alsook tot de klantenstructuur en tot algemene informatie over het gedrag van de abonnees ten aanzien waarvan beheeractiviteiten worden verricht. Premiere behoeft niet eens toegang te hebben tot individuele klantgegevens. Het volstaat dat Premiere toegang heeft tot anonieme gegevens, die bijvoorbeeld inlichtingen geven over de leeftijdsstructuur van de kijkers van verschillende programma's. Bij interactieve betaal-TV-diensten, zo

als bijvoorbeeld pay-per-view, kunnen bovendien anonieme inlichtingen worden verkregen over de programmatypes die bepaalde kijkersgroepen verkiezen. Toegang tot dergelijke gegevens kan een belangrijk concurrentievoordeel opleveren omdat die gegevens het veel gemakkelijker maken programma's of programmapakketten te ontwikkelen die speciaal gericht zijn op een bepaalde doelgroep. De partijen hebben in dit verband betoogd dat andere aanbieders het abonneebeheer zonder meer zelf kunnen verrichten of laten verrichten door derde bedrijven. Dit argument is evenwel weinig overtuigend. Zoals de Commissie reeds heeft vastgesteld in de MSG Media Service-beschikking⁽¹¹⁾, is het niet te verwachten dat de modale betaal-TV-abonnee met verschillende abonneebeheerders te maken wenst te hebben. Het is in het belang van de kijker zoveel mogelijk te maken te hebben met een instantie die voor hem alle problemen inzake betaal-TV regelt (bijv. de uitbreiding van het abonnement tot bijkomende programma's, de beperking van de programma's waarop het abonnement betrekking heeft, de afrekening van het abonnement). De dienstverlener die het grootste aantal en de aantrekkelijkste programma's kan aanbieden, zal aldus een bevoorrechte positie innemen waartegen andere dienstverleners moeilijk zullen kunnen opboksen. En zoals hierboven is beschreven, zal Premiere altijd de sterkste positie innemen.

iv) *Kabelnetexploitanten zouden met de huidige structuur van het Duitse kabelnet zelfs met eventuele toegang tot de programma's van Premiere geen alternatief programmaplatform tot stand kunnen brengen*

(62) De totstandbrenging van een alternatief programmaplatform door particuliere kabelexploitanten zonder toegang tot de aantrekkelijke programma's van Premiere lijkt van meet af aan uitzichtloos te zijn. Aangezien Premiere over de meest aantrekkelijke programmarechten beschikt (speelfilms en sportevenementen) zullen andere aanbieders, voorzover zij deze markt al willen betreden, ertoe genoodzaakt zijn hun programma-aanbod via Premiere op de markt te brengen en zullen aldus niet in staat zijn hun eigen programmaplatform te ontwikkelen. Zelfs wanneer deze aanbieders hun programma niet via het programmaplatform van Premiere zouden aanbieden, zullen zij, in het licht van de sterke concentratie van aantrekkelijke pro-

⁽¹¹⁾ Reeds aangehaald (voetnoot 5), overweging 71.

gramma's bij Premiere, niet beschikken over een kritisch aanbod aan aantrekkelijke programma's dat noodzakelijk is om een alternatief programmaplatform tot stand te brengen.

van aansluitnetten van netniveau 3 zijn de particuliere kabelnetexploitanten, afgezien van de vraag of zij toegang tot aantrekkelijke programma's kunnen krijgen, momenteel niet in staat Premiere met een alternatief programmaplatform te beconcurreren.

(63) De wijze waarop kabeltelevisie zich in Duitsland ontwikkeld heeft, sluit tevens uit dat particuliere kabeltelevisie-exploitanten een alternatief programmaplatform kunnen opbouwen, zelfs indien zij toegang zouden hebben tot de aantrekkelijke programma's van het platform van Premiere. In Duitsland zijn 18,5 miljoen gezinnen aangesloten op het kabelnet, dat wil zeggen meer dan de helft van alle gezinnen die over een TV-toestel beschikken. Op netniveau 4 verzorgt Telekom de kabel aansluiting van één derde van deze gezinnen. De aansluiting van de andere gezinnen op de kabel wordt verzorgd door een groot aantal, vaak zeer kleine particuliere kabelexploitanten. Deze particuliere exploitanten hebben gewoonlijk kleine, vaak niet-samenhangende „kabeleilanden” op het zogenoemde netniveau 4 (woningdistributie-installaties en lokale installaties) die via het ruggengraatnet van Telekom (netniveau 3) worden bevoorraadt. Er zijn ook enkele particuliere kabelexploitanten actief op netniveau 3.

(64) Aldus moeten de particuliere kabelexploitanten in de regel gebruikmaken van de diensten van Telekom op netniveau 3. Deze kabeleilanden moeten worden geïntegreerd via toevoernetten op netniveau 3 om de particuliere kabelexploitanten in de gelegenheid te stellen een alternatief programmaplatform tot stand te brengen. Aangezien het net van Telekom op niveau 3 wegens de voorgenomen concentratie ondertussen niet ter beschikking staat voor de totstandbrenging van een alternatief programma, moeten de particuliere kabelexploitanten zelf een net van niveau 3 tot stand brengen. Het is voor de particuliere kabelexploitanten evenwel economisch niet haalbaar de hiervoor noodzakelijke investeringen te verrichten.

(65) Wanneer de particuliere kabelnetexploitanten een eigen netniveau 3 tot stand zouden brengen, zou het opzetten van een alternatief programmaplatform eventueel technisch mogelijk zijn. De commerciële exploitatie van een dergelijk platform zou echter, gezien de willekeurige geografische verdeling van de particuliere kabelnetten, op vrijwel onoverkomelijke problemen stuiten. Door de versplintering van het Duitse kabeltelevisiebedrijf en de positie van Telekom als vrijwel enige exploitant

v) Als enig programmaplatform kan Premiere de voorwaarden inzake de markttoegang van andere programma-aanbieders bepalen

(66) In principe kan een aanbieder van betaaltelevisie kiezen of hij voor zijn programma's een eigen infrastructuur opbouwt of deze in het kader van een bestaand programmapakket aanbiedt. De opbouw van een eigen infrastructuur is echter, zoals in het voorafgaande uitvoerig is uiteengezet, op zijn hoogst een theoretisch alternatief, althans voor aanbieders die niet over voldoende programmaproducten beschikken om een „anker kanaal” te kunnen aanbieden. Zo heeft Canal+ bijvoorbeeld besloten haar programmapakket „Multithématiques”, dat uit drie digitale betaaltelevisieprogramma's bestaat — „Planet”, „Seasons” en „Ciné Classics I + II” — via DF1 aan te bieden, waarbij „Planet” deel uitmaakt van het basispakket van DF1, terwijl „Seasons” en „Ciné Classics I + II” weliswaar via het programmaplatform van DF1 worden uitgezonden, maar hierop ook onafhankelijk van het basispakket van DF1 een abonnement kan worden genomen. Voor „Seasons” zijn een krappe [1 000-5 000] abonnementen verkocht en voor „Ciné Classics” een kleine [1 000-5 000] abonnementen. Ook Hollywood-studio's geven er voor eigen betaaltelevisiekanalen de voorkeur aan dat deze in bestaande programmapakketten worden opgenomen. Zo heeft Kirch voor DF1 [...]. Bovendien heeft Kirch in [...].

(67) In beginsel is de toegang tot een bestaand programmapakket voor derden gemakkelijker, wanneer zij de keuze hebben tussen verscheidene met elkaar concurrerende pakketten, zoals in Duitsland vóór de voorgenomen concentratie eveneens het geval was. Bij ontbreken van een alternatief programma en afzetplatform in Duitsland zouden potentiële concurrenten uit binnen- en buitenland, die eigen programma's en kanalen op de Duitse markt willen aanbieden, in de toekomst voor toegang tot het platform op Premiere zijn aangewezen. Dit betekent dat iedere aanbieder van betaaltelevisie gedwongen is zijn programma aan een door Premiere samengesteld pakket toe te voegen. Premiere krijgt daarmee zeggenschap over deze concurrent, waardoor zij de voorwaarden kan bepalen waaronder andere, met Premiere concurrerende aanbieders, hun activiteiten mogen uitoefenen.

(68) Zo kan Premiere een aanbieder van betaaltelevisie in het geheel geen toegang tot haar platform verlenen of hieraan voorwaarden verbinden. Er heeft zich reeds een geval voorgedaan waaruit blijkt hoe Premiere na de concentratie derden, die eigen betaal-TV-programma's in Duitsland willen aanbieden, bejegent. De tussen Kirch en [...]

vi) *Het tot dusverre beperkte succes van DF1 betekent niet dat zonder de concentratie dezelfde mededingingsvoorwaarden bestaan als met de concentratie*

(69) De partijen hebben voor het eerst in hun reactie op de punten van bezwaar van de Commissie betoogd dat de concentratie niet de oorzaak is van het ontstaan of de versterking van de machtspositie van Premiere op de markt voor betaal-TV. [...]. Premiere beschikt immers reeds over een abonneebestand, zodat de overname van de abonnees van DF1 een uitbreiding van het aantal klanten zou betekenen, terwijl een andere koper van de grond af een abonneebestand zou moeten opbouwen.

(70) De Commissie heeft in de, inmiddels door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bevestigde, Beschikking 94/449/EG inzake Kali+Salz/MdK/Treuhand⁽¹²⁾ erkend dat het mogelijk is een concentratie waarvan normalerwijze zou moeten worden aangenomen dat zij tot het in het leven roepen of het versterken van de machtspositie van de overnemende onderneming leidt, niet als oorzaak van deze marktpositie te beschouwen, wanneer de overnemende onderneming, ook ingeval de concentratie werd verboden, onvermijdelijk een machtspositie zou verkrijgen of haar machtspositie zou versterken. Zo gezien is een concentratie in de regel niet de oorzaak van de verslechtering van de mededingingsstructuur, wanneer vaststaat dat:

- de overgenomen onderneming zonder die overneming door een andere onderneming op korte termijn de markt zal verlaten;
- de overnemende onderneming het marktaandeel van de overgenomen onderneming zal verwerpen, wanneer deze laatste de markt verlaat;

— er geen andere overnameoplossing bestaat waardoor de mededinging in mindere mate wordt aangetast.

De Commissie heeft in de Kali+Salz-beschikking eveneens duidelijk gemaakt dat een dergelijke situatie zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet. Normaal bestaat een vermoeden dat een concentratie die tot het in het leven roepen of versterken van een machtspositie leidt, ook de oorzaak is van deze verslechtering van de mededingingsstructuur. De bewijslast voor het ontbreken van dit oorzakelijk verband rust bijgevolg op de fuserende ondernemingen.

(71) Allereerst moet worden vastgesteld dat het in dit geval, in tegenstelling tot de situatie in de beschikking Kali+Salz, niet gaat om de vermeende uittreding van een volledige onderneming uit de markt. De vennootschap DF1 GmbH & Co. KG vormt, zoals hieronder nader wordt uiteengezet, slechts een deel van de digitale betaal-TV-activiteiten van Kirch. Maar zelfs indien Kirch over het algemeen zijn betaal-TV-activiteiten zou staken, zou deze situatie niet met die van Kali+Salz te vergelijken zijn. Want ook dan zou Kirch niet in zijn geheel worden geliquideerd. Kirch zou slechts een deel van zijn omvangrijke bedrijfsactiviteiten beëindigen. In zoverre is het verdwijnen van Kirch van de betaal-TV-markt in de eerste plaats een beslissing van het management, op grond waarvan een bedrijfsactiviteit wordt gestaakt, waarvan de ontwikkeling niet aan de verwachtingen van de bedrijfsleiding heeft voldaan. In een dergelijk geval van een „failing division defence” en niet van een „failing company defence” moeten bijzonder hoge eisen worden gesteld aan het bewijs dat aan de voorwaarden van het verweer inzake het ontbreken van een oorzakelijk verband is voldaan. Anders zou iedere concentratie, waarbij een vermeend onrendabel bedrijfs onderdeel wordt verkocht, uit hoofde van de concentratieregels kunnen worden gemotiveerd met de bewering van de verkoper dat het betrokken onderdeel van zijn bedrijfsactiviteiten zou moeten worden beëindigd indien de concentratie niet zou plaatsvinden.

(72) De uiteenzetting van de partijen volstaat niet om het verweer inzake het ontbreken van een oorzakelijk verband te motiveren. Afgezien van het hierboven weergegeven algemene betoog hebben de partijen geenszins aangetoond dat DF1 in ieder geval op korte termijn haar activiteiten moet staken. De loutere vermelding van de aanloopverliezen van [500 000 000-2 000 000 000] DEM, waarvan de samenstelling niet eenmaal in detail is besproken, volstaat niet als grond voor het sluiten van DF1. De overige verliezen, dat wil zeggen de aanloopverliezen uit de tussen Kirch en [...] en de verliezen

⁽¹²⁾ Beschikking 94/449/EG van de Commissie (PB L 186 van 21.7.1994, blz. 38, overwegingen 70 en volgende); arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 31 maart 1998 in de gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, Franse Republiek e.a./Commissie, Jurispr. 1998, blz. I-1375.

die zijn ontstaan uit de door Kirch [...], zijn aanloopverliezen van Kirch. Dit zijn de investeringen die Kirch heeft gedaan om de markt van digitale betaal-TV te betreden. De verwachtingen die Kirch hierbij koesterde, in het bijzonder wat het aantal abonnees betreft, zijn tot dusverre niet uitgekomen. In dit verband moet er overigens rekening mee worden gehouden dat een doorslaggevende factor voor het gebrek aan succes van DF1 ondertussen uit de weg is geruimd. Na de met Telekom gemaakte afspraken kan DF1, die lange tijd slechts via de satelliet kon worden ontvangen, nu immers ook over de kabelnetten en daarmee over een potentieel bestand van 18,5 miljoen abonnees beschikken. DF1 heeft, sinds haar toegang tot het kabelnet, haar abonnees van ongeveer [30 000-100 000] tot [50 000-200 000] op [...] 1998 kunnen uitbreiden en derhalve [...].

(73) Zelfs indien Kirch thans zou besluiten DF1 wegens de grote verliezen en de bij de eigen verwachtingen achtergebleven toename van het aantal abonnees te sluiten, zou dit niet automatisch betekenen dat Kirch zich uit de betaal-TV-markt terugtrekt. DF1 is immers slechts het afzetplatform voor het digitale programma-aanbod van Kirch. De programmarechten voor Kirchs betaal-TV-activiteiten zijn in handen van Taurus, die ook althans een deel van de digitale kanalen voor DF1 produceert. De technische diensten voor het digitale programma-pakket van DF1 worden door BetaDigital verricht. De rechten voor de Beta-versleutelingstechnologie zijn in handen van BetaResearch. Bovendien kunnen, zelfs indien Kirch op korte termijn zou besluiten DF1 te liquideren, de uitzendactiviteiten van DF1 niet onmiddellijk worden gestaakt. Integendeel, DF1 zou haar abonnementsovereenkomsten evenals de overeenkomsten met de in het DF1-pakket uitgezonden derde kanalen moeten opzeggen en deze, totdat de opzegging van kracht wordt, blijven uitvoeren. Volgens de partijen zal DF1 haar activiteiten nog ongeveer een jaar voortzetten. Kirch is derhalve, met name wanneer men zijn omvangrijke programmavoorraad van topfilms en sportevenementen in aanmerking neemt, ook bij een onmiddellijke liquidatie van DF1 nog in staat om zijn besluit in heroverweging te nemen en alleen of eventueel met medevennoten een nieuw afzetplatform op te zetten en betaal-TV-activiteiten te ontwikkelen.

(74) Ook het argument van de partijen dat de belangstellende betaal-TV-abonnees alleen naar Premiere zouden kunnen overgaan, zodat de door het uittreden van DF1 vrijgekomen marktaandeelen naar Premiere zouden gaan, is volgens de Commissie niet juist. Indien Kirch de exploitatie van DF1 daadwerkelijk zou willen staken, zouden potentiële aan-

bieders van betaaltelevisie de mogelijkheid hebben zich op basis van de uitzendrechten voor betaal-TV van Kirch op de markt voor betaal-TV te begeven en met Premiere te concurreren. De mededingings-situatie die zich met of zonder de voorgenomen concentratie voordoet, is derhalve in geen geval gelijk.

(75) Het argument van partijen dat alleen Premiere als koper van DF1 in aanmerking komt, omdat bij gebrek aan [...]. Met name de vermelding van de vruchteloze pogingen van Kirch om een partner te vinden vormt op zich niet voldoende bewijs dat er geen andere overnameoplossingen zijn die minder schadelijk zijn voor de mededinging. De uiteenzettingen van de Commissie in de beschikking Kali+Salz/MdK/Treuhand maken duidelijk dat de Commissie strenge eisen stelt aan het te leveren bewijs dat er afgezien van de overnemende onderneming geen andere koper in aanmerking komt. Dit is ook door het Hof van Justitie bevestigd⁽¹³⁾. De uiteenzetting van de partijen voldoet volstrekt niet aan deze eisen. De partijen hebben noch verklaard met welke partners Kirch onderhandeld heeft, noch waarom de onderhandelingen zonder resultaat zijn gebleven. Met name hebben zij niet bewezen dat de onderhandelingen zijn mislukt wegens het ontoereikende abonneebestand van DF1 en omdat de inkomsten met het oog op de bij een deelneming over te nemen verliezen waarschijnlijk te gering waren. Het kan daarom niet worden uitgesloten dat onderhandelingen tussen Kirch en belangstellende derden op niets zijn uitgelopen, omdat Kirch in het verleden niet bereid was af te zien van een meerderheidsdeelneming in DF1. Nu Kirch, zoals uit het aangemelde concentratievoornemen blijkt, wel bereid is met gemeenschappelijke zeggenschap genoeg te nemen, zouden onderhandelingen met belangstellende derden op basis van een 50/50-deelneming zeker succes kunnen hebben. Gezien het bovenstaande is volgens de Commissie niet voldoende bewezen dat de verwerving van DF1 als geheel of van wezenlijke delen daarvan door andere ondernemingen dan Premiere kan worden uitgesloten.

(76) De partijen hebben derhalve geen van de drie door de Commissie in de Kali+Salz-beschikking vastgestelde voorwaarden om een beroep te kunnen doen op het verweer inzake het ontbreken van een oorzakelijk verband, aangetoond. De voorgenomen concentratie veroorzaakt derhalve de monopolisering van Premiere op de markt voor betaaltelevisie en de daaruit voortvloeiende verslechtering van de mededingingsstructuur. Zelfs indien Kirch de exploitatie van DF1 inderdaad zou beëindigen,

⁽¹³⁾ Zie voetnoot 12.

zouden de negatieve gevolgen hiervan voor de mededinging minder groot zijn dan bij de totstandbrenging van de concentratie, omdat Kirch de activa van DF1 en de totale uitzendrechten voor de betaaltelevisie niet op Premiere zou overdragen. Tegen deze achtergrond zouden concurrerende aanbieders van betaaltelevisie de mogelijkheid hebben op basis van de uitzendrechten voor betaaltelevisie van Kirch de markt voor betaaltelevisie te betreden en de concurrentie met Premiere aan te gaan.

c) Onderlinge betrekkingen tussen betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie

1. Marktstructuur van vrij toegankelijke televisie

- (77) De markt voor vrij toegankelijke televisie in Duitsland wordt gekenmerkt door de publieke omroeporganisaties ARD en ZDF enerzijds en een groter aantal particuliere televisie-aanbieders anderzijds. Bij de particuliere programma's kunnen in hoofdzaak twee „zenderfamilies” worden onderscheiden. Allereerst zijn dit de zenders waarin CLT-UFA een deelneming heeft. Anderzijds zijn dit de zenders waarin Kirch een deelneming heeft of die om andere redenen tot de invloedssfeer van Kirch kunnen worden gerekend.

i) Deelnemingen van de partijen

- (78) CLT-UFA bezit de volgende deelnemingen in vrij toegankelijke televisiezenders in Duitsland:

RTL	89 %
RTL2	34,4 %
VOX	24,9 %
Super RTL	50 %.

Aangenomen moet worden dat CLT-UFA bij de zenders waarin zij een minderheidsdeelneming heeft, gezamenlijke zeggenschap uitoefent.

- (79) Kirch heeft de volgende deelnemingen in vrij toegankelijke televisiezenders in Duitsland:

SAT1	43 %
DSF	100 %.

(De voorgenomen verwerving van nog eens 16 % in SAT1 is bij de Duitse mededingingsautoriteit aangemeld.)

Ook hier moet worden aangenomen dat Kirch thans ten minste gezamenlijke zeggenschap over SAT1 uitoefent.

- (80) Bovendien bezit de heer Thomas Kirch, de zoon van de eigenaar van Kirch, de volgende deelnemingen:

PRO7	60 %
Kabel1	60 %.

Tussen PRO7 en Kirch bestaan er niet alleen relaties in de zin van familiebetrekkingen tussen de huidige eigenaars respectievelijk grootste aandeelhouders. Er zijn ook jarenlange zakelijke betrekkingen, aangezien PRO7 naar schatting tot [40-60 %] van zijn programmabehoeft van Kirch betreft.

ii) Kijkersaandelen

- (81) De Duitse zenders met vrije toegang hadden in 1996 de volgende kijkersaandelen:

Publieke omroepen:

ARD (eerste programma)	14,8 %
ARD (derde programma)	10,1 %
ZDF	14,4 %
Totaal	39,3 %.

Zenders in de invloedssfeer van CLT-UFA:

RTL	17,0 %
RTL2	4,5 %
VOX	3,6 %
Super RTL	2,1 %
Totaal	27,2 %.

Zenders in de invloedssfeer van Kirch:

SAT1	13,2 %
PRO7	9,5 %
Kabel1	3,6 %
DSF	1,3 %
Totaal	27,6 %

Overige zenders 5,9 %.

- (82) De publieke zenders trekken derhalve ongeveer 40 % van het aantal kijkers en de particuliere zenders ongeveer 60 %. Het bereik van de particuliere zenders is bijna volledig verdeeld tussen de beide zenderfamilies CLT-UFA en Kirch, die derhalve een even sterke positie innemen.

iii) Marktaandelen op de televisiereclamemarkt

- (83) Op de Duitse markt voor televisiereclame hebben de verschillende zenders volgens de gegevens van de partijen op basis van de brutoreclameomzet de volgende marktaandelen bereikt:

Publieke omroepen:

ARD (totaal)	4,4 %
ZDF	4,4 %
Totaal	8,8 %.

Zenders in de invloedssfeer van CLT-UFA:

RTL	29,9 %
RTL2	5,5 %
VOX	2,8 %
Super RTL	1,0 %
Totaal	39,2 %.

Zenders in de invloedssfeer van Kirch:

SAT1	24,1 %
PRO7	21,8 %
Kabel1	3,0 %
DSF	1,8 %
Totaal	50,7 %

Overige zenders 1,3 %.

(Een overzicht van marktaandelen op basis van de nettoreclame-inkomsten levert, afgezien van enkele geringe afwijkingen, hetzelfde beeld op.)

2. *Verdere versterking van de machtspositie van Premiere in de betaaltelevisiesector*

(84) Deze verdeling van marktaandelen geeft voor de publieke omroepen een volledig ander beeld dan bij de kijkerspercentages. Terwijl het aantal kijkers van de publieke omroepen circa 40 % bedraagt, ligt hun marktaandeel wat de televisiereclame betreft onder de 10 %. De oorzaak van dit verschijnsel zou vooral zijn dat de publieke omroepen op grond van mediarechtelijke voorschriften slechts over 20 minuten reclamezendtijd per dag beschikken en dit vóór 20.00 uur. De particuliere omroepen mogen daarentegen tot 15 % van de dagelijkse zendtijd met reclame vullen. Zij kunnen met name ook in de „prime time” na 20.00 uur reclameboodschappen uitzenden.

(85) De publieke omroepen worden derhalve voornamelijk uit omroepbijdragen gefinancierd, die ongeveer 7 miljard DEM per jaar bedragen. Dit bedrag komt ongeveer overeen met de nettoreclameomzet die in 1996 door alle televisieaanbieders tezamen op de Duitse televisiereclamemarkt werd behaald.

(86) De beide zenderfamilies van CLT-UA en Kirch nemen samen ongeveer 90 % van alle reclame-inkomsten in het Duitse televisiebedrijf voor hun rekening, waarbij de positie van Kirch met ongeveer 50 % iets sterker is dan die van CLT-UFA met ongeveer 40 %. Marktleider RTL ontvangt het hoogste bedrag aan reclame-inkomsten, evenals de zenders SAT1 en PRO7. Deze drie zenders hebben tezamen een marktaandeel van 76 %.

(87) Betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie vormen, zoals reeds is uiteengezet, twee onderscheiden markten. Toch bestaat er een correlatie tussen deze markten. Hoe frequenter en aantrekkelijker het programma-aanbod van de vrije zenders is, des te geringer is de prikkel voor de kijkers om zich op betaaltelevisie te abonneren. Dit verband wordt aangetoond door de in vergelijking met Frankrijk of het Verenigd Koninkrijk trage ontwikkeling van de betaaltelevisie in Duitsland, die in de eerste plaats aan het veelzijdigere aanbod van de vrij toegankelijke televisie in Duitsland moet worden toegeschreven.

(88) De aantrekkelijkheid van een zender hangt in hoofdzaak af van de programmarechten waarover hij beschikt. Wanneer een aanbieder een leidende positie in betaaltelevisie en in vrij toegankelijke televisie heeft en daarnaast de voornaamste programmarechten voor vrije televisie en betaaltelevisie in handen heeft, is hij in staat de onderlinge betrekkingen tussen vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie te manipuleren. Na de voorgenoemde concentratie zullen CLT-UFA en Kirch zich in een dergelijke positie bevinden.

i) Verwacht kan worden dat CLT-UFA en Kirch op een gegeven moment zullen streven naar een gecombineerde aankoop van de rechten voor betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie

(89) De partijen hebben tijdens de procedure verklaard dat de aankoop van betaaltelevisie- en vrij-toegankelijketelevisierechten in beginsel gescheiden plaatsvindt. Terwijl Premiere bevoegd is voor de aankoop van betaaltelevisierechten, is de aankoopactiviteit van CLT-UFA en Kirch op het gebied van de vrij toegankelijke televisie beperkt. Slechts in uitzonderingsgevallen worden betaaltelevisie- en vrij-toegankelijketelevisierechten door een van de deelnemende partijen tezamen aangekocht.

(90) Na een persbericht waarin, onder verwijzing naar interne documenten van Bertelsmann, melding werd gemaakt van een voorgenomen coördinatie van betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie, heeft Bertelsmann haar oorspronkelijke mededelingen gewijzigd. In een officiële verklaring gaf Bertelsmann toe dat een samenwerking tussen de vrij toegankelijke televisiezenders waarin CLT-UFA deelneemt, en Premiere werd nagestreefd omdat dit als een zinvolle bedrijfsstrategie werd beschouwd. Dit gold ook voor de aankoop van rechten. Enige

tijd later zette ook de heer Dornemann, lid van het bestuur van Bertelsmann en belast met de televisieactiviteiten, in een interview ⁽¹⁴⁾ de voordelen van een gecombineerde aankoop van rechten voor vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie uiteen.

(91) Een gecoördineerd optreden van CLT-UFA en Premiere bij de aankoop van programmarechten lijkt inderdaad de vanuit zakelijk oogpunt meest waarschijnlijke strategie. CLT-UFA beschikt met Premiere en de vrij toegankelijke televisiezenders van haar zenderfamilie over het gehele assortiment programmarechten, dat wil zeggen eerste uitzending van pay-per-view-programma's, betaaltelevisieprogramma's, eerste en heruitzending van vrij toegankelijke televisieprogramma's. Het ligt voor de hand vervolgens de rechten voor het gehele uitzendassortiment te verwerven. Daarmee kan CLT-UFA een strategisch optimaal gebruik van de rechten maken. Zo kunnen bijvoorbeeld de rechten op sportuitzendingen zo worden gebruikt, dat de belangrijkste evenementen via betaaltelevisie worden uitgezonden (bijv. finales van voetbalkampioenschappen), terwijl minder belangrijke gebeurtenissen via de vrij toegankelijke televisie te zien zijn. Bij filmrechten kan bijvoorbeeld het tijdsverschil tussen de uitzending via betaaltelevisie en de „windows” voor een eerste en heruitzending via vrij toegankelijke televisie als algemeen geldende strategie worden aangehouden.

(92) Wel is het zo dat tegenwoordig in het bijzonder filmrechten van de grote Hollywood-studio's slechts gedeeltelijk in een alle uitzendfasen omvatend rechtenpakket worden verkocht. Dit kan evenwel veranderen wanneer zich gegadigden aanbieden die het gehele assortiment kunnen verwerven. Bovendien kan de grote vraag als gevolg van de combinatie van de aanzienlijke programma-behoefte van een digitaal Premiere-pakket met de vrij toegankelijke televisiezenders van CLT-UFA de aanbieders van de rechten ertoe brengen pakketten voor zowel betaaltelevisie als vrij toegankelijke televisie te verkopen.

(93) De mededelingen van Bertelsmann betreffende een gecombineerde aankoop van betaaltelevisie- en vrij-toegankelijketelevisierechten lijken derhalve plausibel; er is dan ook geen reden waarom Kirch niet dezelfde strategie zou volgen. Kirch beschikt even-

als CLT-UFA over een zenderfamilie en zal, als andere aandeelhouder van Premiere met zeggenschap, na de concentratie het enige betaaltelevisieplatform in Duitsland in handen hebben. Verwacht kan daarom worden, dat ook Kirch zal aansturen op een gecombineerde aankoop van rechten voor betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie.

(94) De prijs voor betaaltelevisierechten wordt gewoonlijk op basis van het aantal abonnees bepaald, waarbij een zeker aantal als minimum wordt aangehouden. Wanneer het aantal abonnees van Premiere stijgt, neemt derhalve ook het economisch gewicht van de betaaltelevisierechten ten opzichte van de rechten voor vrij toegankelijke televisie toe. Tegelijkertijd neemt ook het strategisch belang van deze rechten toe voor de totale televisieactiviteiten van CLT-UFA en Kirch. Omdat Premiere evenwel door CLT-UFA en Kirch gezamenlijk wordt geëxploiteerd, zou het nauwelijks zinvol zijn als CLT-UFA en Kirch de rechten voor betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie nog gescheiden zouden aankopen, wanneer het betaaltelevisiebedrijf ten opzichte van de vrij toegankelijke televisie gestaag in betekenis toeneemt. Dit is echter, althans volgens het bedrijfsplan voor Premiere, dat in de consortiumovereenkomst werd opgenomen, het geval. Volgens dit plan moet de netto-omzet van Premiere [. . .].

ii) CLT-UFA en Kirch kunnen via hun vrij toegankelijke televisiezenders programmastrategieën ten uitvoer leggen om betaaltelevisieabonnees voor Premiere Digital te werven

(95) De partijen hebben bij herhaling verklaard dat de uitbouw van Premiere tot platform voor digitale betaaltelevisie zeer aanzienlijke investeringen vergt. In het reeds genoemde interview met de „Süddeutsche Zeitung” ⁽¹⁵⁾ noemde het lid van bestuur van Bertelsmann, de heer Dornemann, een investeringsbedrag tot het jaar 2007 van 13,5 miljard DEM en aanloopverliezen van 2,5 miljard DEM. Het ligt voor de hand dat het voor CLT-UFA en Kirch van wezenlijk belang is een maximale stijging van het abonneebestand van Premiere tot stand te brengen. Gezien de genoemde onderlinge betrekkingen tussen betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie kan

⁽¹⁴⁾ Süddeutsche Zeitung van 25 februari 1998, blz. 2.

⁽¹⁵⁾ Zie voetnoot 14.

een onderlinge afstemming van de programma-samenstelling bij Premiere en de vrij toegankelijke zenderfamilies van CLT-UFA en Kirch een belangrijke bijdrage leveren om dit doel te bereiken.

- (96) Dit betreft allereerst een complementaire programmering van Premiere en de vrij toegankelijke televisiezenders. Zo kan bijvoorbeeld, zoals reeds is opgemerkt, de uitzending van sportevenementen zo worden afgestemd, dat eerst met minder belangrijke evenementen via de vrije televisie de belangstelling van de kijkers wordt gewekt (bijv. voorrondes in het voetbal), om vervolgens de hoogtepunten (eindrondes) via betaaltelevisie of pay-per-view uit te zenden. Wat de televisieactiviteiten van Bertelsmann betreft, is een dergelijke complementaire programmering na de concentratie in 1997 van CLT en UFA gemakkelijker geworden. Voortaan zijn immers alle televisieactiviteiten onder de koepel van CLT-UFA samengebracht, die thans een meerderheidsdeelneming in de belangrijkste vrij toegankelijke zender RTL heeft.

- (97) Bovendien hebben CLT-UFA en Kirch er althans op middellange termijn — bij een toenemende betekenis van betaaltelevisie — belang bij de aantrekkelijkheid van vrij toegankelijke televisiezenders te beperken om zoveel mogelijk kijkers over te halen een abonnement op betaaltelevisie te nemen. Een dergelijke strategie zou normaal het risico meebrengen dat een toename van het aantal abonnees met een verlies aan reclame-inkomsten moet worden betaald. Dit risico is echter in dit geval gering. Zoals hierboven uiteengezet, is het bereik van de particuliere vrij toegankelijke zenders vrijwel volledig verdeeld tussen de twee zenderfamilies van CLT-UFA en Kirch (samen ongeveer 92 % van de kijkersaandelen in particuliere televisieomroepen). Een gerichte strategie van CLT-UFA en Kirch om de aantrekkelijkheid van de vrij toegankelijke televisie te verminderen zou daarom uitsluitend tot een daling van reclame-inkomsten bij de publieke omroep leiden. Aangezien deze zenders echter door de hun opgelegde beperkingen hun reclametijd niet mogen uitbreiden en met name gedurende „prime time” geen reclame mogen uitzenden, is de mogelijkheid om reclameopbrengsten van de publieke omroepen te verminderen uiterst beperkt.

- (98) Bij een gezamenlijk nagestreefde vermindering van de aantrekkelijkheid van de vrij toegankelijke zen-

ders door CLT-UFA en Kirch is een aanzienlijk verlies aan reclame-inkomsten derhalve slechts te verwachten wanneer het bedrijfsleven bij teruglopende kijkersaantallen hun voor reclame uitgetrokken middelen in aanzienlijke mate op andere media, en vooral op de gedrukte pers, gaan richten. Dit zal evenwel slechts in geval van een dramatische terugloop van het aantal kijkers gebeuren. Het aantal minuten per dag dat naar particuliere zenders in Duitsland wordt gekeken, is tussen 1993 en 1996 met ongeveer 15 % toegenomen. In dezelfde periode is de reclameomzet in bedragen van 1993 met 35 % gestegen. Hieruit blijkt dat de kijkersaantallen en de intensiteit van de televisiereclame niet noodzakelijkerwijs evenredig zijn. Bovendien moet in aanmerking worden genomen dat een verlies aan reclame-inkomsten bij CLT-UFA en Kirch door winst in de lucratievere betaaltelevisie wordt gecompenseerd.

3. Conclusie

- (99) De te verwachten gecombineerde verwerving van rechten voor betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie en de te verwachten complementaire programmering leiden tot een verdere versterking van de machtspositie van Premiere op de markt voor betaaltelevisie.

d) Conclusie

- (100) Gezien het voorafgaande kan worden verwacht dat de voorgenomen concentratie tot een duurzame machtspositie van Premiere op de markt van betaaltelevisie in Duitsland leidt. De te verwachten gecombineerde verwerving van rechten voor betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie en de eveneens voorzienbare complementaire programmering leiden tot een verdere versterking van de machtspositie van Premiere op de markt voor betaaltelevisie.
- (101) Ook zou een duurzame machtspositie van Premiere kunnen worden verwacht indien wordt uitgegaan van één markt voor betaaltelevisie, die het gehele Duitse taalgebied omvat. Daarvoor gelden in wezen dezelfde opmerkingen als voor de Duitse markt. Er bestaat wel een verschil in die zin dat in bijvoorbeeld Oostenrijk — anders dan in Duitsland — de kabelnetten uitsluitend in handen van particuliere bedrijven zijn. Terwijl in Duitsland door de versplintering van het Duitse kabeltelevisiebedrijf en de positie van Telekom als vrijwel enige exploitant van de aansluitnetten van netniveau 3, particuliere kabelnetexploitanten los van de kwestie van de toegang tot aantrekkelijke programma's geen alternatief programmaplatform kunnen aanbieden

waarmee zij met Premiere kunnen concurreren, zouden in Oostenrijk althans de grotere particuliere kabelnetexploitanten theoretisch een tot hun gebied beperkt alternatief programmaplatform kunnen oprichten. Omdat Premiere in Duitsland echter Telekom heeft overgehaald tot het invoeren van het door Premiere gewenste transportmodel in het kabelsegment, kan worden verwacht dat Premiere ook in het overige Duitse taalgebied de verkoop van haar programma's door de kabelnetexploitanten zal weigeren. Dit blijkt reeds uit de strategie van Premiere tot dusver bij haar analoge programma. Premiere heeft bijvoorbeeld tot nu toe in Oostenrijk niet toegestemd in een rechtstreekse verkoop van haar programma door de kabelnetexploitanten. In het najaar van 1997 liet Premiere weliswaar de eis vallen om haar programma's zelf op de markt te brengen en toonde zij zich bereid de verkoop van het analoge Premiere-programma aan een grote Oostenrijkse kabelnetexploitant over te laten. Kort voor het sluiten van de overeenkomst trok Premiere dit aanbod echter in. Dientengevolge kan worden verwacht dat Premiere na de concentratie ook in het Duitse taalgebied het enige programma- en afzetplatform is en blijft, omdat geen andere onderneming over de benodigde program-mavoorraad beschikt voor het opzetten van een programmaplatform en Bertelsmann en Kirch de decoderinfrastructuur beheersen.

3. Markt voor technische diensten op het gebied van betaaltelevisie

a) Monopolie van BetaDigital en Telekom

(102) Door de concentratie zal BetaDigital een duurzame monopoliepositie voor technische diensten op het gebied van satelliettelevisie verwerven. Als gevolg van de parallelle concentratie van Deutsche Telekom/BetaResearch zal Telekom een monopoliepositie verwerven voor de toegangscontrole in het kabelsegment.

(103) BetaDigital is thans reeds de enige aanbieder van technische diensten voor digitale signaaldoorgifte via de satelliet. Weliswaar zal volgens de partijen ook Bertelsmann via de Cologne Broadcasting Center GmbH in beperkte mate technische diensten voor betaaltelevisie verrichten. De partijen hebben evenwel geen nadere mededelingen over deze activiteiten gedaan.

(104) Ook Telekom zal na de concentratie de enige aanbieder van technische diensten inzake digitale

signaaldoorgifte via het kabelnet zijn. CLT-UFA, Kirch en Telekom hebben in de overeenkomst betreffende de herstructurering van BetaResearch afgesproken dat Telekom bij het verrichten van technische diensten voor de doorgifte van digitale televisieprogramma's via haar breedbandkabelnet uitsluitend gebruik zal maken van de Beta-toegangstechniek op basis van de d-box-decoder.

b) Duurzaamheid van de machtspositie

(105) BetaDigital zal op de markt voor technische diensten voor de digitale doorgifte van gegevens in het Duitse taalgebied althans wat de satellietdoorgifte betreft een duurzame monopoliepositie verwerven. Ook wat de kabelnetexploitatie betreft, valt te verwachten dat Telekom de enige aanbieder van technische diensten voor de doorgifte van betaaltelevisie via de kabel in Duitsland zal blijven en als zodanig ook een duurzame monopoliepositie zal krijgen. Deze beoordeling berust op de volgende overwegingen.

i) *Door de concentratie wordt de d-box-techniek feitelijk de digitale standaard in het Duitse taalgebied*

(106) Het aanbieden van betaaltelevisie vergt een speciale technische infrastructuur. Deze kan ofwel door de aanbieder van de betaaltelevisie ofwel ook door derden, en in de eerste plaats kabelnetexploitanten, worden opgezet. Gezien de structuur van het kabelnet in Duitsland zijn particuliere kabelnetexploitanten alleen niet in staat de technische infrastructuur voor de doorgifte van betaaltelevisie te leveren. Dit komt doordat hun „kabeleilandjes” meestal te klein zijn om de lasten voor de investeringen te rechtvaardigen die nodig zijn voor een eigen toegangscontrole en alternatieve decoders voor betaaltelevisie. Bovendien controleren de particuliere kabelnetexploitanten slechts gedeelten van de bij de uitbreiding van kabeltelevisie betrokken netniveaus 3 en 4. Op netniveau 3, dat het net vanaf het „kopstation”, waar het digitale programmasignaal wordt ontvangen en in het kabelnet wordt ingevoerd, tot de grenzen van het plaatselijke net van het desbetreffende pand omvat, is verreweg het grootste deel van het kabelnet van Telekom. Daarom kunnen particuliere kabelnetexploitanten een alternatieve technische infrastructuur voor de doorgifte van betaaltelevisie hoe dan ook slechts tot stand brengen indien Telekom hierbij wordt betrokken.

(107) Na de concentratie zal Premiere digitale televisie uitzenden op basis van de d-box-techniek en de

d-box-decoder. Telekom zal technische diensten voor betaaltelevisie via de kabel op basis van de Beta-toegangstechniek en de d-box-decoder aanbieden. Daarmee hebben de ondernemingen die elk afzonderlijk in staat zouden zijn om een infrastructuur voor digitale televisie tot stand te brengen en dienovereenkomstige diensten te verrichten, zich op de Beta-toegangstechniek op basis van de d-box-decoder vastgelegd. Er moet derhalve van worden uitgegaan dat er in het Duitse taalgebied in de afzienbare toekomst geen alternatief technisch platform voor digitale televisie zal zijn.

ii) *De monopoliepositie van Premiere als programmaplatform verhindert voor lange tijd de invoering van een andere technologie*

(108) De installatie van een alternatieve technische infrastructuur voor de doorgifte van betaaltelevisie maakt omvangrijke investeringen noodzakelijk. Deze kunnen echter door andere potentiële aanbieders slechts worden opgebracht indien er dienovereenkomstige kansen bestaan om de markt te penetreren. Voorwaarde hiervoor is dat zich in Duitsland nog een aanbieder van betaaltelevisie kan vestigen. Deze zou ofwel zelf een eigen technisch platform op basis van een alternatieve toegangstechniek tot stand moeten brengen of derde aanbieders de mogelijkheid moeten geven een technische infrastructuur op te bouwen. Zoals echter reeds is uiteengezet, is de markttoegang van een andere aanbieder van betaaltelevisie, gezien de gevestigde positie van Premiere wat het abonnebestand en in het bijzonder de programmavoorraad betreft, niet waarschijnlijk.

(109) Bovendien kan een alternatieve toegangs- en decodertechniek zich hoe dan ook slechts op het gebied van de doorgifte via de satelliet ontwikkelen daar CLT-UFA, Kirch en Telekom in de herstructureringsovereenkomst hebben afgesproken dat Telekom bij de verrichting van technische diensten voor de doorgifte van digitale tv-programma's via haar breedbandkabel uitsluitend gebruik zal maken van de Beta-toegangstechniek op basis van de d-box-decoder. Daardoor zal iedere potentiële aanbieder van betaaltelevisie en iedere andere potentiële aanbieder van toegangscontrolediensten met betrekking tot de Telekom-kabels gedwongen zijn via Telekom ook gebruik te maken van de Beta-toegangstechniek en de d-box-decoder.

iii) *Elke potentiële aanbieder van toegangscontrolediensten zal afhankelijk zijn van het licentiebeleid van BetaResearch*

(110) BetaResearch is de licentiegever van het toegangscontrolesysteem dat in de d-box is gebruikt. Om

veiligheidsredenen werd, zoals de partijen hebben opgemerkt, een ingebouwd toegangscontrolesysteem ontwikkeld. Ook andere betaal-TV-aanbieders die reeds ervaring hebben op de betaaltelevisiemarkt, onder meer Canal+ en BSkyB, kiezen voor een ingebouwd toegangscontrolesysteem, omdat het naar verluidt een betere beveiliging biedt bij de gegevensoverdracht. In overeenstemming met de DVB-norm zijn er twee mogelijkheden om te vermijden dat een kijker die betaaltelevisie met verschillende CA-systemen ontvangt meer decoders moet gebruiken, meer bepaald de simulcryptmethode en de zogenoemde common interface, hierna „CI” genoemd.

(111) De CI-methode biedt de mogelijkheid totaal verschillende toegangscontrolesystemen te gebruiken in dezelfde decoder, zodat elke aanbieder van betaaltelevisie en desbetreffende diensten de toegangscontrole kan verrichten via het voorhanden zijnde decoderbestand. In tegenstelling tot de simulcryptmethode behoeft geen overeenkomst te worden gesloten met diegene die de decoders geïnstalleerd heeft, met het oog op aansluiting van dit toegangscontrolesysteem op het ingebouwde toegangscontrolesysteem van de decoders. Bij gebruik van een ingebouwd toegangscontrolesysteem is het van belang dat een niet-discriminerende toegang tot dit systeem is gegarandeerd. Dit houdt volgens de Commissie in dat diegene die de decodertechnologie in licentie geeft, in staat moet zijn onafhankelijk van een programma-aanbieder bedrijfsbeslissingen te nemen. In deze zaak wordt aan die onafhankelijkheid getwijfeld. BetaResearch is immers voornamelijk in handen van ondernemingen die als programma-aanbieders eigen belangen hebben.

(112) Aangezien alle daadwerkelijke en potentiële aanbieders in het segment digitale betaal-TV en Telekom als aanbieder van technische diensten in het kabelsegment gekozen hebben voor de Beta-toegangstechniek en de d-box-decoder, is het uitgesloten dat in Duitsland een alternatief decoderbestand kan worden geïnstalleerd. Elke potentiële andere aanbieder van toegangscontrolediensten zal derhalve ook de d-box-decoder moeten gebruiken. De d-box werkt met een ingebouwd versleutelingssysteem dat door BetaResearch is ontwikkeld. Potentiële aanbieders van technische diensten ten behoeve van betaaltelevisie zijn derhalve eveneens aangewezen op een door BetaResearch verleende licentie inzake Beta-toegangstechniek. Dit geldt zowel voor doorgifte via de satelliet als voor doorgifte via de kabel. BetaResearch heeft er evenwel economisch geen belang bij dat BetaDigital of haar

medeaandeelhouder Telekom aan concurrentie wordt blootgesteld op de markt van de technische diensten ten behoeve van betaaltelevisie die betrekking hebben op de toegangscontrole in het satelliet- en kabelsegment. BetaResearch zal via haar licentiebeleid kunnen beletten dat andere dienstenaanbieders de markt betreden.

iv) *De controle over de decoderinfrastructuur geeft Bertelsmann/Kirch controle over de mogelijke toepassingen die via de d-box verlopen*

(113) Via een applicatieprogramma-interface, hierna „API” genoemd, kunnen derden die de d-box willen gebruiken, toegang krijgen tot het operating system van de decoder. Een typisch voorbeeld hiervan is de elektronische programmagids die de beschikbare programma's als een soort menu op het scherm laat zien. Momenteel beschikt de d-box nog niet over een openbare versie van de interface van het bedrijfsoperating systeem. Dit betekent dat derden die de d-box willen gebruiken voor eigen toepassingen, ertoe gedwongen zijn hun toepassingen door BetaResearch in de source-code van het operating system te laten invoeren.

(114) Volgens de partijen zal BetaResearch een API voor de d-box ontwikkelen en uiterlijk eind 1998 beschikbaar stellen. Momenteel zijn er nog geen gegevens bekend over het licentiebeleid en met name niet over de licentievergoedingen voor het gebruik van de API. Derhalve kan op dit ogenblik evenmin worden onderzocht of de API van BetaResearch beschikbaar zal worden gesteld tegen redelijke marktvoorwaarden die vergelijkbaar zijn met de voorwaarden die gelden voor API's van andere aanbieders, bijvoorbeeld OpenTV en MediaHighway. Er kan evenwel van worden uitgegaan dat de API wegens de korte tijd die verstreken is sinds de invoering van de d-box op de markt, slechts een gering aantal functies zal hebben. Deze inschatting is gebaseerd op het feit dat andere aanbieders hun API sinds de invoering ervan voortdurend hebben verbeterd om een volledige benutting van de gehele decodertechnologie te garanderen en aldus de weg te banen voor de ontwikkeling van geavanceerde toepassingen.

(115) Volgens de partijen verschaft de API van de d-box twee mogelijkheden om toepassingen te ontwikkelen. In het eerste geval wordt de toepassing tot stand gebracht via de API-functies, dat wil zeggen dat de toepassing rechtstreeks op API-niveau wordt verricht („native applications”). Een dergelijke toepassing kan slechts in de d-box worden verricht.

Zij kan niet worden verricht in andere systemen. In het tweede geval wordt er een „virtual machine”, hierna „VM” genoemd, op de API gemonteerd, die de API-specifieke functies omzet in API-onafhankelijke functies. Dit biedt de mogelijkheid onafhankelijk van de API toepassingen te ontwikkelen en te verrichten. De partijen hebben aangevoerd dat de werkzaamheden binnen de DVB aan de specificaties van een gestandaardiseerde API, die als een VM werkt, naar verwachting medio 1998 zullen zijn beëindigd. BetaResearch zal vervolgens kunnen beginnen met de productontwikkeling, die nog eens zes tot negen maanden in beslag zal nemen.

(116) Zolang er nog geen gestandaardiseerde API is, zal de API van de d-box uitsluitend ingebouwde toepassingen kunnen aanbieden, hetgeen inhoudt dat men een licentie op de API moet hebben om een toepassing te kunnen ontwikkelen. De partijen betogen voorts dat de toekomstige API zal kunnen worden uitgebreid met verschillende functies indien de licentienemers dit wensen. In dat geval zullen de licentienemers evenwel gedwongen zijn, uitvoerige inlichtingen te verstrekken over de reden waarom en de wijze waarop een bepaalde functie beschikbaar zou moeten worden gesteld. Vervolgens bepaalt BetaResearch of de bedoelde functie tot stand wordt gebracht. Er moet worden aangenomen dat er slechts functies tot stand zullen worden gebracht die in het belang zijn van BetaResearch, dat wil zeggen van de eigenaars. De ontwikkeling van nieuwe functies brengt kosten mee, die geheel of gedeeltelijk door de licentienemer worden gedragen. De licentienemers hebben geen keuze aangezien alleen BetaResearch een licentie voor de API van de d-box kan verstrekken. Bovendien heeft de licentienemer geen enkele invloed op een vlotte verrichting van de ontwikkelingswerkzaamheden bij BetaResearch. In dit verband is het reeds de vraag of BetaResearch voldoende capaciteit zal reserveren voor ontwikkelingsactiviteiten voor licentienemers. BetaResearch zal immers vooral moeten letten op de respectieve termijnen voor het vrijgeven van nieuwe API-versies en haar capaciteit daarvoor inzetten en niet voor de vlotte uitvoering van bijkomende ontwikkelingsactiviteiten voor licentienemers, die met Premiere concurreren.

(117) Bovendien zal de API van de d-box in vergelijking met de andere systemen die reeds op de markt zijn, voorlopig geen bijkomende programmeringshulp of -werktuigen bieden waarmee men zelf of derden gemakkelijker, sneller en goedkoper geavanceerde toepassingen kan (kunnen) ontwikkelen. Dit betekent dat de licentienemers gedwongen zijn alle

werkzaamheden in verband met de ontwikkeling van toepassingen te laten verrichten door BetaResearch, die als enige in staat is de geavanceerde ontwikkelingswerkzaamheden te verrichten. Wegens de ermee gepaard gaande kosten en het gebrek aan kennis van de API van de d-box is het uitgesloten dat een licentienemer zelf een toepassing zou kunnen ontwikkelen.

c) Conclusie

(118) Om bovengenoemde redenen kan worden aangenomen dat de voorgenomen concentratie een duurzame machtspositie in het leven zal roepen ten gunste van BetaDigital op de markt van technische diensten ten behoeve van betaaltelevisie in het satellietsegment. Rekening houdend met het feit dat Bertelsmann en Kirch de decoderinfrastructuur in handen hebben, mag worden verwacht dat de voorgenomen concentratie de machtspositie van Premiere op de betaaltelevisiemarkt zal versterken. De machtspositie van Premiere op de betaaltelevisiemarkt zal bovendien de machtspositie van BetaDigital op de markt van de technische diensten voor satellietbetaaltelevisie in het Duitstalige gebied versterken. Wanneer de totale markt van technische diensten ten behoeve van via de satelliet of via de kabel doorgegeven betaaltelevisie als uitgangspunt wordt genomen, zal de aangemelde concentratie in samenhang met de parallelle concentratie tussen Duitse Telekom en BetaResearch tot gevolg hebben dat in het Duitstalige gebied een duopolie met een machtspositie in het leven wordt geroepen. BetaDigital noch Telekom zal op deze markt aan substantiële concurrentie worden blootgesteld. In het licht van de gemeenschappelijke technologie en de gezamenlijke zeggenschap die zij over BetaResearch uitoefenen, kan evenmin worden aangenomen dat er tussen BetaDigital en Telekom enige concurrentie zal zijn.

VI. DE ONTWIKKELING VAN DE TECHNISCHE OF ECONOMISCHE VOORUITGANG

(119) De partijen hebben betoogd dat de infrastructuur die noodzakelijk is voor een geslaagde invoering van digitale televisie slechts tot stand kan worden gebracht wanneer de middelen van Bertelsmann en Kirch worden verenigd. De opbouw van een decoderbestand zou ongeveer [500-1 000] DEM per aangesloten huishouden kosten, hetgeen bij de verwachte [3-10] miljoen abonnees resulteert in [1,5-10] miljard DEM over tien jaar. Daarbij komen aanvullende investeringen ten bedrage van [50-300] miljoen DEM voor de ontwikkeling van de digitale zendcentrale en de techniek inzake voorwaardelijke toegang. Ten slotte moeten in de komende jaren

verschillende miljarden DEM worden geïnvesteerd in programma's. Slechts wanneer die digitale infrastructuur tot stand is gebracht via de investeringen van de partijen, zullen derden tegen relatief geringe kosten alle mogelijke aanvullende diensten kunnen leveren, voornamelijk omdat de uitbreiding van digitale betaaltelevisie de terughoudendheid van de kijkers om een abonnement te nemen zal doen afnemen.

(120) Aan de beweringen van de partijen kan op verschillende concrete punten worden getwijfeld. Het is mogelijkerwijze juist dat de kijkers in elk geval in de eerste jaren na de invoering van digitale televisie de noodzakelijke decoders eerder zullen leasen dan kopen. In een dergelijk geval moeten die decoders worden gefinancierd. De hiermee gepaard gaande kosten kunnen evenwel geenszins zo hoog oplopen als door de partijen is beweerd. De huur van een d-box bedraagt thans ongeveer [10-30] DEM. In bijlage 2 c bij de overeenkomst tussen CLT-UFA en Taurus wordt de gemiddelde prijs voor de aanschaf van een d-box van Nokia in de periode van augustus 1995 tot december 1999 op ongeveer [400-1 000] DEM geraamd. Bij een maandelijkse huur van [10-30] DEM ([100-400] DEM per jaar) zou de te financieren inkoopprijs derhalve reeds na [1-5] jaar zijn afgelost. Alleen in die periode wordt daarvoor rente betaald, die met het toenemende aantal verhuurde apparaten afneemt. Na [1-5] jaar levert de verhuur van een decoder winst op. Dit is in overeenstemming met het bedrijfsplan van Premiere van 7 november 1997 [...]. In dit bedrijfsplan is in de rubriek decoderfinanciering voor 1998 een bedrag van [100-200] miljoen DEM vermeld, dat in de periode tot het jaar 2002 daalt tot [10-30] miljoen DEM. De uitgaven in de gehele periode van vijf jaar bedragen aldus [200-500] miljoen DEM, uitgaande van [2-5] miljoen abonnees. Kennelijk hebben de partijen bij hun berekening van de kosten van het decoderbestand geen rekening gehouden met de huurinkomsten. Onder alle omstandigheden zijn de kosten niet zo hoog als door de partijen is aangegeven.

(121) Volgens de partijen zijn alleen Bertelsmann en Kirch samen in staat om een aantrekkelijk programma-aanbod te verwezenlijken dat kan zorgen voor de doorbraak van digitale televisie, maar hun bewering wordt niet verder gestaafd. Deze bewering kan juist zijn wanneer Kirch alleen aan Premiere de toegang tot zijn programmamiddelen, met name de rechten op aantrekkelijke programma's, verleent en tegelijkertijd door dit blokkadebeleid in

financiële moeilijkheden komt wegens de aanzienlijke financiële verplichtingen als gevolg van de outputdeals die Kirch heeft gesloten. Een dergelijke situatie, die bestond voordat Bertelsmann en Kirch tot overeenstemming kwamen, hoeft evenwel niet te ontstaan.

- (122) Voorzover de partijen feitelijk bijdragen tot de verspreiding van digitale televisie door een digitale infrastructuur op te bouwen en gezamenlijk een aantrekkelijk programma aan te bieden, bewerkstelligen zij hierdoor, zoals hierboven uiteengezet, dat de toekomstige betaaltelevisiemarkt wordt afgeschermd en onder hun controle wordt gebracht. De concentratie sluit elke potentiële mededinging op deze markt uit. Voorzover de concentratie bijdraagt tot de verspreiding van digitale televisie en aldus de technische en economische vooruitgang ontwikkelt, is deze bijdrage volgens de concentratieverordening niet relevant. Dienaangaande moet erop worden gewezen dat het criterium inzake de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang dat is genoemd in artikel 2, lid 1, onder b), slechts geldt voorzover het geen belemmering vormt voor de mededinging. Daarenboven is het hoogst twijfelachtig of de concentratie feitelijk een positieve bijdrage zal leveren tot de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang. Aangezien de partijen de markt afschermen en controleren, kunnen andere potentiële aanbieders van digitale betaaltelevisie en multimediasdiensten niet vrijelijk en ongehinderd op deze markt opereren. Er valt te vrezen dat dit technische en economische belemmeringen voor de ontwikkeling van digitale televisie en andere digitale diensten zal opwerpen.

VII. DOOR DE PARTIJEN VOORGESTELDE VERBINTENISSEN

1. *Verbintenissen*

- (123) Bij schrijven van 28 april 1998 en 4 mei 1998 hebben de partijen een reeks verbintenissen voorgesteld om de bezwaren tegen de voorgenomen concentratie weg te nemen. Dit voorstel omvat met name de volgende punten:

a) **Programmarechten**

- (124) 25 % van de betaaltelevisierechten die Kirch en CLT-UFA bezitten uit hoofde van hun outputdeals met de Hollywood-studio's [...], wordt voor een bepaalde periode beschikbaar gesteld voor derden. De selectieprocedure vindt elk jaar plaats voor het tweede daaropvolgende jaar. Deze 25 % van de

output van een studio omvat steeds 25 % van de betaaltelevisierechten voor de categorieën [...]. De prijs van deze betaaltelevisierechten richt zich naar de met de Hollywood-studio's gesloten overeenkomsten, dat wil zeggen naar die welke de grootste aanbieder van betaaltelevisie in elke relevante markt hiervoor betaalt. De Hollywood-studio's zelf zijn als vragende partij van de selectieprocedure uitgesloten. Het aanbod van de selectie en toekenning van 25 % van de output overeenkomsten via betaaltelevisierechten geldt slechts zolang Premiere via haar betaaltelevisierechten toegang heeft tot vijf van de zeven outputdeals, dus ten hoogste tot 1 januari 2003.

b) **Opbouw van het programmapakket**

- (125) Premiere stelt haar programmaconcept in die zin open, dat zij ervan afziet het abonnement op het eigen basispakket als voorwaarde te stellen voor een abonnement op de film- en sportkanalen. Deze verplichting geldt zolang er nog geen tweede platform met een aantrekkelijk pakket op de markt gevestigd is en ten hoogste tot 1 januari 2003.

c) **Kabelexploitanten**

- (126) De partijen bij de concentratie zijn bereid bij de distributie samen te werken met de kabelexploitanten. Naast de werving van nieuwe klanten omvat deze samenwerking ook het verstrekken van inlichtingen en het verlenen van bijstand. De kabelexploitanten ontvangen voor hun werkzaamheden een gerede vergoeding.

d) **Betaaltelevisierechten en rechten op vrij toegankelijke televisie**

- (127) Premiere koopt de betaaltelevisierechten die zij nodig heeft zelf in en zal geen rechten op vrij toegankelijke televisie verwerven, zodat er geen bundeling van de inkoop van betaaltelevisierechten en van rechten op vrij toegankelijke televisie zal plaatsvinden via Premiere.

e) **BetaResearch**

- (128) Telekom zal een technisch deskundigencomité instellen, dat openstaat voor alle ondernemingen die werkzaam zijn op het gebied van digitale televisie. De aanbevelingen van dit comité zullen naar gelang van de reeds bestaande overeenkomsten

tussen Bertelsmann, Kirch, Telekom, ARD en ZDF worden overgenomen. De aandeelhouders van BetaResearch zijn bovendien bereid tot 25 % van het aandelenkapitaal via een tussenholding beschikbaar te stellen van derde ondernemingen. Aan deze 25 % zijn evenwel geen vetorechten verbonden. De bestaande vetorechten van Bertelsmann, Kirch en Telekom worden gehandhaafd. De leidende rol van Kirch bij met name de samenstelling van de raad van bestuur wordt door de partijen nogmaals beklemtoond.

- (129) BetaResearch zal elke afnemer die voor zichzelf of voor derden versleutelingsdiensten wil verrichten, op grond van een algemeen toegankelijke standaardovereenkomst op verzoek een CA-licentie (dwanglicentie) verlenen. Wanneer geen overeenstemming bestaat over de redelijkheid van de voorwaarden, met name met betrekking tot de licentievergoeding, zal een arbitrage-instantie hierover in laatste instantie een uitspraak doen.
- (130) BetaResearch verbindt zich ertoe tot eind 1998 de API-interface van het d-box-net, hierna „native API” genoemd, open te stellen en zich bij geschillen over de toekenning van licenties te onderwerpen aan de uitspraak van een arbitrage-instantie. Voorts verplicht BetaResearch zich ertoe de native API aan te vullen met de interface die door de DVB als standaard wordt gekozen, zodra deze keuze een feit is. Bovendien zal BetaResearch alle toekomstige DVB-standaarden overnemen.
- (131) BetaResearch zal elke geïnteresseerde fabrikant een productielicentie verlenen tegen standaardvoorwaarden en zich bij geschillen over deze voorwaarden onderwerpen aan de uitspraak van een arbitrage-instantie. Voorwaarde voor de introductie op de markt van de betrokken decoders is dat BetaResearch deze eerst onderwerpt aan een „technical verification test”. Na twee tot drie jaar kan deze certificering ook door onafhankelijke derden worden verricht.

f) BetaDigital

- (132) Ingeval derden een beroep willen doen op de diensten van BetaDigital en geen overeenstemming kan worden bereikt over de voorwaarden, onderwerpt BetaDigital zich aan het bindend oordeel van een arbitrage-instantie.

2. Beoordeling

a) Programmarechten

- (133) Het is onwaarschijnlijk dat een potentiële aanbieder van betaaltelevisie op basis van de aangeboden 25 % van de betaaltelevisierechten uit hoofde van de output deals tot de markt zal toetreden. Elke

derde moet zich immers schikken naar de prijs die ook voor Premiere geldt. Deze prijs is echter gebaseerd op het aantal abonnees van Premiere (met een gegarandeerd minimum), zodat een nieuwkomer een zeer groot risico op zich neemt, dat nog voortdurend zal toenemen met de verwachte snelle groei van het abonneestand van Premiere. Volgens de partijen zou een belangstellende derde binnen een bepaalde termijn in elk gegeven jaar moeten beslissen in welke mate hij rechten zal kopen voor het tweede daaropvolgende jaar. Deze derde kan derhalve ten vroegste voor het jaar 2000 rechten kopen. In dat jaar zal Premiere echter volgens het ondernemingsplan ongeveer [...] miljoen abonnees hebben, welk aantal de grondslag vormt voor de te berekenen prijs. De derde partij zou dan 2,3 miljoen dollar per film moeten betalen. In verband hiermee moet worden opgemerkt dat de Hollywood-studio's zelf als vragende partij (terugkoper) van de procedure zijn uitgesloten. Hiermee hebben de partijen vooraf de enige potentiële kopers uitgesloten die naar verwachting in staat zouden zijn het risico van een dergelijke aankoop te dragen. Bovendien is de verbintenis beperkt tot eind 2002. Hierdoor zijn de rechten slechts voor een periode van drie jaar beschikbaar. Voorts moet worden bedacht dat de verbintenis beperkt is tot de output deals met de grote Hollywood-studio's, en dus geen betrekking heeft op sportrechten, die eveneens een bepalend onderdeel van de aantrekkelijkheid van een kanaal uitmaken. Al met al biedt de verbintenis geen mogelijkheid voor de totstandbrenging van een tweede programmaplatform.

b) Opbouw van het programmapakket

- (134) De partijen stellen dat toetreding tot de markt voor potentiële aanbieders van basispakketten en sportprogramma's gemakkelijker wordt wanneer abonnees niet verplicht zijn eerst een abonnement te nemen op het Premiere-basispakket, alvorens zij zich kunnen abonneren op de aantrekkelijke film- en sportkanalen van Premiere. Deze verbintenis kan het inderdaad gemakkelijker maken voor een alternatief programmaplatform om in concurrentie met Premiere abonnees te werven voor een basispakket, maar zal nauwelijks bijdragen tot het ontstaan van een dergelijk alternatief programmaplatform, omdat dit zich slechts kan ontwikkelen op basis van zeer aantrekkelijke kanalen („anchor channels”).

c) Kabelexploitanten

- (135) Het aanbod van de partijen beperkt zich tot een samenwerking met de kabelexploitanten bij de dis-

tributie. Hierdoor is de mogelijkheid voor de kabelexploitanten zelf Premiere aan te bieden en daarmee een eigen klantenkring op te bouwen uitgesloten, evenals de mogelijkheid het programmapakket te ontvlechten en zelf opnieuw samen te stellen. Voor de totstandbrenging van een alternatief programmaplatform door de kabelexploitanten is het ten minste noodzakelijk dat — afgezien van samenwerking met Telekom in verband met de huidige netstructuur — deze exploitanten de afzonderlijke programmapakketten van Premiere, en met name de topfilms en sportkanalen, zelf kunnen verwerven om deze vervolgens met kanalen van derden te bundelen en aan hun klanten aan te bieden.

d) Betaaltelevisierechten en rechten op vrij toegankelijke televisie

- (136) De bewoordingen van de verbintenis laten Premiere de mogelijkheid de benodigde rechten niet alleen van andere aanbieders, maar ook van Kirch en CLT-UFA te kopen. In dat geval kunnen CLT-UFA en Kirch de betaaltelevisierechten en de rechten op vrij toegankelijke televisie steeds gecombineerd inkopen. De toezegging mist derhalve elke betekenis.

e) BetaResearch

- (137) Het aanbod van Telekom om een technisch deskundigencomité in te stellen, betreft slechts de openstelling van het reeds bestaande deskundigencomité met ARD en ZDF voor derde ondernemingen. Hierbij moet worden bedacht dat dit deskundigencomité zich op grond van de overeenkomst met ARD en ZDF weliswaar over technische ontwikkelingen dient te beraden, maar niet kan afdwingen dat zijn aanbevelingen ook worden overgenomen.
- (138) De door de partijen voorgestelde mogelijkheid van participaties van derde ondernemingen in BetaResearch zou kunnen leiden tot een zekere doorzichtigheid bij de besluitvorming over de toekomstige ontwikkeling van de technologie. Aangezien deze participaties evenwel beperkt zouden blijven tot ten hoogste 25 % en de tussenholding geen vetorecht zou krijgen, behouden Bertelsmann en Kirch als aanbieders van betaaltelevisie met een machtspositie en Telekom als kabelexploitant met een machtspositie de gezamenlijke zeggenschap over BetaResearch en daarmee over de ontwikkeling van de techniek.
- (139) De invoering van een CA-dwanglicentie en een arbitrageprocedure voor de beslechting van geschillen over de voorwaarden, en met name over de

hoogte van de licentievergoeding, kan er weliswaar in zekere mate toe bijdragen dat het toekennen van licenties aan derden zonder discriminatie geschiedt, maar deze verbintenis doet niets af aan het feit dat de ontwikkeling van de technologie waarvoor de licenties worden verleend, door Bertelsmann, Kirch en Telekom wordt bepaald. De verbintenis van BetaResearch om tot eind 1998 de API-interface van het d-box-net open te stellen en zich bij geschillen over de toekenning van licenties aan het oordeel van een arbitrage-instantie te onderwerpen, alsmede om de native API aan te vullen met de interface die door de DVB als standaard wordt gekozen, zodra deze standaard een feit is, is in wezen slechts een schriftelijke bevestiging van het voornemen dat de partijen reeds eerder kenbaar hadden gemaakt. De verbintenis van BetaResearch om elke geïnteresseerde fabrikant een productielicentie te verlenen tegen standaardvoorwaarden en zich bij geschillen over deze voorwaarden te onderwerpen aan het oordeel van een arbitrage-instantie, kan bijdragen tot concurrentie bij de productie van decoders. Deze verbintenis verandert evenwel niets aan het feit dat Bertelsmann en Kirch als aanbieders van betaaltelevisie en Telekom als kabelexploitant dankzij hun machtsposities de ontwikkeling van de decodertechnologie bepalen.

f) BetaDigital

- (140) De verbintenis dat BetaDigital zich bij geschillen over de voorwaarden aan het bindende oordeel van een arbitrage-instantie onderwerpt, doet niets af aan het feit dat BetaDigital op de markt voor technische diensten voor betaaltelevisie via de satelliet een duurzame monopoliepositie zal innemen.

g) Samenvattende beoordeling

- (141) Met de voorgestelde verbintenissen bieden de partijen op het gebied van de techniek weliswaar een bepaalde mate van doorzichtigheid en zekerheid met betrekking tot de toegang tot de d-box-technologie. De partijen zijn echter niet bereid afstand te doen van hun uitsluitende zeggenschap over deze technologie, en met name over de verdere ontwikkeling daarvan. Wat de betaaltelevisie betreft, bieden de voorgestelde verbintenissen evenmin realistische kansen voor het ontstaan van een alternatief programma- en afzetplatform. Premiere zal in staat blijven de voorwaarden voor de toetreding tot de markt door derden te dicteren. Zonder mogelijkheden voor een alternatief programmaplatform boeten de toezeggingen met betrekking tot de techniek verder aan waarde in, althans wat de toekenning van licenties voor de toegangscontrole betreft, omdat zonder een alternatief programmaplatform ook geen alternatief technisch platform te verwachten valt.

3. *Verdere toezeggingen*

- (142) Op 13 en 19 mei 1998 hebben de partijen hun eerdere voorstellen op de volgende punten aangevuld en uitgebreid:

a) **Kabelexploitanten**

- (143) Naast de reeds aangeboden samenwerking bij de distributie zal Premiere de kabelexploitanten op bepaalde voorwaarden in staat stellen haar programma's aan te bieden en zo een eigen klantenkring op te bouwen. Aanbieders van programma's voor vrij toegankelijke televisie, betaaltelevisie en pay-per-view zijn in beginsel van deze mogelijkheid uitgesloten. De afzet is niet exclusief: Premiere en de kabelexploitanten concurreren bij de afzet van de Premiere-programma's. In beginsel wordt de klantenkring van elke partij bepaald door het aantal geworven abonnees. De gegevens over de door de kabelexploitanten geworven abonnees moeten Premiere echter voor haar abonneebeheersysteem ter beschikking worden gesteld, zodat Premiere deze klanten extra aanbiedingen kan doen en diensten (zoals pay-per-view) en algemene klanteninformatie kan bieden. De kabelexploitanten zullen geen Premiere-programma's op pay-per-view-basis kunnen aanbieden.

- (144) De kabelexploitanten moeten de Premiere-programma's in dezelfde combinatie als Premiere aanbieden. Het ontvlechten van programma's binnen de afzonderlijke pakketten, maar ook binnen de Premiere-pakketstructuur, is niet geoorloofd. De kabelexploitanten kunnen de Premiere-pakketten echter wel uitbreiden met het eigen programma-aanbod. Daarnaast kunnen de kabelexploitanten programmapakketten en afzonderlijke programma's van derden aanbieden. Aangezien Premiere afziet van een koppeling van het basispakket aan het premiumpakket, hebben de klanten van de kabelexploitanten de mogelijkheid zich niet alleen op het Premiere-pakket, maar ook op het eigen basispakket van de kabelexploitant te abonneren. Het abonnement op dit basispakket mag echter geen voorwaarde zijn voor een abonnement op de Premiere-programma's. De prijs van de Premiere-pakketten voor de kabelexploitanten wordt vastgesteld overeenkomstig de prijs die Premiere op de kabelmarkt hanteert, met aftrek van de kosten die Premiere zich bespaart door de afzet uit handen te geven. De kabelexploitanten moeten d-box-decoders zoals die van Premiere te huur aanbieden en hiervoor Nokia-decoders gebruiken zolang de voorraad (1 miljoen decoders) strekt.

- (145) De kabelexploitanten mogen de hun geboden vrijheid bij het kabelaanbod niet misbruiken door de afzetcapaciteit voor de Premiere-programma's te

beperken, met andere woorden, zij moeten het Premiere-programmapakket in zijn geheel overnemen ter distributie. Zoniet, dan bestaat er geen enkele verplichting het Premiere-programma ter distributie beschikbaar te stellen. Bij capaciteitsbeperkingen zijn Premiere en de kabelexploitanten aan de maatregelen van de media-instanties van de deelstaten gebonden of komen zij een andere objectieve procedure voor de capaciteitsverdeling overeen.

b) **Kabelnetten**

- (146) Telekom heeft bovendien op 20 mei 1998 verklaard dat zij tot uiterlijk 31 december 1999 twee digitale kanalen op de hyperband ter beschikking van een potentiële derde programma-aanbieder zou houden. Bovendien is Telekom bereid gezamenlijk met de exploitanten van netniveau 4 de kabelcapaciteit op band IV uit te breiden, echter slechts op plaatsen waar herfinanciering voor de kabelexploitanten (van de niveaus 3 en 4) mogelijk is.

c) **BetaResearch**

- (147) Wat betreft de aangeboden mogelijkheid voor derde ondernemingen om via een tussenholding in BetaResearch te participeren (zie overweging 128), zullen alle aandeelhouders (Bertelsmann, Kirch, Telekom en de tussenholding) gelijke rechten hebben. Voor de meerderheid bij stemmingen wordt uitgegaan van de wettelijke regelingen (geen bijzonder quorum). De eerdere bijzondere rechten van individuele aandeelhouders worden afgeschaft.

4. *Beoordeling*

a) **Kabelexploitanten**

- (148) De nieuwe verbintenissen die de partijen hebben voorgesteld, bieden niet de voorwaarden voor het ontstaan van een alternatief programma- en afzetplatform en van een alternatief technisch platform op kabelgebied. De partijen zelf wijzen er in hun begeleidend schrijven op dat de partners voor een economisch zinvolle toepassing van deze afzetvorm momenteel op de Duitse markt niet aanwezig zijn of in elk geval in het verleden in geen enkel opzicht de bereidheid getoond hebben de noodzakelijke investeringen voor het aanleggen van de benodigde infrastructuur te plegen. Het is juist, dat het met de huidige structuur van de kabelnetten voor de particuliere kabelexploitanten niet mogelijk is een programma- en afzetplatform en een eigen technisch platform tot stand te brengen.

- (149) Zoals reeds opgemerkt in overweging 63, werken de particuliere kabelexploitanten overwegend op netniveau 4 (aansluitnet, kabeleilandjes). De netten

op niveau 3 (verbinding van kabelkopstation naar lokaal net) zijn vrijwel uitsluitend in handen van Telekom. De particuliere kabelexploitanten zijn derhalve thans in de regel aangewezen op de diensten van Telekom op netniveau 3. De particuliere kabelexploitanten kunnen zonder netniveau 3 echter geen alternatief programmaplatform tot stand brengen. Door de versplinterde exploitatie van het Duitse kabelnet en de positie van Telekom als vrijwel enige exploitante van de toevoernetten van niveau 3 zijn de particuliere kabelexploitanten op dit moment niet in staat een alternatief programmaplatform in concurrentie met Premiere aan te bieden.

- (150) Telekom heeft in deze procedure geen bereidheid getoond met de particuliere kabelexploitanten samen te werken voor het tot stand brengen van een alternatief kabelplatform of hen ten minste in staat te stellen netniveau 3 te gebruiken. Telekom heeft weliswaar op 22 mei 1998 op de vraag, hoe de scheiding tussen de niveaus 3 en 4 kan worden opgeheven, geantwoord dat, wat de vraag naar diensten van Telekom voor de totstandbrenging van een digitaal kabelplatform en een digitaal afzetplatform betreft, afzonderlijke overeenkomsten zouden worden gesloten tussen Telekom en de partijen die deze diensten verlangen (programma-aanbieders, exploitanten van netniveau 4). Ingeval de exploitanten van netniveau 4 dit zouden wensen, zou de technische en bedrijfsmatige scheiding van de netniveaus 3 en 4 volgens Telekom ook door de combinatie van diensten van exploitanten van beide niveaus kunnen worden opgeheven. Deze opmerkingen zijn echter zodanig vaag en algemeen, dat zij onvoldoende grond bieden voor de verwachting dat de scheiding tussen de niveaus 3 en 4 zal kunnen worden opgeheven ten behoeve van een programma- en afzetplatform van de exploitanten van netniveau 4. Met name wat de genoemde combinatie van de diensten van de exploitanten van de niveaus 3 en 4 betreft, is niet aangegeven welke diensten Telekom en welke diensten de exploitanten van niveau 4 zouden kunnen leveren en hoe de diensten van de exploitanten van de niveaus 3 en 4 eigenlijk technisch en economisch zouden kunnen worden gecombineerd. Het blijft volledig onduidelijk of de exploitanten van netniveau 4 een eigen toegang tot netniveau 3 zouden hebben, alsmede of zij met name ook een systeem van voorwaardelijke toegang zouden kunnen toepassen en hoe dit technisch mogelijk zou kunnen worden gemaakt. Gelet op de opmerkingen van Telekom moet er derhalve als voorheen van worden uitgegaan dat Telekom in laatste instantie de benodigde technische diensten uitsluitend zelf wil verrichten en dat de exploitanten van niveau 4 in dit opzicht afhankelijk van Telekom zullen blijven. Dit betekent met name ook dat het uitgesloten is dat een alternatief technisch platform zal ontstaan, omdat alleen Telekom het systeem van voorwaardelijke toegang van het kabelnet zal exploiteren. Naar alle waarschijnlijkheid zou het opheffen van de scheiding van de netniveaus 3 en 4 slechts na de herstructurering en privatisering van de Tele-

kom-netten mogelijk zijn, wanneer de kabelnetten van Telekom zijn opgesplitst in regionale maatschappijen, waarin ook particuliere kabelexploitanten kunnen deelnemen. Over het tijdstip en de vorm van de herstructurering heeft Telekom echter geen bindende uitspraken gedaan. De herstructurering en privatisering zullen daarom waarschijnlijk slechts hun beslag krijgen wanneer Premiere wegens haar bereikte abonneebestand reeds een zo grote voorsprong heeft, dat alternatieve platformen nog maar moeilijk te verwezenlijken zullen zijn.

- (151) Bovendien zullen de kabelexploitanten op grond van de voorgestelde verbintenissen ook niet in staat zijn met dezelfde concurrentiemogelijkheden als Premiere betaaltelevisieprogramma's aan te bieden, omdat zij niet als programma-aanbieders voor betaaltelevisie werkzaam mogen zijn en dus bijvoorbeeld geen zelfgemaakte regionale programma's mogen aanbieden. Hun aanvullende aanbod beperkt zich tot de afzet van derde kanalen. Bovendien mogen de kabelexploitanten geen pay-per-view-programma's van Premiere distribueren en evenmin een eigen pay-per-view-pakket vormen. Aangezien pay-per-view-rechten evenwel niet exclusief zijn, zou met pay-per-view-programma's het gemakkelijkst een zelfstandig aanbod van betaaltelevisie kunnen worden samengesteld. Bovendien moeten zij de Premiere-pakketten in dezelfde combinatie als Premiere aanbieden. Voor de wijze waarop de programma's zijn gecombineerd, hun belangrijkste actiemiddel, zouden zij dus volledig afhankelijk zijn van Premiere.
- (152) Voorts moeten de kabelexploitanten hun abonneegegevens ter beschikking van Premiere stellen, zonder dat er soortgelijke verplichtingen voor Premiere bestaan. Het prijsgeven van abonneegegevens is in de branche echter een zeer ongebruikelijke maatregel, die Premiere een aanzienlijke voorsprong op de concurrentie zal opleveren. De prijsvorming op basis van de verkoopprijs van Premiere met aftrek van de door de uitbestede distributie bespaarde kosten, bergt het gevaar in zich dat de Premiere-programma's niet op economisch verantwoorde wijze door de kabelexploitanten kunnen worden gedistribueerd. Het is volledig onduidelijk wie de hoogte van de bespaarde kosten bepaalt en volgens welke criteria deze worden gedefinieerd.

b) Kabelnetten

- (153) Het reserveren van twee digitale kanalen op de hyperband voor derde programma-aanbieders kan er weliswaar theoretisch door de extra capaciteit toe bijdragen dat het aanbieden van concurrerende programma's mogelijk wordt, maar biedt op zich geen mogelijkheden voor het ontstaan van een alternatief programmaplatform op kabelgebied, alleen al omdat de reservering in de tijd beperkt is.

Het lijkt buitengewoon moeilijk binnen een periode van slechts anderhalf jaar een alternatief programmaplatform tot stand te brengen. Aangezien particuliere kabelexploitanten die Premiere-programma's willen distribueren bovendien niet zelf betaaltelevisie mogen aanbieden, moeten zij zich ertoe beperken derde kanalen aan te bieden en worden zij hierdoor aanzienlijk in hun mogelijkheden beperkt om een programmaplatform tot stand te brengen dat van de twee kanalen gebruik zou kunnen maken. Anderzijds zou een programma-aanbieder, die op basis van 25 % van de betaaltelevisierechten een programmaplatform tot stand wil brengen, niet vóór het jaar 2000 van deze rechten gebruik kunnen maken. Overigens zou een programma-aanbieder die de beide kanalen wil gebruiken een overeenkomst voor tien jaar moeten sluiten, hoewel hij slechts tot eind 2002 toegang heeft tot de door de partijen aangeboden 25 % van de betaaltelevisierechten uit hoofde van de output deals. De verdere door Telekom in het vooruitzicht gestelde extra capaciteit door de uitbreiding van band IV is in geen enkel opzicht concreet uiteengezet en moet daarom slechts als een algemene intentieverklaring worden opgevat.

c) BetaResearch

- (154) De verbintenis dat alle aandeelhouders van BetaResearch, waaronder de tussenholding voor derden, gelijke rechten zouden krijgen, zou in beginsel de mogelijkheid bieden het probleem van de zeggenschap over de technologie van de programma-aanbieders op te lossen. Wanneer er geen vetorechten voor de aanbieders van betaaltelevisie CLT-UFA en Kirch meer zouden gelden, en alle aandeelhouders gelijke rechten zouden hebben, zijn in de organen van de vennootschap formeel gezien wisselende meerderheden mogelijk. Hierbij moet in aanmerking worden genomen dat de aandeelhouderskring van BetaResearch slechts uit vier aandeelhouders bestaat, omdat derden slechts via een tussenholding kunnen participeren. Meerderheidsbesluiten kunnen derhalve slechts met instemming van minstens drie van de vier aandeelhouders worden genomen. Dat betekent dat CLT-UFA en Kirch gezamenlijk steeds besluiten kunnen blokkeren en derhalve als voorheen in staat zijn hun belangen te doen gelden door te verhinderen dat besluiten worden genomen die tegen hun belangen indruisen. De tussenholding voor derde ondernemingen zou daarentegen haar belangen tegenover de aanbieders van betaaltelevisie CLT-UFA en Kirch slechts gezamenlijk met Telekom kunnen doorzetten, door samen tegen CLT-UFA en Kirch te stemmen, waardoor geen meerderheidsbesluit kan worden genomen. Het ligt echter voor de hand dat de belangen van Telekom, die de technische diensten voor de betaaltelevisie zal verrichten op basis van de

d-box-technologie, eerder overeenstemmen met die van CLT-UFA en Kirch dan met die van de tussenholding voor derde ondernemingen. Dit houdt in, dat de mogelijkheden die CLT-UFA en Kirch als aanbieders van betaaltelevisie en Telekom als kabelexploitante aan hun machtspositie ontlelen om de technologie en de verdere ontwikkeling daarvan gezamenlijk te bepalen weliswaar formeel worden ingeperkt, maar in de praktijk zullen blijven voortbestaan.

d) Samenvattende beoordeling

- (155) Uit het voorgaande volgt dat de voorgestelde verbintenissen ook in de aangevulde versie niet toereikend zijn om de bestaande bezwaren uit het oogpunt van de mededinging weg te nemen. De voorgestelde verbintenissen doen namelijk geen realistische mogelijkheden voor het scheppen van een alternatief programma- en afzetplatform van de particuliere kabelexploitanten op het kabelnet ontstaan. Dit betekent echter ook, dat het uitgesloten is dat een alternatief technisch platform op het kabelnet tot stand zal kunnen worden gebracht, omdat alleen Telekom het systeem van voorwaardelijke toegang op het kabelnet zal exploiteren. De openstelling van de kring van aandeelhouders van BetaResearch voor derden en de gelijktijdige afschaffing van de bijzondere rechten en vetorechten die de reeds aanwezige aandeelhouders genieten, is een belangrijke concessie, omdat daardoor de structureel vastgelegde zeggenschap over de technologie en de verdere ontwikkeling daarvan wordt opgeheven. Daar zonder de mogelijkheid van een alternatief programmaplatform echter ook geen alternatief technisch platform zal ontstaan, is de verbintenis met betrekking tot BetaResearch ook in combinatie met de overige reeds door de partijen voorgestelde verbintenissen betreffende de toegang tot licenties voor voorwaardelijke toegang, API en productielicenties niet toereikend om een duurzame machtspositie van Premiere en Digital te verhinderen.

VIII. SAMENVATTING

- (156) Om de hierboven uiteengezette redenen is te verwachten dat de voorgenomen concentratie zal leiden tot het in het leven roepen of versterken van machtsposities waardoor een daadwerkelijke mededinging in een wezenlijk deel van de Gemeenschap op significante wijze wordt belemmerd. De concentratie moet derhalve op grond van artikel 8, lid 3, van de concentratieverordening onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

De aangemelde concentratie door de verwerving van de gezamenlijke zeggenschap door CLT-UFA SA en Taurus

Beteiligungs-GmbH & Co. KG over Premiere Medien GmbH & Co. KG, BetaDigital Gesellschaft für digitale Fernsehdienste mbH en BetaResearch Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen mbH wordt onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en de werking van de EER-Overeenkomst verklaard.

CLT-UFA SA
Boulevard Pierre Frieden, 45
L-2850 Luxemburg.

Taurus Beteiligungs-GmbH & Co. KG (KirchGruppe)
Robert-Bürkle-Strasse 2
D-85737 Ismaning.

Gedaan te Brussel, 27 mei 1998.

Artikel 2

Voor de Commissie

Karel VAN MIERT

Deze beschikking is gericht tot:

Lid van de Commissie
