

DECISÃO DA COMISSÃO

de 2 de Abril de 2003

que declara uma concentração compatível com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE

(processo COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù)

[notificada com o número C(2003) 1082]

(Apenas faz fé o texto em língua inglesa)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(2004/311/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, nomeadamente o n.º 2, alínea a), do artigo 57.º,

Tendo em conta o Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas ⁽¹⁾, com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 ⁽²⁾, nomeadamente o n.º 2 do artigo 8.º,

Tendo em conta a decisão da Comissão de 29 de Dezembro de 2002 de dar início ao processo,

Tendo dado às empresas em causa a oportunidade de apresentar as suas observações relativamente às objecções levantadas pela Comissão,

Tendo em conta o parecer do Comité Consultivo em matéria de concentração de empresas ⁽³⁾,Tendo em conta o relatório final do auditor sobre este processo ⁽⁴⁾,

Considerando o seguinte:

(1) Em 16 de Outubro de 2002, a Comissão recebeu a notificação de um projecto de concentração, nos termos do

⁽¹⁾ JO L 395 de 30.12.1989, p. 1. Rectificação no JO L 257 de 21.9.1990, p. 13.⁽²⁾ JO L 180 de 9.7.1997, p. 1.⁽³⁾ JO C 92 de 16.4.2004.⁽⁴⁾ JO C 92 de 16.4.2004.

artigo 4.º do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho («regulamento das concentrações»), através da qual a empresa The News Corporation Limited, Australia (a seguir denominada «Newscorp») adquire, na aceção do artigo 3.º do regulamento das concentrações, o controlo exclusivo dos canais italianos de televisão mediante pagamento Telepiù SpA e Stream SpA (a seguir denominadas, respectivamente, «Telepiù» e «Stream»), por intermédio de uma empresa criada especialmente para o efeito, através da aquisição de acções. A Telepiù e a Stream irão concentrar as suas actividades numa plataforma combinada de televisão por satélite mediante pagamento e de recepção directa no domicílio (DTH — Direct-to-Home). A Telecom Italia SpA (a operadora de telecomunicações histórica italiana, a seguir denominada «Telecom Itália») deterá uma participação minoritária (19,9 %) na nova plataforma combinada de televisão mediante pagamento.

(2) Após análise da notificação e dos compromissos propostos pela Newscorp em 31 de Outubro de 2002, a Comissão concluiu, por decisão de 29 de Novembro de 2002, que a operação notificada era abrangida pelo regulamento das concentrações e suscitava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum e o funcionamento do Acordo EEE. Em consequência, a Comissão decidiu dar início a um processo, em conformidade com o n.º 1, alínea c), do artigo 6.º do regulamento das concentrações.

(3) Em 14 de Janeiro de 2003, a Newscorp apresentou um novo conjunto de compromissos.

(4) Em 5 e 6 de Março de 2003 realizou-se uma audição oral.

(5) Em 13 de Março de 2003, a Newscorp apresentou um último conjunto de compromissos.

(6) O Comité Consultivo discutiu o projecto da presente decisão em 20 de Março de 2003.

I. AS PARTES

- (7) A Newscorp é uma empresa de comunicação social activa nos Estados Unidos, Canadá, Europa, Austrália, América Latina e bacia do Pacífico. As actividades da Newscorp incluem a produção e distribuição de filmes e programas de televisão, a transmissão televisiva por satélite e por cabo, a publicação de jornais, revistas e livros, a produção e distribuição de produtos e serviços de promoção e publicidade, o desenvolvimento da radiodifusão digital, o desenvolvimento de acesso condicional e de sistemas de gestão de subscritores, bem como a criação e distribuição de programas em linha.
- (8) A Telepiù opera desde 1991 como plataforma digital de televisão mediante pagamento. Desde 1996, a Telepiù opera igualmente como emissor de televisão mediante pagamento via satélite (DTH) e, em menor escala, via cabo. A Telepiù assegura igualmente emissões de televisão digital terrestre (TDT), a título de ensaio técnico, nalgumas zonas do território italiano. Desde 1997, a Vivendi Universal SA detém o controlo exclusivo da Telepiù. A Telepiù opera principalmente através das suas subsidiárias, nomeadamente a Europa TV SpA e a Prima TV SpA, responsáveis pelas actividades editoriais dos canais da Telepiù e pela compra de direitos de transmissão televisiva de acontecimentos desportivos e de filmes. Estas subsidiárias detêm uma concessão de radiodifusão analógica terrestre e uma autorização para radiodifusão digital por satélite, respectivamente. A Omega TV SpA é responsável pela produção interna de programação e pela gestão da oferta digital por satélite de programas de pagamento por visualização da Telepiù. A Atena Servizi SpA assegura os serviços técnico-administrativos da plataforma digital e a compra dos direitos de transmissão dos canais produzidos por terceiros que são propostos na plataforma. Por último, a TeleCare SpA, uma empresa controlada pela Atena Servizi, é responsável pelo centro de chamadas.
- (9) A Stream foi integrada em 1993 e começou a operar como plataforma de televisão mediante pagamento em Itália em 1998, transmitindo em DTH. Entre 1993 e 1997, a Stream funcionou exclusivamente como prestador de serviços, distribuindo programas de televisão mediante pagamento para outros operadores. Actualmente, a Stream opera unicamente por tecnologia digital, transmitindo o seu sinal por satélite e, em menor escala, por cabo. Até meados de 2000, as acções da Stream distribuíam-se do seguinte modo: Telecom Italia (35 %), Newscorp (35 %), Finmavi SpA do grupo Cecchi Gori (CGG) (18 %) e SDS — Società Diritti Sportivi Srl (SDS) (12 %). Desde meados de 2000, após autorização da Comissão ⁽⁵⁾, a Newscorp e a Telecom Italia assumi-

ram o controlo conjunto da Stream, em partes iguais, com base num acordo de accionistas.

II. A CONCENTRAÇÃO

- (10) A concentração proposta implica a aquisição do controlo exclusivo da Telepiù e da Stream pela Newscorp, com o objectivo de combinar as actividades destas duas empresas. Para tal, em 1 de Outubro de 2002, a Newscorp e a Telecom Italia concluíram um «acordo de compra de acções» com a Vivendi Universal SA, o grupo Canal+ SA e o Canal+ Europe BV (colectivamente referidos como «grupo Vivendi»), que prevê a compra de 100 % das acções da Telepiù pela Newscorp, por intermédio de uma empresa criada especialmente para esse efeito e integralmente detida pela Stream.
- (11) Simultaneamente, a Newscorp e a Telecom Italia concluíram um «acordo-quadro» nos termos do qual pretendem: i) financiar a Stream, ii) redefinir os seus interesses e papéis respectivos na Stream e, através desta última empresa, integrar e capitalizar uma subsidiária integralmente detida pela Stream e criada especialmente para realizar a compra da Telepiù e iii) regular as suas relações futuras enquanto accionistas da Stream e a sua participação conexa na empresa criada com vista à compra da Telepiù. Estas operações serão seguidas da criação de uma plataforma combinada de televisão mediante pagamento DTH que concentre as actividades da Stream e da Telepiù.
- (12) Por último, o «acordo de accionistas» anexo ao acordo-quadro rege as relações entre a Newscorp e a Telecom Italia, enquanto accionistas da Stream.
- (13) A Telecom Italia terá uma participação de 19,9 % na plataforma combinada e a Newscorp terá uma participação de 80,1 %. É possível que novos accionistas, com um interesse meramente financeiro, venham a integrar a estrutura. O acordo de compra de acções afirma que esses investidores não poderão assumir, individual ou conjuntamente, qualquer tipo de controlo da plataforma combinada, ou seja, não poderão exercer qualquer influência na definição da política da empresa nem participar na nomeação da sua direcção.
- (14) Embora decorra de diversos contratos, a aquisição do controlo exclusivo da Stream e da Telepiù pela Newscorp deve ser considerada como uma única concentração, que tem em vista somente a aquisição do controlo exclusivo da plataforma combinada pela Newscorp. A operação proposta constitui, por conseguinte, uma concentração, na acepção do n.º 1, alínea b), do artigo 3.º do regulamento das concentrações.
- (15) A operação proposta surge no seguimento de uma operação examinada pela autoridade italiana em matéria de

⁽⁵⁾ Processo COMP/M.1978 Telecom Italia/News Television/Stream, de 29 de Junho de 2000, publicado no sítio web da Comissão: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

concorrência em 2000 ⁽⁶⁾. No âmbito dessa operação, e ao contrário do que acontece com a presente operação, o grupo Vivendi adquiriria o controlo exclusivo da plataforma italiana de televisão mediante pagamento DTH, no seguimento da combinação das actividades da Stream e da Telepiù. Nesse contexto, os «vendedores» eram a Telecom Italia e a Newscorp, enquanto, no presente caso, a Telecom Italia conserva uma relação com a plataforma combinada. A operação foi aprovada pela autoridade italiana em matéria de concorrência por decisão de 13 de Maio de 2002, que impõe um conjunto de condições fundamentalmente idênticas aos compromissos propostos pelas partes durante a primeira fase da investigação da Comissão. Posteriormente, o grupo Vivendi não concretizou a operação.

III. DIMENSÃO COMUNITÁRIA

- (16) As empresas em causa realizam um volume de negócios total a nível mundial superior a 5 000 milhões de euros (Newscorp [...]*) (*) euros em Junho de 2002, Stream [...]*) euros em 2001, Telepiù [...]*) euros em 2001). Pelo menos duas das empresas em causa realizam um volume de negócios total a nível comunitário superior a 250 milhões de euros (Newscorp [...]*) euros em Junho de 2002, Telepiù [...]*) euros em 2001 e a Stream [...]*) euros em 2001). As partes não realizam mais de dois terços do seu volume de negócios num único Estado-Membro (a Newscorp realiza dois terços do seu volume de negócios a nível comunitário no Reino Unido, enquanto a Stream e a Telepiù o realizam em Itália). Por conseguinte, a operação notificada tem dimensão comunitária na acepção do n.º 2 do artigo 1.º do regulamento das concentrações.

IV. AVALIAÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 2.º DO REGULAMENTO DAS CONCENTRAÇÕES

A. OS MERCADOS RELEVANTES DO PRODUTO E GEOGRÁFICO

- (17) A concentração afecta uma série de mercados no território italiano.

1. O MERCADO DA TELEVISÃO MEDIANTE PAGAMENTO

Mercado do produto

- (18) A Newscorp considera que a operação proposta deve ser avaliada no contexto do mercado geral das emissões

⁽⁶⁾ Decisão da autoridade italiana em matéria de concorrência de 13 de Maio de 2002 (processo C/5109).

^(*) Algumas partes do presente texto foram suprimidas a fim de assegurar a não divulgação de informações confidenciais; essas partes estão assinaladas por parênteses rectos e marcadas com um asterisco.

televisivas em Itália, incluindo a televisão de acesso livre e a televisão mediante pagamento. As partes argumentaram que, em decisões anteriores ⁽⁷⁾, a Comissão reconheceu a interacção entre estes dois segmentos. A Newscorp afirma que, no que respeita ao mercado italiano, poderá haver razões para que a Comissão conclua que o mercado do produto relevante deve incluir tanto os serviços de televisão mediante pagamento como os serviços de televisão de acesso livre. A Newscorp argumenta ainda que, em Itália, a força dos emissores de televisão de acesso livre representa uma verdadeira limitação para os operadores de televisão mediante pagamento.

- (19) A aprofundada investigação de mercado realizada neste caso revelou que, em Itália, existe uma clara distinção, do ponto de vista tanto dos consumidores como dos fornecedores, entre televisão de acesso livre e televisão mediante pagamento. O âmbito da investigação abrange emissores de televisão de acesso livre, fornecedores de canais, clubes de futebol e associações de consumidores. Nos parágrafos seguintes é apresentado um resumo das principais questões suscitadas pela investigação de mercado.

Organismos de radiodifusão televisiva gratuita

- (20) O facto de a televisão de acesso livre e a televisão mediante pagamento constituírem mercados distintos foi reconhecido tanto pelos maiores (cobertura nacional) como pela esmagadora maioria dos mais pequenos (cobertura regional ou local) operadores de televisão de acesso gratuito. A quase totalidade dos organismos de radiodifusão consultados afirmou que os conteúdos e a programação propostos pelos canais de televisão mediante pagamento não são os mesmos que os disponibilizados pelos canais de televisão gratuita, pelo que o apelo dos dois serviços junto do consumidor final é muito diferente. Além disso, no que respeita à substituíbilidade da oferta, tendo em conta o facto de o modelo empresarial dos dois tipos de organismos de radiodifusão ser diferente, os operadores de televisão mediante pagamento não podem transformar-se, em pouco tempo, em operadores de televisão gratuita, e *vice versa*, sem incorrerem em significativos custos ou riscos adicionais ⁽⁸⁾. Nomeadamente, os canais de televisão gratuita dependem, em larga medida, das receitas de publicidade ou de fundos públicos (contribuições do Estado),

⁽⁷⁾ Decisões da Comissão de 10 de Setembro de 1991, processo IV/M.110, ABC/Generale des Eaux/Canal+/WH Smith TV, parágrafo 11, e de 20 de Setembro de 1995, processo M.553, RTL/Veronica/Endemol, parágrafo 20. Estas decisões podem ser consultadas no sítio *web* da Comissão: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽⁸⁾ Ver comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (JO C 372 de 9.12.1997, p. 5). Por curto prazo deve entender-se «(...) um prazo que não implique qualquer adaptação significativa dos activos corpóreos e incorpóreos existentes».

enquanto os canais de televisão mediante pagamento dependem das receitas das subscrições (e, em muito menor medida — cerca de 5 % em Itália —, das receitas de publicidade).

- (21) Enquanto a «audiência» (ou *share* de audiência) constitui o parâmetro de avaliação do êxito da televisão gratuita (com as implicações que daí decorrem para a publicidade), para a televisão mediante pagamento o principal parâmetro é o número de subscritores. Os inquiridos indicaram ainda que, relativamente a alguns conteúdos específicos, como, por exemplo o desporto, em especial o futebol, as televisões mediante pagamento propõem uma panóplia de eventos, por vezes em simultâneo. A oferta dos diferentes canais de televisão mediante pagamento é incomensuravelmente superior à acessível aos telespectadores dos canais gratuitos que, na melhor das hipóteses, podem assistir a um acontecimento, por exemplo, um jogo de futebol, de cada vez. Por conseguinte, actualmente, os serviços da televisão mediante pagamento e da televisão gratuita não são, na perspectiva do consumidor, inteiramente permutáveis. Alguns organismos de radiodifusão de televisão de acesso livre salientaram que os telespectadores da televisão mediante pagamento estão, frequentemente, interessados numa programação específica, por exemplo desporto e cinema, que apenas é proposta por canais de televisão mediante pagamento.
- (22) Além disso, destacados organismos de radiodifusão de televisão gratuita afirmaram que, ainda que possa existir um certo grau de interacção entre a televisão mediante pagamento e a televisão gratuita, os fornecedores de conteúdos tendem a multiplicar as suas fontes de receitas, estabelecendo uma clara distinção entre as «janelas de vendas» para a televisão mediante pagamento e para a televisão gratuita, o que inequivocamente contribui para a identificação de mercados distintos.

Fornecedores de canais

- (23) Opiniões idênticas foram avançadas por um número considerável de fornecedores de canais, que afirmaram que a televisão mediante pagamento e a televisão gratuita pertencem a mercados distintos.
- (24) As diferenças entre os modelos de receitas típicos dos dois tipos de organismos de radiodifusão contribuem para os colocar em cenários concorrenciais diferentes, do ponto de vista da oferta. Foi igualmente observado que, embora na televisão mediante pagamento exista uma relação económica directa entre o organismo de radiodifusão e o telespectador (através da «taxa de subscrição»), tal não se verifica na televisão gratuita, em que a relação económica é estabelecida entre o organismo de radiodifusão e os anunciantes. Além disso, considerando as suas programações respectivas, do ponto de vista do consumidor final a relação entre os dois tipos de televisão pode ser qualificada mais como «complementar» do que como «alternativa».
- (25) Tendo em conta a perspectiva de oferta dos produtores de canais temáticos, os inquiridos afirmaram que apenas

os canais de televisão mediante pagamento são considerados potenciais compradores de conteúdos, enquanto os operadores de televisão gratuita dificilmente são considerados uma alternativa viável.

- (26) Não obstante, alguns inquiridos sustentaram que todos os organismos de radiodifusão televisiva concorrem num mesmo mercado retalhista geral pelos telespectadores e num mesmo mercado grossista pela compra de material para programação. A este propósito, foi afirmado que «no que respeita à compra dos chamados filmes de “catálogo” (filmes difundidos por canais de televisão mediante pagamento não especializados), existe concorrência entre televisão mediante pagamento e televisão gratuita». Contudo, ao identificar alguns elementos específicos de conteúdos, um terceiro admitiu que «regra geral não há concorrência entre operadores de televisão mediante pagamento e operadores de televisão gratuita para a compra/venda de canais e programas». Outro inquirido afirmou que, ainda que constituam mercados distintos, a televisão mediante pagamento e a televisão gratuita «dependem das mesmas fontes de programas», o que «significa que os preços e condições negociados num segmento têm impacto no outro» segmento.
- (27) Alguns terceiros sublinharam que os dois mercados são substancialmente diferentes, devido, sobretudo, a quatro elementos: a) o modelo empresarial, que diferencia os dois produtos do ponto de vista da oferta; b) a dimensão; c) os conteúdos; e d) a programação. Deixando de lado os três primeiros elementos, que já foram abordados, no que respeita à programação é importante sublinhar que as televisões gratuitas têm uma «grelha de programação» fixa ao longo do dia e da semana, enquanto as televisões mediante pagamento (em especial, os canais temáticos propostos através de plataformas de televisão mediante pagamento) têm uma grelha de programação que permite diversas «repetições» do mesmo conteúdo/programa ao longo do mesmo dia e da mesma semana. Deste modo, os telespectadores de um canal de televisão mediante pagamento podem ver o programa da sua escolha (difundido por esse canal) em diversos momentos do mesmo dia e ao longo da semana.
- (28) Não obstante, os inquiridos admitiram que a presença de um elevado número de canais de televisão gratuita em Itália influencia o grau de penetração dos serviços de televisão mediante pagamento e, até certo ponto, a capacidade de os fornecedores de conteúdos distribuírem os seus produtos através de plataformas de televisão mediante pagamento.

Equipas de futebol

- (29) Os clubes de futebol estão muito estreitamente ligados à televisão mediante pagamento, na medida em que as

suas receitas dependem, em larga medida, da venda dos direitos de transmissão dos seus jogos a operadores de televisão mediante pagamento. Esta situação assume especial importância em Itália. Com efeito, a esmagadora maioria dos clubes de futebol italianos (equipas das séries A e B) afirmou que os mercados da televisão mediante pagamento e da televisão gratuita são perfeitamente distintos e que a televisão gratuita não concorre directamente no mesmo mercado que a televisão mediante pagamento. A diferença resulta, fundamentalmente, de quatro elementos: a) diferentes tecnologias; b) regime de licenciamento/autorização necessário para operar no sector; c) relação com o consumidor final; e d) diferentes sistemas de financiamento dos dois tipos de televisão. Estas diferenças fundamentais devem ser associadas às principais diferenças em termos de «oferta de produto» que caracterizam os dois mercados.

(30) Do ponto de vista da oferta, e como já foi referido, em relação à transmissão em directo dos jogos que se realizam regularmente ao longo da época (por exemplo, a liga italiana, séries A ou B) a televisão gratuita não concorre com a televisão paga pela compra dos direitos exclusivos correspondentes, embora exista alguma concorrência em relação aos direitos de transmissão dos jogos amigáveis, de excertos de jogos e de outros produtos. A maior parte das equipas de futebol tende a considerar o «futebol» como um produto único, que se presta particularmente a ser explorado pelos canais de televisão mediante pagamento. Poderão existir excepções a esta regra (por exemplo, excertos de jogos ou transmissão de jogos em diferido), que demonstram que as televisões gratuitas podem igualmente explorar produtos relacionados com futebol, mas trata-se de casos esporádicos e pouco relevantes.

(31) A este propósito, alguns inquiridos afirmaram que, dado que os titulares dos direitos (as equipas de futebol), o produto (o jogo de futebol) e o alvo (os consumidores) são fundamentalmente os mesmos, independentemente das modalidades de transmissão (codificada ou de acesso livre), poder-se-ia argumentar que a televisão mediante pagamento e as televisões gratuitas concorrem no mesmo mercado. Todavia, tendo em conta a) o facto de as plataformas de televisão mediante pagamento terem a possibilidade de transmitir diversos jogos em simultâneo e de b) as equipas de futebol, sobretudo as de pequena e média dimensão, preferirem vender os direitos a canais de televisão mediante pagamento, de modo a preservarem a afluência aos estádios, bem como c) as características e a conduta de mercado da maior parte dos fornecedores de direitos de acontecimentos desportivos, pode concluir-se que existe uma clara diferença entre os produtos para os quais é possível e conveniente procurar comprar.

Associações de consumidores

(32) Foram endereçadas perguntas a associações de consumidores italianas representativas (Adusbef, Aduc, Altroconsumo, Codacons, Confconsumatori, Federconsumatori).

As inquiridas afirmaram que, embora possa existir em Itália pressão concorrencial entre canais de televisão gratuita e canais de televisão mediante pagamento, devido à presença de uma vasta rede de canais de televisão gratuita que apresentam um conjunto importante de programas, é improvável que um aumento de 5 %-10 % da taxa de subscrição de uma plataforma de televisão mediante pagamento levasse os consumidores a «mudar» e a cancelar a sua subscrição ou a não subscrever os serviços propostos ⁽⁹⁾.

(33) Esta situação resulta, principalmente, do facto de os subscritores dos canais de televisão mediante pagamento serem, em regra, diferentes dos telespectadores da televisão gratuita. Os consumidores que subscrevem canais de televisão pagos são motivados por um forte interesse por temas específicos (como desporto, cinema ou música), que consideram não poder ser satisfeito pelos canais genéricos tradicionais de televisão gratuita. A este propósito, foi afirmado que a decisão de subscrever um canal pago é, frequentemente, emocional, motivada pela atracção exercida pelo conteúdo proposto pelo canal em causa, por exemplo, jogos de futebol da equipa nacional preferida. Esta característica parece esbater as fronteiras entre os subscritores de serviços de televisão pagos e o «apoiantes» ou adepto de uma dada equipa, desporto ou conteúdo.

Elementos adicionais

(34) A investigação de mercado sublinhou uma série de outros elementos favoráveis a uma distinção entre o mercado da televisão mediante pagamento e o mercado da televisão gratuita.

(35) O primeiro elemento prende-se com a diferença entre o material necessário para a televisão paga e a televisão gratuita. Com efeito, o consumidor de televisão mediante pagamento necessita de um descodificador (designado «set-top box» ou STB) para descodificar o sinal de radiodifusão. A STB pode ser comprada ou alugada e é ligada aos televisores normais. Os consumidores de televisão gratuita não necessitam de STB para as emissões analógicas terrestres. Esta diferença no material necessário assume especial importância em Itália, visto que, actualmente, a televisão digital terrestre (TDT) não está comercialmente disponível. Não é de excluir que, futuramente, esta diferença perca relevância, uma vez que, após a introdução da TDT, os televisores «terrestres» necessitarão igualmente de um descodificador para receber os sinais digitais. Contudo, os planos do Governo italiano para a introdução da TDT apontam apenas para

⁽⁹⁾ A este propósito, a «taxa de desconexão» é utilizada para aferir a insatisfação dos consumidores em relação aos canais de televisão mediante pagamento. As respostas indicaram ser maior a probabilidade de um aumento de 15 %-20 % impelir os subscritores a «mudar».

o final de 2006 (em contraste com outros países, como a Espanha e o Reino Unido ⁽¹⁰⁾, em que a transmissão digital terrestre já se encontra operacional). Além disso, as mais recentes previsões de mercado indicam que, em Itália, a transição da televisão analógica para a digital ocorrerá ainda mais tarde.

- (36) As diferentes funcionalidades oferecidas pela tecnologia digital, de que actualmente apenas beneficiam os subscritores da televisão mediante pagamento, são igualmente importantes. Para além da possibilidade de apresentar diferentes acontecimentos ao mesmo tempo, através de uma multiplicidade de canais, em Itália, a televisão mediante pagamento oferece uma vasta gama de características adicionais, só tornadas possíveis pela tecnologia digital, como é o caso, nomeadamente, dos guias electrónicos de programação (EPG) e da interactividade. Os espectadores de acontecimentos desportivos podem formatar a apresentação da forma que querem, por exemplo, mudando de uma para outra das câmaras que filmam um Grande Prémio de Fórmula 1 (do interior de um automóvel para outro ou para as boxes, por exemplo), repetindo um golo durante um jogo de futebol ou mudando de câmara para ver a execução de um *penalty* através da câmara instalada dentro da baliza.
- (37) Todos os elementos descritos indicam que, actualmente, a televisão mediante pagamento e a televisão gratuita constituem, em Itália, mercados claramente distintos, apesar de uma inegável interacção entre ambos. É evidente que quanto mais atractiva for a programação proposta por uma televisão gratuita, menor é o incentivo dos espectadores para subscreverem uma televisão paga. Esta situação é especialmente importante em países como a Itália, em que a televisão gratuita oferece uma vasta gama de canais, alguns dos quais com conteúdos que podem ser considerados atractivos. Neste aspecto, a televisão gratuita representa, sem dúvida, uma limitação para a televisão mediante pagamento.
- (38) Contudo, a questão crucial é a de saber se esta limitação é suficientemente importante para tornar a televisão gratuita num substituto para a televisão mediante pagamento. O atractivo de uma televisão gratuita depende, por definição, dos conteúdos propostos aos telespectadores. Actualmente, como foi demonstrado pela investigação de mercado, os tipos de conteúdos que, em Itália, são considerados «de grande audiência» (em especial, filmes recentes que constituíram êxitos de bilheteira e acontecimentos desportivos, sobretudo futebol) apenas estão acessíveis aos operadores da televisão mediante pagamento, que são os únicos a transmiti-los. Por um lado, os clubes de futebol mostram-se claramente inclinados a vender os seus direitos de transmissão apenas aos opera-

dores de televisão mediante pagamento. Por outro lado, as mais importantes produtoras de filmes vendem os direitos de transmissão de filmes através de um sistema de «janelas», em que a «janela» para as televisões pagas precede a «janela» para as televisões gratuitas. Até agora, os fornecedores de conteúdos têm-se recusado a abandonar a janela da televisão paga, já que tal equivaleria a perder uma fonte de receitas adicional. Enquanto este modelo empresarial vigorar, a televisão gratuita não poderá concorrer com a televisão paga na difusão de êxitos cinematográficos recentes, imediatamente a seguir à sua venda através das «janelas» *home video*. Em consequência, existe actualmente, em Itália, uma clara diferença em termos de conteúdos «de grande audiência» que as televisões gratuitas e as televisões pagas podem propor e, o que é mais importante, em termos do momento em que esses conteúdos podem ser difundidos.

- (39) No entanto, a situação actual não exclui a possibilidade de a distinção entre os dois mercados se vir a tornar cada vez mais ténue, devido, nomeadamente, à evolução tecnológica em geral e ao progresso da digitalização em Itália. A introdução da TDT em Itália irá, seguramente, alterar a paisagem televisiva neste país. Além disso, a tendência generalizada para a convergência entre os diferentes meios de comunicação audiovisuais, por um lado, e entre os meios de comunicação e as telecomunicações, por outro, deverá aumentar a proximidade entre os diferentes meios de fazer chegar os conteúdos informativos e de entretenimento aos consumidores e as formas como estes usufruem esses conteúdos.

Decisões anteriores da Comissão

- (40) As conclusões da investigação de mercado no âmbito do presente processo vão ao encontro das definições de mercado relevante estabelecidas pela Comissão em processos anteriores e pelas autoridades responsáveis pela concorrência de outros Estados-Membros ⁽¹¹⁾. Anteriormente, a Comissão sustentara que a televisão mediante pagamento constitui um mercado distinto, sem estabelecer uma distinção entre meios de transmissão terrestre, por satélite, por cabo ou outros. Trata-se de um mercado financiado pelas subscrições e, em menor medida,

⁽¹⁰⁾ A este propósito, pode salientar-se que, em Espanha, a Quiero TV foi transmitida como televisão mediante pagamento via TDT até meados de 2002 e que, no Reino Unido, a ITV transmite via TDT.

⁽¹¹⁾ Ver, por exemplo, em relação ao Reino Unido, a decisão no processo NTL/CWC, <http://www.competition-commission.org.uk/full-text/437c2.pdf>; em relação a Itália, a decisão da autoridade italiana responsável pela concorrência, referida na nota 6, sobre a concentração do grupo Canal+/Stream, de 13 de Maio de 2002; em relação a Espanha, a decisão do Governo espanhol no processo Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital, de 29 de Novembro de 2002.

pela publicidade, distinguindo-se, também aqui, da televisão gratuita, que é financiada pela publicidade e/ou por contribuições do Estado ⁽¹²⁾.

- (41) Enquanto no caso da televisão gratuita existe uma relação comercial unicamente entre o fornecedor de programas e a indústria publicitária, no caso da televisão mediante pagamento existe igualmente uma relação comercial directa entre o fornecedor de programas e o telespectador, na qualidade de subscritor. A televisão mediante pagamento é, pois, comercializada através de uma rede de distribuidores ou de equipas de vendas. Um sistema de gestão de subscritores é fundamental e os operadores de televisão mediante pagamento necessitam igualmente de tecnologia de acesso condicional para limitarem aos subscritores o acesso aos seus serviços.
- (42) Do mesmo modo, também as condições de concorrência da televisão mediante pagamento e da televisão gratuita são diferentes. Enquanto no caso da televisão gratuita a relação entre o nível de audiências e as taxas de publicidade constitui o principal parâmetro, no caso da televisão mediante pagamento o principal parâmetro é a relação entre a definição da programação e o número de subscritores. O facto de os subscritores estarem dispostos a pagar somas consideráveis pela televisão mediante pagamento indica claramente que este é um produto diferente, com um alvo bem definido.
- (43) No que respeita a outros serviços relacionados com a televisão mediante pagamento, a Comissão havia já identificado dois outros mercados possíveis: os serviços de pagamento por visualização ⁽¹³⁾ e os serviços de televisão digital interactiva ⁽¹⁴⁾, tendo estes últimos sido considerados como ligados e complementares à televisão mediante pagamento. No que se refere, nomeadamente, a serviços como o «pagamento por visualização» (PPV), o «vídeo quase a pedido» (nVoD) e o «vídeo a pedido» (VoD), a investigação de mercado revelou que, por

enquanto, estes serviços podem ser considerados segmentos do mercado da televisão mediante pagamento ⁽¹⁵⁾.

Canais de televisão, em especial canais DTH pagos

- (44) Existe alguma similitude entre os canais de televisão mediante pagamento de interesse especial [comercializados separadamente em alguns Estados-Membros ⁽¹⁶⁾] e as plataformas de televisão mediante pagamento. Os canais individuais não podem ser equiparados a televisões mediante pagamento com diversos canais, como a Stream ou a Telepiù, cujos subscritores têm possibilidade de comprar um pacote de canais, com conteúdos «de base» e «de grande audiência» (pacote). Contudo, de acordo com as informações obtidas durante a investigação de mercado, em ambos os casos (canais DTH e televisão mediante pagamento com diversos canais) existe uma relação comercial directa entre o fornecedor de programas e o telespectador, enquanto subscritor. Ambos são comercializados através de uma rede de distribuidores ou de equipas de venda. Um sistema de gestão de subscritores é fundamental e ambos necessitam de tecnologia de acesso condicional para limitarem aos subscritores o acesso aos seus serviços.
- (45) Em relação ao processo em apreço, a Comissão concluiu que, futuramente, os canais DTH independentes poderão exercer, no mercado italiano, pressão concorrencial sobre as plataformas de televisão mediante pagamento com diversos canais, como a Stream e a Telepiù, sobretudo se propuserem conteúdos de grande audiência (filmes recentes, desporto e jogos de futebol).
- (46) De qualquer forma, não é necessário determinar se os canais de televisão mediante pagamento constituem um mercado de produto distinto no âmbito do mercado global dos serviços de televisão mediante pagamento, uma vez que a concentração implica o reforço de uma posição dominante, seja qual for a definição de mercado.

Conclusão

- (47) À luz do que precede, pode concluir-se que a investigação de mercado demonstrou que, em Itália, apesar de existir uma interacção dinâmica entre a televisão gra-

⁽¹²⁾ Processo COMP/JV 37 BskyB/Kirch Pay TV, processo IV/M.993 Bertelsmann/Kirch/Première, processo COMP/M.2211 Universal Studio Networks/De Facto 829 (NTL) Studio Channel Ltd, processo COMP/JV. 57-TPS, processo COMP/M.2845 Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital. Algumas destas decisões apontam igualmente como característica da televisão mediante pagamento a necessidade de os telespectadores possuírem um módulo de descodificação (descodificador). Neste contexto, importa salientar que, actualmente, a televisão digital terrestre e via satélite, mesmo gratuita, requer igualmente a utilização de *set top boxes*. Todas as decisões supra-mencionadas se encontram publicadas no sítio *web* da Comissão: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽¹³⁾ Processo COMP/M.2211 Universal Studio Networks/De Facto 829 (NTL) Studio Channel Ltd., decisão da Comissão de 20 de Dezembro de 2000, publicada no sítio *web* da Comissão: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽¹⁴⁾ Processo COMP/JV 37 BskyB/Kirch Pay TV, decisão da Comissão de 2 de Março de 2000, publicada no sítio *web* da Comissão: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽¹⁵⁾ O pagamento por visualização constitui outro serviço, em que, para além da subscrição, os clientes têm de pagar cada conteúdo que visualizam (por exemplo, um filme ou um acontecimento desportivo). O vídeo a pedido e o vídeo quase a pedido constituem modalidades diferentes oferecidas a clientes da televisão mediante pagamento e que lhe permitem o acesso individualizado a conteúdos de vídeo.

⁽¹⁶⁾ Tal parece ser o caso no Reino Unido, com o Channel 4, por exemplo.

tuita e a televisão mediante pagamento que influencia a penetração e o êxito da televisão mediante pagamento, ambas constituem, actualmente, mercados distintos, o que vai ao encontro das conclusões de anteriores investigações de mercado da Comissão no mesmo sector.

Mercado geográfico

- (48) Apesar de, em alguns mercados de nicho, os canais serem já difundidos para toda a Europa, a radiodifusão televisiva continua, regra geral, a estar organizada numa base nacional. Como a Comissão já afirmou em diversas decisões ⁽¹⁷⁾, os mercados de organização da televisão são, por natureza, nacionais ou correspondem a zonas linguisticamente homogêneas. Este facto é devido, principalmente, a diferenças nos regimes reguladores, a barreiras linguísticas, a factores culturais e a outras diferenças nas condições de concorrência de cada Estado-Membro. Esta definição de mercado geográfico foi confirmada no presente processo, sobretudo no que respeita ao mercado da televisão mediante pagamento. Em consequência, as fronteiras do mercado de produto aplicáveis à presente operação correspondem ao território italiano.

2. MERCADOS A MONTANTE (NO QUE RESPEITA À TELEVISÃO MEDIANTE PAGAMENTO)

Compra de conteúdos televisivos (considerações de carácter geral)

- (49) A operação notificada tem impacto no sector dos conteúdos audiovisuais. Neste mercado, a Stream e a Telepiù operam, principalmente em Itália, como compradoras de direitos de transmissão ⁽¹⁸⁾. Os conteúdos audiovisuais abarcam uma série de produtos de entretenimento heterogêneos, que inclui, numa enumeração não exaustiva, filmes, programas para televisão de todos os géneros (por exemplo, telefilmes, dramas, comédias, documentários, concursos e jogos televisivos e noticiários), acontecimentos desportivos e canais de base e temáticos («conteúdos audiovisuais»).

⁽¹⁷⁾ Processo COMP/JV 37 BskyB/Kirch Pay TV, processo IV/M.993 Bertelsmann/Kirch/Première, decisão da Comissão de 27 de Maio de 1998, JO L 53 de 27.2.1999, p. 1; processo COMP/M.2845 Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital, decisão da Comissão de 14 de Agosto de 2002, publicadas no sítio web da Comissão: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽¹⁸⁾ A Fox (uma empresa do grupo Newscorp) está activa, principalmente, no desenvolvimento, produção e distribuição, à escala mundial, de filmes e de canais de televisão, comercializando alguns destes produtos, sobretudo filmes de entretenimento, em Itália.

- (50) Quando elaboram as suas grelhas de programação — e, de um modo mais geral, a sua «oferta» —, os organismos de radiodifusão televisiva têm de tomar em consideração diversos tipos de conteúdos audiovisuais. Segundo a Newscorp, e na medida em que para se construir uma plataforma de televisão mediante pagamento bem sucedida é fundamental o acesso a conteúdos televisivos diversificados, a compra de conteúdos televisivos em geral deve ser considerada um mercado distinto.

- (51) A este propósito, a investigação da Comissão revelou que, embora seja inquestionável que os organismos de radiodifusão televisiva, em especial as plataformas de televisão mediante pagamento, necessitam de comprar conteúdos televisivos diversificados, do ponto de vista da procura, ou seja, dos operadores de televisão, estes conteúdos não são substituíveis (um filme e um programa realizado para televisão não têm o mesmo valor em termos de atracção exercida sobre os consumidores).

- (52) Do ponto de vista da oferta, os direitos dos conteúdos televisivos são comercializados de acordo com diferentes estruturas de preços e não têm o mesmo valor económico. Ademais, os fornecedores de conteúdos específicos não podem mudar o tipo de conteúdos das suas produções. Em decisões anteriores, a Comissão defendeu a existência de, no mínimo, os seguintes mercados ligados aos conteúdos televisivos ⁽¹⁹⁾: a) filmes de grande audiência; b) acontecimentos futebolísticos que se realizam regularmente (todos os anos) e em que participam equipas nacionais; c) acontecimentos futebolísticos que não se realizam regularmente e em que participam equipas nacionais; d) outros acontecimentos desportivos; e) canais de televisão temáticos e generalistas; f) programas para televisão. Os direitos referidos nas alíneas a), b), c) e d) foram já apreciados, tanto do ponto de vista da oferta (venda pelos titulares dos direitos) como do ponto de vista da procura (compra de direitos exclusivos).

- (53) Além disso, ainda que, teoricamente, a televisão gratuita e a televisão mediante pagamento concorram pela compra dos conteúdos televisivos supramencionados, determinadas categorias de conteúdos são compradas unicamente por canais de televisão mediante pagamento, devido, nomeadamente, i) aos seus preços e às condições previstas nos contratos correspondentes (por exemplo, os filmes recentes são vendidos, exclusivamente, às televisões mediante pagamento, tendo em vista a obtenção de receitas adicionais com a subsequente venda às televisões gratuitas), ii) no caso concreto dos acontecimentos futebolísticos, a capacidade de transmitir diversos jogos em simultâneo e o facto de a maior parte dos clubes de futebol (em especial os de pequena e média dimensão) não estarem interessados em vender os seus direitos a canais de televisão gratuita (acessíveis a todos os telespectadores) ao mesmo preço a que os vendem a canais de televisão pagos, uma vez que tal reduziria a afluência aos estádios.

⁽¹⁹⁾ Ver, nomeadamente, os processos COMP/M.553 RTL/Veronica/Endemol, COMP/M.2050 Vivendi/CANAL+/Seagram, 37.576 Regulamento de transmissões da UEFA, COMP/M.2211 Universal Studio Networks/De facto (NTL) Studio Channel Ltd, COMP/JV.57 TPS e COMP/M.2845 Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital. Ver sítio web da Comissão: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

(54) Em consequência, este tipo de conteúdos onerosos não é, normalmente, transmitido pelas televisões gratuitas. Nomeadamente, os direitos relativos a filmes de grande audiência recentes e à maior parte dos acontecimentos futebolísticos regulares em que participam equipas nacionais (designadamente a liga italiana) tendem a ser adquiridos, em exclusividade, por operadores de televisão mediante pagamento e constituem os factores determinantes (os «vectores») que levam os consumidores a subscrever um determinado canal/plataforma de televisão mediante pagamento. Embora outros tipos de conteúdos sejam importantes para completar a oferta (pacote) de uma televisão mediante pagamento, estes não têm necessariamente de ser «vectores».

Mercados do produto

(55) Os mercados afectados pela operação notificada em que a concentração cria ou reforça uma posição dominante do lado da procura (compra de direitos) são os seguintes: a) direitos exclusivos de filmes de grande audiência; b) direitos exclusivos de acontecimentos futebolísticos que se desenrolam todos os anos e em que participam equipas nacionais (principalmente, liga nacional, taça nacional, Taça UEFA e Liga dos Campeões da UEFA); c) direitos exclusivos de outros acontecimentos desportivos; d) compra de canais de televisão.

a) Direitos de filmes de grande audiência

(56) A Comissão já havia segmentado as actividades de compra de direitos de transmissão televisiva em diferentes mercados, definidos em função da natureza dos conteúdos⁽²⁰⁾. A Comissão considerou, nomeadamente no processo de concentração Vivendi/CANAL+/Seagram⁽²¹⁾, que a compra de direitos de transmissão de filmes constitui um mercado distinto do dos programas realizados para televisão.

(57) No que respeita, concretamente, aos operadores de televisão mediante pagamento, a decisão Vivendi/CANAL+/Seagram refere que «do ponto de vista da procura, estes direitos não são permutáveis, na perspectiva dos

operadores de televisão, devido ao facto de os filmes e os programas realizados para televisão não terem o mesmo valor, em termos de atractivo para o consumidor. Do ponto de vista da oferta, estes direitos são comercializados de acordo com diferentes estruturas de preços e não têm o mesmo valor económico.» Neste mercado, «os chamados grandes estúdios de Hollywood detêm uma posição muito forte, em termos quantitativos e qualitativos, na medida em que constituem a principal fonte de filmes que foram êxitos de bilheteira».

(58) Mais recentemente⁽²²⁾, a Comissão indicou que o mercado relevante para filmes se compunha, fundamentalmente, de «filmes de sucesso», que, em regra geral, correspondem a filmes produzidos pelos grandes estúdios americanos (as chamadas «majors de Hollywood»). Os filmes vendidos às televisões mediante pagamento incluem direitos para os chamados «períodos pagos» («pagamento por visualização», «quase vídeo a pedido», «vídeo a pedido»), exibição em «primeira janela» e em «segunda janela»⁽²³⁾.

(59) A primeira janela é o primeiro período em que os filmes de grande audiência são exibidos na televisão mediante pagamento fora dos períodos pagos. Um operador de televisão mediante pagamento que não tenha direitos de primeira janela para a exibição de filmes apenas pode oferecer filmes de grande audiência mais antigos, já exibidos noutros canais de televisão mediante pagamento, naquilo que se designa por segunda janela. De acordo com anteriores investigações da Comissão⁽²⁴⁾, os consumidores não consideram os filmes de segunda janela permutáveis com os filmes de primeira janela, em termos de novidade. Ademais, do ponto de vista da oferta, não é possível substituir um filme de primeira janela por um filme de segunda janela. Com efeito, em França, onde estes direitos são comercializados separadamente, os direitos de segunda janela custam entre 5 e 25 %⁽²⁵⁾ dos direitos de primeira janela. Também o sistema de

⁽²⁰⁾ A questão foi levantada, mas não solucionada, pela supramencionada decisão TPS, de 3 de Março de 1999 (parágrafo 34), tendo sido decidida na decisão de concentração de 13 de Outubro de 2000, no processo COMP/M.2050 Vivendi/CANAL+/Seagram. Ver igualmente, sobre a existência de um mercado distinto para a compra de direitos de transmissão de acontecimentos futebolísticos que se desenrolam regularmente ao longo do ano, a comunicação de objecções no processo COMP/C.2/37.398 — Venda conjunta dos direitos televisivos respeitantes à Liga dos Campeões da UEFA numa base exclusiva — [comunicado de imprensa IP/01/1043, de 20 de Julho de 2001, «A Comissão dá início a um processo relativamente à venda por parte da UEFA» dos direitos televisivos respeitantes à Liga dos Campeões da UEFA e nota explicativa MEMO/01/271 de 20 de Julho de 2001] e processo COMP/M.2845 Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

⁽²¹⁾ Ver a decisão acima referida de 13 de Outubro de 2000, no processo COMP/M.2050 Vivendi/CANAL+/Seagram.

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

⁽²³⁾ De um modo geral, na televisão mediante pagamento, os filmes são exibidos em diferentes horários e janelas. Após um período de exibição em cinemas (seis a oito meses) e de aluguer e/ou venda de vídeos (quatro a seis meses), os filmes chegam aos subscritores da televisão mediante pagamento, numa primeira fase (normalmente, com uma duração de três meses), na modalidade de pagamento por visualização. Em seguida, os filmes podem ser exibidos em primeira janela (em princípio, durante seis meses) e em segunda janela (igualmente seis meses). Finalmente, passam a integrar o catálogo da *major* produtora e são colocados no mercado da televisão gratuita.

⁽²⁴⁾ Processo COMP/M.2050 Vivendi/Canal+/Seagram, decisão de 13 de Outubro de 2000, processo COMP/M.2845 Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital, decisão de 14 de Outubro de 2002, publicadas no sítio *web* da Comissão: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽²⁵⁾ Ver processo COM/M.2050 Vivendi/Canal+/Seagram, parágrafo 19.

exploração comercial destes direitos pelos operadores de televisão tende a variar: enquanto os filmes de primeira janela são, normalmente, incluídos nos canais de grande audiência, os filmes de segunda janela tendem a ser exibidos em canais especializados em cinema.

- (60) No caso concreto da Itália, a diferença entre primeira e segunda janelas não tem sido, até agora, significativa para a actual prática comercial. Segundo a Newscorp, nenhuma das plataformas de televisão mediante pagamento anteriormente existentes manifestou particular interesse na compra de direitos para segunda exibição na televisão paga. Mais especificamente, no âmbito dos *output deals* (contratos de produção) ⁽²⁶⁾ concluídos pelos operadores italianos de televisão paga com as *majors* e as principais produtoras de filmes nacionais, não foram comprados ou vendidos quaisquer direitos de segunda exibição na televisão paga. Não obstante, a Telepiù detém direitos de preferência para a exibição em segunda janela de uma série de filmes, embora, noutros casos, os direitos de segunda janela não possam ser vendidos a terceiros antes de os filmes serem exibidos na televisão gratuita, devido a direitos de retenção. É possível que os direitos de segunda janela venham a ser comercializados em Itália.

- (61) A investigação de mercado confirmou, em larga medida, que os filmes de grande audiência constituem o único conteúdo «vector» para os operadores de televisão mediante pagamento. Além disso, a estrutura da oferta, as características deste tipo de conteúdo e os preços permitem considerar a compra de direitos exclusivos de transmissão de filmes de grande audiência como um mercado de produto distinto dos outros mercados de compra de conteúdos.

Âmbito geográfico

- (62) A Comissão considerou, em diversas decisões, que o mercado geográfico tem um carácter nacional ou, em certos casos, regional ⁽²⁷⁾. Embora a maior parte dos direitos sejam comprados nos Estados Unidos (às chama-

das *majors* de Hollywood) e nada impeça os operadores de comprar, ao mesmo tempo, direitos para mais do que um território, os direitos de transmissão são repartidos e vendidos numa base essencialmente nacional ou, no máximo, por zona linguística, sendo o preço estruturado de tal forma que o valor económico dos contratos depende do território específico para o qual os direitos são comprados. Do mesmo modo, tendo em conta as restrições impostas pela repartição dos direitos, o âmbito geográfico do mercado é nacional ou limitado a uma zona linguística.

- (63) Em Itália, as licenças relativas aos direitos de transmissão estão limitadas ao território nacional. Deste modo, no caso em apreço, o âmbito geográfico do mercado é nacional.

b) Direitos de acontecimentos desportivos

- (64) Em processos anteriores ⁽²⁸⁾, a Comissão afirmou existir um mercado distinto para a compra de direitos de radiodifusão exclusivos de acontecimentos futebolísticos realizados anualmente com a participação de equipas nacionais (a liga, sobretudo a primeira divisão, e as taças nacionais, a Liga dos Campeões da UEFA e a Taça UEFA). As televisões gratuitas apresentam igualmente propostas para a compra de direitos da Liga dos Campeões e da Taça UEFA.

- (65) Este mercado é distinto do da compra de direitos de transmissão de acontecimentos futebolísticos não regulares em que participam equipas nacionais, como o Campeonato do Mundo ou o Campeonato Europeu, que são vendidos por entidades diferentes. Até certo ponto, as televisões gratuitas apresentam igualmente propostas com vista à compra destes direitos. Estas afirmações foram confirmadas pela investigação de mercado realizada no âmbito do presente processo.

- (66) Para efeitos do presente processo, a Comissão afirmou existir um mercado distinto para a compra de direitos de radiodifusão exclusivos de acontecimentos futebolísticos realizados anualmente com a participação de equipas nacionais (a liga, sobretudo a primeira divisão, e as taças nacionais, a Liga dos Campeões da UEFA e a Taça UEFA). A investigação de mercado confirmou claramente que este tipo de conteúdo futebolístico constitui o único conteúdo «vector» para os operadores de televisão mediante pagamento. Ademais, tendo em conta as

⁽²⁶⁾ Os direitos de exibição na televisão mediante pagamento (em especial os detidos por grandes produtoras) são, frequentemente adquiridos no âmbito dos chamados *output deals* (contratos de produção). Os *output deals* constituem, normalmente, acordos nos termos dos quais uma produtora cinematográfica vende a totalidade ou a maior parte da sua produção a um determinado operador. No que respeita aos *output deals* para a televisão mediante pagamento, os operadores do sector compram a janela para transmissão televisiva, após o período da venda e aluguer de vídeo e, se for caso disso, de pagamento por visualização e de vídeo a pedido. Nestes casos, o mesmo filme pode ser exibido noutras janelas. Os preços destes contratos têm em conta o êxito de bilheteira alcançado pelos filmes durante a sua exibição em cinemas. Normalmente, os operadores de televisão gratuita compram as janelas de exibição subsequentes, habitualmente designadas janelas de televisão gratuita.

⁽²⁷⁾ Processos COMP/M.2050 Vivendi/Canal+/Seagram e COMP/M.2845 Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

⁽²⁸⁾ Processo 37.576, regulamento de transmissões da UEFA, processo COMP/M.2483, Canal+/RTL/GJCD/JV, e processo COMP/M.2845, Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

características e os preços deste tipo de conteúdo (os preços são claramente superiores aos de outros acontecimentos desportivos regulares em que participam equipas nacionais), a compra de direitos de transmissão exclusivos para os acontecimentos futebolísticos regulares em que participam equipas nacionais pode ser considerada um mercado de produto distinto, que se destaca claramente de outros mercados de compra de conteúdos.

Âmbito geográfico

- (67) O regulamento de transmissões da UEFA reflecte o carácter nacional do mercado dos direitos de radiodifusão de acontecimentos futebolísticos, visto tais direitos de radiodifusão serem, em geral, vendidos a nível nacional, mesmo no caso de acontecimentos pan-europeus, como a Taça UEFA e a Liga dos Campeões da UEFA. No que respeita aos direitos de transmissão dos jogos da liga e da taça nacionais, a especificidade do produto, ditada por factores culturais ligados à procura e às preferências nacionais, implica que o âmbito geográfico corresponda ao país em que os jogos são disputados. Em Itália, os direitos de transmissão exclusivos relativos aos acontecimentos futebolísticos que se desenrolam todos os anos e em que participam equipas italianas foram comprados por operadores de radiodifusão italianos. Além disso, os direitos da liga e da taça nacionais italianas são explorados em Itália.
- (68) Em consequência, e a exemplo de anteriores decisões, o âmbito geográfico do mercado é, no caso em apreço, nacional, ou seja, limitado ao território italiano.

c) Direitos de outros acontecimentos desportivos

- (69) Até ao presente, a Comissão não assumiu uma posição em relação ao facto de o mercado da compra de direitos exclusivos de acontecimentos desportivos, com excepção dos dois mercados de acontecimentos futebolísticos referidos nos considerandos 64 e 65, poder ou não ser segmentado em diferentes mercados.
- (70) Não obstante, a investigação de mercado revelou que, ainda que não constituam um vector essencial para a subscrição da televisão mediante pagamento, estes conteúdos são muito importantes para os operadores de televisão mediante pagamento, na medida em que dizem respeito a acontecimentos com potencial para suscitar o interesse de numerosos consumidores finais (por exemplo, torneios de ténis importantes, combates de boxe, golfe e motociclismo). Além disso, as características e os preços deste tipo de conteúdos indicam que a compra de direitos de transmissão exclusivos destes acontecimentos desportivos podem ser considerados como um mercado de produto distinto, que se destaca dos outros mercados de compra de conteúdos.

- (71) Contudo, para efeitos do presente processo, não é necessário decidir se os mercados relevantes devem, no que respeita à compra dos direitos de transmissão pelos operadores de televisão, ser divididos em diferentes mercados correspondentes a diferentes desportos, uma vez que a concentração proposta irá criar ou reforçar uma posição dominante, independentemente das definições de mercado de produto alternativas.

Âmbito geográfico

- (72) Em relação a alguns acontecimentos desportivos, os direitos são comprados, em exclusividade, para a totalidade do território europeu e, independentemente dos meios técnicos de transmissão, revendidos para os diferentes países. Trata-se de acontecimentos desportivos importantes, como os Jogos Olímpicos, que, na perspectiva dos telespectadores, assumem um interesse pan-europeu. Também os direitos de acontecimentos desportivos adquiridos pelo canal Eurosport, que transmite para toda a Europa, são vendidos numa base pan-europeia.
- (73) Contudo, atendendo a que a esmagadora maioria dos direitos desportivos comprados por organismos de radiodifusão se limitam a um país ou zona linguística específicos, pode concluir-se que o mercado da compra de direitos de transmissão televisiva de acontecimentos desportivos continua a ser de âmbito nacional ou limitado a zonas linguísticas.

d) Canais de televisão

- (74) A investigação de mercado realizada no âmbito do presente processo confirmou que o funcionamento dos canais de televisão mediante pagamento comercializados de forma independente, em especial através de plataformas DTH, poderia exercer pressão concorrencial sobre as plataformas de televisão mediante pagamento. Os canais de televisão podem igualmente ser comprados por plataformas de televisão mediante pagamento, a fim de serem incluídos nos seus «pacotes», e, tal como afirmado pela Comissão no âmbito de processos anteriores ⁽²⁹⁾, são fundamentais para agrupar os serviços de televisão mediante pagamento, constituindo um mercado de produto separado ⁽³⁰⁾. Regra geral, os canais de grande audiência (Premium) são produzidos por televisões mediante pagamento com conteúdos de grande audiência (desporto e cinema) previamente comprados aos detentores originais dos direitos. A investigação de mercado revelou ainda que, mesmo que apenas os canais de grande audiência constituam os vectores que induzem à subscrição da televisão mediante pagamento, a oferta de outros canais assume grande importância para os operadores de televisão mediante pagamento, na medida em que estes diferentes tipos de canais (generalistas e temáticos) contribuem para aumentar a atracção que o pacote da televisão mediante pagamento exerce sobre o consumidor final.

⁽²⁹⁾ Processo IV/36.237 — TPS (JO L 90 de 2.4.1999, p. 6).

⁽³⁰⁾ Processo COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital.

- (75) Quanto aos canais de televisão, a oferta é representada por fornecedores que compram acontecimentos ou conteúdos isolados (em geral sem exclusividade) e os agrupam em pacotes, que revendem a organismos de radiodifusão televisiva. Esta característica da oferta, bem como o tipo e o preço dos conteúdos propostos (preços por hora inferiores aos dos conteúdos exclusivos), permitem considerar os canais de televisão como um mercado de produto distinto, que se destaca de outros mercados de compra de conteúdos.
- (76) No entanto, para efeitos do caso em apreço, não é necessário decidir se os mercados relevantes devem ou não ser divididos em diferentes mercados em função do tipo de canal (generalista ou temático, por exemplo, desportivo, infantil ou informativo), na medida em que a concentração proposta irá criar uma situação em que existirá um único comprador, sejam quais forem as definições alternativas de mercado de produto.

Âmbito geográfico

- (77) Em termos de âmbito geográfico, a compra destes canais é determinada, principalmente, pelo contexto cultural e sociológico do país em que a plataforma de televisão opera e, aparentemente, é fortemente influenciada pelo território nacional em causa. Em consequência, qualquer mercado de produto alternativo teria, necessariamente, uma dimensão nacional. Ora, esta dimensão nacional foi confirmada no caso de Itália: os fornecedores criaram canais temáticos específicos em italiano e adaptados às

preferências italianas, que são distribuídos a nível nacional.

B. EFEITOS DA CONCENTRAÇÃO

- (78) A concentração irá criar importantes sobreposições horizontais numa série de mercados que se relacionam verticalmente.

1. O MERCADO ITALIANO DA TELEVISÃO MEDIANTE PAGAMENTO

1.1. Considerações de carácter geral

- (79) O mercado italiano da televisão mediante pagamento caracteriza-se pela presença de dois operadores: a Telepiù e a Stream. Sobretudo a partir do início dos serviços DTH, em 1996, o mercado italiano dos serviços de televisão mediante pagamento conheceu um crescimento significativo, tanto em termos de valor como em termos de volume (número de subscritores). Os quadros seguintes apresentam uma estimativa da dimensão do mercado horizontalmente afectado fornecida pelas partes e relativa ao período 1999-2001, que mostra claramente o seu crescimento (+ 80,8 % em termos de valor e +36,1 % em termos de número de subscritores, nos três anos de referência).

QUADRO 1

Dimensão do mercado

Valor

(em milhares de euros)

	1999	2000	2001
Publicidade	[...]*	[...]*	[...]*
Subscrições	[...]*	[...]*	[...]*
Total	[...]*	[...]*	[...]*

Fonte: Formulário CO.

QUADRO 2

Volume (número de subscritores)

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

Fonte: Formulário CO.

- (80) Importa lembrar que, antes da concentração, a Telepiù (empresa-alvo) já tinha uma posição dominante no mercado italiano da televisão mediante pagamento.
- (81) Em 2001, a Telepiù detinha uma quota de mercado de [60-70]* % em termos de subscritores e de [65-75]* % em termos de valor; a Stream detinha uma quota de mercado de [30-40]* % em termos de subscritores e de [25-35]* % em termos de valor. Em Novembro de 2002, a Telepiù detinha uma quota de mercado de [65-75]* % em termos de número de subscritores (a Stream detinha [25-35]* %) e de, aproximadamente, [70-80]* % em termos de receitas. Os quadros seguintes sintetizam as posições da Stream e da Telepiù nos três anos de referência anteriores à concentração, em termos de valor, número de subscritores (volume) e quotas de mercado correspondentes.

QUADRO 3

Posição de mercado da Telepiù e da Stream antes da concentração*Valor**(em milhares de euros)*

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

Fonte: Formulário CO.

QUADRO 4

Volume (número de subscritores)

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

Fonte: Formulário CO.

QUADRO 5

Parte de mercado (valor/volume)

	1999		2000		2001	
	Valor	Volume	Valor	Volume	Valor	Volume
Telepiù	[85-95]*	[70-80]*	[75-85]*	[65-75]*	[65-75]*	[60-70]*
Stream	[5-15]*	[20-30]*	[15-25]*	[25-35]*	[25-35]*	[30-40]*
Total	100	100	100	100	100	100

Fonte: Formulário CO.

1.2. *Considerações sobre custos no mercado italiano da televisão mediante pagamento*

- (82) O mercado da televisão mediante pagamento caracteriza-se, em Itália e no EEE, pelos elevadíssimos custos incorridos pelas plataformas. A estrutura de custos de um operador de televisão mediante pagamento é, em larga medida, determinada pelos custos dos direitos de transmissão dos programas e pelo nível dos custos de aquisição de subscritores (despesas de *marketing* e de promoção). A maior parte dos custos de funcionamento corresponde aos custos de programação, que, sobretudo nos últimos anos, atingiram níveis muito elevados, em termos absolutos e relativos, para as plataformas italianas de televisão mediante pagamento.
- (83) Estes custos de transmissão ou de programação decorrem, principalmente, da necessidade de comprar conteúdos «de grande audiência» (em especial acontecimentos futebolísticos e filmes, mas também, por exemplo, outro tipo de acontecimentos desportivos), susceptíveis de atrair telespectadores e de os fidelizar enquanto clientes do serviço de televisão mediante pagamento (ou de pagamento por visualização). De acordo com os documentos fornecidos pelas partes, estes custos são «previsíveis a médio prazo, graças à maturidade dos acordos concluídos com os fornecedores de conteúdos». Em consequência, as plataformas podem, até certo ponto, considerá-los custos fixos ou incontornáveis. «Em geral, os direitos são negociados com os fornecedores de conteúdos com base no número de subscritores e, frequentemente, prevêem um pagamento mínimo ou garantias quanto ao número de subscritores. Quando é alcançado o número mínimo de subscritores previsto, estes custos tornam-se inteiramente variáveis».
- (84) Embora tanto possam ser considerados fixos como variáveis, consoante o sistema de contabilidade analítica da empresa, estes custos terão sempre representado um encargo muito importante para as plataformas, especialmente em Itália, onde o nível de penetração do serviço de televisão mediante pagamento é inferior ao registado noutros países do EEE e, em consequência, a base de clientes e as receitas, que permitem amortizar estes custos, são mais limitados.
- (85) Estes custos são determinados, entre outras coisas, por contratos exclusivos a longo prazo com fornecedores de conteúdos de grande audiência, que, frequentemente, incluem a compra de direitos exclusivos de transmissão, não só nas modalidades televisão mediante pagamento e pagamento por visualização, como nas modalidades vídeo quase a pedido e vídeo a pedido, e diversas protecções (direitos de retenção, direitos negativos exclusivos e similares) relativas à possibilidade de terceiros adquirirem e transmitirem os mesmos conteúdos através de outros meios de transmissão existentes ou futuros (cabo, internet, UMTS etc.) ⁽³¹⁾. Ademais, os contratos com os fornecedores de conteúdos estão geralmente estruturados de modo a que uma parte substancial do preço a pagar pelos operadores de televisão mediante pagamento assuma a forma de «mínimo garantido», directa ou indirectamente associado a um hipotético número mínimo de subscritores da plataforma de televisão mediante pagamento. Se o número de subscritores for superior a esse número hipotético, o preço a pagar pelos operadores ao fornecedor de conteúdos aumentará em conformidade.
- (86) Desde o lançamento da televisão mediante pagamento em Itália, em 1991, e da entrada em funcionamento da Stream, em 1998, estes custos de transmissão aumentaram exponencialmente, facto que afectou de modo significativo a rentabilidade das plataformas concorrentes, como se infere dos dados fornecidos pela Newscorp.
- (87) Com efeito, a parte notificante informou (nos documentos apresentados no decurso do processo) que, no período 1991-2001, a Telepiù e a Stream sofreram avultados prejuízos. O quadro seguinte mostra os prejuízos financeiros sofridos pelas duas plataformas no período 1998-2001.

⁽³¹⁾ Universal Mobile Telecommunications System (Sistema Universal de Comunicações Móveis).

QUADRO 6

PREJUÍZOS LÍQUIDOS

(em milhões de euros)

	Telepiù	Stream	Total
1998	[...]*	—	[...]*
1999	[...]*	[...]*	[...]*
2000	[...]*	[...]*	[...]*
2001	[...]*	[...]*	[...]*
Acumulado 1998-2001	[...]*	[...]*	[...]*

Fonte: Com base nos dados incluídos no formulário CO.

- (88) Na investigação realizada no âmbito da concentração anterior (posteriormente abortada), em que o grupo Vivendi adquiriria o controlo da Stream, a autoridade italiana em matéria de concorrência concluiu que os custos de programação representavam cerca de [55-65]* % dos custos totais dos operadores de televisão mediante pagamento DTH ⁽³²⁾.

1.3. Custo da compra de direitos de transmissão de filmes

- (89) Tanto a Stream como a Telepiù compraram direitos relativos a um número considerável de filmes «de grande audiência» às majors americanas e, em menor medida, a produtoras cinematográficas italianas. O valor total destas compras nos últimos quatro anos, apresentado por plataforma, consta do quadro seguinte.

QUADRO 7

Filmes de grande audiência

Valor

(em milhares de euros)

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

Fonte: Com base em dados fornecidos pelas partes.

- (90) De 1999 a 2002, os custos supramencionados representaram, em média, um pouco menos de [5-15]* % dos custos totais da Telepiù e cerca de [0-10]* % da Stream.

1.4. Custo dos direitos de acontecimentos futebolísticos

- (91) Tanto a Stream como a Telepiù compraram um número muito significativo de direitos de acontecimentos desportivos a clubes de futebol italianos, com vista à transmissão de acontecimentos em

⁽³²⁾ Decisão da autoridade italiana em matéria de concorrência de 13 de Maio de 2002, ponto 33 (processo C/5109).

que participaram clubes italianos e relativos à série A, série B, Coppa Italia, Liga dos Campeões e Taça UEFA. O valor total destas compras nos últimos quatro anos, apresentado por plataforma, consta do quadro seguinte.

QUADRO 8

Acontecimentos futebolísticos

Valor

(em milhares de euros)

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

Fonte: Com base em dados fornecidos pelas partes.

- (92) De 2000 a 2002, os custos supramencionados representaram, em média, [40-50]* % dos custos totais da Stream e [20-30]* % da Telepiù.

1.5. Custo dos direitos de outros acontecimentos desportivos

- (93) Tanto a Stream como a Telepiù compraram um número significativo de direitos de outros acontecimentos desportivos, como competições de Fórmula 1, torneios de ténis importantes (*Grand Slam*) ou acontecimentos em que participaram equipas ou desportistas italianos. O valor total destas compras nos últimos três anos, apresentado por plataforma, consta do quadro seguinte.

QUADRO 9

Outros acontecimentos desportivos

Valor

(em milhares de euros)

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

Fonte: Com base em dados fornecidos pelas partes.

- (94) De 1999 a 2001, os custos supramencionados representaram, em média, um pouco mais de [0-10]* % dos custos totais da Telepiù e cerca de [0-10]* % da Stream.

1.6. Custo da compra de canais

- (95) Tanto a Stream como a Telepiù compraram um número muito significativo de direitos relativos a canais, com vista à sua inclusão nos respectivos pacotes ou na respectiva programação. O valor

total destas compras de direitos nos últimos quatro anos, apresentado por plataforma, consta do quadro seguinte. O custo da compra destes direitos é muito significativo, comparativamente com o dos restantes direitos da programação, ainda que estes programas não possam ser considerados «de grande audiência». Contudo, se se comparar o número de horas de emissão comprado através de canais com o número de horas de emissão comprado através de direitos de transmissão de filmes e acontecimentos desportivos, verifica-se que o custo horário dos canais é significativamente inferior ao custo dos direitos de outros programas. Não obstante, os canais contribuem para aumentar o atractivo global de uma plataforma de televisão mediante pagamento para os consumidores finais.

QUADRO 10

Canais

Valor

(em milhares de euros)

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

Fonte: Com base em dados fornecidos pelas partes.

- (96) Em 2001 e 2002, os custos supramencionados representaram, em média, [10-20]* % dos custos totais da Telepiù e [10-20]* % da Stream.

1.7. Custo global dos direitos relativos à programação

- (97) Globalmente, a compra de direitos de programação reduz substancialmente as margens das duas plataformas. Contudo, dados recentes sugerem uma melhoria dos rácios pertinentes. Entre 2001 e 2002, o rácio «Custos totais de programação/Receitas totais de subscrições» desceu de [85-95]* % para [75-85]* %, no caso da Telepiù, e de [135-145]* % para [135-145]* %, no caso da Stream.
- (98) Esta tendência parece indicar que a relação entre custos e receitas das plataformas deixou de estar fora de controlo. Além disso, as dificuldades económicas e financeiras sentidas no mercado da televisão mediante pagamento por ambas as plataformas DTH italianas estão, até certo ponto, a ser superadas, graças aos actuais esforços de luta contra a pirataria. Deste modo, nos últimos meses de 2002, a Telepiù angariou cerca de 150 000 novos subscritores.

2. CRIAÇÃO OU REFORÇO DE UMA POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO ITALIANO DA TELEVISÃO MEDIANTE PAGAMENTO

2.1. Efeitos horizontais (oferta de serviços de televisão mediante pagamento)

- (99) O mercado da televisão mediante pagamento é o mercado geral dos serviços de televisão mediante pagamento, que, presentemente, inclui serviços como a televisão por assinatura (no sentido restrito do termo), o pagamento por visualização, o vídeo a pedido e o vídeo quase a pedido. Os serviços de televisão mediante pagamento podem ser prestados através de diversos meios de radiodifusão televisiva, nomeadamente, a televisão digital terrestre (TDT), o cabo ou o satélite (também conhecido por DTH). A radiodifusão analógica terrestre constitui uma tecnologia muito menos adequada para a transmissão simultânea de um grande número de canais, programas e acontecimentos desportivos, que caracteriza um pacote de televisão mediante pagamento.

(100) Até ao presente, o mercado italiano da televisão mediante pagamento está limitado à transmissão via satélite (DTH), em que tanto a Stream como a Telepiù estão activas. A Telepiù ainda conserva um número residual de subscritores dos seus serviços analógicos iniciais (herança dos primórdios da era da televisão mediante pagamento por meios analógicos terrestres), enquanto o cabo está pouco desenvolvido (através do operador e.Biscom) e a televisão digital terrestre (TDT) se encontra em fase experimental.

2.1.a) Situação da concorrência: cabo e DTH

(101) Neste mercado, a Telepiù é o principal operador, com uma quota de mercado de [65-75]* % em termos de número de subscritores ([...]* em Novembro de 2002) e, provavelmente, de [70-80]* % em termos de receitas. A Stream é o único concorrente actualmente activo neste mercado, com [...]* subscritores (em Novembro de 2002). As partes argumentam que a situação da concorrência em Itália permite um maior crescimento dos operadores por cabo, como a e.Biscom, que possui uma rede para prestação de serviços de televisão com capacidade para servir quase um milhão de famílias.

(102) No que respeita aos operadores por cabo, actualmente a e.Biscom apenas presta serviços de vídeo a pedido e de televisão interactiva a [10 000-20 000] subscritores. Ademais, de acordo com o plano de exploração da e.Biscom, a empresa está a construir uma rede de cabo de fibra óptica patenteada que lhe permitirá servir um número limitado de grandes cidades italianas. Por outro lado, a e.Biscom transmite, através da sua rede de cabo, ofertas de televisão mediante pagamento da Telepiù e da Stream, mas os clientes, as condições de venda e o serviço a clientes são da responsabilidade da Stream e da Telepiù.

(103) Como a Comissão sublinhou numa comunicação de objecções endereçada à Newscorp, após a concentração, deixará praticamente de existir concorrência no mercado italiano da televisão mediante pagamento. A pressão concorrencial que os operadores de cabo italianos exercerão sobre a plataforma combinada pode ser considerada mínima. Aliás, a própria Newscorp afirmou, em conferências e apresentações públicas dirigidas à comunidade empresarial, que, em Itália, a entidade resultante da concentração «não enfrentará qualquer concorrência por parte dos operadores de cabo»⁽³³⁾. Além disso, terceiros alegaram que o custo da ligação ao cabo é mais elevado, em termos relativos, do que noutros mercados.

(104) No que respeita à DTH, a regulamentação italiana prevê o acesso de terceiros a sistemas de acesso condicional

(CAS) em condições equitativas, razoáveis e não discriminatórias e estipula obrigações em matéria de *simulcrypt*⁽³⁴⁾. Contudo, pelas razões apresentadas *supra* (a necessidade de os potenciais concorrentes do segmento DTH comprarem CAS à Newscorp ou concluírem acordos relativos ao *simulcrypt* com a Newscorp, bem como o facto de a plataforma de DTH ser propriedade desta empresa), não é pertinente esperar, após a concentração, qualquer tipo de concorrência efectiva no segmento DTH, a menos que sejam previstas garantias adicionais.

2.1.b) Perspectivas de desenvolvimento da TDT

(105) No que respeita à TDT, não é muito clara a existência de condições para o seu lançamento potencial dentro de um prazo razoável. O Governo italiano fixou em 31 de Dezembro de 2006 a data-limite para a mudança da televisão analógica para a digital. Contudo, a investigação de mercado realizada pela Comissão revelou ser provável que esta transição se verifique depois dessa data. No seu livro branco sobre a Televisão Digital Terrestre, a AGCOM (a autoridade nacional italiana para as comunicações) sublinhou as dificuldades em matéria de frequências para os organismos de radiodifusão e as *set top boxes* e recomendou que o Estado italiano fornecesse um decodificador a todos os lares.

(106) De acordo com um estudo publicado pela Comissão⁽³⁵⁾ e referido por terceiros, para que seja possível extrair da TDT os benefícios esperados, deverão ser superados os seguintes obstáculos: i) os operadores teriam de investir na melhoria das redes de transmissão, ii) os consumidores teriam de equipar a totalidades dos actuais receptores analógicos (televisores principais e secundários e gravadores de vídeo) com conversores/decodificadores e/ou substituí-los gradualmente por receptores digitais integrados para poderem receber a TDT, iii) as autoridades reguladoras teriam de mudar as frequências nacionais, de modo a permitir a organização da radiodifusão simultânea.

(107) Segundo terceiros, os operadores de TDT enfrentam dificuldades técnicas, devido ao facto de a tecnologia de TDT não ser, muitas vezes, suficientemente previsível e de a sua capacidade de difusão relativamente limitada

⁽³⁴⁾ Decreto legislativo aprovados pelo Conselho de Ministros de 30 de Abril de 1999, para transposição da Directiva 95/47/CE, relativa à emissão de sinais de televisão. Decreto legislativo de 17 de Maio de 1999. Transposição da Directiva 95/47/CE em matéria de emissão de sinais de televisão, referência: Jornal Oficial italiano 145 de 23 de Junho de 1999. Lei 78 de 29 de Março de 1999, deliberação AGCOM 216/00.

⁽³⁵⁾ Digital Switchover in Broadcasting — Relatório final, de 12 de Abril de 2002, elaborado pela BIPE; estudo encomendado pela Comissão Europeia. Publicado pela Direcção-Geral da Sociedade da Informação.

⁽³³⁾ Ver, por exemplo, The News Corporation Goldman Sachs Media Conference, de 1 de Outubro de 2000, em <http://www.news-corp.com/investor/presentations.html>

não permitir garantir com segurança que, numa determinada zona, um descodificador receba, efectivamente, o sinal ⁽³⁶⁾. Terceiros sublinharam que não existe qualquer exemplo de televisão mediante pagamento por TDT bem sucedida na Europa. Ainda terceiros alegaram que para, para além dos conteúdos de grande audiência, um dos principais incentivos à subscrição da televisão por assinatura continua a ser a vasta gama de canais proposta. Se esta alegação for verdadeira, um operador de televisão mediante pagamento por TDT, com uma largura de banda limitada, não poderá concorrer com o número de canais actualmente propostos pela Telepiù e pela Stream.

(108) A sustentabilidade do mecanismo de transmissão da TDT comparativamente com outros mecanismos de transmissão depende, do ponto de vista dos operadores de televisão mediante pagamento, de dois factores: em primeiro lugar, a infra-estrutura de recepção existente, ou seja, do número de lares e receptores com recepção terrestre, e, em segundo lugar, do custo da transmissão por TDT, comparativamente com o custo da transmissão por cabo e da transmissão digital por satélite. O custo fixo de transmissão de uma emissão nacional por TDT é muito mais elevado do que o de uma emissão por satélite. Com efeito, de acordo com o estudo supramencionado, o custo de um ano de transmissão digital por satélite ascende a, aproximadamente, 500 000 euros, enquanto o custo de uma transmissão por TDT com cobertura nacional ascende a 5 milhões de euros. Terceiros referiram igualmente que estão ainda por provar a competitividade, o atractivo e a utilidade do mecanismo de transmissão de TDT para operadores comerciais e que, enquanto a diversidade de canais continuar a constituir um factor determinante para a promoção da televisão mediante pagamento, a DTH terá vantagem sobre a TDT e continuará a deter a parte de leão do mercado italiano da televisão mediante pagamento.

(109) A este propósito, importa não esquecer que o principal vector que induz à subscrição da televisão mediante pagamento não é tanto a diversidade de canais proposta (em especial no caso de Itália, em que existe um número importante de canais gratuitos) como os conteúdos de grande audiência (filmes e acontecimentos desportivos de grande audiência e, em especial, futebol nacional). Foi referido que um pacote de TDT pode incluir 30 canais, contra os 300 canais que podem ser vistos através de uma plataforma por satélite. A este propósito, e de acordo com os argumentos avançados por um terceiro, a TDT foi ensaiada na Sicília e na província de La Spazia. A percentagem de intenções declaradas de subscrição registada no final do período de ensaio foi extremamente baixa e considerada dissuasiva para potenciais operadores.

(110) Tendo em conta o que precede, não é possível avaliar, com um grau de segurança suficiente, se e quando, no futuro previsível, a(s) plataforma(s) TDT exercerá(ão)

qualquer tipo de pressão concorrencial sobre a entidade resultante da concentração.

2.1.c) Alegada pressão concorrencial por parte da televisão gratuita

(111) A Newscorp argumenta que, em Itália, a força dos emissores de televisão de acesso livre representa uma verdadeira limitação para os operadores de televisão mediante pagamento. A Newscorp considera que a programação das televisões gratuitas italianas constitui uma oferta única, variada e atractiva, tanto a nível nacional como a nível local. Esta concorrência representa, segundo a Newscorp, uma pressão muito significativa sobre os operadores italianos de televisão mediante pagamento, que ultrapassa a mera «interacção» ou «relação» reconhecida pela Comissão no passado. A este propósito, a parte notificante afirma que, em Itália, existem 12 organismos de radiodifusão nacionais, 50 canais DTH e perto de 700 organismos de radiodifusão locais de televisão gratuita.

(112) De qualquer modo, embora possa existir alguma pressão concorrencial por parte da televisão gratuita (a exemplo do que acontece noutros países, como a Alemanha), os factos observados pela Comissão no âmbito do presente processo confirmam a conclusão de que a televisão mediante pagamento constitui um produto distinto, que oferece vantagens em relação à televisão gratuita. Esta conclusão é apoiada pelo facto de os filmes de grande audiência transmitidos em primeira janelas e a maior parte dos jogos de futebol em que participam equipas nacionais apenas poderem ser vistos por clientes da televisão mediante pagamento e de os subscritores estarem dispostos a pagar montantes consideráveis pelos serviços de televisão mediante pagamento.

(113) Por exemplo, em 2001, a receita média por subscritor foi de [...] euros, no caso da Telepiù, e de [...] euros, no caso da Stream, enquanto a taxa anual (de carácter obrigatório) da televisão gratuita pública (RAI) para 2003 ascende a 97,10 euros. Além disso, os três canais nacionais da Mediaset são absolutamente gratuitos. No que respeita aos canais gratuitos locais, como foi referido na audição de 5 e 6 de Março por um representante de uma associação de televisões gratuitas, o volume de negócios total dos 608 canais regionais e locais italianos membros da associação corresponde a apenas [40-50]* % do volume de negócios da Telepiù. Estas circunstâncias sublinham, *inter alia*, o facto de a pressão concorrencial exercida pelos operadores de televisão gratuita sobre as plataformas de televisão mediante pagamento ser, actualmente, bastante limitada.

2.1.d) Conclusão

(114) Tendo em conta o que precede, a concentração irá criar uma situação de quase monopólio no mercado italiano da televisão mediante pagamento.

⁽³⁶⁾ Contudo, tal parece ter acontecido, unicamente, nas primeiras experiências com a tecnologia TDT, que terão partido de pressupostos de cobertura irrealistas.

2.2. Efeitos verticais (serviços técnicos relativos à televisão mediante pagamento: CAS e plataforma técnica)

- (115) O funcionamento da televisão mediante pagamento requer uma infra-estrutura para codificar o sinal da televisão e para permitir que os subscritores o descodifiquem. Esta infra-estrutura é constituída por um sistema de acesso condicional («CAS») e por um descodificador conhecido por *set top box* («STB»).
- (116) Em decisões anteriores, a Comissão examinou a possibilidade de existir um mercado de produto para a prestação, no estúdio grossista, dos serviços técnicos necessários à televisão mediante pagamento⁽³⁷⁾. Estes serviços incluem, essencialmente, a disponibilização de descodificadores, a prestação de serviços de acesso condicional, incluindo cartões inteligentes (*smart cards*), de serviços de gestão de subscritores e, eventualmente, de serviços relacionados com o acesso aos guias electrónicos de programação e a elaboração de aplicações compatíveis com a interface de programação da aplicação incluída nos descodificadores. Além disso, a prestação de serviços de televisão digital interactiva requer um sistema que permita realizar transacções financeiras em condições de segurança⁽³⁸⁾.

2.2.a) Sistema de acesso condicional (CAS)

- (117) Um sistema de acesso condicional é uma tecnologia que permite que os operadores de redes e os organismos de radiodifusão codifiquem/encryptem o sinal de transmissão digital⁽³⁹⁾, que é, em seguida, transmitido por satélite, cabo ou sistemas terrestres para as STB. Quando o sinal digital chega às STB, um cartão inteligente⁽⁴⁰⁾, que faz parte do CAS, gera a palavra de passe necessária para descodificar e descriptar o sinal de emissão, conferindo, deste modo, aos subscritores os direitos de acesso necessários para visualizar os programas.
- (118) A Newscorp está activa no sector do fornecimento de sistemas de acesso condicional, com uma participação de aproximadamente 80 % na NDS, um fornecedor de licenças de sistemas de acesso condicional. Mais concre-

tamente, a NDS fornece acesso condicional e produtos e serviços conexos para a gestão, controlo e distribuição segura de produtos de entretenimento e de informação para televisão. A entidade resultante da concentração irá, portanto, ser verticalmente integrada com a NDS, que possui tecnologia CAS patenteada (designada Videoguard).

- (119) A este propósito, importa não esquecer que o sector da televisão mediante pagamento se tem caracterizado por uma forte integração vertical. Até agora, alguns dos serviços técnicos necessários à televisão mediante pagamento (em especial os CAS) têm sido assegurados internamente⁽⁴¹⁾. Em Itália, em 2001, dois operadores (Canal+ Technologies and NDS), verticalmente integrados no grupo Vivendi e no grupo Newscorp, respectivamente, responderam por mais de [80-90]* % dos CAS fornecidos aos operadores de televisão mediante pagamento (os restantes foram fornecidos pela Irdeto).
- (120) Na comunicação de objecções endereçada à Newscorp, a Comissão sublinhava que, muito provavelmente, a plataforma combinada irá adoptar, num futuro próximo, apenas um CAS, o Videoguard da NDS. Com efeito, existem fortes incentivos para que a plataforma combinada adopte esta estratégia: em primeiro lugar, a posição maioritária detida pela Newscorp na NDS, que é o licenciante do Videoguard; em segundo lugar, a estratégia desenvolvida pela Newscorp e por outros operadores de televisão mediante pagamento verticalmente integrados que consiste em utilizar CAS produzidos internamente. Com efeito, tanto a Stream como a Telepiù começaram por utilizar a tecnologia produzida pela Irdeto, mas mudaram para os CAS produzidos internamente (respectivamente, o Videoguard produzido pela NDS e o Mediaguard produzido pela Canal+ Technologies).
- (121) Neste contexto, e independentemente do facto de os CAS, as STB e outros serviços técnicos destinados à televisão mediante pagamento poderem constituir mercados de produto distintos⁽⁴²⁾, a investigação de mercado realizada pela Comissão revelou preocupações específicas relativamente aos serviços técnicos para televisão mediante pagamento e, em especial, aos sistemas de acesso condicional. Tais preocupações foram expressas tanto por fornecedores de CAS como por potenciais novos operadores do mercado da televisão mediante pagamento (por satélite) e podem ser sintetizadas do

⁽³⁷⁾ Ver processos IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere, e IV/36 539 British Interactive Broadcasting/Open (JO L 312 de 6.12.1999, p. 1, considerando 30).

⁽³⁸⁾ Ver processo IV/36.539 — British Interactive Broadcasting/Open.

⁽³⁹⁾ Os dados codificados transmitidos incluem o sinal de televisão e outros dados, como informações sobre os programas ou pacotes de programas subscritos e sobre o direito dos subscritores de televisão mediante pagamento a receber os programas.

⁽⁴⁰⁾ Um cartão inteligente é um computador miniaturizado, com microprocessador, memória e sistema operativo interno, que é utilizado como barreira de segurança, que dá ou recusa acesso a um dado serviço.

⁽⁴¹⁾ Os dois maiores fornecedores de CAS do EEE são a NDS (propriedade do grupo Newscorp) e a Canal+ Technologies (propriedade do grupo Vivendi, vendida ao grupo Thomson Multimedia em Setembro de 2002).

⁽⁴²⁾ Como já foi referido, em processos anteriores a Comissão considerou os CAS no contexto do mercado mais vasto dos serviços técnicos para a televisão mediante pagamento. No processo IV/36.539, — British Interactive Broadcasting/Open, considerando 32, a Comissão já admitiu a hipótese de poderem existir mercados mais pequenos, devido às diferentes capacidades e tecnologias subjacentes a cada um dos diferentes serviços técnicos destinados à televisão mediante pagamento.

seguinte modo: em primeiro lugar, a probabilidade de a nova entidade conceder a potenciais novos operadores acesso à tecnologia de CAS da NDS em condições injustas; em segundo lugar, a probabilidade de a nova entidade colocar entraves à entrada de plataformas alternativas de televisão mediante pagamento com sistemas de CAS diferentes do da NDS, criando, desta forma, um monopólio virtual, uma vez que o sistema CAS da NDS passaria a ser o único utilizado em Itália.

(122) Relativamente à primeira preocupação expressa, foi argumentado que, após a concentração, a Newscorp ficará em posição de impedir eventuais novos operadores no mercado italiano da televisão mediante pagamento de adquirir a licença Videoguard ou de, no mínimo, impor condições injustas na sua aquisição. Não obstante, o facto de a Directiva 95/47/CE ⁽⁴³⁾ incluir regras de acesso pode reduzir as preocupações a este respeito, uma vez que a directiva prevê que o acesso aos CAS deve ser concedido em condições equitativas, razoáveis e não discriminatórias. Esta disposição foi retomada na nova directiva acesso, Directiva 2002/19/CE ⁽⁴⁴⁾, que deverá ser transposta até 24 de Julho de 2003.

(123) No que respeita à segunda preocupação expressa, foi alegado que os novos operadores poderiam decidir utilizar um CAS diferente do licenciado pela NDS e utilizado pela entidade resultante da concentração. Neste caso, a Newscorp teria de cooperar com vista à definição de um sistema de *simulcrypt* que tornasse o CAS utilizado pela NDS compatível com o CAS utilizado pelos novos operadores. Os requisitos regulatórios italianos ⁽⁴⁵⁾ prevêem obrigações em matéria de *simulcrypt* destinadas a assegurar a interoperabilidade entre diferentes CAS.

(124) Contudo, a investigação de mercado sugere que, muito provavelmente, os requisitos regulatórios italianos não são suficientes para eliminar todos os entraves à entrada de novos operadores de televisão mediante pagamento que utilizem CAS diferentes do da NDS. Aparentemente, as obrigações em matéria de *simulcrypt* são de difícil aplicação num espaço de tempo reduzido ⁽⁴⁶⁾, pelo que a obtenção de uma licença para a utilização da tecnologia NDS se afigura uma opção muito mais realista para os novos operadores. Diversos inquiridos no âmbito da

investigação de mercado foram ao ponto de considerar a tecnologia da NDS como um «recurso essencial» no mercado italiano da televisão mediante pagamento.

(125) À luz dos resultados da investigação de mercado descritos *supra*, e tendo em conta a integração vertical da NDS na estrutura empresarial da nova entidade, bem como o facto de esta empresa possuir tecnologia CAS patenteada, a Comissão conclui ser altamente provável que, após a concretização da operação proposta, a entidade resultante da concentração passe a utilizar um único CAS. Dado não ser provável a entrada no mercado de uma plataforma de televisão mediante pagamento DTH imediatamente após a concentração, se a plataforma combinada decidir utilizar apenas tecnologia NDS (como é racionalmente previsível), passará a existir em Itália apenas um CAS, cuja acessibilidade dependerá da Newscorp. Ademais, a utilização de CAS alternativos dependerá, exclusivamente, da cooperação da Newscorp na definição de um *simulcrypt*.

(126) Estes factores irão agravar significativamente as já consideráveis barreiras à entrada no mercado italiano da televisão mediante pagamento, contribuindo para reforçar a posição dominante da entidade resultante da concentração no mercado da televisão mediante pagamento.

(127) Na sua resposta à comunicação de objecções, a Newscorp argumentava que a Comissão não havia concluído que a utilização provável de um único CAS pela plataforma combinada fosse, em si, anticoncorrencial e que «o facto de a operação “ser susceptível” de levantar entraves à entrada de novos operadores não é suficiente para justificar uma decisão de proibição» ⁽⁴⁷⁾.

(128) A Newscorp argumentava ainda não dispor de meios para impedir a entrada de novos operadores. Neste contexto, a Newscorp citava a decisão da Comissão no processo Teli/Sonera ⁽⁴⁸⁾, em que se afirmava que «ao avaliar se uma questão de exclusão vertical é significativa, é necessário estabelecer não só que a entidade resultante da concentração terá incentivos para excluir, mas também se essa entidade terá condições para o fazer e se tal

⁽⁴³⁾ Directiva 95/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à utilização de normas para a transmissão de sinais de televisão (JO L 281 de 23.11.1995, p. 51).

⁽⁴⁴⁾ Directiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos (directiva acesso) (JO L 108 de 24.4.2002, p. 7).

⁽⁴⁵⁾ Decisão n.º 216/00/CONS da AGCOM (autoridade de comunicações italiana).

⁽⁴⁶⁾ A aplicação efectiva de *simulcrypt* entre a Telepiù e a Stream demorou dois anos a concretizar-se, tendo ambos os operadores sido multados duas vezes pela autoridade de comunicações italiana (AGCOM) por incumprimento das suas obrigações.

⁽⁴⁷⁾ Ponto 5.1.3 da defesa da Newscorp.

⁽⁴⁸⁾ Ponto 5.1.5 da defesa da Newscorp.

exclusão terá efeitos significativos na concorrência no mercado em causa» ⁽⁴⁹⁾.

(129) De acordo com a análise da Comissão, a operação não só levanta entraves à entrada de novos operadores no mercado como cria um monopólio da televisão mediante pagamento DTH em Itália. Dada esta situação de monopólio no mercado «a jusante» da televisão mediante pagamento e de posse de um sistema de acesso condicional patenteado — que tenderá a tornar-se o CAS «normalizado» —, a Newscorp não só terá incentivos para desenvolver estratégias de exclusão e para aumentar os custos dos concorrentes (a fim de «fechar» o mercado e de manter o seu monopólio no segmento DTH), como disporá, seguramente, dos meios para o fazer.

(130) Qualquer concorrente potencial que pretenda entrar no mercado italiano da televisão mediante pagamento por satélite (DTH) terá de obter uma licença junto de uma subsidiária da Newscorp (a NDS) para ter acesso ao CAS Videoguard ou terá de obter a cooperação da Newscorp para executar o acordo *simulcrypt*. A experiência demonstra que este tipo de situação pode suscitar graves litígios e que a negociação dos acordos constitui um exercício longo, demorado e difícil, mesmo quando se trata de dois concorrentes estabelecidos, como a Stream e a Telepiù o eram.

(131) Na ausência de medidas de correcção, a Newscorp ficará sempre em posição de impedir a entrada de potenciais novos concorrentes no segmento DTH ou de aumentar os custos dos concorrentes com o CAS. A Comissão não considera isoladamente estes factores, que devem ser analisados no contexto da totalidade dos efeitos anticoncorrenciais decorrentes da operação. Ora, neste contexto, o facto de a operação aumentar os entraves à entrada de novos operadores DTH, devido, nomeadamente, à muito provável utilização, pela entidade resultante da concentração, de um único CAS patenteado, numa situação de monopólio (no que respeita ao DTH), representa uma circunstância agravante que reforça a posição dominante da plataforma combinada no mercado italiano da televisão mediante pagamento.

(132) A Newscorp afirmou não existir qualquer relação causal entre a operação e o alegado prejuízo para a concorrência, visto que, uma vez que a empresa detém já 50 % de um operador italiano de televisão mediante pagamento, os incentivos à criação de obstáculos à entrada de novos operadores no mercado italiano da televisão mediante pagamento já existem e não são uma consequência da operação.

(133) A Comissão não concorda com esta posição. O facto de um monopólio de DTH possuir um CAS patenteado aumenta, por si só, os entraves à entrada de novos operadores no mercado a jusante da televisão mediante pagamento. O incentivo da Newscorp para levantar entraves à entrada de novos operadores constitui uma consequência directa da operação, que cria uma situação de monopólio no mercado da televisão mediante pagamento DTH. Além disso, com base nos resultados da investigação de mercado, é razoável esperar que a situação descrita se mantenha inalterada no futuro previsível.

2.2.b) Plataforma técnica

(134) A Stream e a Telepiù vão construir uma plataforma técnica comum, através da qual distribuirão os seus programas via satélite. Uma plataforma técnica pode ser definida como o sistema que controla o acesso condicional e a prestação dos serviços técnicos conexos. A plataforma técnica decifra os sinais emitidos pelo fornecedor do programa e transmite-os para os subscritores, através da *set top box*.

(135) Houve alegações de que, devido ao elevado investimento necessário para construir uma plataforma DTH, os outros canais DTH gratuitos e mediante pagamento teriam de ser distribuídos através da plataforma combinada da entidade resultante da concentração. Os serviços técnicos que a Newscorp pode prestar através da plataforma incluem a gestão do acesso condicional, o trânsito através dos descodificadores e a inclusão na lista de serviços predefinidos (sintonização automática), a digitalização e a criptagem, a ligação ascendente ao satélite e, em especial, o acesso aos guias electrónicos de programação (EPG).

(136) Os EPG são guias de listagens de televisão, que constituem um instrumento essencial, devido à vastíssima oferta de programação proporcionada pela televisão digital. As informações dos EPG são enviadas pelos organismos de radiodifusão e apresentadas pelo *software* do EPG. O sistema de menu permite aos utilizadores procurar um determinado tipo de programa, por exemplo, filme, comédia ou programa infantil, ou visualizar por número de programa ou hora do dia. Sem um EPG, os utilizadores teriam grande dificuldade em encontrar sistemática e facilmente o canal que procuram.

(137) O acesso à plataforma constitui um elemento fundamental para facilitar a entrada de novos operadores no mercado da televisão mediante pagamento e para permitir a emissão DTH de canais gratuitos e mediante pagamento. Após a concentração, os canais DTH deixarão de poder optar entre duas plataformas alternativas.

⁽⁴⁹⁾ Processo COMP/M. 2803 — Teliá/Sonera, considerando 91. Decisão de 10 de Julho de 2002. Ver sítio *web* da Comissão: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

(138) Ao controlar a plataforma, a Newscorp terá o incentivo e os meios para recusar acesso, levantar entraves à consolidação de canais (mudando sistematicamente a sua posição no EPG, por exemplo) ou impor condições injustas ou discriminatórias aos canais digitais por satélite (DTH gratuito e mediante pagamento). Não existe, presentemente, um enquadramento regulamentar adequado, que permita solucionar eficaz e rapidamente este tipo de problemas. O comportamento acima descrito permitiria ainda à Newscorp consolidar a posição monopolística da nova entidade no mercado da televisão mediante pagamento.

(139) Na sua resposta à comunicação de objecções da Comissão ⁽⁵⁰⁾, a Newscorp afirmava que não teria qualquer incentivo para manipular o EPG. Na realidade, argumentava, o incentivo do grupo resultante da concentração vai no sentido de prestar um serviço de elevada qualidade aos seus subscritores. Nomeadamente, o grupo prestaria um mau serviço aos seus subscritores se alterasse regularmente a ordem dos canais no guia electrónico de programação. A este propósito, a Comissão considera que, tal como o demonstrou a conduta da Stream no passado ⁽⁵¹⁾, o incentivo do grupo resultante da concentração para angariar e fidelizar telespectadores para os seus próprios canais supera o incentivo que terá para assegurar a estabilidade da posição dos canais de terceiros no EPG.

2.3. Conclusão

(140) Tendo em conta o que precede, a Comissão conclui que a concentração reforça, de forma duradoura, uma posição dominante no mercado italiano da televisão mediante pagamento. A entidade resultante da concentração deterá o monopólio dos meios de transmissão DTH e disporá de todas as possibilidades e incentivos económicos para excluir os concorrentes efectivos e potenciais que pretendam entrar no mercado pelo mesmo e/ou por outros meios de transmissão, mediante o aumento dos custos dos concorrentes e a criação de novos entraves à entrada neste mercado. Neste aspecto, embora a regulamentação em vigor atenuar, até certo ponto, as preocupações em matéria de concorrência, a utilização de uma norma (NDS) para os serviços de acesso condicional em toda a plataforma de satélite — sem prejuízo de eventuais acordos de *simulcrypt* que venham a ser concluídos — é susceptível de criar uma situação de total dependência tecnológica dos eventuais novos operadores de DTH em relação à entidade resultante da concentração. Ademais, o controlo da plataforma técnica conferirá à Newscorp a possibilidade e o

incentivo para determinar qual o nível tolerado de concorrência «intraplataforma». Estes elementos são de tal forma importantes que, não obstante a regulamentação aplicável, o monopólio dos meios de transmissão DTH detido pela Newscorp contribuirá substancialmente para a consolidação da situação de quase monopólio que a operação configura para o mercado da televisão mediante pagamento, por algum tempo após a concentração.

(141) Na sua resposta à comunicação de objecções ⁽⁵²⁾, a Newscorp afirmava que a Comissão não tinha cumprido a sua obrigação de estabelecer que é mais forte a probabilidade de a Newscorp adoptar essa conduta do que a de não o fazer. A Newscorp salienta que, no processo Tetra Laval/Comissão ⁽⁵³⁾, o Tribunal de Primeira Instância sustentou que o grau de prova consistia no equilíbrio das probabilidades e rejeitou a abordagem da Comissão (segundo a qual, nomeadamente, a possibilidade de danos para a concorrência seria suficiente para justificar uma decisão de proibição).

(142) A este propósito, a Comissão lembra que, no acórdão referido, o equilíbrio de probabilidades contrário à abordagem da Comissão se baseava i) na ausência de uma presunção de posição dominante colectiva ⁽⁵⁴⁾ e ii) na confiança necessária numa análise prospectiva do comportamento racional futuro como base para uma constatação de posição dominante. No caso em apreço, nenhuma destas condições se encontra satisfeita. No que respeita à primeira condição (ausência de presunção de posição dominante colectiva), não é possível questionar com seriedade o facto de que a concentração vai criar uma situação de quase monopólio no mercado da televisão mediante pagamento. Quanto à segunda condição (a confiança necessária numa análise prospectiva do comportamento racional futuro), a análise efectuada para o caso em apreço baseia-se numa situação que se verificará imediatamente após a concentração (criação de um quase monopólio).

(143) Em consequência, com base nas provas reunidas durante o processo e tendo em conta a natureza das sobreposições horizontais geradas pela concentração, a Comissão considera existirem provas suficientes para concluir que a plataforma combinada disporá, no futuro previsível, dos incentivos e dos meios necessários para adoptar a conduta acima descrita e, por via dessa conduta, afectar significativamente a concorrência no mercado em causa.

⁽⁵⁰⁾ Ponto 5.1.15 da defesa da Newscorp.

⁽⁵¹⁾ Por exemplo, a posição da Digitaly no EPG da Stream foi alterada quatro vezes nos últimos anos.

⁽⁵²⁾ Ponto 5.1.11 da defesa da Newscorp.

⁽⁵³⁾ Processo T-5/02.

⁽⁵⁴⁾ Ver ponto 142 do acórdão Tetra Laval.

3. CRIAÇÃO OU REFORÇO DE UMA POSIÇÃO DOMINANTE NOS MERCADOS DE COMPRA

3.1. *Efeitos horizontais nos mercados a jusante afectados (compra de conteúdos)*3.1.a) **Compra de direitos de transmissão exclusivos de filmes de grande audiência**

- (144) A Telepiù (empresa-alvo) detém já uma posição dominante no mercado da compra de direitos de transmissão exclusivos de filmes de grande audiência (os filmes comprados pela Telepiù em 2001 representam cerca de [85-95]* % da receita total dos filmes vendidos com direitos exclusivos a todas as televisões, [85-95]* % em termos de valor ⁽⁵⁵⁾ e [50-60]* % ⁽⁵⁶⁾ em termos de número de filmes). Em 2001, os direitos remanescentes foram comprados pela Stream, à excepção de quatro filmes italianos cujos direitos de primeira janela foram comprados pela La 7 (televisão gratuita controlada pela Telecom Itália).
- (145) Os direitos da Telepiù e da Stream são apresentados nos quadros seguintes.

QUADRO 11

Telepiù*Majors americanas*

Nome	1ª janela	2ª janela	PPV	VoD	nVoD	Termo
Buena Vista (Walt Disney)						
Columbia						
Dreamworks						
Paramount						
MGM						
T.C. Fox						
Warner Bros						

Fonte: Formulário CO.

QUADRO 12

Produtoras cinematográficas italianas

Nome	Televisão mediante pagamento	PPV	VoD	nVoD	Termo
Medusa					
Eagle Picture					
Fandango					
Lucky Red					
Mediatrade					

Fonte: Formulário CO.

⁽⁵⁵⁾ Com base na verba global paga em Itália por direitos de filmes de grande audiência.

⁽⁵⁶⁾ Esta redução, em termos de volume, da quota de mercado é devida ao facto de a Telepiù comprar a maior parte dos filmes produzidos pelas *majors* americanas, que são os mais caros e que maior êxito alcançam na exibição em cinemas.

- (146) Em 2002, a Telepiù celebrou ainda contratos com a Eyescreen, a Nexo e outros fornecedores.

STREAM

Majors americanas

- (147) De acordo com as informações fornecidas pelas partes no formulário CO, a Stream detinha, até 31 de Agosto de 2002, os direitos exclusivos da Universal para PPV e nVoD. A Universal utilizou uma opção de renovação automática por mais cinco anos.

QUADRO 13

Produtoras cinematográficas italianas

Nome	Televisão mediante pagamento	PPV	VoD	nVoD	Termo/Tipo de contrato
Cecchi Gori					
Clemi					(⁵⁷)
Istituto Luce					
Lady Film					
Mikado					
Raitrade					
Tangram					
Palomar					
Eyescreen					
Lantia					
CDE					
Veradia					
Cattleya					

Fonte: Formulário CO.

- (148) A Stream celebrou ainda diversos contratos com a Filmauro, a Videofilm VCKappa e a Key Films (distribuidoras) relativos a filmes italianos e estrangeiros. Em 2002, celebrou ainda uma série de «pequenos» contratos com outros fornecedores (Minerva, Pasodoble, Romagnosi, e Teodora).

- (149) Todos os contratos celebrados pela Stream e a Telepiù com os respectivos parceiros prevêem direitos exclusivos para todos os meios de transmissão (terrestre, por satélite, por cabo, etc.). Agrupados, estes direitos correspondem a [75-85]*% da receita total da exibição de filmes em cinemas de 2001 (⁵⁸) e, virtualmente, [90-100]*% dos direitos exclusivos comprados por operadores de televisão mediante pagamento. Como já foi referido, a Telepiù detém uma quota de mercado de [85-95]*% e a Stream detém cerca de [5-15]*% (com base nas receitas) dos filmes comprados/vendidos com direitos exclusivos. Em 2001, a cadeia de televisão gratuita «La 7» (propriedade da Telecom Itália) comprou os direitos de transmissão em primeira janela relativos a quatro filmes italianos. Contudo, La 7 não celebrou quaisquer contratos exclusivos para exibição em primeira janela com as *majors* de Hollywood.

(⁵⁷) [...]*

(⁵⁸) Em 2001, à excepção de quatro filmes italianos cujos direitos de exibição em primeira janela foram comprados pela La 7, quase 19% das receitas foram gerados por filmes cujos direitos exclusivos não foram comercializados nem comprados.

- (150) Após a aquisição da Telepiù pela Stream e tendo em conta o aumento do número de subscritores italianos, a concentração irá criar uma situação de quase monopólio no que respeita à compra de direitos de transmissão exclusivos de filmes (comprador único). La 7 comprou um número insignificante de direitos de transmissão em primeira janela relativos a filmes italianos. A este propósito, importa não esquecer que os titulares dos direitos, em especial as *majors* de Hollywood, parecem não estar dispostos a continuar a vender direitos de transmissão em primeira e segunda janelas a televisões gratuitas. Como já foi explicado, os direitos de filmes são vendidos, no mínimo, cinco ou seis vezes (exibição em sala, vídeo, pagamento por visualização e vídeo a pedido, primeira janela, segunda janela e filmes de catálogo). Apenas a última categoria de direitos é comprada por televisões gratuitas. A venda dos direitos de transmissão em primeira janela a televisões gratuitas (acessíveis a todos os telespectadores) seis meses após o termo do circuito comercial em sala dos filmes reduziria consideravelmente as receitas das produtoras cinematográficas.
- (151) Na ausência de medidas de correcção, a situação de comprador único impede o acesso de terceiros aos conteúdos (inclusivamente de terceiros que não transmitam DTH) e é susceptível de limitar a oferta de conteúdos disponibilizada aos consumidores, reduzindo, por consequência, a sua possibilidade de escolha.
- (152) Além disso, as partes poderão limitar ainda mais o acesso aos conteúdos se, tal como está previsto nos actuais contratos entre a Telepiù e a maior parte das *majors*, exercerem os direitos de retenção e de preferência em relação à exibição dos filmes em segunda janela (ver quadro 11). Na ausência de medidas de correcção, esta situação impedirá, efectivamente, os potenciais novos operadores de entrar no mercado como concorrentes de segunda linha. Ademais, estes direitos de protecção que podem ser exercidos pelas partes irão, efectivamente, retirar do mercado os direitos de exibição em segunda janela, o que atenta ao bem-estar dos consumidores e à sua liberdade de escolher a que preço e em que momento «consumem» produtos de televisão mediante pagamento.
- (153) Tendo em conta o que precede, bem como o período de vigência dos actuais contratos, a concentração terá o efeito de impedir, durante alguns anos, que os potenciais concorrentes no mercado da televisão mediante pagamento tenham acesso e, em consequência, transmitam estes conteúdos na televisão mediante pagamento.
- (154) Na sua resposta à comunicação de objecções⁽⁵⁹⁾, a Newscorp argumentava que a operação não iria alterar a situação actual, uma vez que «os contratos da Stream e da Telepiù relativos à compra de direitos já foram celebrados e não serão afectados pela concentração. Se o conjunto de contratos celebrados é susceptível de afectar a probabilidade da entrada de novos operadores, tal não é devido à concentração». As partes pretendem assim negar a existência de uma relação causal entre a concentração e eventuais prejuízos para a concorrência. A este propósito, a Newscorp remete para o parágrafo 10 do projecto de comunicação relativa a concentrações horizontais⁽⁶⁰⁾, onde se afirma que «a Comissão compara as condições da concorrência após a concentração com as condições que se verificariam se a concentração não fosse realizada».
- (155) Com efeito, antes da concentração, existiam dois operadores de televisão mediante pagamento com condições para competir pela compra de conteúdos. Após a concentração, «a rede de contratos» ficará na posse de apenas um operador, que, na ausência de medidas de correcção, estará numa posição muito mais forte para determinar as condições do mercado perante os titulares de direitos do que estaria se houvesse dois compradores concorrentes. O que é mais importante, graças ao seu poder negocial obviamente maior, o praticamente único comprador estará, muito provavelmente, em condições de adaptar as relações contratuais com os fornecedores de conteúdos às suas necessidades e objectivos, de modo a evitar a potencial concorrência de novos operadores. À luz destas considerações, o argumento das partes segundo o qual, após a concentração, «os outros compradores disporão de mais, e não menos, direitos», uma vez que poderá haver uma retracção da procura das partes, afigura-se sem fundamento.
- (156) A Newscorp salienta ainda⁽⁶¹⁾ que qualquer novo operador poderá adquirir direitos análogos aos detidos pela Stream se celebrar com a MGM um contrato com efeitos a partir de 2004 e que a Comissão está errada ao partir do pressuposto de que o contrato com a MGM será prorrogado. Sobre esta questão, a Comissão considera, em primeiro lugar, que não é seguro que, após a concentração, entre no mercado italiano, em 2004, um novo concorrente e, em segundo lugar, tendo em conta todas as provas e outros factores relevantes, que é provável que a MGM e a TC Fox exerçam o seu direito de recondução unilateral. A este propósito, é significativo o facto de as *majors* de Hollywood terem exercido sistematicamente este direito no passado, apesar da existência de duas plataformas alternativas. A Columbia e a Paramount exerceram o direito de recondução do seu contrato com a Telepiù em 2002, e a Universal exerceu recentemente este direito com a Stream. O contexto económico, na sua perspectiva histórica, torna improvável a alegação da Newscorp.

⁽⁵⁹⁾ Ponto 6.1.3 da defesa da Newscorp.

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

⁽⁶¹⁾ Ponto 6.1.4 da defesa da Newscorp.

3.1.b) **Compra de conteúdos desportivos em geral**

Enquadramento jurídico

- (157) O artigo 3.º A da directiva «Televisão sem Fronteiras», alterada ⁽⁶²⁾, prevê que os Estados-Membros possam tomar medidas para assegurar que os acontecimentos considerados de grande importância para a sociedade não sejam transmitidos em exclusividade por canais de acesso condicionado pelos organismos de radiodifusão sob a sua jurisdição. A disposição em causa foi incluída no diploma de execução italiano, de Março de 1999 ⁽⁶³⁾. Estas disposições têm por objectivo permitir que uma parte substancial (mais de 90 %) do público italiano acompanhe os acontecimentos incluídos na lista através da televisão gratuita, sem incorrer em custos adicionais com a compra de equipamento técnico.
- (158) Para Itália, os acontecimentos incluídos na lista são: a) os Jogos Olímpicos de Verão e de Inverno; b) o Campeonato do Mundo de futebol, bem como a totalidade dos jogos em que participe a selecção nacional italiana (que deverão ser transmitidos na íntegra e em directo); c) a final do Campeonato Europeu de futebol, bem como a totalidade dos jogos em que participe a selecção nacional italiana (que deverão ser transmitidos na íntegra e em directo); d) a totalidade dos jogos de competições oficiais em que participe a selecção nacional italiana, disputados em Itália ou no exterior; e) a final e as meias finais da Liga dos Campeões e da Taça UEFA em que participe uma equipa italiana; f) a volta a Itália em bicicleta (o «Giro de Itália»); g) o Grande Prémio de Itália de Fórmula Um. Além disso, a autoridade nacional italiana para as comunicações (AGCOM) reserva-se o direito de alterar a lista sempre que o considere pertinente, a fim de nela incluir os seguintes acontecimentos: a) finais de campeonatos do mundo de basquetebol, pólo aquático e voleibol em que participem as respectivas seleções nacionais italianas; b) a final e as meias finais da Taça Davis em que participe a equipa nacional italiana; c) o campeonato mundial de ciclismo de estrada. A autoridade nacional italiana para as comunicações reserva-se ainda o direito de rever a lista dois anos após a entrada em vigor da sua decisão. A obrigação de transmitir os «acontecimentos incluídos na lista» numa televisão gratuita tende a fazer descer, no mercado italiano, o preço de compra dos direitos de transmissão desses acontecimentos.

3.1.c) **Compra de direitos de transmissão exclusivos de acontecimentos futebolísticos que se desenrolam regularmente (todos os anos) e em que participam equipas nacionais**

- (159) A quota de mercado combinada das partes representa [80-90]*% em termos de valor (Stream [35-45]*%, Telepiù [35-45]*%) e [90-100]*% em termos de número de jogos (Stream [35-45]*%, Telepiù [50-60]*%). Nos termos da legislação nacional italiana (Lei n.º 78/99), uma plataforma DTH não pode deter mais de 60 % da totalidade dos direitos de transmissão de futebol. Contudo, esta regra não é aplicável numa situação em que exista apenas uma plataforma DTH (ou seja, após a concentração), desde que a duração dos contratos relativos à compra de direitos exclusivos não seja superior a três anos.
- (160) Os clubes de futebol italianos da série A e da série B em relação aos quais a Stream detém direitos exclusivos são os seguintes: Bologna, Lecce, SDS srl ⁽⁶⁴⁾ e Nápoles (até [...]*), Brescia, Chievo Verona, Empoli, Modena e Siena (até [...]*). Estes direitos representam [45-55]*% dos jogos da série A. A Stream detém ainda os direitos de transmissão exclusivos da Liga dos Campeões da UEFA 2002/2003.
- (161) Os clubes de futebol italianos da série A e da série B em relação aos quais a Telepiù detém direitos exclusivos são os seguintes: Atalanta, Como, Messina, Perugia, Piacenza, Reggina e Turim (até [...]*), Inter, Bari, Juventus, Milão e Cagliari, (até [...]*). Estes direitos representam [45-55]*% dos jogos da série A.
- (162) A concentração irá criar uma situação em que, praticamente, existirá um único comprador ⁽⁶⁵⁾ — a entidade resultante da concentração — de direitos de transmissão exclusivos de acontecimentos futebolísticos em que participam equipas nacionais. Os direitos exclusivos incluem sempre a transmissão em directo e em diferido dos acontecimentos na televisão mediante pagamento e na modalidade de pagamento por visualização, a salvaguarda da transmissão dos acontecimentos na televisão gratuita e, em alguns casos, igualmente a transmissão nas modalidades vídeo a pedido, UMTS e internet. O que é mais importante, e a exemplo do que acontece com os direitos de transmissão de filmes, graças ao seu poder negocial obviamente maior, o praticamente único comprador estará em condições de adaptar as relações contratuais com os fornecedores de conteúdos às suas necessidades e objectivos, de modo a impedir a entrada de novos operadores no mercado.

⁽⁶²⁾ Directiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de Outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva (JO L 298 de 17.10.1989, p. 23), alterada Directiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 202 de 30.7.1997, p. 60).

⁽⁶³⁾ Disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva, JO C 277 de 30.9.1999. http://europa.eu.int/eur-lex/en/consleg/pdf/1989/en_1989L0552_do_001.pdf

⁽⁶⁴⁾ Roma, Lazio e Parma.

⁽⁶⁵⁾ Como já se explicou, os clubes de futebol, em especial os de pequena e média dimensão, resistem a vender os seus direitos a cadeias de televisão gratuita, devido ao facto de as plataformas de televisão paga poderem transmitir diversos jogos ao mesmo tempo e a fim de preservar a afluência aos estádios. As cadeias de televisão mediante pagamento competem pela compra dos direitos da Taça UEFA, da Liga dos Campeões da UEFA e da Coppa Italia.

3.1.d) **Compra de direitos de transmissão exclusivos de outros acontecimentos desportivos**

- (163) A Stream e a Telepiù detêm direitos exclusivos para a transmissão de uma série de acontecimentos desportivos, para além das competições de Fórmula Um, muito populares em Itália. No que respeita à Fórmula Um, os operadores de televisão mediante pagamento (os únicos a transmitir as corridas de Fórmula Um por satélite) não detêm direitos exclusivos, uma vez que a RAI (gratuita) transmite as corridas, na modalidade analógica terrestre, para todo o território italiano.
- (164) De acordo com as informações fornecidas pelas partes no formulário CO submetido em Outubro de 2002, a Telepiù detém direitos de transmissão exclusivos dos seguintes acontecimentos desportivos: golfe (PGA Tour 2002, Ryder Cup, Open de Itália ⁽⁶⁶⁾ e Augusta National até [...]*, British Open, US Golf Association e US PGA até [...]*); ténis (Roland Garros ⁽⁶⁷⁾ e Open dos Estados Unidos ⁽⁶⁸⁾ até [...]*, Open da Austrália até [...]*), basquetebol (NCAA, NBA e Liga Europeia ULEB até [...]*, diversos torneios da FIBA até [...]*); motonáutica (F1 Powerboat da UIM até [...]*); voleibol (Lega pallavolo serie A femminile durante [...]*); rãguebi (Lega Italiana durante [...]*, Trinitation 2002 [...]*); boxe (Tyson contra Lewis até [...]* ⁽⁶⁹⁾); futebol (temporada NFL até [...]*); automobilismo (Le Mans 2002, 24 horas de Spa até [...]*), etc.
- (165) A Stream detém direitos de transmissão exclusivos dos seguintes acontecimentos: diversos acontecimentos desportivos, nos termos de um contrato celebrado com a Espn Inc. que vigora até [...]*, golfe (PGA Tour [...]*, PGA European Tour 2002/2003, até Fevereiro de 2004) e ténis (Masters Series, WTA Roma e Wimbledon, até [...]*).
- (166) De qualquer modo, se os desportos, à excepção do futebol nacional, fossem considerados um mercado distinto, a operação criaria uma posição dominante na compra de direitos exclusivos de acontecimentos desportivos. Se os desportos individuais fossem considerados mercados distintos, a operação reforçaria uma posição dominante nos mercados do golfe e do ténis. De acordo com a parte notificante, actualmente, a Stream detém uma quota no mercado dos direitos de transmissão de acontecimentos desportivos, com excepção do futebol nacional, de [35-45]* %, enquanto a Telepiù detém [30-40]* %. Outros organismos de radiodifusão televisiva considerados concorrentes da Stream e da Telepiù na compra desses direitos deterão uma quota de mercado de [20-30]* %.
- (167) Em 2001, foram transmitidos em exclusividade pela televisão gratuita os seguintes acontecimentos desportivos importantes: ciclismo (o «Giro d'Italia» e outras competições internacionais), atletismo (os mais importantes *meetings* internacionais), boxe (os jogos para os títulos italiano e europeu), rãguebi (os jogos em que participa a selecção nacional italiana e o torneio das seis nações), motociclismo (todo o campeonato do mundo de motociclismo), vela (Taça Louis Vuitton, Taça América), Jogos Olímpicos de Verão e de Inverno.
- (168) A operação proposta irá aumentar o poder de compra da nova entidade e reforçar a sua posição comparativamente com a situação pré-concentração. Os potenciais concorrentes não terão oportunidade de comprar direitos de transmissão exclusivos para a maior parte dos acontecimentos desportivos que se desenrolarão em [...]*. O que é mais importante, devido ao seu acrescido poder negocial, o praticamente único comprador estará em condições de adaptar as relações contratuais com os fornecedores de conteúdos às suas necessidades e objectivos, de modo a impedir a entrada de novos operadores no mercado, exigindo, por exemplo, contratos de longa duração ou comprando direitos exclusivos ou direitos de protecção para outros meios de transmissão que não o DTH.

3.1.e) **Canais de televisão**

- (169) Ao contrário do que acontece com os filmes e os jogos de futebol de grande audiência, um grande número de canais não é comprado com exclusividade. Por outras palavras, os concorrentes do segmento da televisão mediante pagamento podem comprar e transmitir os mesmos canais.
- (170) A Stream detém direitos exclusivos dos seguintes canais: Duel TV, Comedy Life, National Geographic, MT Channel, Roma Channel, Fox Kids, CFN-CNBC e Music Choice. Possui ainda oito canais próprios, de cinema, viagens, informação, línguas, *reality shows*, música e desporto.
- (171) A Telepiù detém direitos exclusivos dos canais Marco Polo, Disney Channel, Canal Jimmy, Raisat Ragazzi, Raisat show, Raisat fiction, Raisat Gambero Rosso, Raisat Art, Raisat Cinema, Happy Channel, Raisat Album, Planete, Cinecinema I e II, Cineclassics, INN, Bloomberg, ESPN Classic Sport, Eurosport News, TV5, Multimúsica, Matchmusic, Rock TV, Classica, Canal de Milão e Inter Channel, para além de possuir uma série de canais próprios de cinema (canais Premium e PPV) e desporto (PPV).

⁽⁶⁶⁾ Unicamente direitos de transmissão em directo.

⁽⁶⁷⁾ A exclusividade dos direitos de Roland Garros não é aplicável em relação à Eurosport, desde que a Eurosport não transmita os quartos de final e os jogos seguintes em língua italiana.

⁽⁶⁸⁾ A exclusividade dos direitos do Open dos Estados Unidos não é aplicável em relação à Eurosport, desde que a Eurosport não transmita os quartos de final e os jogos seguintes em língua italiana.

⁽⁶⁹⁾ Unicamente direitos de transmissão em directo.

- (172) A maior parte dos canais comprados em exclusividade (à excepção dos canais de cinema e desporto de grande audiência, normalmente produzidos pelas partes) caracteriza-se por uma programação baseada em conteúdos não exclusivos. Com excepção dos canais dedicados a conteúdos de grande audiência, os potenciais concorrentes poderão comprar e produzir canais.
- (173) No caso dos canais de televisão, a preocupação em matéria de concorrência decorre do facto de, a menos que entre no mercado um novo concorrente (o que não acontecerá se não estiver garantido o acesso a conteúdos de grande audiência), a concentração criará uma situação de comprador único (100 %) para a compra de canais em Itália. Em consequência, após a concentração, a posição negocial dos fornecedores independentes de canais, em especial os de menor dimensão, ficará enfraquecida, devido à ausência de plataformas alternativas à da entidade resultante da concentração. Esta situação pode afectar, indirectamente, o bem-estar dos consumidores, no caso de a entidade resultante da concentração decidir deixar de comprar direitos de canais de televisão ou exercer os poderes que lhe advêm do facto de ser o único comprador de forma a provocar a saída do mercado de alguns fornecedores de canais de televisão, devido à insustentabilidade das condições económicas. Se tal vier a acontecer, a diversidade de produtos propostos aos consumidores seria drasticamente reduzida, o que afectaria a sua liberdade de escolha. Estes efeitos adversos para os consumidores só podem ser atenuados se forem criadas condições para que estes canais sejam difundidos (gratuitamente ou mediante pagamento) em DTH, ainda que não sejam comprados pela plataforma resultante da concentração.

3.2. Conclusão sobre os efeitos horizontais nos mercados a montante afectados (compra de conteúdos)

- (174) No que respeita à compra de conteúdos em geral, a Newscorp argumentou, na sua resposta à comunicação de objecções, que «não estamos perante uma situação de comprador único: existe concorrência entre os operadores de televisão mediante pagamento e os operadores de televisão gratuita, do mesmo modo que é previsível um aumento da concorrência por parte de outros operadores de televisão mediante pagamento». Segundo a Newscorp, o mercado dos conteúdos é o «mercado de ofertas».
- (175) A Comissão não está de acordo. Embora o mercado da compra de conteúdos em geral possa, até certo ponto, ser considerado um mercado de ofertas, dada a sua natureza e as características dos diversos submercados, a

«oferta» é, de facto, acessível a um número limitado de operadores, com determinadas características.

- (176) No que respeita à compra de direitos de transmissão de filmes de grande audiência em primeira (e, pelo menos teoricamente, em segunda) janela, apenas os operadores de televisão mediante pagamento podem apresentar «ofertas», devido ao modelo empresarial dos estúdios⁽⁷⁰⁾, ou seja, à segmentação em janelas. Os operadores de televisão gratuita estão, de facto, impedidas de adquirir esses direitos em concorrência com os operadores de televisão mediante pagamento.
- (177) Para a compra de acontecimentos futebolísticos que se desenrolam regularmente (todos os anos) e em que participam equipas italianas, nomeadamente os campeonatos da serie A e da serie B, observam-se, na prática, condições similares de «ofertas restritas». Como já foi referido, a investigação de mercado demonstrou claramente que os titulares dos direitos (as equipas de futebol) preferem vender os direitos aos operadores de televisão mediante pagamento a vendê-los aos operadores de televisão gratuita, a fim de evitar um eventual impacto negativo na afluência aos estádios (a segunda grande fonte de receitas). Também aqui, ao que parece, os operadores de televisão gratuita não concorrem efectivamente com os operadores de televisão mediante pagamento pela compra dos direitos.
- (178) Por último, no que respeita aos direitos de transmissão de outros acontecimentos desportivos (por exemplo, ténis e golfe), e apesar de as condições de oferta serem, aparentemente, mais abertas, os dois operadores de televisão mediante pagamento existentes já detêm, de facto, uma posição dominante no que respeita à compra de direitos de transmissão exclusivos destes acontecimentos desportivos. Esta situação ilustra o facto de a maior parte dos direitos exclusivos de todos os tipos tender a ser comprada por operadores de televisão mediante pagamento, mesmo no caso de o modelo empresarial dos titulares dos direitos não os condicionar a preferir a televisão mediante pagamento à televisão gratuita. Esta situação contraria os argumentos avançados pelas partes na concentração relativamente às futuras condições de mercado, à conduta provável da entidade resultante da concentração e aos seus concorrentes potenciais.

4. CONCLUSÕES GERAIS SOBRE OS EFEITOS HORIZONTAIS E VERTICAIS DA CONCENTRAÇÃO NOS MERCADOS AFECTADOS

- (179) Com base no que precede, pode concluir-se que:

⁽⁷⁰⁾ No presente documento, o termo «estúdios» identifica tanto as Majors de Hollywood como as produtoras cinematográficas italianas.

4.1. *A Newscorp deterá o monopólio da prestação de serviços de televisão mediante pagamento em Itália*

- (180) A Stream e a Telepiù são, presentemente, os únicos prestadores de serviços de televisão mediante pagamento em Itália e, embora a e.Biscom, os organismos de televisão TDT e os canais DTH ou uma plataforma DTH alternativa possam, teoricamente, vir a exercer pressão concorrencial, não existem garantias suficientes de que aos potenciais concorrentes seja facultado o acesso a conteúdos de grande audiência (em especial filmes de grande audiência produzidos pelas *majors* de Hollywood e jogos de futebol disputados por equipas nacionais). Estes conteúdos específicos, que não estarão no mercado, são fundamentais para a sobrevivência dos operadores de televisão mediante pagamento.

4.2. *A Newscorp terá acesso aos conteúdos mais atractivos e mais diversificados*

- (181) O acesso aos conteúdos de grande audiência, principalmente filmes recentes e acontecimentos futebolísticos, mas também outros acontecimentos desportivos, é essencial para o êxito das cadeias de televisão mediante pagamento, uma vez que são estes conteúdos que induzem os consumidores a subscrever os serviços de televisão mediante pagamento. O acesso a filmes transmitidos em segunda janela e a acontecimentos desportivos transmitidos em diferido é igualmente importante para potenciais concorrentes interessados em criar uma plataforma alternativa.
- (182) Como já foi referido, a investigação da Comissão revelou que a plataforma combinada terá acesso a recursos programáticos sem paralelo em Itália. Além disso, se a MGM e a TC Fox exercerem os seus direitos de renovação unilateral, uma parte dos conteúdos mais importantes, os conteúdos «vectores da televisão mediante pagamento», nomeadamente os filmes das *majors*, não chegarão ao mercado num espaço de tempo razoável (até ao final de [...]*).

4.3. *Nenhuma outra empresa disporá dos conteúdos indispensáveis para criar uma televisão mediante pagamento alternativa*

- (183) O acesso aos direitos é mais importante para as televisões mediante pagamento do que para as televisões gratuitas. Determinados tipos de conteúdos são cruciais para levar os consumidores a subscrever os serviços ou a assistir a determinados programas numa base de pagamento por visualização. Para ser suficientemente atractivo, um pacote de televisão mediante pagamento deve incluir uma combinação de direitos de transmissão de filmes de grande audiência em primeira ou, no mínimo, segunda janela e de acontecimentos desportivos de grande audiência. Esta afirmação é especialmente verdadeira

no caso italiano, país em que, como foi referido pela Newscorp, todos os lares com televisão têm acesso a um grande número de canais de televisão gratuita.

4.3.1. *Efeitos de exclusão*

- (184) É limitada a oferta de conteúdos de grande audiência (filmes recentes e acontecimentos futebolísticos). Ademais, em regra geral, os direitos de transmissão de conteúdos de grande audiência (em especial, filmes de grande audiência produzidos pelas *majors* de Hollywood) são cedidos com base em contratos exclusivos a longo prazo. Durante o período de vigência dos contratos, nenhum outro operador terá acesso aos recursos da plataforma combinada no que respeita aos conteúdos. Além disso, os direitos de acontecimentos futebolísticos são extremamente onerosos e a sua compra representa um importante risco financeiro. Deste modo, os potenciais concorrentes não estarão em posição de criar uma plataforma de televisão alternativa bem sucedida. No que respeita aos demais meios de transmissão, o único operador por cabo existente (e.Biscom) terá apenas capacidade para servir um número muito limitado de lares e os potenciais concorrentes de TDT só estarão operacionais a médio-longo prazo.
- (185) É igualmente improvável que a situação sofra qualquer alteração após o termo dos contratos relativos a direitos para a televisão mediante pagamento actualmente em vigor. Teoricamente, os serviços de televisão mediante pagamento em Itália podem igualmente ser prestados por outros operadores de DTH, por operadores de cabo, como a e.Biscom, e por operadores de TDT. Como já foi referido, os primeiros *output deals* celebrados com as *majors* de Hollywood caducam no final de [...]* (se a MGM e a TC Fox exercerem os respectivos direitos de recondução). Embora os contratos com titulares de direitos de acontecimentos desportivos caduquem mais cedo, os potenciais concorrentes teriam de cobrir as ofertas da plataforma combinada para estes direitos. A probabilidade de os potenciais concorrentes do segmento da televisão mediante pagamento apresentarem propostas interessantes afigura-se, neste estádio, muito reduzida.

- (186) Dada a sua posição no mercado, a plataforma combinada já estará, então, bem implantada. Para os concorrentes, as perspectivas de compra de uma quantidade significativa de direitos de transmissão na televisão mediante pagamento relativos a conteúdos atractivos serão muito limitadas. Para poderem alimentar a esperança de comprar direitos de transmissão, é fundamental que tenham acesso aos telespectadores, através de uma base de subscritores sólida. Os preços dos direitos da televisão mediante pagamento são, em princípio, determinados por referência ao número de subscritores, sendo estabelecido um número mínimo. É esta, aliás, a situação em relação aos *output deals* com as *majors* de Hollywood. Uma vez que é previsível que a base de subscritores da plataforma combinada se afirme, nos próximos anos, como a maior, a venda de direitos à

Newscorp deverá assegurar receitas substancialmente mais elevadas do que a venda desses direitos a um novo operador. Por outro lado, ao celebrar *output deals*, qualquer novo operador incorreria num considerável risco financeiro, pelo menos no que se refere à exibição de filmes em primeira janela, uma vez que teria de garantir uma base de subscritores mínima equivalente à garantida pela Newscorp, sem estar em condições de atingir o volume em causa. A Newscorp terá em relação a qualquer concorrente potencial uma vantagem concorrencial na negociação de contratos relativos a conteúdos de grande audiência, ainda que esses concorrentes potenciais disponham de meios para comprar direitos a uma ou duas *majors*.

- (187) Nestas circunstâncias, a Comissão concluiu que os contratos celebrados entre a entidade resultante da concentração e produtoras cinematográficas nos termos dos quais lhe são concedidos direitos exclusivos impedem a entrada de novos operadores no mercado.
- (188) Ademais, e como já foi explicado, os direitos de transmissão de filmes de grande audiência na televisão mediante pagamento podem ser comprados em diversos formatos (as chamadas janelas), consoante o momento em que os filmes serão exibidos. Quanto menor o espaço de tempo que separa a exibição do filme no circuito comercial da sua exibição na televisão, maior é o valor da janela e, por conseguinte, do conteúdo. O preço dos direitos de exibição em segunda janela corresponde, em princípio, a uma fracção do preço dos direitos de exibição em primeira janela na televisão mediante pagamento. É razoável argumentar que, devido às diferenças no preço e no momento da transmissão, os direitos de exibição de filmes de grande audiência em primeira e segunda janelas constituem, na prática, produtos distintos.
- (189) No âmbito dos *output deals* celebrados com produtoras cinematográficas, a Telepiù detém uma série de direitos exclusivos de transmissão de filmes em primeira janela. No âmbito de *output deals* celebrados com a maior parte das *majors*, a Telepiù detém igualmente direitos de protecção (por exemplo, direitos de retenção) relativos à transmissão em segunda janela, que impedem que o produto «filme para exibição em segunda janela» chegue a entrar no mercado, criando, deste modo, uma espécie de período de «*black-out*».
- (190) Estes direitos de protecção ou de «*black-out*» têm por objectivo a) impedir o acesso de potenciais novos operadores a conteúdos de grande audiência a preços mais baixos, mas têm como efeito b) privar os consumidores do seu direito de escolher o momento em que pretendem visualizar os produtos da televisão mediante pagamento e de decidir do preço que estão dispostos a pagar para o fazer.
- (191) No que respeita à exclusão do mercado, se fosse possível negociar com as produtoras (sobretudo com as *majors*) os direitos de exibição em segunda janela, um potencial novo operador de televisão mediante pagamento teria a possibilidade de entrar no mercado com um investimento financeiro mais baixo e menores riscos e poderia oferecer conteúdos de grande audiência mais baratos pouco tempo depois da entidade resultante da concentração. Exemplos recolhidos noutros mercados nacionais

da Comunidade mostram que, no mercado da televisão mediante pagamento, a concorrência pode surgir de operadores mais pequenos (pelo menos, numa primeira fase) e menos prestigiados⁽⁷¹⁾. É inegável o efeito de exclusão dos direitos de protecção detidos por um operador de televisão mediante pagamento estabelecido (numa situação de quase monopólio/comprador único) em relação a potenciais novos operadores. Aliás, o encerramento do mercado constitui o objectivo último desses direitos de protecção.

- (192) No que respeita à limitação das possibilidades de escolha do consumidor, ao exercer os seus direitos de protecção, um operador de televisão mediante pagamento está a privar os consumidores do seu direito fundamental de escolher. As preferências, a sensibilidade aos preços e as necessidades dos consumidores variam fortemente em todos os mercados e em relação a todos os produtos. Se os filmes nunca forem disponibilizados para exibição em segunda janela, os consumidores que pretendam ter acesso aos produtos da televisão mediante pagamento serão forçados a consumi-los num «formato único», no momento (primeira janela) e ao preço decididos pelo operador de televisão mediante pagamento.
- (193) Contrariamente, na ausência de direitos de protecção que retirem literalmente os filmes do mercado para exibição em segunda janela, os consumidores têm a possibilidade de escolher entre os operadores de televisão mediante pagamento «de primeira linha», que propõem filmes de grande audiência pouco tempo depois da sua estreia em circuito comercial, mediante uma taxa (de subscrição) mais elevada, e os operadores «de segunda linha», que propõem os mesmos conteúdos a preços mais baixos, num momento não tão próximo da sua estreia nas salas de cinema. Neste cenário, o direito de optar por uma das duas formas de consumo dos serviços de televisão mediante pagamento cabe, unicamente, ao consumidor.
- (194) Se a nova entidade decidisse comprar direitos de segunda janela para transmissão na plataforma combinada, em vez de se limitar a bloquear o acesso de potenciais concorrentes a estes direitos, conseguiria, da mesma forma, impedir o acesso de potenciais novos operadores aos mesmos. Contudo, neste caso, tal seria o resultado de transacções comerciais entre a plataforma combinada e uma ou diversas produtoras cinematográficas e não o efeito de cláusulas de *black-out*. E, sobretudo, os conteúdos para exibição em segunda janela entrariam no mercado, ainda que propostos pela entidade que, praticamente, detém o monopólio.
- (195) Nestas circunstâncias, é forçoso concluir que os direitos de protecção ou os direitos de *black-out* têm por objectivo e por efeito bloquear a entrada dos produtos no mercado e são prejudiciais para os consumidores, na

⁽⁷¹⁾ Os direitos de exibição em segunda janela são explorados, em França, pela TPS, que se afirmou como um concorrente não despiçando do Canal+, e, na Bélgica, pela Cinenova.

medida em que impedem o acesso a conteúdos de grande audiência tanto a potenciais concorrentes como a potenciais consumidores de televisão mediante pagamento.

(196) Por último, no caso de acontecimentos futebolísticos que se desenrolam regularmente e em que participam equipas nacionais, os potenciais concorrentes terão igualmente que cobrir as ofertas da plataforma combinada para poderem comprar os direitos correspondentes. Comparativamente com o de outros direitos, o preço destes direitos representa uma parte extremamente importante dos custos gerais. Para um novo operador, a celebração de contratos com clubes de futebol constituirá um risco financeiro muito mais importante do que para a plataforma combinada.

(197) Do mesmo modo, na ausência de medidas de correcção, é improvável que a e.Biscom ou qualquer outro concorrente potencial (em DTH ou TDT) venham a ter condições para estabelecer uma plataforma séria de programação alternativa com um alcance equivalente, pelas seguintes razões:

- a) Não detêm direitos exclusivos de conteúdos de grande audiência;
- b) A maior parte dos direitos (em especial os direitos dos filmes das *majors* de Hollywood) só será colocada no mercado após vários anos;
- c) Muitos direitos relativos a importantes acontecimentos futebolísticos e desportivos não estarão disponíveis nos próximos anos;
- d) O risco financeiro que a compra de direitos exclusivos de acontecimentos futebolísticos representa para um novo operador constitui um entrave adicional à entrada de novos operadores.

4.4. A Newscorp será «guardiã» de um instrumento (CAS Videoguard) que pode facilitar a entrada de novos operadores de televisão mediante pagamento DTH e de uma infra-estrutura (plataforma) que pode facilitar as condições de radiodifusão por satélite dos canais de televisão gratuitos e mediante pagamento

(198) Em princípio, os operadores de televisão mediante pagamento DTH podem optar entre construir a sua própria infra-estrutura ou transmitir os seus programas através de uma plataforma existente. Contudo, a criação de uma nova infra-estrutura afigura-se, no contexto actual, uma alternativa, na melhor das hipóteses, teórica, que não se encontra, seguramente, ao alcance dos operadores que não dispõem de conteúdos suficientes para apresentar uma oferta de grande audiência. Se existissem diversas

plataformas concorrentes, seria mais fácil para um terceiro ter acesso a uma das plataformas existentes. Antes da operação proposta, era esta a situação em Itália. Na ausência de uma plataforma alternativa em Itália, os potenciais concorrentes DTH no mercado italiano ou os canais gratuitos que pretendam propor os seus próprios canais a subscritores da plataforma combinada ficarão dependentes da plataforma da Newscorp.

(199) Isto significa que todos os operadores de televisão mediante pagamento DTH que não tenham condições para criar uma infra-estrutura alternativa e todos os canais gratuitos transmitidos por satélite digital que pretendam chegar aos subscritores da plataforma combinada serão obrigados a transmitir através da plataforma da Newscorp. Na ausência de medidas de correcção, a Newscorp controlaria, em larga medida, as actividades destes seus concorrentes e estaria em posição de determinar, até certo ponto, as condições em que outros operadores de televisão mediante pagamento DTH competiriam consigo ou as condições em que os seus subscritores teriam acesso aos canais gratuitos transmitidos por satélite digital.

(200) A Newscorp ficaria em posição de recusar o acesso à sua plataforma ou de impor condições injustas ou discriminatórias.

(201) Ademais, qualquer plataforma alternativa de televisão mediante pagamento que pretenda entrar no mercado italiano necessitará de um CAS para poder transmitir programas codificados. Como já foi referido, a Newscorp é proprietária do CAS da NDS (Videoguard). Embora as regras de acesso previstas nas Directivas 95/47/CE⁽⁷²⁾ e 2002/19/CE⁽⁷³⁾ possam atenuar as preocupações a este respeito, alguns terceiros estão convictos de que o acesso à tecnologia da NDS lhes poderá ser dificultado, a menos que a Newscorp se comprometa a observar tais regras e seja estabelecido um procedimento adequado e eficaz de resolução de litígios. Se tal não acontecer, surgirão diferendos prolongados em matéria de preços, que excluirão qualquer possibilidade de concorrência neste mercado. Por outro lado, a adopção de um CAS diferente por um novo operador pode, apesar das obrigações de *simulcrypt* impostas pela lei italiana que transpõe a Directiva 95/47/CE, constituir um entrave adicional à entrada de novos operadores, na medida em que o cumprimento das obrigações de *simulcrypt* pode demorar dois anos, como já aconteceu no passado, e ser extremamente oneroso.

⁽⁷²⁾ Directiva 95/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à utilização de normas para a transmissão de sinais de televisão (JO L 281 de 23.11.1995, p. 51).

⁽⁷³⁾ Directiva 2002/19/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações electrónicas e recursos conexos (directiva acesso) (JO L 108 de 24.4.2002, p. 7).

- (202) Na ausência de medidas de correcção, a plataforma resultante da concentração ficará em posição de aumentar os custos dos seus concorrentes, na medida em que controla o acesso de terceiros aos serviços da plataforma DTH e ao CAS.
- (203) Em consequência, a possibilidade de um novo organismo de radiodifusão DTH sem capacidade para criar uma infra-estrutura alternativa dispor de condições para operar dependerá da boa vontade da Newscorp para não levantar obstáculos ao acesso aos serviços da sua plataforma. Ademais, a possibilidade de um novo organismo de radiodifusão DTH dispor de condições para concorrer efectivamente com a Newscorp dependerá do licenciamento do CAS da NDS por parte da Newscorp ou do cumprimento atempado, em condições transparentes e não discriminatórias, das obrigações de *simulcrypt* que incumbem a esta empresa.

4.5. Duração da posição dominante

- (204) Todos os elementos demonstram ser altamente improvável que, num futuro previsível, venha a apresentar-se um concorrente em posição de concorrer efectivamente com as partes, seja qual for o seu meio de transmissão. No futuro próximo, a e.Biscom, o único possível concorrente actualmente no mercado, no segmento por cabo, apenas terá capacidade para chegar a um milhão de lares (5 % dos lares italianos), enquanto o satélite pode chegar praticamente a todos os lares italianos. Por outro lado, de acordo com os planos do Governo italiano, a TDT só começará a estar operacional em Itália no início de 2007. Contudo, a investigação da Comissão revelou que, apesar dos planos existentes, a TDT só deverá estar operacional numa data ulterior. Por último, nenhuma plataforma DTH alternativa poderá entrar no mercado, se não for garantido o acesso aos conteúdos e à tecnologia. Nestas circunstâncias, existem bases razoáveis e fortes para a Comissão concluir que, na sequência da operação, a Newscorp continuará, durante muito tempo, a ser o único operador de televisão mediante pagamento em Itália, o que, muito provavelmente, impedirá qualquer concorrência minimamente efectiva.

V. APLICAÇÃO DO CONCEITO DE «CONCENTRAÇÃO DE RECUPERAÇÃO»

- (205) Até agora, apenas duas vezes a Comissão baseou uma decisão relativa a um processo de concentração no conceito de «concentração de recuperação» (também conhecido por «argumento da empresa insolvente»): no processo Kali und Salz/MKD/Treuhand⁽⁷⁴⁾ (a seguir desig-

nado «Kali und Salz») e no processo BASF/Eurodiol/Pantochim⁽⁷⁵⁾. No processo Kali und Salz, os critérios definidos pela Comissão para a aplicação do conceito de concentração de recuperação foram os seguintes: a) a empresa comprada seria, no futuro próximo, excluída do mercado; b) não existia um comprador menos anti-concorrencial; c) a empresa compradora acabaria por absorver a quota de mercado da empresa comprada se esta desaparecesse do mercado.

- (206) No seu acórdão no processo Kali und Salz⁽⁷⁶⁾, de 31 de Março de 1998, o Tribunal de Justiça sustenta que uma concentração pode ser considerada de recuperação se a estrutura concorrencial se deteriorasse de forma idêntica mesmo na ausência de concentração. Segundo o Tribunal de Justiça⁽⁷⁷⁾, «(...) a introdução deste critério (a obtenção da quota de mercado da empresa adquirida pela empresa que procede à aquisição) tem em vista garantir que a existência de um nexo de causalidade entre a concentração e a deterioração da estrutura concorrencial do mercado só poderá ser excluída no caso de a deterioração da estrutura concorrencial, na sequência da operação de concentração, se produzir de igual modo mesmo na ausência da referida operação. Assim, o critério da absorção das quotas de mercado, embora não seja considerado pela própria Comissão, por si só, bastante para excluir o carácter prejudicial da operação de concentração para o funcionamento da concorrência, contribui para assegurar a neutralidade desta operação em relação à degradação da estrutura concorrencial do mercado, o que está em conformidade com o conceito de causalidade que consta do artigo 2.º, n.º 2, do regulamento.».

- (207) Na sua decisão no processo BASF/Eurodiol/Pantochim, a Comissão afirmava que a abordagem adoptada pelo Tribunal de Justiça vai além dos critérios definidos na decisão da Comissão no processo Kali und Salz. Segundo o Tribunal de Justiça, a existência de um nexo de causalidade entre a concentração e a deterioração da estrutura concorrencial do mercado pode ser excluída, pelo que uma concentração só pode ser considerada de recuperação se, previsivelmente, a estrutura concorrencial se deteriorar de igual modo mesmo que a operação não seja concluída, ou seja, se a concentração fosse proibida. Em termos gerais, de acordo com a decisão BASF/Eurodiol/Pantochim, o conceito de «concentração de recuperação» requer que as empresas adquiridas possam ser consideradas «insolventes» e que a concentração não

⁽⁷⁴⁾ Decisão da Comissão de 14 de Dezembro de 1993, relativa a um processo de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, (processo IV/M.308 — Kali + Salz/MdK/Treuhand) (JO L 186 de 21.7.1994, p. 38).

⁽⁷⁵⁾ Processo COMP M.2314 BASF/Eurodiol/Pantochim, decisão de 11 de Julho de 2001 (JO L 132 de 17.2.2002, p. 45, e sítio Web da Comissão: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽⁷⁶⁾ Processos apensos C-68/94 e C-30/95, França/Comissão.

⁽⁷⁷⁾ Pontos 115 e seguintes do acórdão nos processos apensos C-68/94 e C-30/95.

possa ser responsabilizada pela deterioração da estrutura concorrencial. Deste modo, para a aplicação do conceito de concentração de recuperação, devem ser satisfeitas duas condições:

- a) Caso não fosse adquirida por outra empresa, a empresa adquirida seria excluída do mercado no futuro próximo;
- b) Não existia um comprador alternativo menos anti-concorrencial.

(208) Contudo, a aplicação destes dois critérios não exclui inteiramente a possibilidade de, em caso de falência, os activos das empresas em causa virem a ser adquiridos por terceiros. Se os activos fossem adquiridos por concorrentes no decurso do processo de falência, os efeitos económicos seriam idênticos aos da aquisição das próprias empresas insolventes por outro comprador. Assim, naquele processo, a Comissão decidiu que, para além dos dois primeiros critérios, era necessário estabelecer que:

- c) Na ausência da concentração, os activos a adquirir iriam seguramente desaparecer ou sair do mercado.

(209) De qualquer modo, a aplicação do conceito de «concentração de recuperação» requer que a deterioração da estrutura concorrencial decorrente da concentração não seja, no mínimo, mais grave do que a que se teria verificado na ausência da concentração.

(210) Na sua resposta à comunicação de objecções, a Newscorp argumentava que o presente caso reunia as condições para a utilização do «argumento da empresa insolvente», nomeadamente porque, na ausência da concentração, a Telepiù conquistaria uma posição comparável à da plataforma combinada após a concentração e, de qualquer forma, os activos da Stream acabariam por sair do mercado.

(211) Antes de se proceder ao exame desta alegação, importa notar que a Newscorp argumenta que a Stream, actualmente sob o controlo conjunto da Newscorp e da Telecom Italia, constitui a «empresa insolvente», que, na ausência da concentração, sairia do mercado. A operação em apreço representa, na realidade, uma combinação de uma mudança de uma situação de controlo conjunto para uma situação de controlo exclusivo da Stream por uma das suas empresas-mães, a Newscorp, e a sua concentração com outra empresa, a Telepiù. Dado que a Stream constitui uma «divisão» independente de uma «empresa», a Newscorp, a presente concentração levanta a questão de saber se o «argumento da empresa insolvente» é aplicável no caso de a empresa que procede à aquisição ser uma empresa financeiramente sólida, com uma divisão, insolvente, que se concentra com outra entidade.

(212) Como afirmou a Comissão na sua decisão no processo Rewe/Meinl ⁽⁷⁸⁾, relativamente ao «argumento da divisão insolvente» e não ao «argumento da empresa insolvente», o ónus da prova de ausência denexo de causalidade entre a concentração e a criação ou reforço de uma posição dominante recai sobre as empresas que fazem tal alegação. De outra forma, todas as concentrações que envolvessem uma divisão alegadamente não rentável poderiam ser justificadas, nos termos da legislação relativa ao controlo das concentrações, mediante a declaração de que, na ausência da concentração, a divisão deixaria de operar. O processo Rewe/Meinl prendia-se com a aquisição de uma divisão do Grupo Meinl pela Rewe. A importância da prova do nexo de causalidade é ainda maior se se tratar de uma divisão alegadamente insolvente que, na realidade, é a empresa que procede à aquisição. Por último, poder-se-ia argumentar, pertinentemente, que o grupo que procede à aquisição poderá ter razões estratégicas para manter a sua divisão insolvente, mesmo no caso de a concentração ser proibida.

a) CASO NÃO FOSSE ADQUIRIDA POR OUTRA EMPRESA, A EMPRESA INSOLVENTE SERIA EXCLUÍDA DO MERCADO

(213) A Newscorp argumenta que, actualmente, a Stream é uma «empresa insolvente», que, na ausência da concentração, sairá do mercado, porque a lógica económica e empresarial dita que a decisão dos accionistas sobre declarar ou não a falência da Stream se baseia numa comparação do valor actual líquido (VAL) (negativo) dos futuros *cash flows* (antes do serviço da dívida) resultantes da manutenção da actividade com o VAL (possivelmente negativo) da falência. Se o VAL associado à falência for superior ao VAL resultante da manutenção da actividade, a decisão racional consiste em declarar a falência, na medida em que não existem perspectivas realistas de a Stream se tornar rentável enquanto entidade independente. Segundo a Newscorp, os custos de termo de actividade em que a Newscorp e, sobretudo, a Telecom Italia poderão incorrer presentemente são significativamente inferiores aos custos de manutenção da actividade, e a Stream ainda não foi encerrada unicamente devido à perspectiva de concretização da operação em apreço. Não obstante, alguns terceiros argumentaram que, com uma melhor gestão e um maior esforço no sentido de combater eficazmente a pirataria, o número de subscritores e as receitas correspondentes poderiam aumentar substancialmente.

(214) Na operação em apreço, a entidade que adquire o controlo exclusivo da empresa insolvente é uma das suas

⁽⁷⁸⁾ Decisão da Comissão de 3 de Fevereiro de 1999, em processo nos termos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho (processo IV/M.308 — Rewe/Meinl) (JO L 274 de 23.10.1999, p. 1).

empresas-mães, que adquire igualmente o controlo exclusivo de outra empresa (Telepiù). Embora a Stream constitua uma pessoa colectiva distinta, parece não ser questionável o facto de que seria toda a empresa (ou seja, a Newscorp) a ser excluída do mercado. A Newscorp funciona como sociedade de controlo e a Stream representa apenas uma parte das actividades empresariais e das subsidiárias do grupo Newscorp. A retirada da Stream do mercado italiano da televisão mediante pagamento assumiria, pois, a forma de uma decisão de gestão no sentido de abandonar uma actividade cujo desenvolvimento não correspondeu às expectativas do Conselho de Administração da empresa.

(215) Importa igualmente notar que as partes avançaram este argumento numa fase já muito adiantada do processo. Com efeito, o mesmo não é referido na notificação, o que levanta novas dúvidas acerca do valor probatório da alegação, posto que, no essencial, nada mudou desde a notificação.

b) *NÃO EXISTE UM COMPRADOR MENOS ANTICONCORRENCIAL*

(216) A Newscorp argumenta que, na ausência de sinergias substanciais, qualquer comprador potencial enfrentaria uma situação idêntica à da Newscorp e da Telecom Italia. É igualmente provável que outro comprador devesse enfrentar uma maior incerteza em relação à rentabilidade futura da empresa, visto que a Newscorp e a Telecom Italia, enquanto actual accionista, dispõem de mais informações acerca da empresa. Não há qualquer perspectiva realista de surgir um concorrente menos anticoncorrencial, na medida em que é difícil imaginar uma entidade que tenha sinergias suficientemente fortes para alterar consideravelmente as perspectivas financeiras da Stream em relação às projecções da JPMorgan⁽⁷⁹⁾ e em que não se apresentou qualquer outra entidade disposta a comprar a Telepiù ao grupo Vivendi em Maio-Junho de 2002, período em que foi negociada a venda da empresa à Newscorp. A este propósito, a JPMorgan nota que, tanto quanto é do seu conhecimento, nenhum outro potencial comprador apresentou uma proposta formal de compra da Telepiù ou da Stream. Com efeito, apesar de as discussões relativas à operação terem sido tornadas públicas em 2001 e 2002 e de, aparentemente, a Newscorp ter feito baixar o preço durante as prolongadas negociações, nenhum outro potencial comprador procurou comprar a Stream à Newscorp quando a compra ao grupo Vivendi ficou concluída.

⁽⁷⁹⁾ Documento anexo à defesa da Newscorp. Relatório especializado sobre a viabilidade financeira da Stream SpA. Alegadamente, estes documentos demonstram que, no futuro previsível, a Stream não é financeiramente viável enquanto empresa independente e que, na ausência de financiamento continuado dos seus dois accionistas, seria obrigada a declarar falência no primeiro semestre de 2003.

(217) Decorre claramente do raciocínio da Comissão na decisão Kali und Salz que o ónus da prova da inexistência de outros compradores potenciais recai, na opinião da Comissão, sobre a parte que o afirma. O argumento da Newscorp não a isenta do ónus da prova. Para além de algumas tentativas para encontrar meros investidores financeiros para a Stream, a Newscorp não indicou os potenciais compradores (que não o grupo Vivendi para a Stream e a Newscorp para a Telepiù) com os quais a Newscorp e o grupo Vivendi entraram em negociações com vista à venda das suas empresas respectivas em Itália, nem as razões por que essas negociações terão fracassado. Apenas a Telecom Italia procurou vender a sua posição de controlo na Stream⁽⁸⁰⁾, enquanto nem a Stream nem o grupo Vivendi procuraram activamente encontrar uma solução menos anticoncorrencial do que a concentração das duas empresas. De acordo com as informações de que a Comissão dispõe, nem a Newscorp nem a Telecom Italia colocaram, em algum momento, a Stream em oferta pública.

c) *NA AUSÊNCIA DA CONCENTRAÇÃO, OS ACTIVOS A ADQUIRIR IRIAM SEGURAMENTE DESAPARECER OU SAIR DO MERCADO, OU A EMPRESA COMPRADORA ACABARIA POR ABSORVER A QUOTA DE MERCADO DA EMPRESA ADQUIRIDA*

(218) Segundo a Newscorp, os activos objecto da aquisição acabariam, inevitavelmente, por sair do mercado. Actualmente, a Stream detém dois tipos de activos cujo destino é fundamental para as condições de concorrência: a base de subscritores e os direitos de transmissão de conteúdos já comprados. De acordo com a Newscorp, o mais provável seria que os subscritores DTH da Stream se transferissem para a Telepiù, uma vez que não existe qualquer outra plataforma por satélite e que o cabo só se encontra disponível em determinadas zonas. Quanto aos direitos de conteúdos de grande audiência detidos pela Stream, a Newscorp argumenta que, muito provavelmente, estes direitos seriam comprados pela Telepiù. Após a falência da Stream, estes direitos voltariam à posse dos seus titulares que os voltariam a colocar em venda.

(219) Segundo a Newscorp, a Telepiù seria o operador mais bem colocado para os obter (comparativamente, por exemplo, com a e.Biscom ou os operadores de televisão gratuita concorrentes). Não obstante, é pertinente argumentar que, pelo menos, alguns desses conteúdos (por exemplo, os direitos da Liga dos Campeões ou de torneios de ténis) não seriam necessariamente comprados pela Telepiù. Como já foi referido, os operadores de televisão gratuita e de televisão mediante pagamento podem, pelo menos até certo ponto, concorrer pela compra destes direitos e estariam em melhor posição para apresentar propostas com vista à compra destes direitos se a situação financeira da Telepiù fosse menos sólida do que a da plataforma combinada resultante da concentração. A Newscorp não forneceu qualquer indicação sobre a eventual aquisição, pela Telepiù ou por

⁽⁸⁰⁾ De acordo com as declarações da Telecom Italia na audição realizada em 5 e 6 de Março de 2003, em 2001, a Telecom Italia conferiu mandato a uma instituição financeira para vender a sua participação na Stream.

outras empresas, de outros activos da Stream, como marcas registadas e redes de distribuição.

(220) Contudo, tendo em conta que, no caso em apreço, nenhuma das duas primeiras condições é satisfeita, não é necessário tomar uma posição final em relação ao facto de a terceira condição (o inevitável desaparecimento ou saída do mercado dos activos objecto da aquisição) ser ou não satisfeita.

d) CONCLUSÃO

(221) A Comissão considera, portanto, que a Newscorp não conseguiu demonstrar que não existe um nexo de causalidade entre a concentração e o efeito na concorrência e que as condições da concorrência sofreriam uma deterioração idêntica na ausência da concentração em causa. Contudo, o risco de a Stream sair do mercado, a confirmar-se, seria um factor a ter em conta na avaliação da presente operação. A Comissão considera ainda que a autorização da concentração, subordinada às condições pertinentes, será mais benéfica para os consumidores do que a perturbação causada pelo eventual encerramento da Stream.

VI. COMPROMISSOS

(222) Em 13 de Março de 2003, a Newscorp propôs um conjunto de compromissos revisto (a seguir designados «compromissos»), nos termos do n.º 2 do artigo 8.º do regulamento das concentrações, com vista a obter a aprovação da concentração. Os compromissos figuram em anexo à presente decisão e dela são parte integrante.

(223) Os compromissos propostos pela Newscorp baseiam-se nas medidas de correcção apresentadas à Comissão em 31 de Outubro de 2002 e em 14 de Janeiro de 2003. No seguimento da sua investigação e com base no teste de mercado dos dois conjuntos de compromissos acima referidos, a Comissão concluiu que os compromissos propostos não eram suficientes para dissipar as preocupações em matéria de concorrência suscitadas pela operação. Em consequência, a Comissão emitiu uma comunicação nos termos do artigo 18.º do regulamento das concentrações.

(224) A Comissão considera que os compromissos propostos em 13 de Março de 2003 respondem satisfatoriamente às preocupações em matéria de concorrência suscitadas pela concentração.

1. SÍNTESE DOS COMPROMISSOS PROPOSTOS PELA NEWSCORP EM 13 DE MARÇO DE 2003

(225) Os compromissos propostos pela Newscorp em 13 de Março de 2003 prevêm o seguinte:

Contratos exclusivos actuais

- a) O direito de as produtoras cinematográficas e os clubes de futebol rescindirem unilateralmente os contratos celebrados com a Stream e a Telepiù, sem que sejam aplicáveis penalizações.
- b) A Newscorp cederá todos os direitos exclusivos relativos a plataformas de televisão que não DTH (terrestre, cabo, UMTS, internet, etc.). As partes cederão igualmente todos os direitos de protecção relativos a meios de transmissão que não DTH.
- c) A Newscorp cederá todos os direitos exclusivos para pagamento por visualização, vídeo a pedido e vídeo quase a pedido relativamente a todas as plataformas.

Futuros contratos exclusivos

- d) A Newscorp não celebrará contratos com duração superior a dois anos com clubes de futebol, nem contratos com duração superior a três anos com produtoras cinematográficas. A exclusividade destes contratos limitar-se-á à transmissão DTH, não sendo aplicável a outros meios de transmissão (por exemplo, terrestre, por cabo, UMTS e internet). As partes cederão igualmente todos os direitos de protecção relativos a meios de transmissão que não DTH. No que respeita aos direitos de acontecimentos futebolísticos e de acontecimentos desportivos à escala mundial, os parceiros nos contratos terão o direito unilateral de rescindir anualmente os contratos.
- e) A Newscorp não comprará direitos de protecção para DTH e cederá os direitos exclusivos para pagamento por visualização, vídeo a pedido e vídeo quase a pedido relativamente a todas as plataformas.
- f) A Newscorp não comprará, no âmbito de contratos futuros ou de renegociações dos contratos actuais, direitos de protecção ou de *black-out* para DTH.

Relações com concorrentes/terceiros: oferta grossista e acesso à plataforma e aos serviços técnicos

- g) A Newscorp oferecerá a terceiros, numa base individual e não exclusiva, o direito de distribuir, em plataformas diferentes da DTH, conteúdos de grande

audiência, sempre que a plataforma combinada ofereça conteúdos de grande audiência aos seus clientes de retalho. A oferta será feita com base no princípio «retalho menos».

- h) A Newscorp facultará a terceiros e a eventuais novos operadores de DTH acesso à sua plataforma e à interface de programação da aplicação (API), de acordo com uma fórmula de cobertura dos custos não discriminatória, baseada: nos custos directamente imputáveis aos serviços, numa parte dos custos técnicos pertinentes (fixos e comuns) e numa rentabilidade razoável durante um período adequado. Na prestação de serviços de acesso, a plataforma combinada não aplicará condições diferentes a transacções equivalentes.
- i) A Newscorp velará por que a NDS conceda a terceiros, a preços equitativos e não discriminatórios, licenças de utilização do seu sistema de acesso condicional (CAS).
- j) A Newscorp envidará todos os esforços no sentido de concluir acordos de *simulcrypt* em Itália o mais depressa possível e, o mais tardar, no prazo de nove meses a contar da data da apresentação de um pedido escrito por um terceiro interessado.

Alienação do segmento de TDT e compromisso no sentido de não desenvolver quaisquer actividades nesse segmento

- k) Alienação dos activos da Telepiù no segmento da radiodifusão digital e analógica terrestre e compromisso no sentido de não desenvolver outras actividades no segmento da TDT, nem enquanto rede, nem enquanto operador retalhista. As frequências deverão ser compradas por uma empresa que pretenda incluir a televisão mediante pagamento ou mais canais nos seus planos para a utilização dos activos vendidos após a mudança da televisão analógica terrestre para a televisão analógica digital em Itália.

Arbitragem

- l) A Newscorp propôs um procedimento de arbitragem destinado a garantir o respeito dos compromissos. Este sistema de arbitragem prevê, nomeadamente, a jurisdição da AGCOM para as questões da sua competência nos termos da legislação italiana, incluindo a oferta grossista.

Duração dos compromissos

- m) Os compromissos são válidos, o mais tardar, até 31 de Dezembro de 2011, excepto no caso de,

mediante pedido da Newscorp ou da plataforma combinada, a Comissão decidir encurtar o seu período de vigência por considerar que as condições de concorrência deixaram de justificar a sua manutenção.

2. AVALIAÇÃO DOS COMPROMISSOS

- (226) À luz da sua investigação de mercado e de dois testes de mercado dos compromissos sucessivamente propostos pela Newscorp, a Comissão considerou que os últimos compromissos são suficientes para dissipar as preocupações em matéria de concorrência suscitadas pela operação notificada.

2.1. OBSERVAÇÕES DE CARÁCTER GERAL

- (227) A entidade resultante da concentração irá deter uma posição monopolista no mercado da televisão mediante pagamento, usufruir de uma situação de, praticamente, comprador único nos mercados de compra de canais de televisão, filmes de grande audiência e direitos para a transmissão de jogos vendidos por clubes nacionais e deter uma posição dominante para a compra de direitos relativos a outros desportos, não abrangidos pela legislação italiana de aplicação da directiva «Televisão sem fronteiras» e considerados acontecimentos desportivos mundiais.

- (228) A principal finalidade e o objectivo último de qualquer pacote de medidas devem ser criar condições para que a concorrência efectiva subsista e/ou para que a concorrência potencial se materialize. Num caso como o que está em apreciação, este objectivo deve ser alcançado mediante a atenuação dos obstáculos à entrada de novos operadores nos mercados afectados e a criação de pressões concorrenciais susceptíveis de disciplinar e controlar o operador dominante. O pacote de medidas de correcção proposto pela Newscorp foi concebido e elaborado tendo em vista este objectivo último.

2.2. ACESSO AOS CONTEÚDOS (PONTOS 1 A 7 DO TEXTO DOS COMPROMISSOS)

- (229) No que respeita ao acesso aos conteúdos, o âmbito e a duração dos direitos exclusivos detidos pela plataforma combinada serão consideravelmente reduzidos, de modo a que os direitos em causa possam ser disputados com frequência (no caso dos direitos DTH) ou permanentemente (no caso dos direitos relativos a outros meios de

transmissão). Além disso, os conteúdos de grande audiência a transmitir em DTH pela plataforma combinada serão disponibilizados, a preços por grosso, para plataformas diferentes, através da oferta grossista. Por outro lado, a Newscorp não comprará, no âmbito de contratos futuros ou de renegociações dos contratos actuais, direitos de protecção ou de *black-out* para DTH.

2.2.1. Contratos exclusivos actuais

- (230) Quanto aos direitos de futebol, os compromissos propostos pela Newscorp prevêem que a plataforma combinada conceda aos titulares dos direitos o direito de rescisão unilateral dos contratos, a partir da época 2003/2004. Esta disposição permitirá uma maior concorrência pelos conteúdos futebolísticos de grande audiência, já a partir da próxima época e, por conseguinte, aumenta as possibilidades de um potencial concorrente entrar no mercado da televisão mediante pagamento.
- (231) A Newscorp comprometeu-se ainda a prescindir da exclusividade e de outros direitos de protecção relativamente à transmissão de acontecimentos futebolísticos e de outros acontecimentos desportivos por meios diferentes do DTH. Deste modo, os operadores que concorrem noutros meios de transmissão (por exemplo, cabo, internet e UMTS) poderão ter acesso directo e imediato a conteúdos desportivos de grande audiência.
- (232) No que respeita a direitos de filmes, a Newscorp comprometeu-se a prescindir da exclusividade e de outros direitos de protecção relativamente à transmissão por meios diferentes do DTH. Deste modo, os operadores que concorrem noutros meios de transmissão (por exemplo, cabo, internet e UMTS) poderão ter acesso directo e imediato a filmes de grande audiência. Além disso, os parceiros contratuais da plataforma combinada terão o direito unilateral de rescindir os contratos. Dada a considerável duração dos *output deals* celebrados com as produtoras cinematográficas (tanto com as *majors* de Hollywood como com as italianas), o direito de rescisão unilateral aumentará a concorrência pelos direitos de filmes de grande audiência, em benefício de potenciais novos operadores do mercado da televisão mediante pagamento, mesmo no que se refere à transmissão em DTH. A obrigação de assegurar a oferta grossista (ver *infra*), aliada ao direito de rescisão unilateral conferido às produtoras cinematográficas, irá aumentar ao máximo a disponibilidade de conteúdos de grande audiência, sem anular totalmente os actuais compromissos contratuais entre as partes na concentração e as produtoras cinematográficas. Em consequência, o compromisso afigura-se adequado e proporcionado.

2.2.2. Futuros contratos exclusivos

- (233) No que respeita aos direitos relativos ao futebol, a limitação a dois anos da duração dos futuros contratos

exclusivos com clubes de futebol para a transmissão de acontecimentos futebolísticos em DTH e o direito de rescisão unilateral conferido aos titulares dos direitos dos acontecimentos futebolísticos constituem compromissos eficazes, na medida em que permitirão que os direitos dos conteúdos futebolísticos de grande audiência cheguem regularmente ao mercado.

- (234) Quanto aos direitos de filmes, será imposta uma limitação da duração dos futuros contratos exclusivos para transmissão em DTH celebrados no âmbito dos *output deals* entre a plataforma combinada e as produtoras cinematográficas (tanto as *majors* de Hollywood como as italianas). Os futuros *output deals* celebrados com as produtoras cinematográficas não podem ter uma duração superior a três anos.
- (235) A limitação da duração máxima dos contratos celebrados com os titulares dos direitos dos acontecimentos futebolísticos a dois anos e a dos contratos celebrados com produtoras cinematográficas a três anos afigura-se adequada, tendo em conta os resultados dos testes de mercado. Enquanto as produtoras cinematográficas, nomeadamente a totalidade das *majors* de Hollywood, são favoráveis à celebração de contratos de duração indeterminada ou, pelo menos, tão longa quanto possível com a plataforma combinada, a posição dos clubes de futebol está longe de ser unânime: alguns defendem uma duração máxima de um ano e outros preferem contratos mais prolongados. Perante estas perspectivas e preferências divergentes, que sublinham o facto de o modelo empresarial das equipas de futebol não ser comparável com a das produtoras cinematográficas, a Comissão considerou adequada uma duração máxima de dois anos, em conformidade com a condição imposta no ano passado pela autoridade italiana em matéria de concorrência no processo precedente. Além disso, ao contrário do que acontece com as produtoras cinematográficas, os clubes de futebol manterão, nos futuros contratos, o direito de rescisão unilateral. O direito de rescisão afigura-se pertinente, na medida em que permitirá ter em devida conta, nas negociações com a plataforma combinada, o valor real (que pode sofrer alterações drásticas de uma época para outra, em função dos resultados alcançados pelas equipas) dos direitos de cada equipa.
- (236) No que respeita a direitos de filmes, a Newscorp comprometeu-se a não adquirir exclusividade nem outros direitos relativamente à transmissão por meios diferentes do DTH. Deste modo, os operadores que concorrem noutras plataformas (por exemplo, cabo, internet e UMTS) poderão ter acesso directo e imediato a filmes de grande audiência.
- (237) A Newscorp comprometeu-se igualmente a não adquirir, no âmbito de futuros acordos com produtoras cinematográficas, direitos exclusivos e outros direitos de protecção para transmissão nas modalidades de pagamento por visualização, vídeo a pedido e/ou vídeo quase a pedido.
- (238) Ademais, a Newscorp comprometeu-se a não procurar obter direitos de protecção DTH na eventual renegociação de contratos em curso.

2.2.2.1. Proporcionalidade do compromisso relativo à duração dos futuros contratos com produtoras cinematográficas

- (239) Como já foi referido, no que respeita aos direitos de filmes, os futuros acordos de exclusividade para DTH concluídos com as produtoras cinematográficas não podem ter uma duração superior a três anos. A menor duração dos *output deals* celebrados com as produtoras cinematográficas irá reduzir significativamente o período durante o qual os direitos dos filmes se encontram fora do mercado, em benefício dos potenciais novos operadores no mercado da televisão mediante pagamento. A reconhecida importância fundamental dos filmes de grande audiência enquanto indutores de subscrições da televisão mediante pagamento impede facilmente a entrada de novos operadores num mercado em que não exista oferta deste tipo de filmes. Este efeito de exclusão decorre, inevitavelmente, do efeito cumulativo dos acordos a longo prazo concluídos entre o operador dominante e todas as grandes produtoras cinematográficas e que incidem na maior parte da produção destas últimas, independentemente do facto de os acordos serem concluídos por iniciativa do operador, da produtora cinematográfica ou de ambos. Aliás, os acordos de compra exclusiva excluem qualquer possibilidade de outro comprador apresentar propostas com vista à compra de direitos. Neste caso, devido ao efeito cumulativo de diversos acordos, o efeito de exclusão está associado a uma quota de mercado combinada extremamente elevada, num mercado de fornecimento de crucial importância. Nestas circunstâncias, a duração dos acordos constitui um parâmetro da maior importância. Se se permitisse que a plataforma combinada continuasse a concluir acordos a longo prazo com produtoras cinematográficas (autorizando-a, por exemplo, a reconduzir os actuais acordos por períodos que vão até 10 anos), não haveria qualquer perspectiva de entrada de novos operadores no mercado da televisão mediante pagamento, sendo, desta forma, eliminada qualquer potencial concorrência. Além disso, considerou-se que um período de duração de três anos seria proporcionado, na medida em que corresponde às normas aplicáveis aos contratos anteriormente celebrados com as produtoras cinematográficas italianas.
- (240) Por outro lado, se a duração dos acordos exclusivos acima referidos for limitada a um máximo razoável, qualquer potencial comprador terá a possibilidade de apresentar propostas às produtoras com maior frequência e regularidade. Esta situação irá reforçar a concorrência, do lado da procura, para a compra de direitos de filmes de grande audiência. À luz das características do mercado de compra em causa, uma duração máxima de três anos assegurará um nível de flexibilidade suficiente à concorrência, sem pôr em causa a possibilidade de os fornecedores de conteúdos garantirem a venda dos seus direitos durante um determinado período de tempo. Embora mais curto do que os praticados actualmente, um período de três anos é suficientemente longo para dissipar eventuais preocupações legítimas, de ordem técnica ou comercial, suscitadas nos fornecedores.
- (241) Alguns terceiros interessados sugeriram que, em alternativa a uma redução da duração dos *output deals*, os futuros contratos deveriam prever o direito de rescisão unilateral por parte das produtoras cinematográficas. Após aprofundada análise, a Comissão concluiu que tal solução não seria tão eficaz para aumentar a disponibilidade de direitos de filmes de grande audiência quanto a redução da duração dos *output deals* e que, além do mais, poderia acarretar efeitos indesejáveis, resultantes de uma transferência desproporcionada de poder negocial para as produtoras, em detrimento, em última análise, dos potenciais novos operadores.
- (242) A quaisquer argumentos relativos ao exercício do poder resultante da situação de comprador único da plataforma combinada no mercado da compra de direitos deve contrapor-se, no que respeita aos direitos de filmes, o facto de esse poder de comprador único subsistir apenas se e enquanto as produtoras cinematográficas (em especial as *majors* de Hollywood) mantiverem o modelo de comercialização actual, assente numa segmentação em «janelas», que apenas permite que as televisões gratuitas apresentem propostas com vista à compra dos direitos dos filmes após a «janela da televisão mediante pagamento» ter sido devidamente explorada pelos operadores de televisão mediante pagamento. Quando os titulares dos direitos decidirem autorizar os operadores de televisão gratuita a apresentar propostas com vista à compra dos direitos dos filmes ao mesmo tempo que os operadores de televisão mediante pagamento — ou seja, quando suprimirem a distinção entre a «janela de televisão gratuita» e a «janela de televisão mediante pagamento» — o poder de comprador único da plataforma combinada desaparecerá de imediato. Este facto é especialmente verdadeiro em países como a Itália, em que a televisão gratuita, embora ainda corresponda a um mercado relevante distinto, exerce uma certa interacção com a televisão mediante pagamento (como já se referiu) e em que os grandes grupos de radiodifusão possuem consideráveis meios financeiros. As produtoras cinematográficas já dispõem, por conseguinte, de um poderoso instrumento a que poderão recorrer para compensar o poder resultante da situação de comprador único da plataforma combinada.
- (243) Em segundo lugar, seria irrealista contar apenas com o direito de rescisão unilateral conferido às produtoras cinematográficas para dissipar a preocupação quanto a um eventual efeito de exclusão. O direito de rescisão unilateral não implica uma verdadeira renegociação entre o fornecedor e os potenciais compradores. Pelo contrário, confere aos fornecedores a possibilidade de prorrogar automaticamente todas as condições contratuais iniciais negociadas com o comprador actual. No contexto dos contratos relativos a direitos de filmes para exibição na televisão mediante pagamento, tal seria particularmente preocupante, uma vez que existem diversos factores susceptíveis de levar as produtoras a favorecer a manutenção da situação actual. Os acordos relativos aos direitos de filmes para exibição na televisão mediante pagamento prevêm uma série de condições comerciais. Por exemplo, a determinação dos preços pode depender de diversos parâmetros técnicos, nomeadamente a classi-

ficção dos filmes consoante o êxito alcançado, a aplicação de preços fixos e/ou variáveis, por exemplo, com base numa percentagem por subscritor, o número de subscritores (que pode ser calculado por um método preciso), mínimos garantidos ou preços máximos. Outras condições fundamentais são, por exemplo, a duração, os filmes abrangidos pelo acordo, o volume e as características dos produtos que o licenciado deve comprar anualmente e/ou ao longo de todo o período de validade da licença, o número de exposições, as datas de disponibilidade dos produtos, as medidas de segurança, as condições de pagamento e as garantias. Em caso de alteração das condições de mercado — e, como o demonstra a experiência, é provável que tal venha a acontecer —, qualquer destas numerosas condições fundamentais poderá vir a constituir um incentivo para as produtoras procurarem manter, durante o máximo de tempo possível, a situação vigente. Quanto mais forte for esta inércia, maior será o efeito de exclusão, apesar da existência teórica de um direito de rescisão unilateral.

(244) Em terceiro lugar, a total incerteza quanto à eventual decisão de uma produtora de rescindir unilateralmente o seu contrato com a plataforma combinada, por oposição a uma data estabelecida para o termo do contrato, não permitiria aos potenciais novos operadores a adequada planificação da sua entrada no mercado, sobretudo em termos financeiros. É indiscutível que, para entrar no mercado, os potenciais novos operadores necessitam de uma quantidade significativa de filmes de qualidade. Ora, a posição negocial de um novo operador seria particularmente frágil se dependesse apenas do exercício do direito de rescisão unilateral, uma vez que seria obrigado a negociar individualmente com cada uma das produtoras, que estariam conscientes de que todas as outras estavam vinculadas a contratos a longo prazo, pelo que não poderiam, no imediato, ceder direitos. É também por este motivo que uma série de datas de termo de contrato bem definidas, que obriga os estúdios a regularmente, e quase simultaneamente, procurar compradores, é muito mais eficaz e satisfatória do que a rescisão unilateral. Ademais, os actuais contratos entre metade das *majors* de Hollywood e as partes na concentração caducam num espaço de três meses, o que significa que os novos contratos eventualmente celebrados com a plataforma combinada deverão caducar em datas, no mínimo, próximas, a menos que a plataforma combinada negocie datas de termo coincidentes.

(245) Por último, importa ter em conta o facto de a maior parte, se não a totalidade, dos organismos de televisão mediante pagamento em situação de monopólio/comprador único celebrou, no passado, *output deals* a muito longo prazo. Tal foi o caso, nomeadamente, da Telepiù, em 1996, o que demonstra claramente que, considerar a duração como uma questão de conflito vertical, em que o comprador procura, necessariamente, encurtar o período abrangido pelo contrato, indo contra os interesses do fornecedor, constitui uma abordagem simplista, que não reflecte com exactidão a realidade do mercado.

2.3. OFERTA GROSSISTA DE CONTEÚDOS DE GRANDE AUDIÊNCIA (PONTO 10 DO TEXTO DOS COMPROMISSOS)

(246) A oferta grossista tem por objectivo permitir aos concorrentes da entidade resultante da concentração que transmitam através de outras plataformas subsistir ou entrar no mercado italiano. A ideia subjacente é a de que a oferta grossista levanta menos entraves à entrada no mercado da televisão mediante pagamento, na medida em que permite aos operadores de televisão mediante pagamento por meios diferentes do DTH aceder a conteúdos de grande audiência que, de outro modo, não poderiam comprar directamente devido ao seu preço elevado ou por estarem ao abrigo de acordos de exclusividade a longo prazo celebrados entre os principais operadores e os fornecedores de conteúdos. Alguns tipos de conteúdos (principalmente, mas não exclusivamente, futebol e filmes) são considerados fundamentais para cativar subscritores, pelo que são cruciais para o êxito de qualquer televisão mediante pagamento.

(247) Comentários tecidos por terceiros durante os testes de mercado realizados pela Comissão sugeriam que este compromisso, tal como foi inicialmente formulado, suscitava cinco questões: a) o âmbito da noção de «conteúdos de grande audiência»; b) a disponibilidade contratual dos direitos necessários para proceder a uma oferta grossista destinada aos meios de transmissão diferentes do DTH; c) o possível agrupamento de produtos; d) a determinação do preço grossista de acordo com o princípio «retalho menos»; e) a disponibilidade da oferta grossista para todos os terceiros interessados.

(248) No que respeita ao âmbito da noção de «conteúdos de grande audiência», o compromisso prevê agora uma oferta grossista que abrange a totalidade dos conteúdos difundidos pela plataforma combinada, incluindo os transmitidos por um canal ou pacote de base. Além disso, serão incluídas na oferta grossista todas as modalidades de televisão mediante pagamento, o que significa que os outros operadores poderão propor, em pagamento por visualização e/ou vídeo a pedido, os conteúdos de qualidade transmitidos pela plataforma combinada nessas modalidades.

(249) No que respeita à disponibilidade contratual dos direitos necessários para proceder a uma oferta grossista, a Newscorp propôs um compromisso que inclui uma cláusula de «melhores esforços» relativamente à compra dos direitos não DTH necessários para o lançamento da oferta. No caso de, apesar de envidar todos os esforços razoáveis, não conseguir comprar os direitos para a transmissão, em plataformas de televisão mediante pagamento diferentes da DTH, de determinados conteúdos que tem o direito de transmitir em DTH, a plataforma combinada deverá tomar todas as medidas razoáveis para propor um pacote de conteúdos no âmbito da oferta grossista de conteúdos de grande audiência, se for caso disso, com recurso a conteúdos alternativos adequados.

(250) No que se refere à possibilidade de agrupamento de produtos, o compromisso prevê, agora explicitamente, que a oferta grossista deverá basear-se em conteúdos não agrupados, ou seja, que os licenciados terão a oportunidade de beneficiar de uma oferta grossista respeitante, unicamente, a conteúdos de grande audiência, sem deverem pagar ou, de alguma forma, suportar os custos de conteúdos de base.

(251) No que respeita à determinação do preço da oferta grossista de acordo com o princípio «retalho menos», o compromisso estabelece os princípios fundamentais sem limitar a liberdade da autoridade de acompanhamento de escolher os testes a utilizar para avaliar a possibilidade de redução das margens ou qualquer outro exercício anticoncorrencial do poder de mercado. Além disso, as operações grossistas e retalhistas da plataforma combinada devem ser objecto de contabilidades separadas, devendo igualmente os custos ser repartidos de acordo com o princípio de causalidade, de modo a que, no cálculo do preço grossista, seja possível identificar os custos não obrigatórios.

(252) Quanto à estrutura de descontos a aplicar futuramente, a Newscorp compromete-se a não fazer qualquer discriminação entre as suas próprias operações de retalho e os demais retalhistas nem entre os outros retalhistas. Nomeadamente, a plataforma combinada não poderá estabelecer uma estrutura de descontos que permita que apenas as suas operações retalhistas beneficiem da mais elevada taxa de desconto prevista na operação grossista, em detrimento dos demais retalhistas.

(253) À luz do que precede, conclui-se que o mecanismo de oferta grossista, bem como o princípio do «retalho menos» que lhe é subjacente, pode ser considerado um instrumento adequado para dissipar as preocupações em matéria de concorrência relativas ao acesso de operadores de plataformas alternativas ao DTH ao mercado da televisão mediante pagamento, no que respeita aos conteúdos de grande audiência, e ao exercício ilegítimo do poder de mercado.

2.4. A TDT E A ALIENAÇÃO DE FREQUÊNCIAS (PONTO 9 DA PARTE I E PARTE III DO TEXTO DOS COMPROMISSOS)

(254) A alienação das actividades de radiodifusão terrestre da Newscorp deve impedir a extensão da sua posição dominante no DTH a outras plataformas técnicas e, na medida do possível, permitir o aparecimento de um potencial concorrente no segmento da televisão

mediante pagamento. É esta a base do compromisso definitivo assumido pela Newscorp. Esta alienação libertará frequências digitais e analógicas para outros operadores, com as frequências digitais a assumir especial importância neste contexto, devido às funcionalidades da tecnologia digital.

(255) Em complemento lógico ao compromisso de alienação, a Newscorp compromete-se igualmente a não desenvolver qualquer actividade no segmento da TDT como operador de rede ou retalhista, permitindo, deste modo, a emergência de novos operadores.

(256) Neste contexto, o compromisso no sentido de alienar frequências terrestres e não desenvolver actividades no segmento da TDT afigura-se suficiente para estabelecer condições favoráveis para a entrada de novos operadores no mercado. Ademais, o facto de o comprador das frequências terrestres e dos activos alienados dever ser uma empresa que pretenda incluir a emissão de um ou mais canais de televisão mediante pagamento no seu plano de exploração, após a transição da televisão analógica terrestre para a televisão digital terrestre em Itália, garante que também a TDT exercerá pressão concorrencial sobre a plataforma combinada.

2.5. ACESSO À PLATAFORMA (PONTO 11 DO TEXTO DOS COMPROMISSOS)

(257) O acesso à plataforma e aos serviços técnicos necessários ao funcionamento é essencial para garantir a concorrência efectiva no interior da plataforma. Os compromissos assumidos pela Newscorp dão bastantes garantias quanto à acessibilidade da plataforma combinada, a fim de permitir a concorrência efectiva.

(258) À luz do que precede, a entrada de novos operadores no mercado da televisão mediante pagamento será facilitada, e será possível libertar canais para emissão por DTH. Além disso, as preocupações em matéria de concorrência suscitadas pela impossibilidade de terceiros terem acesso às duas plataformas alternativas concorrentes existentes antes da concentração (as plataformas da Stream e da Telepiù) serão dissipadas pelos compromissos assumidos pela Newscorp.

2.6. RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS/ARBITRAGEM (PONTO 15 DO TEXTO DOS COMPROMISSOS)

(259) Os compromissos assumidos são, em larga medida, comportamentais. Por conseguinte, é fundamental um

sistema de acompanhamento eficaz, que, aliás, está previsto nos compromissos. Estes prevêem, nomeadamente, um mecanismo de resolução de litígios que implica, por um lado, um sistema de arbitragem privado e, por outro, a jurisdição da autoridade de comunicações italiana em matérias fundamentais, como o acesso à plataforma e a oferta no estádio grossista.

2.7. OS COMPROMISSOS SERÃO VÁLIDOS, NO MÁXIMO, ATÉ 31 DE DEZEMBRO DE 2011

- (260) A Comissão considera que a duração proposta para os compromissos fornece garantias suficientes para permitir a restauração da concorrência efectiva.

3. CONCLUSÃO RELATIVA AOS COMPROMISSOS PROPOSTOS PELA NEWSCORP

- (261) À luz do que precede, a Comissão considera que os compromissos propostos pela Newscorp são suficientes para corrigir os efeitos anticoncorrenciais identificados nos mercados relevantes, tendo em conta as características específicas da presente concentração.

VII. LIGAÇÃO DA TELECOM ITALIA

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

- (262) Nos termos do «acordo de accionistas» (ver considerando 12) concluído com a Newscorp, a Telecom Italia detém uma participação minoritária na entidade resultante da concentração (19,9 %), designa um membro do Conselho de Administração (desde que detenha, no mínimo, [0-10]* % do capital da entidade resultante da concentração que confere direito a voto) e tem uma série de direitos relacionados com a protecção do seu investimento na plataforma (alteração do regulamento interno, alteração do âmbito da sociedade, aumento/diminuição do capital, emissão de títulos, política de dividendos, direitos de liquidação e direitos específicos relativos à possibilidade de introdução na bolsa ou venda da entidade resultante da concentração pela Newscorp).
- (263) Apesar da participação minoritária da Telecom Italia, seria irrealista considerar o investimento do principal operador de telecomunicações italiano «meramente»

financeiro, nomeadamente porque a Telecom Italia já participa directamente em actividades de transmissão terrestre (através de duas televisões gratuitas: La 7 e MTV).

- (264) Além disso, nos termos do «acordo-quadro» (ver considerando 11), a Telecom Italia participa, a par da Newscorp, no financiamento intercalar da Stream (até à conclusão da concentração), através de empréstimos proporcionais dos accionistas, não superiores (para ambas as partes) a um total de [...] euros. Poderá ser solicitado à Telecom Italia que contribua, na mesma proporção, para a cobertura dos prejuízos entretanto incorridos pela Stream, igualmente através de financiamento adicional. Após a compra, a Telecom Italia participará, com a Newscorp, no financiamento da plataforma combinada, através de contribuições em capital proporcionais à respectiva participação e não superiores (para ambas as partes) a um total de [...] euros. É, pois, clara a importância e a pertinência do investimento da Telecom Italia na operação em apreço e, em consequência, na plataforma combinada ⁽⁸¹⁾.

- (265) A participação e o apoio financeiro da Telecom Italia foram considerados fundamentais para a decisão da Newscorp de proceder à aquisição do controlo da plataforma combinada. Embora contestado pela Telecom Italia nas suas observações escritas à comunicação de objecções ⁽⁸²⁾, este elemento foi claramente confirmado pelas declarações da parte notificante no decurso da audição.

- (266) Além disso, existe um claro objectivo industrial, comercial e estratégico que poderá ser alcançado graças à ligação entre a plataforma de satélite resultante da concentração e a Telecom Italia. A este propósito, importa sublinhar que se observa uma rápida convergência entre os mercados das telecomunicações e da comunicação social, antes perfeitamente distintos. Com efeito, a distinção entre estes dois mercados está cada vez mais ténue, devido à evolução tecnológica, que, por seu turno, suscita novas estratégias e modelos empresariais destinados a explorar comercialmente as novas possibilidades oferecidas por essa convergência.

- (267) A investigação de mercado revelou a existência de preocupações específicas em relação ao eventual interesse da plataforma combinada em eleger a Telecom Italia como

⁽⁸¹⁾ Ver ponto 2.2 do artigo II (financiamento) e ponto 4.1 do artigo IV (financiamento da plataforma combinada) do acordo-quadro.

⁽⁸²⁾ Ver ponto 4 das observações escritas da Telecom Italia em resposta à versão não confidencial da comunicação de objecções da Comissão, nos termos do Regulamento (CE) n.º 447/98 do Conselho relativo às notificações, prazos e audições previstos no Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho relativo ao controlo das operações de concentração de empresas.

parceiro privilegiado no mercado das telecomunicações. Terceiros argumentaram que esta situação contribuiria para excluir à partida a pressão concorrencial efectiva/potencial desse sector e poderia levar ambas as partes a desenvolver estratégias/comportamentos tendentes a um reforço mútuo nos mercados em que existe convergência.

- (268) Foi ainda expressa preocupação em relação à possibilidade de a ligação entre a Telecom Italia e a plataforma combinada poder conduzir à consolidação ou ao reforço da posição dominante detida pela Telecom Italia nos seguintes mercados: a) acesso à internet, em especial em banda larga, e b) telefonia fixa. A avaliação global da operação não deve ignorar os efeitos prováveis, no futuro previsível, da ligação entre a Telecom Italia e a plataforma combinada nos mercados das telecomunicações supramencionados.

2. JURISDIÇÃO DA COMISSÃO PARA AVALIAR, NOS TERMOS DO REGULAMENTO DAS CONCENTRAÇÕES, OS EFEITOS DA PARTICIPAÇÃO MINORITÁRIA DA TELECOM ITALIA NOS MERCADOS PERTINENTES

- (269) Na sua resposta à comunicação de objecções, a NewsCorp não contesta o direito da Comissão de proceder a uma avaliação, nos termos do regulamento das concentrações, da posição do accionista minoritário Telecom Italia, enquanto potencial concorrente da plataforma combinada no mercado da televisão mediante pagamento. Não obstante, a NewsCorp salientou que o regulamento das concentrações não confere à Comissão poderes para proibir uma operação com base no facto de esta criar ou reforçar a posição dominante de um terceiro, isto é, de uma entidade que não as empresas implicadas na operação (a Telecom Italia) ⁽⁸³⁾. Não obstante, a NewsCorp refere diversas decisões da Comissão em que a Comissão avaliou, à luz do regulamento das concentrações, a posição dominante de terceiros. Por último, afirma que, teoricamente, «a Comissão está correcta quanto à possibilidade de a operação criar ou reforçar uma posição dominante de um terceiro e ser, portanto, susceptível de prejudicar o bem-estar dos consumidores» ⁽⁸⁴⁾.

- (270) Nomeadamente, a NewsCorp admite que no processo Exxon/Mobil ⁽⁸⁵⁾, a Comissão concluiu que uma operação poderia ser proibida, ao abrigo do regulamento das

concentrações, se criasse ou reforçasse uma posição dominante detida por um ou diversos terceiros (e não necessariamente pelas empresas implicadas na concentração), pelas seguintes razões: «Importa notar que o n.º 3 do artigo 2.º do regulamento das concentrações afirma que uma concentração que crie ou reforce uma posição dominante deve ser declarada incompatível com o mercado comum. Deste modo, o n.º 3 do artigo 2.º não se limita a proibir uma operação que crie ou reforce uma posição dominante para uma ou diversas partes na concentração — ver igualmente os considerandos 1, 5 e 7 do mesmo regulamento. (...) A Comissão considera que a criação ou o reforço de uma posição dominante de um terceiro não está excluída do âmbito de aplicação do n.º 3 do artigo 2.º do regulamento das concentrações».

- (271) No processo Exxon/Mobil, a Comissão aplicou os princípios acima enunciados com base, nomeadamente, em dois acórdãos, a saber, o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Kali und Salz ⁽⁸⁶⁾ e o acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo Gencor/Comissão ⁽⁸⁷⁾.

- (272) No processo Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico ⁽⁸⁸⁾, a Comissão considerou que a concentração reforçava a posição dominante colectiva de duas

⁽⁸⁶⁾ Processos apensos C-68/94 e C-30/95, França e outros/Comissão, Col. 1998, p. I-1375. No ponto 171, o Tribunal declara: «Ora, uma operação de concentração, que crie ou reforce uma posição dominante das partes em questão juntamente com uma entidade terceira em relação à operação, é susceptível de se revelar incompatível com o regime de concorrência não falseada pretendido pelo Tratado. Assim, se se admitisse que só são abrangidas pelo regulamento as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante das partes na operação de concentração, a finalidade do mesmo (...) seria parcialmente inviabilizada. Este regulamento estaria, assim, privado de uma parte não desprezível do seu efeito útil, sem que isso se imponha tendo em conta o sistema geral do regime comunitário de controlo das operações de concentração».

⁽⁸⁷⁾ Processo T-102/96, Gencor/Comissão, Col. 1999, p. II-753.

⁽⁸⁸⁾ Processo COMP/M.2434.

⁽⁸³⁾ Ponto 7.1.1 da defesa da NewsCorp.

⁽⁸⁴⁾ Ponto 7.3.5 da defesa da NewsCorp.

⁽⁸⁵⁾ Processo IV/M.1383, considerandos 225 a 229.

companhias de electricidade que não eram partes na operação. Também no processo EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico ⁽⁸⁹⁾, a Comissão considerou que a aquisição pela EnBW, a EDP e a Cajastur do controlo conjunto da empresa de serviços públicos espanhola Hidrocantábrico reforçaria a posição dominante colectiva da Endesa e da Iberdrola (nenhuma das quais era parte na concentração notificada). Nessa decisão, a Comissão considerou que a EDF, que detinha o controlo conjunto da EnBW, deixaria, no seguimento da operação, de ter incentivos para expandir a capacidade de interconexão da rede de electricidade entre França e Espanha, o que eliminaria o principal concorrente potencial (a própria EDF) do produtor de electricidade espanhol e manteria o mercado espanhol da electricidade isolado dos demais sistemas de electricidade europeus fora da Península Ibérica ⁽⁹⁰⁾.

(273) Nas suas observações escritas, a Telecom Italia sustentava que, dado que a Comissão reconhecera que a Telecom Italia não detinha uma posição de controlo na plataforma combinada e não era uma «empresa em causa», na aceção do regulamento das concentrações, a Comissão ultrapassaria os seus poderes se avaliasse à luz do regulamento das concentrações os eventuais efeitos adversos da participação minoritária da Telecom Italia na plataforma combinada nos diversos mercados em causa (o mercado italiano da televisão mediante pagamento e o mercado italiano dos serviços de telecomunicações), na sequência da operação, tal como foi interpretada ⁽⁹¹⁾.

(274) A Telecom Italia sustenta, nomeadamente, que «se a presente operação fosse estruturada em duas fases distintas e se a participação, sem controlo, da Telecom Italia na plataforma combinada fosse adquirida numa fase ulterior, tal aquisição não se inscreveria no âmbito do regulamento das concentrações e a Comissão seria obrigada

a recorrer ao artigo 81.º ou 82.º do Tratado CE para avaliar eventuais problemas de concorrência suscitados pela mesma. Em consequência, a abordagem adoptada pela Comissão neste processo tem como resultado o tratamento diferente de transacções economicamente equivalentes» ⁽⁹²⁾.

(275) Na sua declaração escrita, a Telecom Italia afirmava que «o reforço da posição dominante da Telecom Italia, a verificar-se, resultará da sua participação minoritária na plataforma combinada e não da concentração em si» ⁽⁹³⁾. Deste modo, a Telecom Italia reconhece, implicitamente, a existência de um nexo de causalidade entre, no mínimo, a sua participação minoritária e os eventuais efeitos adversos da mesma nos mercados afectados por esta «ligação minoritária». Não obstante, a Telecom Italia continua, aparentemente, a considerar a sua participação na plataforma combinada como uma operação independente da operação na origem da concentração.

(276) A Comissão considera incorrecta a argumentação jurídica avançada pela Telecom Italia. Nos acordos notificados pela Newscorp, a Telecom Italia participa na concentração com uma participação de 19,9 %, sendo esta a realidade factual juridicamente relevante para efeitos da avaliação da concentração notificada, e não os argumentos meramente hipotéticos avançados pela Telecom Italia. Ademais, como ficou claro na audição, a participação minoritária da Telecom Italia pode ser considerada uma «parte estrutural» da operação notificada, não sendo permutável com a eventual aquisição, pela Telecom Italia, de uma participação minoritária na plataforma combinada numa fase ulterior, ou seja, após a concentração. Ademais, como foi afirmado pela Newscorp na audição, sem esta participação minoritária, a concentração não se teria processado da forma notificada à Comissão.

(277) Não é pertinente argumentar que seria possível «extirpar» uma parte essencial da operação na origem da concentração. Os elementos disponíveis sugerem ainda que é especulativo apresentar a aquisição da participação minoritária como uma operação isolada, que a Telecom Italia poderia realizar após a concentração.

(278) Em conformidade com o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Kali und Salz, a Comissão considera que qualquer decisão ao abrigo do regulamento das concen-

⁽⁸⁹⁾ Processo COMP/M.2684, considerando 33 e 37.

⁽⁹⁰⁾ Ver considerando 33 do processo COMP/M.2684. A operação acabou por ser aprovada após a EDF e o operador de rede francês, a EDF/RTE, terem assumido o compromisso de tomar todas as medidas necessárias para aumentar a capacidade do interconector que liga Espanha a França de 1 100 MW para cerca de 4 000 MW.

⁽⁹¹⁾ Ver ponto 5 e, em especial, os pontos 9 a 13 das referidas observações escritas.

⁽⁹²⁾ Ponto 14 das observações escritas.

⁽⁹³⁾ Ponto 16 das observações escritas.

trações deve incidir na totalidade da operação na origem de uma concentração, incluindo as participações minoritárias. A Telecom Italia não reconhece que a operação foi estruturada de forma a manter a sua participação minoritária na plataforma combinada. Não obstante, nem a parte notificante nem a Telecom Italia puderam demonstrar que, sem a participação da Telecom Italia, a operação teria igualmente sido proposta e realizada. Pelo contrário, ficou claro, igualmente na audição, que a presença da Telecom Italia foi fundamental para a realização da operação.

(279) A situação factual e jurídica resultante da operação notificada permite à Comissão examinar e avaliar os efeitos da operação (incluindo os accionistas minoritários) em todos os mercados relevantes em que esta possa ter efeitos adversos do tipo referido no artigo 2.º do regulamento das concentrações. A Telecom Italia não parece contestar a existência de um «nexo de causalidade» entre a sua participação minoritária e o eventual reforço da sua posição dominante nos mercados das telecomunicações. Pelas razões expostas, a Comissão considera que a participação minoritária da Telecom Italia é parte integrante da operação na origem da concentração.

(280) A este propósito, importa referir que, num caso recentemente submetido à apreciação da autoridade espanhola em matéria de concorrência nos termos do artigo 9.º do regulamento das concentrações, o processo Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital⁽⁹⁴⁾, a Comissão examinou a concentração entre as duas plataformas por satélite que operam em Espanha⁽⁹⁵⁾ [a Sogecable, controlada pela Promotora de Informaciones SA («Prisa») e pelo grupo Canal+ SA («grupo Canal+») e a Vía Digital, controlada pela Telefónica SA («Telefónica»)], numa plataforma combinada que seria controlada conjuntamente pela Prisa e pelo grupo Canal+. A Comissão considerou que a concentração suscitaria igualmente preocupações em matéria de concorrência relativamente à posição de uma empresa (a Telefónica) que não detinha uma participação de controlo na empresa comum em alguns mercados (os mercados das telecomunicações) não directamente afectados pela concentração⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁴⁾ Processo M.COMP/2845, Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital, decisão da Comissão, de 14 de Agosto de 2002, publicada no sítio web da Comissão: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽⁹⁵⁾ COMP/M.2845. Este processo diz respeito à aquisição, pela Promotora de Informaciones SA (Prisa) e pelo grupo Canal+, do controlo conjunto da plataforma combinada por satélite espanhola (resultante da integração da Sogecable com a Vía Digital). Nesta empresa, a Telefónica detinha uma participação minoritária significativa, mas não participaria no controlo conjunto da entidade resultante da concentração.

⁽⁹⁶⁾ Ver considerandos 96, 100 e 102 da decisão sobre a concentração Sogecable relativos ao mercado espanhol do acesso à internet, e os considerandos 106 a 109 relativos ao mercado espanhol da telefonia fixa.

(281) Na medida em que a (totalidade da) operação na origem de uma concentração pode ocasionar os efeitos adversos descritos no artigo 2.º do regulamento das concentrações, a Comissão considera ter jurisdição para realizar uma avaliação em termos de concorrência e para responder às alegações e aos argumentos avançados por terceiros interessados no decurso da investigação e na audição.

3. AVALIAÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 2.º DO REGULAMENTO DAS CONCENTRAÇÕES

A. Efeitos horizontais no mercado italiano da televisão mediante pagamento

1. ELIMINAÇÃO DA PRESSÃO CONCORRENCIAL SOBRE A PLATAFORMA COMBINADA

1.1. Considerações de carácter geral

(282) A operação, bem como a relação entre a Telecom Italia e a plataforma monopolística de televisão mediante pagamento, devem ser avaliadas quanto a eventuais efeitos horizontais que possam vir a produzir no mercado da televisão mediante pagamento (em especial, nos serviços de pagamento por visualização e de vídeo a pedido) e que, por seu turno, poderiam ter efeitos adversos na concorrência em alguns mercados de telecomunicações.

(283) Importa lembrar, à partida, que, em relação aos serviços de televisão mediante pagamento, a investigação realizada no âmbito do presente processo revelou que determinados serviços, como o «pagamento por visualização» (PPV), o «vídeo quase a pedido» (nVoD) e o «vídeo a pedido» (VoD), podem ser considerados segmentos do mercado da televisão mediante pagamento⁽⁹⁷⁾.

(284) A situação anterior à concentração e a investigação de mercado realizada no âmbito do presente processo revelaram o interesse da Telecom Italia nos serviços de televisão mediante pagamento e/ou o seu interesse na utilização de alguns conteúdos de grande audiência através dos seus próprios meios de transmissão, mesmo na hipótese de a empresa vir a concentrar-se apenas num

⁽⁹⁷⁾ O pagamento por visualização é um serviço em que, para além da subscrição, os clientes têm de pagar cada conteúdo que visualizam (por exemplo, um filme ou um acontecimento desportivo). O vídeo a pedido e o vídeo quase a pedido constituem modalidades diferentes oferecidas a clientes da televisão mediante pagamento e que lhe permitem o acesso individualizado a conteúdos de vídeo.

ou em alguns segmentos da televisão mediante pagamento (vídeo a pedido e pagamento por visualização).

(285) A este propósito, terceiros sugeriram que a participação da Telecom Italia na plataforma combinada (e a sua presença no respectivo Conselho de Administração) daria à Telecom Italia fortes incentivos para contribuir para a consolidação da plataforma, e não para com esta competir no mercado da televisão mediante pagamento, através da sua «obsoleta» rede de cabo ou da sua infraestrutura de banda larga xDSL. Esta opção estratégica seria credível à luz do objectivo da Telecom Italia de recuperar os prejuízos acumulados nos últimos anos na Stream, a empresa comum que possuía com a Newscorp. Paralelamente, a Newscorp teria interesse em manter a Telecom Italia na entidade resultante da concentração, a fim de garantir o seu significativo apoio financeiro.

(286) De entre os principais argumentos avançados no decurso do processo, foi sublinhado o facto de a «ligação» criar uma convergência de interesses entre as duas empresas, bem como o facto de esta «ligação» conferir a ambas as partes incentivos para adoptarem estratégias/conduitas comuns, susceptíveis de reforçar a posição de ambas, em relação ao «mercado afectado» (televisão mediante pagamento) e aos mercados em que se verifica uma convergência entre a comunicação social e as telecomunicações (acesso de banda larga à internet e telefonia fixa).

1.2. Argumentos da Newscorp

(287) Na sua resposta à comunicação de objecções⁽⁹⁸⁾, a Newscorp afirmava que o facto de a Telecom Italia deter uma participação significativa na plataforma combinada (que, não obstante, não a coloca em posição de controlo) não reduz o eventual incentivo da Telecom Italia para concorrer no mercado da televisão mediante pagamento (optando por não reentrar e/ou por cooperar no seio da plataforma combinada) que a empresa teria antes da concentração, quando era proprietária de 50 % da Stream. A Newscorp afirmava ainda que não é correcto considerar a Telecom Italia, a curto prazo, um novo operador credível do mercado da televisão mediante pagamento, devido às actuais limitações técnicas das tecnologias xDSL e UMTS para constituírem alternativas sérias ao DTH, ao cabo e à TDT na transmissão de serviços de televisão mediante pagamento.

(288) Por outro lado, a Newscorp alega que, de um modo geral (e, especificamente, em relação a quaisquer incenti-

vos que a plataforma combinada possa ter para adoptar uma estratégia de cooperação com a Telecom Italia), o ónus da prova a utilizar deve satisfazer os requisitos estabelecidos pelo Tribunal de Primeira Instância no processo Tetra Laval⁽⁹⁹⁾. Em consequência, a Newscorp considera que a Comissão deve demonstrar que «é muito provável que a entidade resultante da concentração adopte essa estratégia»⁽¹⁰⁰⁾.

1.3. Avaliação geral

(289) Neste contexto, a Comissão procedeu a uma análise exaustiva de todos os elementos disponíveis e do possível impacto da operação em relação às preocupações identificadas durante a investigação do mercado italiano da televisão mediante pagamento. Assim, a Comissão concluiu que os elementos reunidos não permitem estabelecer quais os eventuais efeitos adversos para a concorrência resultantes da operação na origem da concentração (ou seja, incluindo a participação minoritária da Telecom Italia)⁽¹⁰¹⁾. Os elementos que conduziram a esta conclusão são adiante descritos pormenorizadamente.

1.3.a) Incentivo da plataforma combinada para explorar a ligação, consolidando a sua posição dominante no mercado da televisão mediante pagamento através de uma discriminação positiva em relação à Telecom Italia

(290) É um facto que, em princípio, a relação entre a nova entidade e a Telecom Italia poderia reforçar ainda mais a posição dominante da entidade resultante da concentração no mercado da televisão mediante pagamento. A Telecom Italia é o principal operador do acesso de banda larga xDSL, devendo futuramente afirmar-se como um muito forte operador de UMTS. Os serviços de televisão mediante pagamento, em especial os conteúdos de vídeo, podem ser fornecidos aos consumidores finais através de diversos meios de transmissão: DTH,

⁽⁹⁹⁾ Processo T-5/02, Tetra Laval SA/Comissão, acórdão de 25 de Outubro de 2002, pontos 153 e 251.

⁽¹⁰⁰⁾ Ponto 7.2.12 da defesa da Newscorp.

⁽¹⁰¹⁾ Relativamente ao ónus e ao grau da prova aplicáveis, ver processos apensos C-68/94 e C-30/95, França e outros/Comissão, Col. 1998, p. I-1375, em particular os pontos 110, 120, 128 e 246.

⁽⁹⁸⁾ Pontos 7.2.1 a 7.2.12 da defesa da Newscorp.

cabo e, até certo ponto, já através da tecnologia de banda larga xDSL⁽¹⁰²⁾, enquanto a TDT ficará operacional a médio prazo. Como já foi explicado, a nova plataforma DTH ocupará uma posição de quase monopólio no mercado da televisão mediante pagamento. No imediato, a concorrência a esta plataforma deverá ser muito fraca, devido ao limitado alcance da rede de cabo do único outro operador já activo no mercado da televisão mediante pagamento.

1.3.a)1. Investigação de mercado

(291) A este propósito, no decurso da investigação de mercado, foi sublinhado que a Telecom Italia teria já condições para exercer forte pressão concorrencial sobre a entidade resultante da concentração, através das suas redes de cabo ou de banda larga xDSL. Terceiros observaram que, devido à ligação existente, a Telecom Italia poderá não competir, nem ter incentivos para competir com a plataforma e/ou voltar a entrar no mercado da televisão mediante pagamento, ainda que através da sua rede de cabo⁽¹⁰³⁾ e por ADSL.

(292) Esta perspectiva levou terceiros a manifestar, no decurso da investigação de mercado e nas respostas aos testes de mercado, a sua preocupação quanto ao interesse/incentivo da entidade resultante da concentração para explorar esta relação com a Telecom Italia, a fim de, de alguma forma, «esterilizar» a ameaça de concorrência

⁽¹⁰²⁾ No contexto do acesso à internet, a expressão «largura de banda», refere-se à velocidade a que a informação pode ser transferida. Quanto maior for a largura de banda, mais elevada é a velocidade da linha e maior é a quantidade de informação que um sistema de telecomunicações pode transferir. As modernas aplicações da internet, em especial o vídeo a pedido, requerem a transferência de grandes quantidades de informação e, por conseguinte, ligações com uma largura de banda elevada para poderem ser utilizáveis pelo consumidor final. A tecnologia «xDSL» (Digital Subscriber Line) representa um tipo de banda de alta velocidade. Existem diversas variantes da tecnologia DSL, como a ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), a HDSL (High bit-rate Digital Subscriber Line) e a VDSL (Very high speed Digital Subscriber Line). No seu conjunto, são referidas como tecnologias «xDSL». Os serviços de banda larga podem ser propostos através da actual linha de cobre, se esta estiver ligada a tecnologias «geradoras», como, por exemplo, uma das tecnologias xDSL (Digital Subscriber Line). As tecnologias xDSL podem, efectivamente, converter um par de cobre numa linha digital de alta velocidade e, deste modo, ultrapassar as limitações técnicas dos lacetes locais de cobre tradicionais. A este propósito, também a infra-estrutura das redes de cabo para acesso de banda larga à Internet oferece um desempenho idêntico aos consumidores finais e pode, do ponto de vista da procura, ser considerada substituível das tecnologias xDSL.

⁽¹⁰³⁾ A Telecom Italia poderia reactivar o seu projecto de rede de cabo, abandonado em 1998. Esta possibilidade implicaria a conclusão da sua rede de cabo em Itália (designada «projecto Sócrates») que, inicialmente, tinha por objectivo ligar [...] milhões de lares a uma rede HFC (híbrido fibra coaxial).

por parte do principal operador de um dos meios alternativos de transmissão dos serviços de televisão mediante pagamento (acesso de banda larga à internet), que se deverá igualmente afirmar como um forte operador num dos futuros meios de transmissão (UMTS).

(293) Este objectivo de «esterilização» poderia ainda ser atingido, como foi sugerido, mediante o favorecimento da Telecom Italia em relação aos seus concorrentes no mercado da banda larga, disponibilizando, para o efeito, os seus conteúdos em condições mais vantajosas (em termos de preço, qualidade e calendário) à Telecom Italia, por exemplo. Graças a este tratamento favorável e à ligação existente, a Telecom Italia teria menos incentivos para competir seriamente com a plataforma através das suas actuais operações.

1.3.a)2. Apreciação da Comissão

(294) No quadro da sua avaliação, a Comissão analisou, nomeadamente, a situação actual, em Itália, das tecnologias xDSL com potencialidades para oferecer serviços de televisão mediante pagamento no futuro previsível, em concorrência com os meios de transmissão por satélite. A Comissão analisou ainda os prováveis incentivos da plataforma combinada para privilegiar a Telecom Italia em relação aos seus concorrentes.

(295) De um modo geral, as declarações de terceiros não se podem sobrepor ao facto de, no que respeita aos serviços de televisão mediante pagamento, a Telecom Italia estar, efectivamente, a abandonar o mercado e de não possuir, actualmente, qualquer incentivo comercial significativo para oferecer serviços integrais de televisão mediante pagamento.

(296) No que respeita às tecnologias de acesso de banda larga xDSL, em especial ADSL, é incontestável que esta tecnologia pode, teoricamente, ser considerada um meio válido para a transmissão de serviços de televisão mediante pagamento, em alternativa, num futuro previsível, ao DTH. Contudo, o grau de desenvolvimento da tecnologia ADSL em Itália implica um gigantesco investimento e o melhoramento da rede⁽¹⁰⁴⁾ para ser possível transportar diversos canais televisivos (de modo a permitir a visualização simultânea, por todos os utilizadores finais, de programas em directo, jogos de futebol ou filmes).

(297) A investigação da Comissão revelou que, até ao presente, a Telecom Italia não afectou quaisquer recursos à realização deste objectivo, o que não exclui a hipótese de, a qualquer momento, decidir efectuar o investimento

⁽¹⁰⁴⁾ Por exemplo, para aumentar o leque de funcionalidades da rede actual, tanto a longo prazo como a nível local.

necessário. De qualquer modo, a investigação de mercado não permitiu recolher elementos suficientes para concluir que a Telecom Italia está em condições de voltar a entrar no mercado da televisão mediante pagamento e que, em larga medida, não o faz devido à sua «ligação» à plataforma combinada.

(298) Quanto aos incentivos directos e indirectos que a plataforma combinada poderia ter para eleger a Telecom Italia como parceiro privilegiado, dada a sua qualidade de co-proprietário e o facto de a empresa co-financiar (proporcionalmente à sua participação) a plataforma DTH (ou seja, incentivos resultantes da «ligação»), as disposições contratuais que vinculam a plataforma e a Telecom Italia no contexto da presente operação não permitem extrair uma conclusão desta natureza, ou seja, que, em consequência directa da operação na origem da concentração (incluindo a participação minoritária) a plataforma combinada reservaria um tratamento favorável ao principal operador nacional de telecomunicações.

(299) Tendo em conta o que precede, não é possível concluir que, devido ao facto de a Telecom Italia deter uma participação minoritária, a plataforma combinada teria incentivos razoavelmente fortes para eleger o principal operador de telecomunicações como parceiro privilegiado, anulando, desta forma, a ameaça de potencial concorrência por parte da Telecom Italia e reforçando a sua posição dominante no mercado italiano da televisão mediante pagamento.

1.3.b) Incentivos da plataforma combinada e da Telecom Italia para adoptarem condutas/estratégias paralelas ou comuns tendentes a estreitar ainda mais o âmbito do exercício de pressão concorrencial entre si

(300) A operação, bem como a ligação entre a Telecom Italia e a plataforma monopolística de televisão mediante pagamento, podem criar incentivos para ambas as partes, no que respeita ao mercado da televisão mediante pagamento (em especial, aos serviços de pagamento por visualização e de vídeo a pedido) que, por seu turno, podem ter efeitos adversos para a concorrência nos mercados de telecomunicações. Nomeadamente, a Telecom Italia e a entidade combinada podem coordenar as suas actividades no que se refere a a) serviços completos de televisão mediante pagamento e de vídeo a pedido; e b) serviços multimédia interactivos possibilitados pela convergência dos meios de comunicação.

1.3.b)1. Investigação de mercado

(301) No decurso da investigação de mercado, terceiros afirmaram ser pertinente prever que a plataforma combi-

nada procure explorar a sua ligação com a Telecom Italia para aceder à sua vasta base de clientes e, deste modo, procurar alargar a sua base de subscritores, extraindo todas as vantagens possíveis da sua ligação com o principal operador de telecomunicações, inclusivamente, se for caso disso, através de iniciativas comerciais comuns. Em consequência, seria razoável prever que o principal operador de telecomunicações e a plataforma combinada adoptassem formas de cooperação tácita ou explícita.

(302) Terceiros afirmaram que, devido à ligação existente e à eventual «esterilização» da ameaça concorrencial, ambas as partes podem ter incentivos para concluir acordos que possibilitem a oferta/compra conjunta de produtos ou serviços a clientes, de modo a reforçar as posições de mercado respectivas, mediante a exploração cruzada de activos e infra-estruturas.

(303) Terceiros sublinharam os riscos potenciais decorrentes da possibilidade de ambas as partes concluírem acordos preferenciais para a distribuição de conteúdos da plataforma combinada ou para o agrupamento multimédia e/ou audiovisual dos conteúdos com vista aos serviços de telecomunicações. O teste de mercado revelou ainda que, devido à sua ligação (a participação minoritária e a presença no Conselho de Administração), a entidade resultante da concentração e a Telecom Italia poderão ter incentivos e margem de manobra suficientes para concluir alianças/acordos estratégicos susceptíveis de ter efeitos negativos para os potenciais concorrentes da nova entidade.

(304) De acordo com a quase totalidade dos terceiros, esta possibilidade contribuiria mais ainda para conferir à plataforma combinada e à Telecom Italia, nos respectivos mercados, uma posição claramente privilegiada em relação aos seus concorrentes e facilitaria a adopção de estratégias/condutas paralelas de «partilha do mercado» nos segmentos do mercado da televisão mediante pagamento que interessam a cada uma das partes, o que limita ainda mais o âmbito da pressão concorrencial que, na ausência da ligação, a Telecom Italia poderia exercer à margem do mercado da televisão mediante pagamento em Italia.

1.3.b)2. Argumentos da Newscorp

(305) A Newscorp afirmou que os incentivos da plataforma combinada para, após a concentração, cooperar com a

Telecom Italia não são afectados pela concentração, uma vez que a nova plataforma e a Telecom Italia estão vinculadas por contrato a participar no projecto e que «portanto, não se coloca a questão de a plataforma combinada procurar preservar a boa vontade da Telecom Italia. Além disso, a Telecom Italia não controla a plataforma combinada, pelo que a estratégia racional desta plataforma só passará pela conclusão de acordos de co-opeação se esta se revelar a estratégia mais favorável para a plataforma» ⁽¹⁰⁵⁾.

1.3.b)3. Apreciação da Comissão

(306) Neste contexto, a Comissão analisou cuidadosamente os argumentos e cenários acima expostos, tendo em conta o requisito jurídico de que os efeitos adversos para a concorrência devem resultar da operação na origem da concentração. Nestas circunstâncias, as provas factuais reunidas pela Comissão ao longo de todo o processo não revelam que, na ausência da possibilidade de a Telecom Italia exercer, de facto, uma «influência decisiva» na conduta comercial estratégica da plataforma combinada, a plataforma e a Telecom Italia tenham incentivos para adoptar estratégias/conduas paralelas ou comuns, caso em que a operação notificada seria susceptível de afectar sensivelmente a concorrência

(307) Por conseguinte, a Comissão conclui que a investigação de mercado não reuniu elementos suficientes para estabelecer que os riscos para a concorrência salientados por terceiros ao longo do processo se possam concretizar, no futuro previsível, em consequência da operação na origem da concentração (incluindo a participação minoritária da Telecom Italia na plataforma combinada).

2. CONCLUSÃO

(308) Ainda que seja razoável, à luz dos antecedentes e do contexto da concentração notificada, considerar que a ligação entre a Telecom Italia e a plataforma combinada (que detém uma participação minoritária significativa e dispõe de um membro no Conselho de Administração) pode eliminar uma possível fonte de concorrência potencial, não foi possível estabelecer, de forma conclusiva, que tal ligação contribua igualmente para reforçar a posição dominante da plataforma combinada no mercado italiano da televisão mediante pagamento.

B. *Mercados de serviços de telecomunicações em que a concentração pode reforçar a posição dominante da Telecom Italia*

(309) Em Itália, a Telecom Italia opera, nomeadamente, como fornecedor de serviços de telefonia fixa, móvel e por satélite e como fornecedor de serviços internet (ISP), tanto ao nível retalhista como grossista. A Telecom Italia está igualmente activa na prestação de serviços de criação de sítios *web*, na venda de espaços publicitários em linha e na prestação de serviços multimédia. As áreas de actividade da Telecom Italia que assumem especial importância no contexto da presente concentração são os serviços de acesso à internet e de telefonia fixa, ambos relacionados com a eventual prestação de serviços multimédia.

(310) A Telecom Italia detém uma posição dominante em Itália, tanto no mercado do acesso em banda larga à internet como no mercado da telefonia fixa.

1. ANÁLISE DOS POSSÍVEIS EFEITOS ADVERSOS DA OPERAÇÃO PARA A CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS DE TELECOMUNICAÇÕES IDENTIFICADOS

1.1. Considerações de carácter geral

(311) A plataforma combinada deteria os direitos exclusivos de exploração de importantes conteúdos desportivos (como, entre outros, futebol) e filmes. Embora no mercado italiano, até ao presente, estes direitos tenham sido explorados, principalmente, por satélite, o facto de os contratos correspondentes preverem direitos de exclusividade negativos e disposições de retenção permite que a entidade resultante da concentração impeça a utilização da totalidade ou de parte desses conteúdos por plataformas de transmissão diferentes (por exemplo, a Internet). Neste contexto, importa notar que, no processo submetido à autoridade italiana em matéria de concorrência relativo ao acordo abortado referido no considerando 15, a plataforma combinada já propunha, entre outros, um compromisso no sentido de prescindir dos direitos de exclusividade negativos e dos direitos de retenção relativos a plataformas não DTH.

1.2. Investigação de mercado

(312) A investigação de mercado confirmou que direitos multimédia como os detidos pela plataforma combinada (so-

⁽¹⁰⁵⁾ Ponto 7.2.12 da defesa da Newscorp.

bretudo conteúdos futebolísticos e desportivos) se adequam a exploração por meios de transmissão diferentes do DTH, independentemente da infra-estrutura de rede (internet, cabo, satélite ou outro). Nomeadamente, certos conteúdos (como, por exemplo, futebol) prestam-se igualmente à transmissão em modalidades de «fluxo contínuo» com tecnologia xDSL, como é o caso dos melhores momentos dos jogos de futebol. A este propósito, durante o processo, terceiros afirmaram que, devido à sua participação na plataforma combinada, a Telecom Italia ficaria numa posição muito vantajosa para obter o sublicenciamento, em condições privilegiadas, de direitos exclusivos de alguns dos conteúdos da plataforma combinada, que poderia explorar nos meios de transmissão que possui, nomeadamente o acesso em banda larga à internet. Foi salientado o risco de, no caso de os portais da Telecom Italia obterem esses conteúdos em condições mais vantajosas (por exemplo, quase em tempo real) do que os outros portais, os demais ISP ficarem em clara desvantagem concorrencial.

- (313) É indiscutível que, no caso de lhe ser conferido um tratamento mais favorável, o actual poder de mercado da Telecom Italia — que decorre directamente, entre outros, da sua vasta base de clientes — poderá ser reforçado, se esta empresa conseguir atrair e conservar antigos e novos clientes, através da oferta de serviços agrupados que incluam o acesso em banda larga à internet, a telefonia fixa e conteúdos multimédia (as chamadas ofertas triplas). A enorme base de clientes da Telecom Italia constitui um elemento atractivo e importante, tanto para os anunciantes como para os fornecedores de conteúdos, que coloca a Telecom Italia em clara vantagem sobre os seus concorrentes, com uma base de clientes muito mais reduzida.
- (314) Neste cenário, pode existir o risco de os concorrentes da Telecom Italia não estarem em condições de responder a qualquer das ofertas triplas que esta empresa possa lançar. Em consequência, outros operadores detentores de licenças do sector das telecomunicações poderão tornar-se cada vez menos atractivos para os anunciantes (e os fornecedores de conteúdos) ⁽¹⁰⁶⁾.

1.3. Argumentos da Newscorp

- (315) A Newscorp contestou energicamente o facto de a operação ser susceptível de reforçar a posição dominante da Telecom Italia nos serviços de acesso de banda larga à internet e de telefonia fixa devido ao acesso preferencial da empresa aos conteúdos da plataforma combinada e à possibilidade de esta lançar ofertas triplas às quais os concorrentes não estariam em condições de responder.

⁽¹⁰⁶⁾ Os concorrentes da Telecom Italia nos serviços de acesso de banda larga à internet são: Fastweb (e.Biscom), Wind, Tiscali, Albacom, Gruppo I.net e MCI Worldcom (especialmente vocacionada para empresas). Algumas destas empresas concorrem ainda com a Telecom Italia no fornecimento de serviços de telefonia fixa (Wind-Infostrada, Albacom, Fastweb, Tiscali).

Pelo contrário, a Newscorp afirmou que «não é, de modo nenhum, evidente a razão por que os outros accionistas da plataforma combinada queriam favorecer a Telecom Italia [...]». A plataforma combinada não tem qualquer incentivo para conceder à Telecom Italia um acesso preferencial aos seus conteúdos. A plataforma combinada não é controlada pela Telecom Italia, pelo que determina autonomamente a sua estratégia comercial. A plataforma combinada não tem qualquer necessidade de assegurar a boa vontade da Telecom Italia, porque a Telecom Italia assumiu um compromisso contratual em relação ao seu investimento. Em consequência, a estratégia racional da plataforma combinada consiste em facultar o acesso aos seus conteúdos, em condições normais de comércio, a todos os terceiros, incluindo, entre outros, a Telecom Italia» ⁽¹⁰⁷⁾.

1.4. Argumentos da Telecom Italia

- (316) A Telecom Italia afirmou que a sua participação na plataforma combinada constitui apenas um investimento financeiro. A empresa afirma que «através da sua participação minoritária não pretende alcançar qualquer objectivo industrial, comercial ou estratégico. Em 2000, a Telecom Italia decidiu sair do mercado da televisão mediante pagamento e, se o acordo “espelho” (a aquisição do controlo exclusivo da plataforma combinada pelo grupo Vivendi) se tivesse concretizado, teria vendido a totalidade da sua participação. As razões que a levam a permanecer como accionista minoritária da plataforma combinada [...]» prendem-se com a possibilidade de recuperação de alguns investimentos realizados: trata-se, pois, de uma decisão meramente financeira» ⁽¹⁰⁸⁾.

1.5. Apreciação da Comissão

- (317) Nestas circunstâncias, a Comissão procedeu à análise aprofundada do impacto da operação em matéria de concorrência, nomeadamente do eventual reforço da posição dominante da Telecom Italia nos mercados italianos de telecomunicações relevantes (acesso em banda larga à internet e telefonia fixa).
- (318) Como já foi referido, a Comissão não pôde determinar que, em consequência da operação na origem da concentração (incluindo a participação minoritária do operador de telecomunicações), a Telecom Italia passe a beneficiar de um tratamento mais favorável do que o reservado aos demais ISP/operadores de telecomunicações por parte da plataforma combinada.

⁽¹⁰⁷⁾ Ponto 1.2.7 da defesa da Newscorp.

⁽¹⁰⁸⁾ Ponto 24 das observações da Telecom Italia.

1.6. Conclusão

- (319) Tendo em conta o que precede, a Comissão concluiu que os elementos reunidos no decurso do processo não permitem estabelecer que a operação na origem da concentração (incluindo a participação minoritária da Telecom Italia) produza efeitos adversos para a concorrência nos mercados italianos das telecomunicações.

2. CONCLUSÃO RELATIVA À LIGAÇÃO DA TELECOM ITALIA

- (320) A concentração não irá reforçar, de forma duradoura, a posição dominante da Telecom Italia nos mercados de telecomunicações (acesso em banda larga à internet e telefonia fixa) que foram avaliados em razão da ligação da Telecom Italia à entidade combinada.

4. COMPROMISSOS RELACIONADOS COM A TELECOM ITALIA

- (321) Como referido no considerando 222, em 13 de Março de 2003, a Newscorp propôs um conjunto de compromissos revisto (a seguir denominado «compromissos»), nos termos do n.º 2 do artigo 8.º do regulamento das concentrações, com vista a obter a aprovação da concentração. Os compromissos propostos baseiam-se nas medidas de correcção apresentadas à Comissão em 31 de Outubro de 2002 e em 14 de Janeiro de 2003.
- (322) A parte dos compromissos propostos pela Newscorp incide nas relações entre a plataforma combinada e a Telecom Italia.

1. SÍNTESE DOS COMPROMISSOS PROPOSTOS PELA NEWS-CORP EM 13 DE MARÇO DE 2003 RELACIONADOS COM A TELECOM ITALIA (PONTO 13 DO TEXTO DOS COMPROMISSOS)

- (323) Os compromissos propostos pela Newscorp e respeitantes às suas relações com a Telecom Italia prevêm o seguinte:
- a) A Newscorp não lançará, com a Telecom Italia, ofertas conjuntas que combinem serviços de televisão mediante pagamento e acesso de banda larga à internet, não estabelecerá qualquer discriminação a favor da Telecom Italia no que respeita ao sublicencia-

mento de conteúdos audiovisuais, não induzirá os seus clientes a encaminhar os seus serviços interactivos através da Telecom Italia e não concluirá acordos estratégicos com a Telecom Italia sem aprovação prévia da Comissão;

- b) Os compromissos relacionados com a Telecom Italia serão válidos enquanto a Telecom Italia tiver uma participação igual ou superior a 5 % na plataforma combinada e um membro no seu Conselho de Administração.

2. AVALIAÇÃO DOS COMPROMISSOS RELACIONADOS COM A TELECOM ITALIA

- (324) À luz das observações e conclusões precedentes, a Comissão toma conhecimento dos compromissos propostos pela Newscorp respeitantes às suas relações com a Telecom Italia. Contudo, estes compromissos não constituem condições ou obrigações da presente decisão.

VIII. CONCLUSÃO

- (325) Pelas razões enunciadas acima, a Comissão conclui que, sob reserva do respeito dos compromissos assumidos pela Newscorp, a concentração proposta não criará nem reforçará, no mercado da oferta de serviços de televisão mediante pagamento, nos mercados da compra de direitos exclusivos de filmes de grande audiência, de acontecimentos futebolísticos que se desenrolam todos os anos com a participação de equipas nacionais e de outros acontecimentos desportivos, nem no mercado dos canais de televisão, uma posição dominante susceptível de afectar significativamente a concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste mercado. Por conseguinte, a concentração deve ser declarada compatível com o mercado comum, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º do regulamento das concentrações, e do artigo 57.º do Acordo EEE, sob reserva do respeito dos compromissos constantes do anexo,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

A operação notificada, pela qual a The News Corporation Limited («Newscorp») adquire o controlo exclusivo das empresas Telepiù SpA e Stream SpA, é declarada compatível com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE.

Artigo 2.º

O artigo 1.º está subordinado ao pleno respeito pela Newscorp dos compromissos enunciados no anexo, à excepção do ponto 13 da parte II.

The News Corporation Limited
1211 Avenue des Americas
Nova Iorque NY 10036
Estados Unidos.

Feito em Bruxelas, em 2 de Abril de 2003.

Artigo 3.º

É destinatária da presente decisão:

Pela Comissão
Mario MONTI
Membro da Comissão

ANEXO

O texto original integral das condições e obrigações referidas nos artigos 2.º e 3.º pode ser consultado no seguinte *sítio web* da Comissão:

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