

II

(Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade)

COMISSÃO

**DECISÃO DA COMISSÃO
de 11 de Outubro de 2000**

que declara compatível com o mercado comum e com o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu uma operação de concentração

(Processo COMP/M:1845 — AOL/Time Warner)

[notificada com o número C(2000) 3009]

(Apenas faz fé o texto em língua inglesa)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(2001/718/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 e, nomeadamente, o n.º 2, alínea a), do seu artigo 57.º,

Tendo em conta o Regulamento (CEE) n.º 4064/89, 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⁾ e, nomeadamente, o n.º 2 do seu artigo 8.º,

Tendo em conta a decisão da Comissão, de 19 de Junho de 2000, de dar início a um procedimento relativamente ao presente processo,

Após ter dado às empresas interessadas a oportunidade de se pronunciarem quanto às objecções formuladas pela Comissão,

Tendo em conta o parecer do Comité Consultivo em matéria de operações de concentração ⁽³⁾,

Considerando o seguinte:

- (1) Em 28 de Abril de 2000, a Comissão recebeu uma notificação nos termos do artigo 4.º do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 («regulamento das concentrações») relativa a um projecto de concentração que previa a fusão, na acepção do n.º 1, alínea a), do artigo 3.º do regulamento das concentrações, da America Online, Inc. («AOL») com a Time Warner, Inc. («Time Warner»), criando deste modo uma nova entidade, a AOL Time Warner.
- (2) Por decisão de 19 de Junho de 2000, a Comissão considerou que a operação de concentração notificada suscitava dúvidas sérias quanto à sua compatibilidade com o mercado comum, pelo que decidiu dar início a um procedimento nos termos do n.º 1, alínea c), do artigo 6.º do regulamento das concentrações e do artigo 57.º do Acordo EEE.
- (3) Em 7 de Setembro de 2000 realizou-se uma audição com base na comunicação de acusações, a qual foi enviada às partes em 22 de Agosto de 2000.

⁽¹⁾ JO L 395 de 30.12.1989, p. 1; versão corrigida no JO L 257 de 21.9.1990, p. 13.

⁽²⁾ JO L 180 de 9.7.1997, p. 1.

⁽³⁾ JO C 283 de 9.10.2001.

I. AS PARTES

AOL

- (4) A AOL é uma sociedade de capitais constituída no Delaware, Estados Unidos da América (Estados Unidos), e com sede em Dulles na Virgínia. A AOL autodefine-se como o «líder mundial de serviços interactivos, das marcas Internet, tecnologias Internet e serviços de comércio electrónico»⁽⁴⁾.
- (5) A AOL é essencialmente um fornecedor de serviços em linha no âmbito da Internet, os quais são prestados por três fornecedores de serviços de Internet («ISP»), que oferecem uma ligação por modem («acesso por linha telefónica»), e também uma gama de conteúdos. Os três ISP são os seguintes:
- AOL, um serviço por assinatura que, em Junho de 2000, contava com 23,2 milhões de assinantes em todo o mundo (mais 5,6 milhões do que em 1999),
 - CompuServe, um serviço por assinatura com 2,8 milhões de assinantes em todo o mundo, e a CompuServe Office um serviço dirigido a empresas, com [...] (*) assinantes na Alemanha, e
 - Netscape Online, um serviço gratuito no Reino Unido que conta com [...] * assinantes.

No total, estes ISP representam 27 milhões de assinantes, 4,3 milhões dos quais na Europa.

- (6) A AOL propõe ainda os seguintes serviços de mensagens instantâneas⁽⁵⁾:
- AOL Instant Messenger, com 61 milhões de utilizadores registados, dos quais, segundo a AOL, mais de 20 milhões são utilizadores activos. Estes passam em média 2,5 horas neste serviço cada vez que estabelecem uma ligação, e
 - ICQ, com 70 milhões de utilizadores registados, dos quais, segundo a AOL, mais de 20 milhões são utilizadores activos. Em média, estes mantêm uma ligação à ICQ de quase 3 horas por dia e utilizam activamente este serviço 75 minutos por dia.
- (7) Os outros serviços da Internet propostos pela AOL são os seguintes:
- AOL.COM e Netscape Netcenter, dois importantes portais da Internet,
 - rede local de conteúdo e o guia dos utilizadores do serviço AOL e Internet Digital City (a Digital City é basicamente um guia de entretenimento e turismo das principais cidades dos Estados Unidos),
 - AOL MovieFone, o maior guia de cinema e serviço de venda de bilhetes em linha;
 - MapQuest.com, um serviço de viagens que disponibiliza mapas e instruções rodoviárias, e
 - Shoutcast, Spinner e Winamp, serviços de distribuição de música em linha. Estes serviços estão «publicamente» acessíveis aos utilizadores Internet através dos sítios da AOL no mundo.
- (8) A AOL detém participações em várias empresas comuns na Europa. A AOL Europe, SA («AOL Europe») é actualmente uma empresa comum a 50 %, em que participa o grupo alemão do sector dos *media* Bertelsmann AG («Bertelsmann»), que presta serviços de ISP em nove países europeus. Em França, a AOL Europe é uma empresa comum entre a AOL, a Bertelsmann e o grupo francês Vivendi (através da sua filial de telecomunicações Cegetel e Canal Plus, o operador de televisão por assinatura controlado pela Vivendi). A Netscape Online é um serviço Internet gratuito no Reino Unido.
- (9) A AOL disponibiliza também *software*, incluindo o instrumento de navegação Internet Netscape Navigator, prestando ainda serviços de apoio técnico, consultoria e formação destinados a clientes do sector empresarial, através do Netscape Enterprise Group. Esta serviço é comercializado conjuntamente com o Sun Microsystems, Inc., através da [Sun-Netscape Alliance]*.

⁽⁴⁾ Os comunicados de imprensa da AOL anunciando os resultados financeiros do quarto trimestre de 2000.

^(*) Partes do presente texto são apresentadas de forma a assegurar a confidencialidade das informações; estas partes encontram-se entre parêntesis rectos e são assinaladas com um asterisco.

⁽⁵⁾ Estes serviços permitem aos utilizadores comunicar em linha com os seus amigos e colegas, enviar mensagens instantâneas e comunicar em tempo real com outros utilizadores. O serviço de mensagens instantâneas é muito mais rápido do que o correio electrónico e, contrariamente a este último, permite ao utilizador saber se outros utilizadores estão ligados, permitindo conversar em tempo real.

- (10) Em 16 de Março de 2000, a AOL e a Bertelsmann assinaram um acordo de quatro anos que deverá reger as modalidades da sua colaboração em matéria de conteúdo e publicidade, à luz da prevista alienação por parte da Bertelsmann das suas participações na AOL Europe. Este acordo será descrito no capítulo consagrado à apreciação da operação de concentração em causa. Não obstante, é oportuno assinalar que a Bertelsmann detém várias empresas de conteúdo, entre as quais a CLT-UFA, produtora cinematográfica e de programas de televisão, a Pearson, produtora de programas de televisão e editora do Financial Times, e a BMG, a sua ramificação no sector da música. Por fim, é também proprietária de uma empresa comum com a Lycos, a Lycos Europe/Comondo, que propõe principalmente serviços de acesso à Internet.

Time-Warner

- (11) A Time Warner é uma empresa do sector dos *media* e do entretenimento, constituída no Delaware, Estados Unidos, e com sede em Nova Iorque ⁽⁶⁾.
- (12) A Time Warner, que se autodescreve como a principal empresa do sector dos *media* no mundo, tem interesses comerciais nas seguintes grandes áreas:
- Programas de televisão por cabo*, traduzidos principalmente por participações em cadeias de televisão por cabo, incluindo, na Europa, o canal de clássicos do cinema TNT, Cartoon Network e CNN News Group. De acordo com a página WEB da Time Warner, a CNN é o primeiro canal noticioso do mundo, a cujos serviços acedem mais de 1 000 milhões de pessoas em todo o mundo. A Time Warner detém participações em várias empresas comuns europeias. Assim, com a Holtzbrinck, tem uma participação de [40 %-50 %]* na n-tv, um serviço noticioso televisivo que emite em alemão 24 horas por dia, e, com a Sony Software Corp e com a BSkyB, uma participação [minoritária]* na Music Choice Europe, que gere um serviço pago de rádio digital por cabo e por satélite. A Warner criou, com a Universal, a EMI e a Sony, um canal de vídeos musicais em alemão, o canal VIVA, no qual detém uma participação [minoritária]*;
 - Editorial*, traduzidos principalmente por participações no sector da edição de revistas e livros, nomeadamente na Time, People, Sports Illustrated, Warner Books e Time Life Inc. As revistas da Time Warner dirigem-se ao público dos Estados Unidos, muito embora algumas sejam também distribuídas na Europa. No total, a Time Warner publica 36 revistas e conta com 130 milhões de leitores;
 - Música*, traduzidos principalmente por participações no sector da gravação e edição de obras musicais com, nomeadamente, o Warner Music Group e suas etiquetas Atlantic, Elektra, Rhino, Sire, Warner Bros, Records e Warner Music International, assim como na Warner/Chappell no sector da edição de obras musicais. A Time Warner detém também uma participação [inferior a 10 %]* na CD Now, um sítio Internet dedicado ao comércio electrónico de música controlado pela Sony;
 - Sector audiovisual*, traduzidos principalmente por participações no sector dos espectáculos filmados e no da produção e emissões televisivas, nomeadamente nos Warner Bros. Studios, New Line Cinema e WB Network. Na Europa, a Warner Bros. tem interesses nos sectores da produção e distribuição de filmes, da distribuição de programas de televisão e de vídeos domésticos e em salas de cinema através de várias empresas comuns. A Warner Bros. tem acordos de coprodução e distribuição com a Polygram Holdings Inc. (que integra agora a Universal), Canal Plus e UFA/CLT;
 - Redes de cabo*, traduzidos principalmente por participações em redes de televisão por cabo, nos Estados Unidos, mas não na Europa. A Time Warner é um dos principais operadores de cabo nos Estados Unidos, com 12,6 milhões de assinantes e ligações a 21,3 milhões de lares. A Time Warner detém uma participação na Road Runner, uma empresa comum de serviços em linha que proporciona acesso à Internet e também conteúdo para as redes de cabo que prestam serviços de banda larga. A Road Runner não tem quaisquer actividades na Europa.

II. OPERAÇÃO

- (13) A operação será estruturada da seguinte forma: proceder-se-á à fusão da AOL e da Time Warner com novas filiais de uma nova empresa *holding*, a AOL Time Warner. Na sequência destas fusões, a AOL e a Time Warner tornar-se-ão filiais a 100 % da AOL Time Warner.

⁽⁶⁾ A Time Warner detém 74,49 % da Time Warner Entertainment Company, LP («Time WarnerE»), pertencendo os 25,51 % remanescentes à MediaOne Limited Partner, cuja empresa-mãe aceitou participar numa fusão com a AT & T Corp.

- (14) Uma vez consumada a fusão, os accionistas da AOL receberão 55 % das acções da Time Warner AOL e os da Time Warner os 45 % remanescentes. O primeiro Conselho de Administração da AOL Time Warner será composto por 16 membros, dos quais oito designados pela AOL e oito pela Time Warner. A operação notificada conduzirá por conseguinte a uma concentração na acepção do n.º 1, alínea a), do artigo 3.º do regulamento das concentrações.

III. DIMENSÃO COMUNITÁRIA

- (15) O volume de negócios mundial conjunto das empresas em causa é superior a 5 mil milhões de euros (AOL: 4 780 milhões; Time Warner: 25 600 milhões).
- (16) No EEE, o volume de negócios total de cada uma destas empresas ultrapassa 250 milhões de euros (AOL: [...] * EUR, Time Warner: [...] * EUR), embora nenhuma delas atinja, num único Estado-Membro, uma quota superior a dois terços do volume de negócios total no EEE. Por conseguinte, a operação notificada tem dimensão comunitária na acepção do n.º 2 do artigo 1.º do regulamento das concentrações.

IV. APRECIÇÃO DO PONTO DE VISTA DA CONCORRÊNCIA

A. Os mercados relevantes

Música em linha (conteúdo banda estreita)

- (17) O sector da música em linha compreende as seguintes actividades:

Telecarregamento

- (18) O telecarregamento de música é uma nova forma de distribuição de música aos consumidores através da Internet. É uma tecnologia que permite a transferência electrónica de um ficheiro musical integral para um dispositivo, tendo em vista a sua posterior reprodução. Graças ao telecarregamento da música, o ficheiro permanece no dispositivo para o qual foi telecarregado, contrariamente às cópias transitórias (ver a secção sobre a difusão em fluxo contínuo). O telecarregamento de música baseia-se na distribuição de ficheiros digitais de música e não deve ser confundido com a venda electrónica a retalho, que pressupõe uma venda física (a venda de um suporte físico, como um CD) através da Internet.
- (19) A música é um produto perfeitamente adaptado à distribuição em linha, dado tratar-se de um produto digital pouco exigente em termos de banda.
- (20) No entender das partes, a música telecarregável não constitui um mercado distinto, mas integra o mercado mais vasto das gravações musicais. Reivindicam que a música telecarregável pode ser substituída por música distribuída em suportes físicos.
- (21) Em contrapartida, pode alegar-se que existem diferenças significativas que tornam a música telecarregável num modelo comercial e num mercado completamente distintos. Deste modo, em termos de procura, os consumidores podem, independentemente da hora ou local, aceder ou adquirir e receber música imediatamente (contrariamente ao comércio electrónico, no âmbito do qual têm de aguardar a recepção do CD encomendado), a partir de um computador com acesso à Internet, sem necessidade de se dirigirem a um estabelecimento comercial. Em vez de comprar um *single* ou todo um álbum, podem telecarregar pistas individuais e criar compilações a seu gosto. Necessitam também, para além do equipamento informático, de *software* especial para reproduzir a música telecarregada. No que se refere à oferta, a estrutura da distribuição em linha de música telecarregável é completamente distinta da distribuição física de música (tanto no comércio tradicional como no comércio electrónico). O telecarregamento de música não implica as fases de fabrico, armazenamento, vendas físicas e distribuição. Estas diferenças fazem da música telecarregável e dos CD físicos dois mercados de produto completamente distintos. Ademais, a música telecarregável e os CD têm estruturas de preço ⁽⁷⁾ diferentes, não tendo o preço ou o volume de venda dos CD diminuído em razão da oferta de música telecarregável. No processo em epígrafe, as partes não apresentaram provas empíricas de que a fixação dos preços de obras musicais distribuídas em suportes físicos foi influenciada pelos preços da música telecarregada, ou que os preços dos CD físicos diminuíram em razão da oferta de música telecarregável. Por conseguinte, pode concluir-se que existe um mercado emergente, mas distinto, de música telecarregável.

⁽⁷⁾ Pode citar-se, a título de exemplo de empresas que vendem telecarregamentos através da Internet, a CDNOW e a Musicmaker.

Fluxo contínuo

- (22) A leitura áudio em fluxo contínuo é um método de transmissão de som pela Internet. Um sistema de áudio em fluxo contínuo transforma um computador numa *juke-box* virtual. O utilizador activa com o rato a ligação com o ficheiro áudio, que começa a tocar passados alguns segundos. A principal diferença entre o telecarregamento e o sistema de fluxo contínuo consiste no facto de, no primeiro, se transmitir um ficheiro de música de um computador para outro, de o armazenar localmente e de a ele se poder aceder directamente no computador do receptor e, no segundo, o ficheiro áudio só é transferido temporariamente para o dispositivo do utilizador. Os consumidores podem aceder aos ficheiros de leitura em fluxo contínuo armazenados em «cacifos» centrais, graças a uma senha pessoal, aos quais têm acesso a partir de qualquer dispositivo ligado à Internet. No seu sítio shoutcast.com, a AOL propõe um sistema de áudio em fluxo contínuo, que utiliza o leitor Winamp, onde os utilizadores podem criar programação de música em linha ou escutar programas criados por outros utilizadores.
- (23) De momento gratuito e financiado com receitas de publicidade na Internet, o acesso ao sistema de fluxo contínuo virá provavelmente a ser pago em breve. Neste contexto, é oportuno referir que, na sequência do seu acordo de licença com a Time Warner e a Bertelsmann, a empresa do sector da música na Internet MP3 anunciou as suas intenções de lançar um serviço de música por assinatura na Internet (isto é, um sistema em que a utilização dos referidos «cacifos» é paga).
- (24) As empresas que disponibilizam obras musicais para telecarregar ou para leitura em fluxo contínuo na Internet devem obter uma licença para o efeito, por forma a assegurar os direitos de autor necessários à utilização de obras musicais. O consentimento do titular dos direitos de autor é portanto essencial para a exploração em linha de obras musicais. Na maioria dos casos, os autores e compositores cedem os seus direitos aos editores, dado que só uma percentagem ínfima dos autores edita as suas próprias obras⁽⁸⁾. O editor poderá decidir quais os direitos a ceder, a quem e em que condições. Ao conceder uma licença sobre uma obra musical concreta a uma empresa discográfica, o editor poderá decidir se essa empresa discográfica pode ou não distribuir essa obra na Internet; em especial, poderá recusar a concessão de direitos de distribuição em linha ou submetê-la ao pagamento de uma remuneração adicional.
- (25) Deste modo, a obtenção dos direitos de autor constitui o primeiro passo lógico e jurídico, e condição *sine qua non*, para a exploração de obras musicais na Internet. Uma empresa em posição dominante no mercado da concessão das licenças de direitos de edição de música necessárias à distribuição em linha poderia desempenhar o papel de «ditador» no que se refere à definição das condições de distribuição de música na Internet, negando a concessão de direitos ou ameaçando retirar esses mesmos direitos.

Conclusão

- (26) Pode concluir-se que existe um novo mercado emergente para a distribuição de obras musicais em linha. Para efeitos da presente apreciação, é irrelevante que a música telecarregada e o sistema de fluxo contínuo constituam um ou dois mercados de produto distintos, dado que a operação em causa culminaria de qualquer modo na criação de uma posição dominante.
- (27) No que se refere à dimensão geográfica do mercado da distribuição de obras musicais em linha, as possibilidades oferecidas pela tecnologia digital implicam uma definição do mercado geográfico certamente muito mais vasta e que transcende as meras fronteiras nacionais, e que poderia ser, no mínimo, o EEE. De qualquer modo, a investigação realizada pela Comissão permite inferir que a operação conduziria a uma posição dominante, mesmo se se considerasse que o mercado tinha uma dimensão mundial. Por conseguinte, a questão de definir com precisão o mercado geográfico pode ser deixada em aberto.

⁽⁸⁾ A edição de obras musicais consiste, nomeadamente, na aquisição de direitos relativos a obras musicais, na sua posterior exploração contra remuneração, em especial sob a forma de comissão cobrada pelo editor ao autor em função das receitas obtidas com a exploração comercial das obras musicais. Na «edição de autor», este assegura a promoção, autorização e exploração das suas próprias obras sem a ajuda de um editor profissional.

Reprodução de música

- (28) O telecarregamento e o sistema de fluxo contínuo assentam, em geral, nas três tecnologias seguintes:
- a) *Compressão/descompressão*, que comprime música tendo em vista a sua rápida distribuição na Internet e, seguidamente, descomprime essa música para sua reprodução. A compressão reduz a dimensão do ficheiro digital de música e, por conseguinte, a quantidade de informação («bits») transmitida electronicamente, sem perda significativa da qualidade do som. A compressão acelera a transmissão de música e aumenta a capacidade de armazenamento. Actualmente, os ficheiros comprimidos produzem uma qualidade de som praticamente igual à dos CD. Existem várias empresas que desenvolveram algoritmos de compressão e descompressão («codec») utilizados para os ficheiros de música. O formato de compressão mais divulgado é o MP3 (desenvolvido pela Fraunhofer Institut). Outros formatos bastante divulgados são o Windows Media Audio (desenvolvido pela Microsoft), o G2 (desenvolvido pela Real Networks), o AAC (desenvolvido pelo Fraunhofer Institut, Sony, AT & T e Laboratórios Dolby e autorizado pela Dolby), e o ATRAC (desenvolvido pela Sony);
 - b) *Codificação/descodificação*, que permite telecarregar ficheiros digitais em segurança, «desordenando» o ficheiro digital de forma a só poder ser lido com software de descodificação adequado. Algumas das empresas que se destacam nesta técnica são a Audiosoft, IBM, Intel, Mjuice e Microsoft. Em geral, estas empresas fornecem as suas tecnologias a empresas de gestão de direitos digitais;
 - c) *Gestão dos direitos digitais*, que permite gerir o processo de transferência de ficheiros áudio entre o emissor e o receptor. O *software* de gestão de direitos digitais gere a transferência de uma canção concreta para telecarregamento, verifica a sua recepção e cria um registo da operação. A tecnologia de gestão de direitos digitais deve ser compatível com a tecnologia de codificação, visto que a maioria dos sistemas de gestão de direitos digitais recorre a esta tecnologia para impedir o acesso não autorizado aos conteúdos. Os sistemas mais populares de gestão dos direitos digitais são os seguintes: Liquid Audio (desenvolvido pela Liquid Audio), Mjuice (desenvolvido pela ARTIST Direct), Windows Media Audio (desenvolvido pela Microsoft), Intertrust (desenvolvido pela Intertrust) e IBM/EMMS (desenvolvido pela IBM).
- (29) As empresas discográficas formatam as suas canções utilizando uma combinação de tecnologias de compressão, codificação e gestão dos direitos digitais. Após terem telecarregado ou lido em fluxo contínuo o ficheiro áudio formatado, os utilizadores podem reproduzi-lo no seu PC utilizando um *software* de leitura integrado num PC e que reproduz o ficheiro áudio e fornece uma interface utilizador (ecrã gráfico a partir do qual o utilizador pode activar os controlos básicos de leitura de música, como início, volume, paragem, etc.). Um ficheiro digital é reproduzido em três fases. Em primeiro lugar, um módulo de *software* denominado *plug-in* de entrada descodifica o ficheiro áudio (tecnicamente, o ficheiro é convertido em dados áudio digitais «brutos»); em seguida, procede-se ao ajustamento da qualidade do som e, por fim, um módulo de *software* denominado *plug-in* de saída reproduz a música. O *software* de leitura deve ser compatível com a tecnologia de compressão do ficheiro e, eventualmente, com a tecnologia de gestão de direitos digitais e com a tecnologia de codificação. Quantas mais tecnologias forem compatíveis com o *software* de leitura, maior será o leque de obras musicais susceptíveis de reprodução. Por conseguinte, os criadores de *software* de leitura têm o máximo interesse em obter licenças para o maior número de tecnologias possível. Entre os leitores mais divulgados constam o Realplayer (desenvolvido pela Real Networks), o Microsoft Media Player (desenvolvido pela Microsoft), o Winamp⁽⁹⁾ (desenvolvido pela Nullsoft, uma empresa comprada pela AOL em 1999), o QuickTime (desenvolvido pela Apple) e o MusicMatch Jukebox (desenvolvido pela MusicMatch). Em geral, a maioria dos produtos de *software* é distribuída gratuitamente na Internet, muito embora subsistam alguns ainda pagos (por exemplo, o preço da Music Match Jukebox é de 29,99 dólares).
- (30) A música telecarregada pode também ser transferida («gravada») para um suporte físico, tal como o CD gravável, uma placa de som ou um minidisco.
- (31) Por conseguinte, existe um mercado para a oferta de *software* de reprodução.

⁽⁹⁾ Segundo um artigo intitulado «MP3», de Glyn Moody, publicado na revista *New Scientist* de 19 de Junho de 1999, a Winamp, com 160 000 telecarregamentos por dia, domina o sector dos leitores áudio.

- (32) Em termos geográficos, este mercado é mundial. A língua do texto dos menus dos leitores de música pode ser facilmente alterada para se adaptar a um vasto leque de línguas. Por exemplo, o Winamp disponibiliza no seu sítio Internet versões linguísticas gratuitas. As empresas consultadas consideram que a influência da língua é mínima; a «localização» do *software* de reprodução, (isto é, adaptação do *software* às necessidades de um mercado local) é uma operação simples e corrente.

Acesso à Internet por linha telefónica (banda estreita)

- (33) No processo Telia/Telenor⁽¹⁰⁾, a Comissão constatou que existia procura para a prestação de serviços de acesso à Internet e estabeleceu uma distinção entre o acesso por linha telefónica e o acesso dedicado. Com este último, o utilizador está ligado ao ISP através de uma conexão fixa dedicada por cabo, enquanto com o primeiro está ligado por uma linha normal da RTPC. Na óptica da procura, estes diferentes tipos de acesso constituem dois mercados de produto diferentes. O acesso por linha telefónica dirige-se aos particulares e a pequenas e médias empresas, enquanto o acesso dedicado é principalmente solicitado por grandes empresas. No processo BT/ESAT⁽¹¹⁾, o estudo do mercado revelou que era sem dúvida possível, no domínio do acesso por linha telefónica, distinguir o acesso por linha telefónica dos particulares das empresas (de grande dimensão), utilizando estas últimas mecanismos de conexão telefónica mais sofisticados. Nesta fase, é indiferente que o acesso por linha telefónica dos particulares e o das empresas constituam dois mercados de produto relevante distintos, visto que a operação conduziria, de qualquer modo, à criação de uma posição dominante no mercado dos ISP.
- (34) Em geral, considera-se que o mercado geográfico dos serviços de conexão telefónica prestados por ISP é essencialmente nacional e baseado na necessidade de um serviço de lacete local. No processo Telia/Telenor, a Comissão concluiu que esta característica circunscreve os mercados de acesso existentes aos mercados nacionais. Esta conclusão aplica-se também ao presente processo, no qual se considerará mercado geográfico relevante cada um dos nove Estados-Membros onde a AOL opera (Bélgica, Alemanha, Espanha, França, Itália, Países Baixos, Áustria Suécia e Reino Unido).

Conteúdo pago que não musical (conteúdo de banda larga)

- (35) No processo Telia/Telenor/Schibsted⁽¹²⁾, a Comissão definiu um mercado de conteúdo pago. No decurso da sua investigação, a Comissão encontrou provas de uma procura emergente para o fornecimento integrado e centralizado de conteúdos de banda larga na Internet. Esta procura incide sobre pacotes de conteúdos áudio/vídeo (por exemplo, filmes mais competições desportivas mais concertos rock) na Internet e, como tal, afigura-se distinta da procura de filmes e de programas de televisão fornecidos por circuitos de distribuição mais tradicionais (tais como a televisão de pagamento por visualização, o vídeo a pedido ou o aluguer de DVD/vídeo). Os diferentes conteúdos de banda larga não seriam produtos substituíveis, mas sim produtos complementares. Um ISP que propusesse tal gama de conteúdos seria comparável a um supermercado que propõe uma vasta gama de produtos complementares num único local. Este mercado abarcaria as categorias de conteúdo em seguida referidas.
- (36) Relativamente à dimensão geográfica deste mercado, é provável que seja nacional⁽¹³⁾, à semelhança dos mercados equivalentes da televisão por pagamento, por um lado devido aos diferentes requisitos linguísticos dos públicos nacionais para filmes e programação de TV. Por outro lado, a oferta de filmes na Internet assenta essencialmente em filmes e programas (desenhos animados) dos Estados Unidos que interessam a um público internacional e são muito populares em todos os países do EEE.
- (37) Para efeitos da presente avaliação, não é necessário determinar se existe ou não um mercado de produto distinto para o fornecimento integrado de conteúdo de banda larga, visto poder concluir-se que a operação não conduz à criação de uma posição dominante neste mercado.

⁽¹⁰⁾ Decisão da Comissão: processo IV/M.1439, Telia/Telenor.

⁽¹¹⁾ Decisão da Comissão: processo COMP/M. 1838 BT/Esat.

⁽¹²⁾ Decisão da Comissão no processo JV 1.

⁽¹³⁾ Ver Decisão 1999/242/CE da Comissão no processo IV/36.237 — TPS (JO L 90 de 2.4.1999, p. 6) ponto 43.

Acesso de banda larga à Internet

- (38) No decurso da sua investigação, a Comissão encontrou provas de que existia uma procura crescente de acesso de banda larga à Internet pelos particulares. O acesso de banda larga permite um acesso muito rápido à Internet, com uma maior qualidade visual e áudio do que o acesso por linha telefónica (banda estreita). Compreende a leitura em fluxo contínuo de ficheiros vídeo e áudio, o vídeo por correio electrónico, a publicidade interactiva e a videoconferência, nenhum dos quais pode ser fornecido com eficácia pelas tradicionais linhas de banda estreita.
- (39) O acesso por banda larga não é ainda muito utilizado na Europa e é geralmente mais oneroso do que o acesso por linha telefónica.
- (40) As gerações de banda larga alternativas mais recentes são os *modem* para cabo e as linhas de assinante digital (DSL). A DSL é uma nova tecnologia que utiliza os cabos da rede telefónica existente para fornecer uma conexão digital. A DSL pode partilhar o cabo com uma linha telefónica convencional, pelo que o utilizador pode receber um serviço de alta velocidade e um serviço telefónico convencional pelo mesmo cabo. A DSL assegura um circuito único de dados, um circuito dedicado ponto-a-ponto geralmente mais utilizado para conectar um domicílio a um ISP. Os *modem* para cabo atingem velocidades de vários megabit utilizando a rede local de televisão por cabo.
- (41) Afigura-se que o mercado dos serviços de Internet de banda larga é essencialmente nacional, visto ser necessário instalar uma conexão física (linha telefónica no caso da DSL, cabo no do *modem* para cabo) entre os clientes e o ISP. Para efeitos da presente apreciação, não é necessário determinar se existe um mercado distinto de acesso de banda larga à Internet, se a DSL, o cabo e outras formas de acesso rápido à Internet integram o mesmo mercado de produto relevante ou se este mercado é nacional visto que, depois de ter sido estudado, se concluiu que a operação não conduz à criação de uma posição dominante.

B. Apreciação**1. Introdução***As relações entre a AOL e a Bertelsmann*

- (42) A AOL e a Bertelsmann, a empresa alemã do sector dos *media*, são sócias desde o início da comercialização da Internet. Em 1995 criaram a empresa comum a 50 % AOL Europe, que permitiu a expansão da AOL na Europa. Ademais, a AOL e a Bertelsmann, conjuntamente com a Vivendi, detêm uma empresa comum em França.
- (43) Em Março de 2000, a AOL e a Bertelsmann assinaram um acordo de promoção, distribuição e venda conjuntas. As principais obrigações das partes em virtude do acordo podem resumir-se da seguinte forma:
- a) *Obrigações da Bertelsmann*. A Bertelsmann investirá [...] em publicidade na AOL durante quatro anos e beneficiará de condições preferenciais no que se refere a esta publicidade [...]. A Bertelsmann assegurará [a promoção e angariação de] novos assinantes da AOL Europe. Se as acções de promoção da Bertelsmann não produzirem os resultados esperados, esta empresa não poderá vender serviços de qualquer outro ISP até a situação ser superada. A Bertelsmann fornecerá à AOL conteúdos em condições [preferenciais];
- b) *Obrigações da AOL*. A AOL iniciará negociações com os retalhistas de comércio electrónico associados à Bertelsmann, barnes&noble.com e Bertelsmann Online («BOL»), no intuito de estruturar as relações de comércio electrónico para que [...] se tornem sócios no comércio electrónico. Significa isto que estas empresas, conjuntamente com outros retalhistas em linha, beneficiarão de tratamento preferencial em termos de espaço publicitário (por exemplo, fixo num lugar-chave, o que significa uma presença permanente mediante um logotipo ou um anúncio através dos quais os visitantes podem aceder directamente ao sítio Internet do anunciante) nas páginas adequadas da AOL. A AOL iniciará negociações com outras sociedades com sítios na rede e com outras empresas da Bertelsmann para lhes propor [...] promoções. Por fim, a AOL negociará de boa fé se a Bertelsmann lhe propuser acordos relativos a acções de promoção de vendas a retalho em linha de livros e música num sítio específico da AOL (tal como espaço publicitário fixo num lugar-chave ou faixas publicitárias por um período de tempo mais curto). [...];

c) *Obrigações mútuas.* A AOL e a Bertelsmann aceitam trocar [...] * acções de promoção durante quatro anos (o que significa que a AOL oferecerá um pacote de acções de promoção em linha à Bertelsmann a troco de um pacote análogo em linha e sem ser em linha, por exemplo, na televisão, rádio e imprensa escrita, a cargo da Bertelsmann). Por outro lado, a concretizar-se a fusão AOL/Time Warner, a AOL e a Bertelsmann comprometem-se a [efectuar acções de promoção cruzada adicionais]*. Por fim, a AOL e a Bertelsmann acordaram providenciar no sentido de que o formato da música da Bertelsmann seja compatível com o *software* de leitura Winamp da AOL. Em especial, o acordo estabelece que a Bertelsmann envidará esforços razoáveis do ponto de vista comercial para garantir que qualquer sistema de gestão de direitos digitais por si utilizado seja compatível e directamente utilizável com qualquer leitor audiovisual da AOL. Por outro lado, segundo o acordo, a AOL poderá decidir alterar o formato do sistema ou o conteúdo da Bertelsmann para os tornar compatíveis com o seu sistema de leitura [...] * e a Bertelsmann, independentemente de ser ou não razoável em termos comerciais, autorizará a AOL a tal e prestar-lhe-á toda a colaboração normal para o efeito.

- (44) Em conclusão, a Comissão considera que estas relações estruturais, em especial, e, em menor grau, as relações contratuais entre a AOL e a Bertelsmann, constituem um forte incentivo para que a segunda designe a AOL seu transportador de conteúdo preferido, ou seja, a Bertelsmann fornecerá os seus conteúdos preferencialmente através da AOL. Tal situação deve ser tomada em consideração para efeitos da apreciação da posição da AOL/Time Warner no mercado da distribuição em linha de música. Deste modo, as quotas de mercado da Bertelsmann devem ser adicionadas às quotas da Time Warner nos mercados dos direitos de execução e reprodução mecânica para estabelecer a força da nova entidade no mercado.

A operação Time Warner/EMI

- (45) Um outro factor importante diz respeito à celebração de um acordo, em 23 de Janeiro de 2000, entre a Time Warner e a EMI relativo à fusão das respectivas actividades no domínio da música editada e da música gravada. Não obstante, este projecto foi abandonado.

Música em linha

- (46) A AOL/Time Warner controlará os direitos de edição da Time Warner e, em especial em virtude das empresas comuns e, em menor grau, do acordo com a Bertelsmann, a AOL terá acesso ao catálogo da Bertelsmann e aos direitos correspondentes. Na sequência destes acordos, a AOL conquistou um acesso à principal fonte de direitos de edição de obras musicais. No EEE, a Time Warner e a Bertelsmann são titulares de cerca de [30 %-40 %]* dos direitos de edição de obras musicais, tanto a nível da reprodução mecânica, como da execução ⁽¹⁴⁾ ([10 %-20 %]* Time Warner e [10 %-20 %]* Bertelsmann). Seguem-se-lhes a EMI com [10 %-20 %]* dos direitos de execução e [15 %-25 %]* dos direitos de reprodução mecânica, a Universal, com mais de 10 % dos direitos de reprodução mecânica e quase 10 % dos direitos de execução, e a Sony, bastante abaixo dos 10 % em ambas as categorias. Na Espanha, Alemanha, Países Baixos e Itália, as quotas de mercado conjuntas oscilam entre [25 %-35 %]* e [30 %-40 %]* e nos países nórdicos, Grécia e Portugal entre [40 %-50 %]* e [50 %-60 %]* ⁽¹⁵⁾.
- (47) Uma entidade que controle um catálogo de música desta importância poderá exercer um grande poder no mercado, negando-se a conceder licenças sobre os direitos que detém ou ameaçando não as conceder, ou ainda impondo preços altos ou discriminatórios e outras condições comerciais não equitativas a clientes que pretendam adquirir tais direitos (por exemplo, retalhistas da Internet que oferecem telecarregamentos e leitura em fluxo contínuo de música).
- (48) As partes refutam esta posição, que, na sua opinião, decorre de uma incompreensão fundamental das relações entre a AOL e a Bertelsmann. As partes defendem que o acordo com a Bertelsmann não tem um carácter de exclusividade, pelo que a AOL não poderá controlar a música da Bertelsmann.
- (49) A Comissão discorda desta opinião. No seu entender, devido à sua participação financeira na AOL Europe e na empresa comum em França, a Bertelsmann tem motivações de carácter económico para cooperar com a AOL.

⁽¹⁴⁾ Os direitos de reprodução mecânica são os direitos necessários para conceder a empresas discográficas licenças de reprodução por meios mecânicos, como CD e minidiscos, de obras musicais protegidas. Os direitos de execução são os direitos necessários para conceder utilizadores comerciais, como televisões, rádios, estações por satélite e cabo, organizadores de concertos, discotecas, hotéis restaurantes, etc., licenças de execução pública de obras musicais. Ambos os direitos devem ser concedidos através de licença para a exploração em linha de obras musicais na Internet.

⁽¹⁵⁾ Um editor que controle os direitos de edição num determinado país do EEE poderia controlar, pelo menos nesse país, a exploração em linha das obras musicais correspondentes.

- (50) As partes consideram que a Comissão não tem em conta o papel das sociedades de gestão colectiva. Segundo as partes, na maioria dos casos, são estas empresas, e não os editores, que controlam os direitos necessários para autorizar a exploração de obras musicais na Internet, dado que estes direitos lhes foram cedidos e são por elas controlados. Os editores de música não poderiam, pois, retirar os direitos de edição em linha às sociedades de gestão colectiva porque, para tal, deveriam não só retirar todos os direitos referentes a uma obra, como ainda obter o consentimento do autor que, por seu turno, deveria retirar a tais sociedades a totalidade dos seus direitos; ora tal hipótese não é prática nem rentável.
- (51) A Comissão concluiu que, actualmente, não é certo, no caso da música, que sejam as sociedades de gestão colectiva e não os editores a controlar a exploração dos direitos de música em linha. Mesmo se fossem as sociedades de gestão colectiva a controlar estes direitos, juridicamente nada obsta a que os editores retirem certas categorias de direitos às sociedades de gestão colectiva. Esta situação pode ocorrer relativamente a qualquer categoria ou forma de utilização definidas nas decisões GEMA I ⁽¹⁶⁾ e GEMA II ⁽¹⁷⁾. Assim, podem ser retirados certos direitos de reprodução mecânica ou de execução. A legislação em vigor na matéria revela que, na maioria dos Estados-Membros, à excepção da Irlanda e do Reino Unido, para retirar direitos a sociedades de gestão colectiva, o editor pode necessitar da autorização do escritor ou compositor. Obviamente, é possível convencer o escritor ou o compositor de que a retirada de certos direitos será economicamente mais vantajosa.
- (52) No contexto digital Internet, a Comissão constata que a decisão dos titulares de um direito exclusivo de autorizar ou proibir qualquer comunicação ao público, por cabo ou outros meios, de obras sujeitas a direitos de autor reforça as possibilidades de o editor em posição dominante exercer uma maior força de mercado a nível da concessão de licenças relativas às obras em causa por meios digitais, comparativamente ao meio tradicional de publicação de música.
- (53) A AOL poderia criar a sua própria empresa de distribuição de música na Internet ou adquirir uma empresa existente [...]*. O estudo do mercado efectuado pela Comissão indica que, dadas a massa crítica de conteúdo musical controlado pela nova entidade e a força da AOL nos Estados Unidos em termos de distribuição na Internet, as etiquetas musicais concorrentes ver-se-iam obrigadas a aderir à AOL. A AOL é o maior ISP no mundo e, de longe, o maior dos Estados Unidos. Conta com duas categorias de sistemas de mensagens instantâneas (ICQ e Instant Messenger), que, em conjunto, representam mais de 130 milhões de potenciais utilizadores registados e mais de 34 milhões de utilizadores regulares. Ademais, com 59 milhões de visitantes individuais ⁽¹⁸⁾, era, em Maio de 2000 ⁽¹⁹⁾, o portal da Internet mais visitado dos Estados Unidos. Nenhum outro ISP tem uma rede de distribuição em linha destas dimensões. Por outro lado, devido ao interesse do seu conteúdo, a AOL consegue mais facilmente do que os outros ISP captar a atenção dos utilizadores durante períodos mais prolongados (vulgarmente denominado «fidelização»).
- (54) As empresas discográficas que vendem música pop internacional, que, por definição, tem procura internacional, para conseguirem uma distribuição o mais vasta possível dos seus produtos, devem assegurar-se de que os mesmos serão distribuídos no mercado em linha da AOL. Esta poderia utilizar a sua força para fixar preços de transmissão de conteúdo acima de níveis competitivos, ou restringir o acesso ao mercado de música em linha favorecendo a Time Warner e a Bertelsmann e diminuindo a qualidade do acesso no que se refere aos fornecedores de conteúdo concorrentes.
- (55) Ademais, o estudo do mercado efectuado pela Comissão revelou que a nova entidade poderia impor normas técnicas (para uma descrição das tecnologias e do dispositivo de reprodução de música) de difusão de música na Internet. É oportuno referir que, segundo um documento da AOL anterior à fusão referido no considerando 53, um dos objectivos do acordo Time Warner/AOL consiste em «[garantir a adopção maciça de normas de telecarregamento digital]*.» Segundo o mesmo documento, esta estratégia no domínio da de música poderia ser completada por [uma política de aquisições estratégicas]*.

⁽¹⁶⁾ Decisão 71/224/CE, processo IV/26.760 — GEMA (JO L 134 de 20.6.1971, p. 15).

⁽¹⁷⁾ Decisão 72/268/CE, processo IV/26.760 — GEMA (JO L 166 de 24.7.1972, p. 22).

⁽¹⁸⁾ Visitantes únicos designa o número estimado de diferentes indivíduos que acedem a um sítio específico relativamente ao número total de acessos.

⁽¹⁹⁾ Segundo a Media Matrix.

- (56) O estudo do mercado efectuado pela Comissão conclui que se poderia atingir este resultado mediante o desenvolvimento ou aquisição de uma tecnologia de formatação não pública para todos os telecarregamentos e sistemas em fluxo contínuo de pistas da Time Warner. Ao difundir toda a sua música em formatos ou códigos personalizados, a nova entidade evitaria que o seu grande conteúdo de música pudesse ser telecarregado ou reproduzido em fluxo contínuo por tecnologias concorrentes. Devido à grande dimensão dos direitos de edição da Time Warner e da Bertelsmann, à popularidade do seu catálogo, ao saber-fazer da AOL em matéria de Internet e à sua grande comunidade na Internet, a nova entidade encontrar-se-ia numa posição que lhe permitiria impor a sua tecnologia ou formato enquanto norma do sector. Por exemplo, ameaçando não conceder licenças relativas à sua tecnologia, poderia forçar os produtores de sistemas de reprodução de música a não apoiar tecnologias concorrentes. As empresas discográficas concorrentes que desejassem distribuir a sua música em linha ver-se-iam obrigadas a formatar a sua música utilizando a tecnologia da nova entidade. Em razão do controlo que exerce sobre a tecnologia relevante, a nova entidade poderia controlar a música telecarregável ou reproduzida em fluxo contínuo através da Internet e aumentar os custos dos concorrentes através de remunerações muito elevadas a título de licenças.
- (57) A nova entidade poderia também utilizar a capacidade da AOL a nível da distribuição na Internet nos Estados Unidos para impor a sua tecnologia própria. A nova entidade poderia aceitar distribuir os produtos das etiquetas concorrentes (como discos de música pop internacional vendidos em todo o mundo) apenas se estas etiquetas adoptassem a sua tecnologia. As empresas discográficas estariam dispostas a pagar preços elevados pelo acesso à AOL.
- (58) As partes alegam que a nova entidade não teria nem o poder nem a motivação para implementar uma estratégia de formatação exclusiva. Ademais, alegam que o sector está dominado por concorrentes solidamente estabelecidos, entre os quais a Microsoft, Intel, IBM Sony Fraunhofer Institut e AT & T. Qualquer uma destas entidades poderia, por si só, opor uma grande resistência à mínima tentativa da nova entidade de desenvolver e impor um formato próprio restrito. A Comissão considera que este argumento é falacioso, dado que nenhum destes concorrentes, com excepção da Sony, está verticalmente integrado nem controla, por conseguinte, direitos de edição de música. No que se refere à Sony, a dimensão do seu catálogo de obras musicais (em média, [1 %-10 %]* de todos os direitos de edição de obras musicais) não é comparável à da nova entidade. Por conseguinte, a Comissão considera que o catálogo da Sony não é suficientemente vasto para que esta empresa possa impor uma estratégia de formatação. É conveniente salientar que a Sony desenvolveu já um formato próprio de compressão («ATRAC»), que não se impôs como norma do sector mas que concorre com diversos outros formatos.
- (59) Em conclusão, a Comissão considera que a nova entidade poderia conquistar uma posição dominante no mercado da música em linha.

Sistemas de reprodução de música

- (60) O estudo do mercado efectuado pela Comissão revelou que a empresa comum poderia, em vez de desenvolver tecnologia própria, decidir formatar a música da Time Warner para a tornar compatível exclusivamente com o Winamp, que passaria a ser o único sistema de reprodução de música utilizável para reproduzir esta música.
- (61) A AOL tem também direito de reformatar a música da Bertelsmann para a tornar compatível com o formato Winamp. Como anteriormente referido, a Bertelsmann está contratualmente obrigada a garantir que a formatação da sua música permitirá a reprodução Winamp. Por outro lado, nos termos do acordo, a AOL pode decidir alterar, suportando integralmente os custos subjacentes, o formato do conteúdo da Bertelsmann para o tornar compatível com o seu leitor, quer tal seja comercialmente razoável para a Bertelsmann ou não. A Bertelsmann tem de colaborar com a AOL nesta actividade.

- (62) O Winamp poderia suportar outros formatos e tecnologias (por exemplo, MP3 ou WMA), com os quais as companhias discográficas concorrentes editam a sua música (ou a maior parte da mesma). A Winamp tornar-se-ia no único formato de reprodução do mundo susceptível de reproduzir praticamente toda a música disponível na Internet. As outras empresas discográficas não teriam qualquer motivação para formatar a música com normas próprias, dado não possuírem software de reprodução de música (como o Winamp da AOL), nem uma rede de distribuição de música em linha comparável à AOL, nem a mesma massa crítica em termos de catálogo. Ao negar a concessão de licenças relativas à sua tecnologia, a nova entidade imporá o formato Winamp como formato dominante a nível da reprodução de música, dado que nenhum outro formato poderia descodificar o formato próprio da Time Warner e da Bertelsmann. Dadas as suas limitações técnicas, os mecanismos de reprodução de música dos concorrentes não representariam qualquer obstáculo competitivo a nível da fixação do preço do sistema Winamp. Por conseguinte, a operação permitiria à entidade controlar o *software* de reprodução dominante, para o qual poderia fixar preços superiores aos competitivos.
- (63) As partes alegam que uma estratégia baseada na alteração do formato da sua música no intuito de a tornar compatível exclusivamente com o formato Winamp seria desastroso do ponto de vista comercial. Alegam que, segundo as últimas estatísticas, o formato Winamp é utilizado apenas por [10 %-20 %]* dos ouvintes de música em linha (os formatos de reprodução mais populares são o Real com [70 %-80 %]*, o Microsoft Media Player com [40 %-50 %]* e o QuickTime com [20 %-30 %]*). Por conseguinte, a Time Warner e a Bertelsmann não teriam, incontestavelmente, o mínimo interesse comercial em distribuir a sua música num formato que só poderia ser reproduzido com o formato Winamp, dado que só atingiriam [10 %-20 %]* da audiência de música em linha. A Comissão considera que o facto de o Winamp (que, segundo o sítio Internet da AOL é «líder em música na Internet») ter actualmente uma quota de adeptos inferior à dos mecanismos de reprodução concorrentes é irrelevante se se pensar que a AOL pode alterar o formato da música da Time Warner e da Bertelsmann. Os mecanismos de reprodução de música podem ser telecarregados livre e facilmente para um PC, o qual pode suportar mais de um mecanismo de reprodução. Evidentemente, a chave do êxito de um mecanismo de reprodução reside na sua capacidade de reproduzir a maior variedade de música possível. Neste caso, o catálogo musical reformatado pela AOL constituiria um incentivo para os seus ouvintes em linha utilizarem o Winamp e não o contrário. Os utilizadores da Internet que quisessem telecarregar, por exemplo, uma canção de um artista da Time Warner seriam simultaneamente instruídos no sentido de telecarregarem o Winamp, que se converteria em breve no mecanismo de reprodução de música mais popular do mundo.
- (64) As partes assinalaram também que o Winamp não contém actualmente qualquer tecnologia própria significativa, mas que todos os seus componentes tecnológicos básicos são provenientes de terceiros. A esta alegação pode responder-se que nada impedirá a nova entidade de desenvolver ou autorizar sob licença um formato próprio. Por exemplo, a AOL assinou já um acordo com a Intertrust, em virtude do qual utilizará o sistema de gestão de direitos digitais da Intertrust. Este acordo, que confere à Intertrust a condição de fornecedor preferencial de tecnologia da AOL, poderia representar o ponto de partida para o desenvolvimento de tecnologia própria.
- (65) Por conseguinte, pode concluir-se que a nova entidade viria a conquistar uma posição dominante no mercado do *software* de reprodução de música.

Acesso à Internet por linha telefónica

A posição da AOL nos Estados Unidos e seu modelo comercial

- (66) A AOL é de longe o principal ISP dos Estados Unidos com, segundo as partes, [40 %-50 %]* do mercado. [...]*.
- (67) O modelo de crescimento da AOL nos Estados Unidos baseia-se (pelo menos em parte) nas características únicas da AOL. A AOL oferece uma grande quantidade de conteúdo de fácil utilização, não se limitando a representar um portal de acesso a conteúdos situados em qualquer outro local da Internet.
- (68) Parte do conteúdo e serviços conexos (como fóruns, revistas, grupos de discussão, bases de dados de referência e serviços noticiosos) oferecidos pela AOL são protegidos e a eles só podem ter acesso os assinantes e não o grande público da Internet ⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ Ver «The Internet-the rough guide 2000», por Angus J. Kennedy, p. 41.

- (69) A dimensão da AOL nos Estados Unidos permitiu também adquirir conteúdo em condições preferenciais, como se pode inferir do acordo com a Bertelsmann. O conteúdo e serviços conexos da AOL, conjugados com uma grande base de assinantes, criam um efeito de rede que dissuade os assinantes de abandonarem a AOL. Por outro lado, os recém-chegados estão desejosos de aderir à AOL para poderem comunicar e interagir com a grande comunidade da Internet. Como será descrito *infra*, o efeito de rede actua em ambos os sentidos: mais assinantes atraem mais conteúdo e vice-versa.
- (70) O serviço da AOL foi também descrito como um jardim «murado» ou uma «autoridade única», onde a maioria dos utilizadores da Internet teria a sensação de que pode encontrar o que pretende. Parece isto significar que a página inicial da AOL oferece um grande número de serviços e conteúdo, muitos dos quais exclusivos da AOL. O utilizador, ao activar as ligações, entra numa espiral a partir da qual apenas pode aceder a outros serviços associados e a um determinado conteúdo básico externo. Não obstante, os clientes da AOL podem ser desviados de conteúdos que rivalizem de forma demasiado agressiva com a AOL. A importância dos serviços e conteúdo da AOL pode criar uma situação de inércia considerável face à mudança, na medida em que os utilizadores têm tendência para identificar a AOL com a Internet e a não procurar sítios concorrentes. Por conseguinte, quanto mais conteúdo a AOL adquirir, maior será a sua comunidade de utilizadores, menos interesse terão os assinantes para abandonar o jardim «murado» da AOL e mais razões têm os potenciais utilizadores da Internet para aderir à mesma. Neste contexto, há que distinguir entre internautas passivos e activos. Os primeiros são pouco experientes e tendem a permanecer na AOL, activando apenas as ligações por ela propostas. Em contrapartida, os utilizadores activos são experientes que procuram informações específicas e conseguem encontrar na Internet os seus próprios pólos de interesse. Segundo uma apresentação de Bob Pitman, Presidente do Conselho de Administração da AOL, está provado que os assinantes da AOL passam [uma parte considerável]* do seu tempo a navegar na AOL (efeito de fidelização), o que demonstra que os utilizadores passivos constituem a maior parte dos clientes da AOL.
- (71) Segundo a AOL, a Comissão não compreende correctamente o modelo comercial da AOL. A AOL não é um «jardim murado», visto que proporciona aos seus assinantes em linha a capacidade ilimitada de aceder ao conteúdo da Internet da sua escolha, incluindo produtos, sítios e conteúdos concorrentes sem qualquer ligação ou relação promocional com a AOL. A AOL alega que uma estratégia restritiva do acesso dos assinantes a conteúdo que não lhe pertencesse seria autodestrutiva, dado que afastaria clientes e as receitas de publicidade e de promoção correspondentes. Por outro lado, alguns estudos em anexo à resposta da AOL à comunicação das acusações da Comissão permitem inferir que, no que se refere à consulta de conteúdo (isto é, utilização em linha, excluindo conversa e correio electrónico), os utilizadores da AOL passam [grande parte]* do seu tempo fora da AOL.
- (72) A Comissão entende que estes estudos são enganosos, dado que consideram o tempo passado pelos utilizadores em sítios da Internet não pertencentes à AOL tempo não passado na AOL, o que contradiz categoricamente um documento interno da AOL (apresentação de Bob Pitmann referida no considerando 70), segundo o qual «o conteúdo visitado pelos internautas nas quatro paredes da AOL representam [grande parte]* do tempo de ligação. Só [uma pequena parte]* visita a Internet em geral, o que, como muitos sabem, nos distingue de um ISP convencional, que se limita a estabelecer a ligação com a Internet e que tem quase 100 % da sua utilização unicamente em conteúdo da Internet em geral».
- (73) No que se refere ao «jardim murado», a Comissão descobriu que a maior parte dos utilizadores da AOL tende a navegar na Internet utilizando as ferramentas de navegação apresentadas nas páginas da AOL (como ligações a sítios Internet de terceiros), em vez de utilizar motores de pesquisa ou escrever o endereço dos sítios que procuram. Neste contexto, pode ser útil recordar que, juntamente com a conexão básica à Internet, a AOL agrupa e prepara conteúdo Internet em benefício dos seus clientes (estes serviços são semelhantes aos prestados por um editor, que compila e ordena material escrito por outros). Ao realizar esta tarefa editorial, a AOL vende promoções e aluga espaços de compra na sua rede a fornecedores de conteúdo. Os contratos concluídos pela AOL contêm cláusulas restritivas que proíbem promoções ou ligações a sítios Internet alheios à rede AOL e a venda de produtos concorrentes dos seus. Em consequência destas restrições, os utilizadores da AOL estão confinados à rede AOL, muito embora tenham a impressão de que estão a navegar na Internet sem restrições.

- (74) No que se refere à falta de incentivo económico da AOL para aplicar uma política de exclusão, a Comissão observa que os argumentos das partes assentam num cenário segundo o qual a AOL se negaria absolutamente a acolher conteúdo concorrente de terceiros. A AOL, não obstante, esquece uma situação mais realista na qual aceitaria acolher conteúdo alheio, mas em condições discriminatórias. A Comissão considera que a integração vertical do conteúdo Time Warner nos serviços Internet da AOL repercutir-se-á sobre a política da AOL de fixação dos preços de acesso a praticar relativamente aos fornecedores de conteúdo não associados. Na sequência da fusão, a AOL terá em consideração, nas suas negociações com terceiros fornecedores de conteúdo, o impacto da concorrência sobre a rentabilidade da Time Warner. Por conseguinte, a AOL terá um incentivo para endurecer as condições comerciais e aumentar o preço de acesso, com vista a proteger a rentabilidade da Time Warner e compensar a redução das receitas da Time Warner decorrente de concorrência.

Posição da AOL na Europa

- (75) No mercado europeu do acesso por linha telefónica à Internet, que continua em grande medida dominado pelas companhias telefónicas tradicionais em razão do seu controlo sobre os lacetes locais, a AOL é o único ISP presente na maior parte dos Estados-Membros. Na realidade, ocupa o segundo lugar em França, na Alemanha e no Reino Unido.
- (76) Segundo as partes, a posição de mercado da AOL e das suas associadas nos quatro mercados principais, com base no número de clientes, é a seguinte:
- Em França, com cerca de [10 %-20 %]* (AOL [10 %-20 %]* e CompuServe [menos de 10 %]*, a AOL é o segundo ISP, logo atrás da Wanadoo, propriedade da France Telecom, com uma quota de mercado de [30 %-40 %]*;
 - Na Alemanha, com [10 %-20 %]* (AOL [10 %-20 %]* e CompuServe [menos de 10 %]*), a AOL é o segundo ISP, logo atrás da T-Online, propriedade da Deutsche Telecom, com cerca de [50 %-60 %]*. É conveniente assinalar que a posição da AOL no mercado é reforçada pelo facto de a sua sócia Bertelsmann, que possui 50 % da AOL Europe, deter o controlo conjunto da Lycos Europe. A Comundo, o ISP de acesso por linha telefónica da Lycos Europe, tem uma quota do mercado alemão [inferior a 10 %]*;
 - Nos Países Baixos, a AOL (CompuServe) detém [menos de 10 %]*, o que a situa em oitavo lugar;
 - Relativamente ao Reino Unido, ver considerandos 78 e seguintes.
- (77) Na Europa, a taxa média de penetração da Internet é muito inferior à dos Estados Unidos. Esta situação deve-se principalmente ao facto de, nos Estados Unidos, o acesso e a utilização da Internet serem muito mais baratos do que na Europa, onde, em geral, as chamadas locais são pagas em função do número de períodos utilizados. Nos Estados Unidos, as chamadas locais são gratuitas e a maior parte dos ISP financia as suas actividades através das assinaturas fixas dos seus aderentes, das receitas de publicidade na Internet (isto é, receitas procedentes da venda de espaço publicitário nos sítios Internet) e das comissões cobradas no âmbito do comércio electrónico (uma parte do preço de um artigo vendido numa página web a que se acede por uma ligação assinalada no sítio do ISP). Calcula-se que, na Europa, os custos de acesso à Internet venham a diminuir, processo este que será facilitado pela desagregação do lacete local de telecomunicações e pela promoção do acesso não temporizado. A desagregação do lacete local permite a mais concorrentes exercerem actividades sem terem de construir uma infra-estrutura concorrente e disputar clientes com o operador de telecomunicações tradicional. Com os custos de acesso em queda, o conteúdo converter-se-á no factor determinante da competitividade dos ISP.

Posição da AOL no Reino Unido

- (78) Contrariamente ao que sucede em França e na Alemanha, onde os ISP dominantes são pagos e controlados pelos operadores de telecomunicações tradicionais, o mercado britânico da Internet caracteriza-se pela presença de vários ISP gratuitos. Em termos de números de clientes, a Freeserve ocupa o primeiro lugar. Segundo os últimos dados relativos ao mercado (em termos de assinantes activos), de Junho de 2000, os principais operadores no mercado são:
- Freeserve: [15 %-25 %]*,
 - AOL: [15 %-25 %]* (AOL UK [menos de 10 %]*, Netscape On Line [menos de 10 %]* e CompuServe [menos de 10 %]*),
 - Line One: [menos de 10 %]*,

- Virgin Net: [menos de 10 %]*,
 - Breath Online: [menos de 10 %]*,
 - BT Internet: [menos de 10 %]*.
- (79) Não obstante, a apreciação da posição de mercado dos ISP exclusivamente em função do número de assinantes pode induzir em erro. Muitos utilizadores ocasionais da Internet podem subscrever uma assinatura gratuita junto de determinados ISP mas utilizá-la muito raramente, o que gera receitas de ligação reduzidas. Em alternativa, para determinar a posição de mercado de um ISP, pode recorrer-se às receitas. As partes não conseguiram apresentar quotas de mercado em função das receitas, dado que a maioria dos ISP não está constituída sob a forma de sociedade de capitais e, por conseguinte, não publica os seus resultados. Não obstante, se as quotas de mercado fossem calculadas nesta base, a quota da AOL seria muito superior à da Freeserve e, ainda de longe, a maior do Reino Unido. Em 1999/2000, as receitas da Freeserve provenientes das ligações por linha telefónica à Internet (isto é, as receitas de interconexão) ascenderam a 9,6 milhões de libras, as receitas brutas a [...] libras (receitas de interconexão acrescidas das taxas de assinatura) e as receitas líquidas (isto é, assinaturas líquidas dos custos de rede, a saber, o montante pago pela AOL ao operador telefónico local) a [...] libras. Portanto, as receitas da AOL são [várias vezes]* superiores às receitas da Freeserve e [superiores a]* ao somatório das receitas Internet dos seus quatro principais concorrentes (Freeserve, Line One e Virgin Net que, juntos, recolhem [35 %-45 %]* dos assinantes no Reino Unido). Se as quotas de mercado fossem calculadas com base nas receitas, poder-se-ia indiscutivelmente considerar a AOL o maior fornecedor de acesso por linha telefónica à Internet. Há que ter em conta que, contrariamente ao alegado pelas partes, a análise das quotas de mercado baseada nas receitas tem já precedentes. Com efeito, no processo Telia/Telenor, a Comissão calculou as quotas de mercado do acesso por linha telefónica à Internet tanto em termos de receitas como do número de assinantes.
- (80) Com base no número de assinantes, a AOL liderava o mercado, com uma quota de [35 %-45 %]* (AOL Reino Unido [15 %-25 %]* e CompuServe [15 %-25 %]*) antes de a Freeserve ter entrado no mercado, em Setembro de 1998. O êxito da Freeserve deve-se ao facto de, contrariamente à AOL, oferecer acesso gratuito à Internet (os assinantes pagam apenas as comunicações telefónicas) e contribuir para diminuir o custo da utilização da Internet. Não obstante, a Freeserve é uma empresa recente que se encontra numa situação financeira delicada. Em 29 de Abril de 2000, a Freeserve registava perdas líquidas de cerca de 18,4 milhões de libras e perdas de exploração de 26,4 milhões de libras. Segundo previsões recentes dos analistas, a Freeserve registaria, em 2001, perdas de 61 milhões de libras, antes de impostos, face às anteriores previsões que apontavam para - 27,4 milhões de libras. A situação financeira precária da Freeserve e os seus maus resultados lançam dúvidas quanto à sua viabilidade e credibilidade futuras enquanto concorrente de empresas multimercado de muito maiores dimensões e financeiramente mais sólidas, como a AOL. Em geral, os analistas financeiros questionam o próprio modelo comercial de acesso gratuito à Internet. Há que ter em conta a este respeito que os outros dois fornecedores de acesso gratuito à Internet, a Line One e a Virgin Net, cancelaram e atrasaram recentemente as suas ofertas de acesso ⁽²¹⁾. Nestas circunstâncias, não é de excluir que, pelo menos no Reino Unido, venha futuramente a prevalecer o modelo norte-americano de acesso à Internet baseado em assinaturas.
- (81) Num contexto de acesso à Internet baseado em assinaturas, teriam êxito os ISP que pudessem justificar a sua assinatura propondo um conteúdo interessante, como confirmado num recente relatório da Jupiter Communications que declara que «a AOL continua o rei do conteúdo, entre portais e ISP. Os 30 minutos diários que os consumidores utilizam em média são bem merecidos, dada a qualidade ímpar do conteúdo e das ofertas de comércio electrónico da AOL» ⁽²²⁾. Contrariamente aos seus concorrentes, que não possuem conteúdo próprio, a AOL poderia condicionar o grande catálogo musical da Time Warner e da Bertelsmann ao acesso à Internet e a serviços próprios e conceder aos seus assinantes acesso exclusivo ou preferencial a esse conteúdo (por exemplo, os assinantes da AOL poderiam ter acesso à música da Time Warner vários meses antes dos não assinantes).

⁽²¹⁾ Ver «Setbacks cast doubts on "free" Net access», Chris Ayres, em *The Times*, 20 de Julho de 2000.

⁽²²⁾ Relatório da Jupiter Communication, «Competitive landscapes, UK market — Fourth Quarter 2000».

- (82) A massa crítica deste conteúdo, conjugada com a força de distribuição na Internet da AOL nos Estados Unidos, agirá com um íman atraindo mais conteúdo para o serviço «loja em linha» da AOL. A música tem um poder de atracção considerável e um efeito de arrastamento, atraindo novos assinantes para a AOL. No decurso da sua investigação, a Comissão verificou que a música é um dos elementos mais populares e procurados no conteúdo Internet.
- (83) O conteúdo Time Warner oferece várias possibilidades de promoção dos serviços AOL de ligação por linha telefónica à Internet. A AOL poderia, por exemplo, oferecer pacotes Internet/música interessantes, utilizando a música como instrumento de promoção ou produto de lançamento (por exemplo, as assinaturas AOL oferecem música Time Warner e Bertelsmann gratuitamente durante um mês, ou assinaturas que permitem escutar um novo álbum ainda não lançado no mercado de um artista pop). A música pode facilmente ser distribuída em linha através de ligações de banda estreita, visto tratar-se já de um produto digital com poucos requisitos em termos de banda (banda estreita), sendo a base do seu público semelhante à base de utilizadores da Internet. A AOL pode utilizar a música em linha enquanto plataforma para atrair um número suficiente de novos assinantes que lhe garanta uma posição dominante no mercado de acesso por linha telefónica à Internet. A AOL poderia também adaptar os CD da Time Warner e da Bertelsmann de forma a incluírem software da AOL, incentivando assim os consumidores a registarem-se na AOL e a obterem a AOL gratuitamente. Neste contexto, é oportuno referir que, segundo o acordo AOL/Bertelsmann, um dos meios de promoção que a Bertelsmann pode utilizar para conseguir os seus objectivos em termos de número de assinantes (referidos no considerando 43) consiste em permitir à AOL instalar o seu *software* em CD, DVD e CD-ROM da Bertelsmann e incluir autocolantes e outro material publicitário para promover esta integração de *software*.
- (84) As partes defendem que a fusão com a Time Warner não altera o modelo comercial da AOL. Estas empresas declararam que não tencionam adoptar uma estratégia de promoção ou distribuição exclusiva da música Time Warner através da AOL. As partes alegam que as receitas de promoção geradas por uma ampla promoção e distribuição superam em muito as receitas proporcionadas pela exclusividade. As vendas não realizadas quando só se propõe para venda uma parte da música — e o valor promocional dessas vendas — não são recuperáveis, nem mesmo através de aumentos substanciais das vendas dos conteúdos promocionais. Quando se tem em conta os «visionamentos» perdidos devido a falta de promoção da música mais procurada, as receitas da associação Time Warner/AOL são, inclusivamente, inferiores ao modelo não exclusivo [...]*. Decorre, pois, que o actual modelo de promoção da AOL (promoção e distribuição maciças) gera maiores receitas do que qualquer outro modelo de distribuição exclusiva concorrente.
- (85) No entender da Comissão, a análise da AOL baseia-se numa visão estática do mercado de distribuição de música, que não tem em conta as sinergias e as alterações induzidas pela fusão. Por exemplo, o raciocínio das partes não tem em conta o facto de a massa crítica do conteúdo musical no sítio Internet da AOL — Time Warner e Bertelsmann — vir a atrair música de outras empresas discográficas; em razão do seu catálogo e rede de distribuição, as empresas discográficas concorrentes serão obrigadas a aderir à AOL, que acabará por ter acesso a toda a música. As partes não têm também em consideração o facto de a AOL, ao promover na sua própria rede a música da Time Warner e da Bertelsmann, a título exclusivo ou preferencial (isto é, negando o acesso ao seu conteúdo ou aplicando preços não competitivos face a outros ISP), atrair mais assinantes da Internet e aumentar assim a sua importância enquanto portal para fornecedores de conteúdos concorrentes. Por fim, há que recordar que o desenvolvimento de novos formatos ou tecnologias próprias para distribuição de música na Internet seria por si só suficiente para alterar o modelo comercial da AOL.
- (86) Não é necessário determinar se a operação pode conduzir à criação de uma posição dominante no mercado de acesso por linha telefónica à Internet no Reino Unido, visto que esta possibilidade é inviabilizada pelo impacto das soluções dadas por ambas as partes no domínio da música.

Conteúdo banda larga

Filmes e programação de TV

- (87) A operação notificada implica, entre outras coisas, a integração vertical da cinemateca e do catálogo de programas de televisão da Time Warner com os serviços de distribuição em linha e com a rede da Internet da AOL.
- (88) A nova entidade será o primeiro fornecedor de conteúdo banda larga verticalmente integrada. A Comissão considera que uma empresa capaz de veicular o acesso de banda larga da Internet a um amplo arsenal de conteúdo (e música) banda larga interessante terá uma vantagem competitiva considerável relativamente às empresas ou fornecedores de conteúdo não integrados, que fornecem uma gama mais limitada de conteúdos.
- (89) No decurso do procedimento, foram manifestadas diversas preocupações quanto à possibilidade de a AOL poder utilizar a sua posição dominante nos Estados Unidos para influenciar a sua posição no EEE. A AOL é o maior ISP da maior comunidade Internet do mundo. É o líder incontestado nos Estados Unidos e o único ISP presente na maior parte dos países europeus. Os seus dois serviços de mensagem instantânea constituem um formidável instrumento de distribuição e uma rede com cerca de 130 milhões de potenciais utilizadores. A IM e ICQ podem ser utilizadas para partilhar simultaneamente ficheiros áudio entre os utilizadores. Os utilizadores de IM e ICQ podem ver um filme da Time Warner e discutir simultaneamente o filme. Podem criar grupos de debate e clubes de fãs e promover este conteúdo através da troca de impressões. Os aderentes a serviços de mensagem podem também ser utilizados para implementar programas de fidelização — por exemplo, se enviarem um filme Time Warner a 10 utilizadores, terão um desconto aquando do visionamento em fluxo contínuo de um outro filme. Por outro lado, graças à operação, a AOL terá acesso à infra-estrutura de cabo de banda larga da Time Warner, um dos principais operadores de cabo dos Estados Unidos.
- (90) Dados o alcance, a enorme clientela e os serviços de mensagem instantânea em causa, o estudo do mercado da Comissão revelou que terceiros, e em especial *media* internacionais e empresas de entretenimento cujos produtos são comercializados a nível mundial, devem ter acesso à AOL nos Estados Unidos para conseguir uma distribuição máxima do seu conteúdo. Para dissipar quaisquer dúvidas a este respeito, as partes comprometeram-se a que, nos três anos subsequentes à fusão Time Warner/AOL, a AOL se absterá de exigir, enquanto condição *sine qua non* de qualquer acordo de inclusão de conteúdo no seu serviço em linha nos Estados Unidos, que o fornecedor de conteúdo assine um acordo de inclusão dos conteúdos com outro ISP associado à AOL no EEE. A Comissão registou este compromisso.
- (91) No que se refere ao conteúdo da Time Warner, a Warner Brothers ocupa, na sua qualidade de grande estúdio de Hollywood, uma posição significativa enquanto fornecedor de conteúdo para este mercado. As quotas de mercado dos produtores de filmes dependem do número de êxitos conquistados anualmente. A quota de mercado da Warner Brothers, com base nas receitas de bilheteira, oscila entre 10 % e 20 %. Por exemplo, em 1997 a Warner Bros ocupou o segundo lugar, com cerca de [10 % — 20 %]*, depois de, em 1995, ter conseguido liderar a tabela com [10 % — 20 %]*⁽²³⁾. A Time Warner tem um vasto catálogo de programas de televisão em língua inglesa, nomeadamente vários êxitos internacionais (ER e Friends). Contudo, no EEE, a Time Warner não é um fornecedor único ou dominante de conteúdo banda larga. A quota de mercado da Time Warner no que se refere à produção de programas de televisão para difusão é inferior a [10 %]* em todos os países do EEE.
- (92) Neste contexto, pode concluir-se que a fusão Time Warner/AOL não conduzirá à criação de uma posição dominante no mercado de conteúdo banda larga no EEE.

⁽²³⁾ European Audiovisual Observatory Statistical Yearbook 1998, p. 92.

Acesso banda larga à Internet

- (93) O considerável catálogo da Time Warner em termos de vídeos e filmes (tal como os da Warner Bros e CNN) é plenamente adequado à distribuição através de ligações de alta velocidade à Internet. A nova entidade poderia utilizar o conteúdo banda larga da Time Warner para dominar o novo mercado europeu do acesso de alta velocidade à Internet. Para o efeito, a AOL poderia utilizar o seu conteúdo como artigo de promoção e/ou associá-lo a assinaturas AOL. Não obstante, nem a AOL nem a Time Warner possuem infra-estruturas de transmissão na Europa, que se caracteriza pela presença de empresas de cabo e companhias telefónicas tradicionais solidamente estabelecidas. A Time Warner possui uma importante infra-estrutura de cabo nos Estados Unidos, com cerca de 12,6 milhões de assinantes no final de 1999, mas não detém participações em nenhuma rede europeia de cabo.
- (94) Por quanto precede, a Comissão considera, após exame, não existirem bases credíveis para concluir que, num futuro próximo, a nova entidade venha a ocupar uma posição dominante no novo mercado de banda larga no EEE. Por conseguinte, a operação não conferirá uma posição dominante neste mercado.

V. COMPROMISSOS OFERECIDOS PELAS PARTES

- (95) No intuito de resolver os problemas de concorrência detectados pela Comissão, as empresas apresentaram, em 20 de Setembro de 2000, um conjunto de compromissos que se podem resumir do seguinte modo:
- a) As partes criarão um mecanismo que permitirá à Bertelsmann alienar progressivamente a sua participação na AOL Europe SA («AOL Europe») e na AOL CompuServe France SAS («AOL France»);
 - b) As partes implementarão, até o processo referido *supra* estar concluído, medidas destinadas a garantir que a Bertelsmann não controlará a AOL Europe nem a AOL France, nem concederá a AOL tratamento preferencial:
 - i) a Bertelsmann renunciou a todos os seus direitos de veto, consentimento e aprovação na AOL Europe; relativamente à AOL France, acordou exercer tais direitos em nome da AOL e sob instruções suas,
 - ii) ademais, a AOL providenciará para que a AOL Europe emita acções equivalentes a 1 % do seu capital, acções essas destinadas a um investidor não controlado pela Bertelsmann AG nem a ela associado. Tal emissão reduz a participação e os direitos da Bertelsmann AG para um nível abaixo dos 50 %,
 - iii) a AOL compromete-se a que os presidentes da AOL Europe, AOL France e outros associados da AOL Europe não mantenham qualquer vínculo com a Bertelsmann,
 - iv) a AOL Time Warner não adoptará medidas com vista a permitir que a música da Bertelsmann esteja disponível em linha exclusivamente através da AOL, nem dará a essa música qualquer formato próprio que só possa ser reproduzido por um mecanismo da AOL,
 - v) a AOL Time Warner não exigirá à Bertelsmann que promova exclusivamente os serviços de ISP da AOL,
 - vi) a AOL tomará todas as medidas razoavelmente necessárias para garantir que a Bertelsmann não exerça um controlo operativo ou um controlo negativo sobre a AOL Europe ou a AOL France, na aceção do regulamento comunitário em matéria de concentrações,
 - c) A AOL compromete-se a renunciar a certos direitos previstos no acordo comercial com a Bertelsmann:
 - i) a AOL não exercerá o direito, conferido pelo acordo comercial, de alterar o formato da música Bertelsmann para o tornar compatível com o mecanismo de reprodução da AOL, de uma forma que equivalha, promova ou favoreça um formato a que terceiros não possam ter acesso, mediante licença, em condições comerciais razoáveis,
 - ii) a AOL não aplicará qualquer disposição do acordo comercial que impeça a Bertelsmann de promover ISP terceiros,
 - d) Será designado um supervisor independente que velará pela observância por parte da AOL Time Warner dos compromissos relativos à Bertelsmann, até esta alienar os seus interesses na AOL Europe e a AOL CompuServe France.

VI. APRECIÇÃO DOS COMPROMISSOS OFERECIDOS PELAS PARTES

- (96) A Comissão examinou o mecanismo proposto na alínea a) do considerando 95 e considera que o mesmo permitirá eliminar de forma adequada as relações estruturais entre a AOL e a Bertelsmann. Assim, a nova entidade não terá acesso à principal fonte de direitos de edição ⁽²⁴⁾ — necessário para a exploração em linha de música na Internet — e por conseguinte impedir-se-á a criação de uma posição dominante no sector da música em linha, dos mecanismos de reprodução de música e no mercado de ligação por linha telefónica à Internet. As medidas provisórias referidas nas alíneas b) e c), assim como a supervisão, garantem satisfatoriamente que, até a Bertelsmann alienar a sua participação na AOL Europe e na AOL France, as relações entre a Bertelsmann e a AOL são perfeitamente legítimas.
- (97) Em conclusão, a Comissão considera que a proposta final das partes, que define os compromissos oferecidos, elimina todo e qualquer problema em matéria de concorrência suscitado pela operação no EEE,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

A operação de concentração que prevê a fusão da America Online Inc. com a Time Warner Inc., na acepção do n.º1 alínea a) do artigo 3.º do Regulamento (CEE) n.º 4064/89, é, sob reserva da observância plena da proposta final de compromissos apresentada pelas partes e constante em anexo, compatível com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE.

Artigo 2.º

São destinatários da presente decisão:

America Online, Inc.
22000 AOL Way
20166-9323
USA
Fax: 001-703-265-3992

Time Warner Inc.
75 Rockefeller Plaza Dulles, VA
New York NY 10019
USA
Fax: 001-212-586-9812

Feito em Bruxelas, em 11 de Outubro de 2000.

Pela Comissão

Mario MONTI

Membro da Comissão

⁽²⁴⁾ Há que não esquecer que a quota de mercado da Time Warner, tanto no que se refere a direitos de reprodução mecânica como a direitos de execução, não ultrapassa, em nenhum Estado-Membro [15 %-30 %].

ANEXO

COMPROMISSO NOS TERMOS DO N.º 2 DO ARTIGO 8.º DO REGULAMENTO (CEE) N.º 4064/89

No âmbito da fusão America Online, Inc. («AOL»)/Time Warner Inc. («Time Warner»), a AOL e a Time Warner oferecem, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º do Regulamento relativo às operações de concentração, e sob reserva da constatação, pela Comissão, de que a fusão AOL/Time Warner é compatível com o mercado comum em conformidade com o n.º 2 do artigo 8.º do mesmo regulamento, os seguintes compromissos:

1. **Emissão de acções da AOL Europe no intuito de diminuir o peso da Bertelsmann.** Em virtude dos direitos da AOL previstos no acordo de opção de compra/venda celebrado com a Bertelsmann AG («Bertelsmann»), de 16 de Março de 2000, nos três meses subsequentes à adopção pela Comissão da sua decisão, e a menos que a Bertelsmann aliene primeiro a sua participação na AOL Europe SA («AOL Europe»), a AOL tomará as devidas providências para que a AOL Europe emita acções no valor de 1 % do seu capital emitido e em circulação na sequência desta emissão, destinadas a um investidor não controlado pela Bertelsmann nem a ela associado.
2. **Medidas provisórias até a Bertelsmann alienar a sua participação na AOL Europe e na AOL CompuServe France.** Sob reserva da efectiva realização da fusão com a Time Warner, a AOL e a Time Warner acordam que, até à alienação pela Bertelsmann AG da sua participação na AOL Europe em na AOL CompuServe France SAS, i) a AOL Time Warner não adoptará qualquer medida destinada a permitir que a música da Bertelsmann esteja disponível em linha exclusivamente através da AOL nem dará a essa música um formato próprio unicamente compatível com um mecanismo de reprodução de música da AOL, ii) caso a AOL deseje nomear um novo presidente do Conselho de Administração da AOL Europe ou de um dos seus associados, esse presidente não terá qualquer ligação à Bertelsmann, iii) a AOL Time Warner não exigirá a Bertelsmann que promova com carácter de exclusividade os serviços ISP da AOL e iv) a AOL tomará todas as medidas necessárias para que a Bertelsmann não exerça uma influência decisiva ou um controlo negativo sobre a AOL Europe nem sobre a AOL CompuServe France SAS, na acepção do regulamento comunitário em matéria de operações de concentração.
3. **[A AOL e a Bertelsmann implementarão um mecanismo no âmbito do qual a Bertelsmann alienará progressivamente a sua participação na AOL Europe e na empresa-comum francesa AOL Compuserve.]***
4. **Alterações ao acordo comercial Bertelsmann.** Em conformidade com o acordo comercial e de serviços interactivos celebrado entre a AOL, a AOL Europe e a Bertelsmann, de 16 de Março de 2000 («acordo comercial»), e uma vez realizada a fusão AOL Time Warner, a AOL compromete-se ao seguinte:
 - a) Para permitir à Bertelsmann promover qualquer ISP terceiro, uma vez realizada a fusão AOL/Time Warner, a primeira informará a Bertelsmann de que não aplicará a secção B.2.3 do anexo B do acordo comercial, que actualmente impede a Bertelsmann de promover ISP terceiro, se não forem cumpridos os objectivos de número de assinantes estipulados nessa secção do acordo;
 - b) A AOL informará a Bertelsmann de que não exercerá o direito referido na secção C.1 do anexo B do acordo comercial que lhe permite alterar o formato da música Bertelsmann para o tornar compatível com o mecanismo de reprodução da AOL, de forma que equivalha a promover ou favorecer um formato não disponível a terceiros, mediante licença, em condições equitativas e não discriminatórias.
5. **Disposição relativa ao controlo por um supervisor independente.** O mais tardar duas semanas depois de a Comissão ter adoptado a decisão de autorização da fusão AOL/Time Warner, a nova entidade proporá três pessoas independentes e com experiência para desempenharem a função de supervisores independentes, de entre as quais a Comissão deve escolher uma para a exercício de tal função. A proposta deve documentar e justificar plenamente a independência e experiência dos candidatos. A Comissão só poderá recusar os três nomes se nenhum deles possuir a independência e experiência indispensáveis; neste caso, deve ela própria indicar uma pessoa independente e com experiência. A AOL Time Warner nomeará o supervisor independente nos cinco dias úteis subsequentes à aprovação da Comissão e apresentará uma cópia do acordo assinado com esse supervisor independente. Este acordo deverá incluir um mandato escrito definindo as suas obrigações e responsabilidades.
 - a) O mandato descreverá, nomeadamente, as actividades do supervisor independente, as condições da sua substituição, assim como as obrigações de informação e a sua remuneração. O mandato deve ser aprovado pela Comissão. As partes alterarão o projecto se a Comissão assim o solicitar e alterarão o mandato na sequência e após pedido fundamentado da Comissão ou do supervisor independente, se as suas disposições não permitirem a este último o correcto exercício das suas funções de supervisão da observância dos n.ºs 1, 2, 3 e 4 dos compromissos mencionados *supra* («compromissos Bertelsmann»);
 - b) O supervisor independente exercerá as suas funções até à alienação pela Bertelsmann da sua participação na AOL Europe e na AOL Compuserve France SAS e assegurará a observância pela AOL Time Warner dos compromissos Bertelsmann;
 - c) O supervisor independente adoptará todas as medidas razoavelmente necessárias para garantir a observância pela AOL Time Warner dos compromissos Bertelsmann e a AOL Time Warner adoptará todas as medidas que o supervisor independente considere razoavelmente necessárias para respeitar os compromissos Bertelsmann no prazo fixado pelo supervisor. A AOL Time Warner prestará também ao supervisor independente toda a colaboração e informações que este razoavelmente solicite;

- d) O supervisor independente apresentará à Comissão relatórios semestrais por escrito, em inglês, sobre o exercício do seu mandato, precisando os aspectos em que se viu impossibilitado de exercer esse mandato. A AOL Time Warner receberá simultaneamente uma cópia não confidencial destes relatórios. A pedido da Comissão, o supervisor independente apresentará em qualquer momento um relatório escrito ou oral sobre aspectos relativos ao seu mandato. A AOL Time Warner receberá simultaneamente uma cópia não confidencial destes relatórios.
-