KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 27. maj 1998

vedrørende en procedure i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89

(Sag IV/M.1027 — Deutsche Telekom/BetaResearch)

(meddelt under nummer K(1998) 1441)

(Kun den tyske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

(1999/154/EF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,

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

under henvisning til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser [1], senest ændret ved forordning (EF) nr. 1310/97 [2], særlig artikel 8, stk. 3,

under henvisning til Kommissionens beslutning af 29. januar 1998 om at indlede procedure i denne sag,

efter at have givet de deltagende virksomheder lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger til Kommissionens indsigelser,

efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Kontrol med Fusioner og Virksomhedsovertagelser [3], og

ud fra følgende betragtninger:

(1) Den 8. december 1997 modtog Kommissionen efter artikel 4 i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (herefter benævnt fusionsforordningen) anmeldelse af en fusionsplan gående ud på, at Deutsche Telekom AG (herefter benævnt Telekom), CLT-UFA SA (herefter benævnt CLT-UFA) og Beta-Technik GmbH (herefter benævnt BetaTechnik) som omhandlet i fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b), erhverver fælles kontrol med Beta-Research Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen mbH (herefter benævnt BetaResearch). Den planlagte fusion skal gennemføres ved erhvervelse af kapitalandele.

(2) Den 23. december 1997 beordrede Kommissionen ved beslutning truffet efter fusionsforordningens artikel 7, stk. 2, og artikel 18, stk. 2, gennemførelsen af den anmeldte fusion stillet i bero, indtil der var vedtaget en endelig beslutning i sagen.

(3) Ved skrivelse af 22. december 1997 meddelte Tyskland jf. fusionsforordningens artikel 9, stk. 2, Kommissionen, at denne fusion og fusionen Bertelsmann/Kirch/Premiere truede med at skabe eller styrke en dominerende stilling, hvorved den effektive konkurrence ville blive hæmmet betydeligt på seks markeder i Tyskland, der hver især udgjorde et særskilt geografisk marked som omhandlet i fusionsforordningens artikel 9, stk. 7.

(4) Kommissionen besluttede den 29. januar 1998 at indlede procedure i denne sag i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c), og EØS-aftalens artikel 57.

(5) Det rådgivende udvalg drøftede den 6. maj 1998 og den 25. maj 1998 udkastet til denne beslutning.

I. PARTERNE

(6) Telekom er det offentlige teleselskab i Tyskland. Telekom er enten direkte eller gennem datterselskaber aktiv inden for hele telesektoren. Selskabet ejer og driver næsten alle tyske kabel-tv-net på netniveau 3.

([1]) EFT L 395 af 30.12.1989, s. 1, (berigtiget i EFT L 257 af 21.9.1990, s. 13).
([2]) EFT L 180 af 9.7.1997, s. 1.
([3]) EFT C 57 af 27.2.1999.

(7) CLT-UFA er et joint venture mellem Bertelsmann AG (herefter benævnt Bertelsmann) og Audiofina SA, hvori moderselskaberne har samlet deres europæiske tv-aktiviteter. Hertil hører også interesserne i Premiere Medien GmbH & Co. KG. (herefter benævnt Premiere).

(8) BetaTechnik er en del af Kirch-koncernen (herefter benævnt Kirch) og er primært aktiv inden for post-produktion i filmbranchen, f. eks. synkronisering. Kirch er den største udbyder af biograffilm og underholdningsprogrammer til tv i Tyskland og er også aktiv i den private tv-sektor.

II. TRANSAKTIONEN

(9) BetaResearch, som i dag er et helejet datterselskab i Kirch, er indehaver af eksklusive og ikke-tidsbegrænsede licenser for Tyskland, Østrig og den tysktalende del af Schweiz på beta-krypteringsteknologien til kryptering af programmer baseret på d-box-dekoderen. Licensgiveren til adgangsstyringsteknologien er DigCo BV, hvoraf 50 % ejes af Kirch og de øvrige 50 % af Irdeto BV, der tilhører den sydafrikanske MIH-koncern. BetaResearch beskæftiger sig med udvikling af dekodersoftware og skal videreudvikle krypterings- og driftssoftware til d-box-teknologien. Det er meningen, at der skal gives licens på denne teknologi til betalings-tv-udbydere, udbydere af tekniske tjenester til digital-tv og dekoderproducenter. BetaResarch vil desuden selv fremstille adgangsstyringsmoduler (CA-moduler) og smartcards til d-box-producenter. Endvidere udfører BetaRescarch også ordre- og projektudvikling for andre og har allerede fået ordrer fra Stinnes og MediaGate (Thyssen Telekom).

(10) CLT-UFA overtager 50 % af kapitalen såvel BetaResearch som BetaDigital Gesellschaft für digitale Fernsehdienste mbH (efterfølgende benævnt BetaDigital), som ligeledes er et helejet datterselskab i Kirch. Disse fusioner er en del af den planlagte omstrukturering af det tyske betalings-tv-selskab Premiere, der med tiden skal fungere som program- og markedsføringsplatform for digitalt betalings-tv på basis af den d-box-teknologi, som Kirch stiller til rådighed for Premiere. Denne transaktion behandles i sag IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere.

(11) Telekom har tilsluttet sig Kirchs og Bertelsmanns aftale om at indføre betakrypterings- og dekrypteringsteknologien (beta-adgangsteknologien) baseret på d-box-dekoderen. På grundlag af denne teknologi vil Telekom udvikle en teknisk platform til digital transmission af betalings-tv-programmer gennem sit kabelnet og tilbyde tekniske tjenester til programtransmission. Ved den anmeldte transaktion agter Telekom at sikre sig de fornødne rettigheder til beta-adgangsteknologi. Dette projekt er en del af en række komplekse aftaler mellem på den ene side CLT-UFA og Kirch og på den anden CLT-UFA, Kirch og Telekom.

III. FUSION

(12) Telekom, CLT-UFA og Kirch vil sammen kontrollere BetaResearch i den i fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b) fastsatte betydning. Ifølge den »Aftale om omstrukturering af BetaResarch«, der er indgået mellem CLT-UFA, Kirch og Telekom (herefter benævnt omstruktureringsaftalen), skal vigtige forretningspolitiske beslutninger, såsom [. . .] [4] træffes af virksomhedens ejere med enstemmighed.

(13) BetaResearch vil på et varigt grundlag varetage alle de funktioner, der normalt varetages af selvstændige økonomiske enheder, og desuden ikke føre til nogen samordning af Telekoms, CLT-UFA's og Kirchs konkurrenceadfærd. BetaResearch vil ikke alene give licens på d-box-teknologien til virksomheder, der som Telekom og BetaDigital udbyder tekniske tjenester til digital-tv, men også til programudbydere, der selv vil tage sig af de fornødne tekniske tjenester. BetaReseach vil derudover meddele licenser til interesserede dekoderproducenter og levere CA-moduler til dem. Endvidere vil BetaResearch udvikle dekodersoftware også til tredjemand. Det kan derfor konkluderes, at BetaResearch ved siden af sine forretninger med moderselskaberne eller med disse forbundne virksomheder også i ikke ubetydeligt omfang vil drive forretninger med tredjeparter og dermed selv optræde som aktør på markedet. BetaResearch må derfor betragtes som en selvstændigt fungerende virksomhed. Eftersom kun CLT-UFA gennem Bertelsmanns interesser i Seca SA er aktiv inden for digitale krypteringsteknologier til betalings-tv, er der ingen

[4] Denne udgave af beslutningen er redigeret for at sikre, at fortrolige oplysninger ikke offentliggøres.

risiko for en samordning af Telekoms, CLT-UFA's og Kirchs konkurrenceadfærd.

IV. FÆLLESSKABSDIMENSION

(14) Telekom, Bertelsmann og Kirch har tilsammen en verdensomsætning på over 5 mia. ECU. De har hver især en omsætning inden for Fællesskabet på over 250 mio. ECU. Kun Kirch og Telekom realiserer mere end to tredjedele af deres fællesskabsomsætning i én og samme medlemsstat, nemlig Tyskland. Fusionen har følgelig fællesskabsdimension og udgør ingen samarbejdssag i henhold til EØS-aftalen.

V. VURDERING EFTER FUSIONSFORORDNINGENS ARTIKEL 2

(15) Den planlagte fusion berører først og fremmest markederne for:

— tekniske tjenester til betalings-tv

— kabelnet.

A. RELEVANTE PRODUKTMARKEDER

1) *Tekniske tjenester til betalings-tv*

(16) Udbud af betalings-tv forudsætter en særlig teknisk infrastruktur, der åbner mulighed for at kryptere programsignaler og dekryptere dem over for de autoriserede seere. Sidstnævnte sker ved hjælp af en dekoder, som installeres i alle de tv-husstande, der abonnerer på betalings-tv. Dekodere til modtagelse af digitalt betalings-tv afkoder ikke blot de signaler, der er krypteret i adgangssystemet, men konverterer dem også, således at digitale tv-signaler kan modtages på analoge tv-apparater. Der anvendes forskellige dekodere til henholdsvis kabel- og satellittransmission.

(17) Ud over en dekoderbasis kræver betalings-tv også et adgangsstyringssystem. Dette system skal styre transmission af krypterede data med informationer om de programmer eller programpakker, der abonneres på, og om de betalings-tv-abonnenter, der er autoriseret til at modtage dem, sammen med programsignalet og såkaldte smartcards, som seerne kan købe, og som kan afkode de krypterede autorisationsdata og sende dem til dekoderen.

(18) Dette har resulteret i, at der er opstået er marked for tjenester til drift af betalings-tv. Der er hovedsagelig tale om varetagelse af adgangsstyring samt markedsføring af dekodere og smartcards. Tekniske tjenester til betalings-tv kræver ikke samme teknik, alt efter om der er tale om transmission af digitale programsignaler via satellit eller kabel. Ved satellittransmission sendes programsignalet efter passende bearbejdning fra sendecentret på den satellittransponder, der bruges, og kan derfra modtages direkte af enhver satellithusstand ved hjælp af en særlig dekoder til satellitmodtagelse. Ved kabelspredning sendes de bearbejdede programsignaler fra satellittransponderen derimod først til en kabelhovedstation, hvor de tilpasses til spredning i kabelnettet og derefter indlæses i kabelnettet. Selv om transmissionsteknikken ikke er den samme for transmission via satellit og kabelnet, forekommer det ikke tvingende nødvendigt at opdele markedet for tekniske tjenester til betalings tv i to særskilte delmarkeder, thi såvel satellit- som kabeltransmission kræver de samme tekniske tjenester til drift af betalings-tv. Det er dog under alle omstændigheder ikke nødvendigt at tage stilling til dette spørgsmål, da det er uden betydning for den konkurrenceretlige vurdering.

2) *Kabelnet*

(19) Tv kan sendes via jordbaserede frekvenser, satellit eller kabelnet. Kommissionen antog i sin beslutning i MSG Media Service-sagen ([5]) (herefter benævnt MSG-sagen), at der findes særskilte markeder for kabel-tv-net, direkte satellitmodtagelse og jordbaseret transmission. Kommissionen konstaterede i MSG-sagen, at der er betydelige forskelle mellem de tre transmissionsmåder, både med hensyn til de tekniske vilkår og finansieringen.

(20) Ud fra tv-udbyderens synspunkt kan transmissionen af programmer via kabel — i hvert fald i

([5]) EFT L 364 af 31.12.1994, s. 1, betragtning 39 ff.

Tyskland — ikke substitueres med satellittransmission. Det fremgår i sig selv af de to transmissionskanalers meget forskellige tekniske rækkevidde. Mens i alt 18,5 millioner tyske husstande er tilsluttet kabelnettet, er der kun henved 7–9 millioner husstande, der råder over satellitmodtagelse. En tv-udbyder, der udelukkende udbyder programmer via satellit/direkte modtagelse (herefter benævnt DTH), vil derfor ikke nå de to tredjedele af alle husstande, der kun modtager tv via jordbaserede frekvenser. Det er især husstande i store boligenheder, der i reglen ikke kan nås via DTH, da beboernes mulighed for at udnytte direkte satellitmodtagelse normalt begrænses i lejekontrakten.

(21) De omkostninger, som tv-udbyderen skal afholde pr. seerhusstand, er desuden meget forskellige for de to transmissionskanalers vedkommende. Omkostningerne ved analog satellittransmission udgør årligt ca. [5–25] (4) mio. DEM pr. transponder. Det svarer ved 7 millioner satellithusstande til [1–2] (4) DEM pr. husstand. Ved 9 millioner satellithusstande ville der stadig være tale om [0,50–2] (4) DEM pr. husstand. Omkostningerne ved kabelnettransmission beløber sig ifølge o.tel.o. communications GmbH & Co. til ca. 10 000 DEM månedligt pr. analog kanal til 500 000 husstande. Det vil sige 0,02 DEM pr. måned eller 0,24 DEM årligt pr. husstand. Da transponderomkostningerne ved kabeltransmission skal fordeles på ca. 26 millioner husstande (18,5 millioner kabelhusstande og 7–9 millioner satellithusstande), udgør omkostningerne i dette tilfælde 0,38 DEM årligt pr. husstand. De samlede omkostninger pr. kabelhusstand ligger dermed på 0,62 DEM årligt. Set i forhold til de tyske seere er kabelnettransmission således betydeligt billigere for en tv-udbyder. Der er derfor væsentlige holdepunkter for, at kabelnetdriften i hvert fald i Tyskland stadig udgør et særskilt relevant produktmarked.

(22) Det er dog under alle omstændigheder ikke nødvendigt at tage stilling til dette spørgsmål, da den konkurrenceretlige vurdering af den foreliggende fusion ikke ville ændres, selv om man antog, at der fandtes et fælles marked for kabel og satellit.

B. DE RELEVANTE GEOGRAFISKE MARKEDER

1) *Tekniske tjenester til betalings-tv*

(23) Tekniske tjenester til betalings-tv er snævert forbundet med udbuddet af betalings-tv. Kommissionen havde i sin beslutning i MSG-sagen (6) lagt et geografisk relevant marked kun omfattende Tyskland til grund, men samtidig anført, at i den udstrækning tyske udbydere af digitalt betalings-tv også ville kunne få abonnenter i andre tysktalende områder, måtte MSG's marked for tjenester antages også at ville udstrække sig til disse områder. I den foreliggende sag må markedet for tekniske tjenester til betalings-tv antages at omfatte hele det tysktalende område, når der lægges et samlet marked for satellit- og kabeltransmission til grund. Hvis tekniske tjenester til betalings-tv på kabelområdet udgjorde et særskilt marked, ville det geografisk relevante område imidlertid være begrænset til Tyskland. Det er dog under alle omstændigheder ikke nødvendigt at tage endelig stilling til spørgsmålet om det relevante geografiske marked, da den konkurrenceretlige vurdering af den foreliggende fusion ikke ville ændre sig, selv om man antog, at der fandtes et fælles marked for kabel og satellit.

2) *Kabelnet*

(24) Kabelmarkedernes struktur er i de fleste medlemsstater underlagt forskellige geografiske, afsætningsstrategiske og retlige markedsvilkår (7). Kommissionen konstaterede i sin beslutning i MSG-sagen (8), at Telekoms daværende lovfæstede monopol på nedlægning og drift af kabelnet på offentlig vej allerede resulterede i et nationalt tysk marked med hensyn til drift af kabel-tv-net. Selv om netmonopolet i mellemtiden er ophævet, og der i betydeligt omfang findes private netoperatører i hvert fald på netniveau 4, har Telekom stadig en fortrinsstilling, idet selskabet ejer noget nær hele det tyske kabel-tv-net på netniveau 3. Derved adskiller konkurrencevilkårene i Tyskland sig nu som tidligere markant fra vilkårene i andre lande. Kommissionen går for så vidt ud fra, at det geografisk relevante marked for kabelnet i den foreliggende sag er begrænset til Tyskland. Dette gælder også, hvis det relevante produktmarked skulle omfatte kabelnet og direkte satellittransmission.

(6) Op cit. (fodnote 5), betragtning 52, 53 og 54.
(7) Se sag Nordic Satellite Distribution, EFT L 53 af 2.3.1996, s. 20, betragtning 73.
(8) L.c. (fodnote 5), betragtning 54.

C. FUSIONENS VIRKNINGER

1) *Tekniske tjenester til betalings-tv*

a) **Telekom som eneste udbyder af tekniske tjenester til betalings-tv i kabelnettene**

(25) Det må forventes, at Telekom ved fusionen bliver eneste adgangsstyringsselskab på kabelnetområdet. Som følge af den parallelt løbende fusion Bertelsmann/Kirch/Premiere vil BetaDigital blive den eneste varige udbyder af tekniske tjenester på satellitområdet.

(26) I Tyskland har i alt 18,5 millioner husstande en kabeltilslutning, dvs. mere end halvdelen af alle tv-husstande. Derimod har blot 7–9 millioner tyske husstande satellit-tv. På grund af den historisk betingede kabel-tv-netstruktur må der i Tyskland sondres mellem forskellige netniveauer. I forbindelse med udbud af kabel-tv er især netniveau 3 og 4 af betydning. Netniveau 3 er fordelingsnettet fra kabelhovedstationen til ejendommens skel. Netniveau 4 er netinfrastrukturen fra skel til tv-husstandenes tilslutningsdåser. Netniveau 3 drives i Tyskland stort set udelukkende af Telekom, idet 16,5 millioner husstande med kabeltilslutning får tilført kabelsignalerne på netniveau 3 via et Telekom-net. Telekom er samtidig langt den største operatør af husfordelingsanlæg, idet Telekom for 6 millioner husstandes vedkommende også driver kabelnettet på netniveau 4. Til sammenligning forsynes 2 millioner husstande med signaler via private kabelnet på netniveau 3, mens 12,5 millioner husstande på netniveau 4 er tilsluttet via net, der drives af private kabelnetoperatører. Ca. 2 millioner husstande er tilsluttet den største private kabelnetoperatør, og henholdsvis 1,2 og 0,9 millioner husstande de to næststørste. Alle andre private kabelnetoperatører forsyner hver for sig mindre end 25 millioner husstande med signaler. De private kabelnetoperatørers net er spredt over hele Tyskland. Disse tal dokumenterer, at den overvejende del af kabelnettene er Telekoms kabelnet.

(27) Telekom bliver til at begynde med den eneste udbyder af tekniske tjenester til digital signaltransmission i kabelnettene. CLT-UFA, Kirch og Telekom er i omstruktureringsaftalen blevet enige om, at Telekom udelukkende skal anvende beta-adgangsteknologien på basis af d-box-dekoderen, når selskabet yder tekniske tjenester til transmission af digitale tv-programmer via sine kabelnet. I omstruktureringsaftalen og overenskomsten om en programudbyderneutral kabelplatform for det digitale tv har CLT-UFA og Telekom desuden bestemt, at Telekom får eksklusive udnyttelsesrettigheder til beta-adgangsteknologien, for så vidt selskabet skal have sådanne rettigheder i forbindelse med kabelnettene. Andre programudbydere er udelukket fra denne eksklusivitet. De udelukkes således på Telekomkabelnetområdet fra at kunne få licens til beta-adgangsteknologien fra BetaResearch og derved fra at kunne konkurrere med Telekom.

b) **Den dominerende stillings varige karakter**

(28) Telekom vil i den nærmeste fremtid fortsat være den eneste udbyder af tekniske tjenester til transmission af betalings-tv i kabelnettene i Tyskland og for så vidt også opnå en varig stilling som eneste udbyder. Denne vurdering beror på de nedenfor anførte betragtninger.

i) *Premiere bliver varigt den eneste programplatform i Tyskland*

(29) Adgang til programrettigheder har endnu større betydning for betalings-tv-udbydere end for free-tv-udbydere. Det er nemlig kun bestemte programsammensætninger, der vil kunne få seerne til at tegne et abonnement eller til at købe bestemte programmer via pay-per-view. De hidtidige erfaringer med betalings-tv i Europa viser, at kun en kombination af premium-rettigheder til førstegangsudsendelse af de store Hollywood-studiers filmproduktioner og fremtrædende sportsbegivenheder kan gøre et betalings-tv-udbud tilstrækkeligt attraktivt. Det gælder så meget desto mere i Tyskland, hvor hver tv-husstand i modsætning til, hvad der er tilfældet i f. eks. Frankrig og Storbritannien, kan modtage over 30 free-tv-kanaler. Hvor stor betydning premium-film og sportsbegivenheder har for et betalings-tv-selskab, fremgår også af Premieres overslag over programomkostningerne i forretningsplanen. Ifølge disse overslag vil ca. [50–80] [4] % af alle licensomkostningerne i 1998 gå til premium-film (ca. [20–50] [4] %) og sportsrettigheder (over [10–40] [4] %). Det er derfor kun

muligt at udvikle en alternativ programplatform, hvis man har adgang til førsteklasses såkaldte premium-programmer, således at man kan tilbyde en attraktiv programpakke for betalings-tv.

(30) Programressourcerne er imidlertid knappe, da transmissionsrettighederne til sådanne premium-programmer normalt indgår i langfristede, eksklusive kontrakter. For det tysktalende område har CLT-UFA og Kirch erhvervet [. . .] ([4]) betalings-tv-rettighederne til premium-film i »output deals« med Hollywood Majors, ligesom de råder over [. . .] ([4]) sportsrettigheder. Eftersom CLT-UFA og Kirch overfører deres betalings-tv-transmissionsrettigheder til Premiere, vil Premiere efter fusionen indledningsvis blive den eneste betalings-tv-udbyder, der kommer til at råde over de programressourcer, der kræves for at drive en premium-kanal. Under hele de nugældende kontrakters løbetid vil ingen anden udbyder få adgang til Premieres programressourcer. Potentielle konkurrenter vil således ikke være i stand til at skabe en alternativ programplatform for det tysktalende område. De vil højst kunne optræde med enkelte programmer som nicheudbydere af betalings-tv, hvilket også vil kræve, at de har adgang til Premieres program- og markedsføringsplatform.

(31) Der er heller ikke sandsynlighed for, at denne situation vil ændre sig efter udløbet af de nugældende kontrakter om transmissionsrettigheder til betalings-tv. Teoretisk set kunne andre tv-selskaber i og uden for Europa, navnlig betalings-tv-selskaber i andre medlemsstater som f. eks. BSkyB eller Canal+, såvel som de store Hollywoodstudier selv optræde som udbydere af betalings-tv i Tyskland og det tysktalende område. En alternativ programplatform kan imidlertid ikke skabes blot ved at indgå enkelte »output deals«. De »output deals«, som CLT-UFA og Kirch har indgået, har ikke samme løbetider. De perioder, der dækkes, spænder fra [1–10] ([4]) år. Potentielle konkurrenter vil derfor være nødt til i en længere årrække at skaffe sig rettigheder gennem flere »output deals« for at kunne tilbyde et attraktivt betalings-tv-program.

(32) I betragtning af, at Premiere til den tid vil have befæstet sin position på markedet, må konkurrenterne antages kun at have ringe muligheder for at skaffe sig attraktive betalings-tv-rettigheder i større omfang. Et af de afgørende parametre for, om det lykkes at skaffe sig de nødvendige senderettigheder, er nemlig adgangen til seerne i form af en allerede etableret abonnentbase, idet rettighedshaverne normalt er interesseret i en stor udbredelse af deres programmer. Det gælder for premium-film og især for sportsbegivenheder. Dertil kommer, at priserne for betalings-tv-rettigheder normalt beregnes på grundlag af abonnenttallet, således at der garanteres et vist abonnentminimum. Dette gælder i hvert fald for »output deals«. Det bevirker for det første, at rettighedsindehaverne i betragtning af det store abonnenttal, Premiere ventes at få i de kommende år, kan opnå en betydeligt højere pris ved at sælge rettighederne til Premiere frem for til en nytilkommen udbyder. For det andet vil en nytilkommen udbyder løbe en betydelig finansiel risiko ved at indgå en »output deal«, da han nemlig altid vil være nødt til at garantere et bestemt abonnentminimum, uden at vide, om han kan nå op på dette abonnenttal. I betragtning af de fordele, Premiere har i forhold til enhver potentiel konkurrent, når det drejer sig om indgåelse af kontrakter om premium-programmer, er der ikke sandsynlighed for, at andre udbydere vil kunne få tilstrækkelig adgang til premiumprogrammer.

ii) *Fusionen vil bevirke, at d-box-teknologien bliver den faktiske digitale standard i det tysktalende område*

(33) Udbud af betalings-tv kræver en særlig teknisk infrastruktur. Denne kan etableres af enten betalings-tv-udbydere eller af andre virksomheder, i første række kabelnetoperatører. Som følge af kabelnettenes struktur i Tyskland er private kabelnetoperatører ikke på egen hånd i stand til at udvikle den tekniske infrastruktur til transmission af betalings-tv. Deres kabeløer er for det meste for små til, at det kan betale sig for dem at foretage de investeringer, der er nødvendige for, at de kan etablere deres eget adgangsstyringssystem og deres egen dekoderbase til betalings-tv. Desuden kontrollerer de private kabelnetoperatører kun enkelte dele af netniveau 3 og 4, der benyttes til spredning af kabel-tv. På netniveau 3, der omfatter nettet fra kabelhovedstationen, hvor det digitale programsignal modtages og fødes ind i kabelnettet, til ejendommens skel, er langt størsteparten af kabelnettene Telekoms. Dermed er private kabelnetoperatører på nuværende tidspunkt nødt til at gøre brug af Telekoms tjenester på netniveau 3. Private kabelnetoperatører kan derfor kun udvikle en alternativ teknisk infrastruktur til transmission af betalings-tv med Telekoms medvirken. For at de private kabel-

operatører kan opbygge en alternativ teknisk infrastruktur, er det en absolut forudsætning, at deres kabeløer integreres via tilførselsnet på netniveau 3.

(34) Efter fusionen vil Premiere sende digitalt fjernsyn på basis af d-box-teknologien og d-box-dekoderen. Telekom vil udbyde tekniske tjenester til betalings-tv i kabelsektoren på basis af beta-adgangsteknologien og d-box-dekoderen. Netop de virksomheder, der hver for sig var forudbestemte til at udvikle en infrastruktur til digitalt tv og udbyde tjenester hertil, har således lagt sig fast på beta-adgangsteknologien på basis af d-box-dekoderen. Der kan derfor ikke ventes i en overskuelig fremtid at ville opstå nogen alternativ teknisk platform til digitalt tv i det tysktalende område.

iii) *Premieres monopol som eneste programplatform og Telekoms kabelnettransmission på grundlag af d-box-teknologien vil varigt forhindre, at der indføres en anden teknologi*

(35) Opbygningen af en alternativ teknisk infrastruktur til transmission af betalings-tv er forbundet med meget store investeringer. Disse investeringer bliver kun bekostet af andre potentielle udbydere, hvis de føler sig sikre på at kunne trænge ind på markedet. Det forudsætter, at en ny udbyder af betalings-tv kan etablere sig i Tyskland. Vedkommende kan i så fald enten udvikle sin egen tekniske platform på grundlag af en alternativ adgangsteknologi eller give andre udbydere mulighed for at opbygge en teknisk infrastruktur. Men som allerede anført ovenfor, er der i betragtning af Premieres etablerede stilling i relation til abonnentstamme og særlig programressourcer ingen sandsynlighed for, at en anden betalings-tv-udbyder vil kunne trænge ind på markedet.

(36) Derudover vil der kun kunne udvikles en alternativ adgangs- og dekoderteknologi til satellittransmission, idet CLT-UFA, Kirch og Telekom i omstruktureringsaftalen har fastsat, at Telekom ved udbud af tekniske tjenester til transmission af digitale tv-programmer i sine kabelnet udelukkende skal benytte beta-adgangsteknologien baseret på d-box-dekoderen. Dermed vil enhver potentiel udbyder af betalings-tv og enhver potentiel anden udbyder af adgangsstyringstjenester inden for Telekoms kabelnet under alle omstændigheder være tvunget til at benytte beta-adgangsteknologien og d-box-dekoderen via Telekom.

iv) *Enhver potentiel udbyder af adgangsstyringstjenester vil være afhængig af BetaResearch's licenspolitik*

(37) BetaResearch er licensgiveren på det adgangsstyringssystem, der anvendes i d-boxen. Af sikkerhedsgrunde blev der, som det bemærkes af parterne, udviklet et lukket (et såkaldt proprietary) system. Også andre betalings-tv-udbydere, som allerede har erfaringer på markedet for betalings-tv, som f. eks. Canal+ og BSkyB, foretrækker at bruge lukkede adgangsstyringssystemer på grund af den bedre beskyttelse mod anslag mod sikkerheden ved dataoverførslen. I overensstemmelse med DVB-standarden findes der to muligheder for at undgå, at en seer, der modtager betalings-tv med forskellige CA-systemer, er nødt til at bruge flere dekodere, nemlig Simulcrypt-metoden og den såkaldte ensartede grænseflade (common interface).

(38) Grænseflademetoden åbner mulighed for at anvende vidt forskellige adgangsstyringssystemer i samme dekoder, så alle andre udbydere af betalings-tv og tjenester kan varetage adgangsstyringen ved hjælp af den eksisterende dekoderbase. Ved anvendelse af grænseflademetoden er det ikke som ved Simulcrypt-metoden nødvendigt at indgå aftale med den, der har installeret dekoderbasen, om tilkobling af dette adgangsvaliderende system til dekoderens lukkede adgangsstyringssystem. Ved brug af et lukket adgangsstyringssystem er det vigtigt, at der garanteres ikke-diskriminerende adgang til systemet. Det forudsætter efter Kommissionens opfattelse, at licensgiveren på dekoderteknologien kan træffe sine forretningsbeslutninger uafhængigt af en programudbyder. I den foreliggende sag er licensgiver ikke uafhængig, idet BetaResearch i overvejende grad kontrolleres af virksomheder, der har egne interesser som programudbydere.

(39) Når alle nuværende og potentielle udbydere af digitalt betalings-tv og Telekom som udbyder af tekniske tjenester i kabelsektoren har lagt sig fast på beta-adgangsstyringsteknologien og d-box-dekoderen, er det udelukket, at der vil kunne opbygges en alternativ dekoderbase i Tyskland. Enhver anden potentiel udbyder af adgangsstyringstjenester ville derfor også være nødt til at benytte d-box-dekoderen. D-boxen arbejder med et lukket

krypteringssystem, som er udviklet af BetaResearch. Potentielle udbydere af tekniske tjenester til betalings-tv er derfor henvist til at få BetaResearch til at give dem licens på beta-adgangsstyringsteknologien. Det gælder både for kabel- og for satellittransmission. BetaResearch kan dog ikke antages at have nogen økonomisk interesse i, at BetaDigital eller medejeren Telekom påføres konkurrence på markedet for tekniske tjenester til betalings-tv inden for adgangsstyring i kabelsektoren. Gennem sin licenspolitik vil BetaResearch således kunne forhindre andre tjenesteudbydere i at komme ind på markedet.

v) *Med den nuværende struktur i de tyske kabelnet vil private kabelnetoperatører ikke kunne yde tekniske tjenester til betalings-tv i deres net*

(40) Parterne gør gældende, at private kabelnetoperatører kan opbygge og drive en teknisk platform i deres net i konkurrence med Telekom. Denne påstand kan ikke accepteres. De private kabelnetoperatører råder typisk over små og ofte ikke forbundne »kabeløer« på netniveau 4 (husfordelingsanlæg og lokale tilførselsnet), der forsynes med signaler via Telekoms såkaldte backbone-net (netniveau 3). De private kabeloperatører er i forbindelse med programtransmissionen således henvist til at gøre brug af Telekoms tjenester på netniveau 3. Dette gælder også ydelse af tekniske tjenester til betalings-tv. Telekoms sendecentral i Usingen modtager de signaler, som udbyderne udsender, via Telekoms egne kabelnet og distribuerer dem efter bearbejdning atter fra sendecentralen til Telekom-kabelnettenes kabelhovedstationer. For at de private kabeloperatører kan yde tekniske tjenester til betalings-tv, er det en absolut forudsætning, at deres kabeløer integreres via tilførselsnet på netniveau 3. Etableringen af egne kabelhovedstationer er nemlig i reglen ikke et realistisk alternativ, i hvert fald ikke for private kabeloperatører, der udelukkende er aktive på netniveau 4, da det som følge af de opsplittede net vil kræve investeringer, som de private kabeloperatører ikke vil kunne foretage på rentabel vis.

(41) Muligheden for, at private kabelnetoperatører vil kunne tilbyde tekniske tjenester til betalings-tv i deres kabelnet, findes således kun i teorien. Desuden vil de private kabeloperatører skulle have licens til at anvende beta-teknologien fra BetaResearch, da beta-adgangsteknologien tænkes indført som digital standard. Som allerede beskrevet må man gå ud fra, at BetaResearch imidlertid ikke har nogen økonomisk interesse i at påføre medejeren Telekom konkurrence på markedet for tekniske tjenester til betalings-tv i forbindelse med udøvelse af adgangskontrol på kabelområdet. Gennem sin licenspolitik vil BetaResearch således kunne forhindre andre tjenesteudbydere i at komme ind på markedet.

vi) *Fusionen kan heller ikke vurderes positivt ud fra det synspunkt, at Telekom skulle udøve en neutraliserende indflydelse på BetaResearch*

(42) Telekom har anført, at selskabet i kraft af sine interesser i BetaResearch vil kunne udøve en neutraliserende indflydelse på denne virksomheds konkurrencemæssige adfærd, mens virksomheden uden Telekoms kapitalinteresser udelukkende vil være kontrolleret af betalings-tv-udbyderne CLT-UFA og Kirch. Det skal i den forbindelse i første omgang bemærkes, at CLT-UFA og Kirch tilsammen faktisk ejer 2/3 af BetaResearch, hvortil kommer at satellitområdet i vid udstrækning ligger uden for Telekoms indflydelsessfære. I det omfang, hvor Telekom konkret vil få indflydelse ved videreudviklingen af d-boxen på kabelområdet, skulle selskabet egentlig have interesse i at påvirke udviklingen på en sådan måde, at Telekoms stilling som eneste udbyder af den tekniske platform på kabelområdet fastholdes. Det samme gælder med hensyn til BetaResearchs licenspolitik.

(43) Desuden forudsætter Telekoms påstand om, at selskabets erhvervelse af interesser vil få positive konkurrencemæssige virkninger, at Kommissionen vil kunne godkende den sammenlægning af Bertelsmanns og Kirchs digitale aktiviteter, som behandles i fusionssagen Bertelsmann/Kirch/Premiere. Som i den foreliggende sag har Kommissionen imidlertid også erklæret den parallelt løbende fusion Bertelsmann/Kirch/Premiere for uforenelig med fællesmarkedet. Derved er planen om, at CLT-UFA, som det fremgår af anmeldelsen i Bertelsmann/Kirch/Premieresagen, som et første skridt skulle overtage 50 % af BetaResearch, blevet afvist. En godkendelse af det foreliggende fusionsprojekt, hvorefter CLT-UFA, Kirch og Telekom overtager kontrollen med BetaResearch i fællesskab, ville tilsvarende resultere i, at CLT-UFA alligevel kunne erhverve fælles kontrol med BetaResearch. Dermed ville den

foreliggende fusion være årsag til, at de to eneste betalings-tv-udbydere i fællesskab ville kontrollere dekoderteknologien inklusive CA-systemet. Alene af den grund kan der ikke være tale om, at fusionen får positive konkurrencemæssige virkninger.

c) **Resultat**

(44) Af de ovennævnte grunde må den planlagte fusion ventes at føre til en varig dominerende stilling for Telekom på det tyske marked for tekniske tjenester til betalings-tv i kabelsektoren. Med udgangspunkt i et samlet marked for tekniske tjenester til såvel satellit- som kabeltransmitteret betalings-tv vil den anmeldte fusion i forbindelse med den parallelt løbende fusion mellem Bertelsmann, Kirch og Premiere føre til skabelse af et dominerende duopol på dette samlede marked i det tysktalende område, idet Tyskland i betragtning af antallet af fjernseere er den langt vigtigste del af dette område. Hverken Telekom eller BetaDigital vil være udsat for nogen væsentlig konkurrence på dette marked. I betragtning af den fælles teknologi og den selskabsretlige sammenknytning gennem BetaResearch kan der heller ikke ventes at ville bestå nogen konkurrence mellem Telekom og BetaDigital.

2) *Markedet for kabelnet*

a) **Telekoms dominerende stilling på kabelnetområdet**

(45) Som nærmere anført i betragtning 26 ejer Telekom den overvejende del af kabelnettene på de netniveauer, der berøres ved udsendelse af kabel-tv, nemlig niveau 3 og 4. Man må derfor gå ud fra, at Telekom nu som før indtager en dominerende stilling, også selv om netmonopolet i mellemtiden er blevet ophævet, og private netoperatører driver virksomhed i betydeligt omfang i hvert fald på netniveau 4.

(46) Telekom ville også have en dominerende stilling, hvis man i fremtiden må tage udgangspunkt i et fælles marked for kabelnet og direkte satellittransmission. Som anført er 18,5 millioner tyske husstande tilsluttet kabelnettet. Telekom kontrollerer 16,5 millioner af disse tilslutninger på netniveau 3. I forhold hertil kan kun 7–9 millioner husstande modtage tv direkte via satellit. Hvis en station skal have succes med at udbyde tv i Tyskland, er den således nødt til at sende via Telekoms kabelnet, da det er den eneste måde, hvorpå den kan nå et tilstrækkeligt stort antal seere. Dette dokumenteres også af eksemplet med DF1. Indtil november 1997 blev DF1's program ikke udsendt via Telekoms kabelnet. Det anses generelt som en af årsagerne til, at antallet af DF1-abonnementer har ligget langt under det forventede.

(47) Den 24. november 1997 besluttede Telekoms ledelse at udskille hele kabelvirksomheden inklusive fordelingsnet og gøre denne virksomhed retlig selvstændig. Målet med omstruktureringen var også at udskille Telekoms net i et eller flere selskaber med andre partnere. Den endelig udformning, der endnu ikke er vedtaget, skal gennemføres i begyndelsen af 1999. Det fremgår på nuværende tidspunkt ikke klart, hvordan den planlagte omstrukturering skal gennemføres i detaljer, og inden for hvilke tidsrammer gennemførelsen skal ske. Det er især ikke klart, om og i givet fald hvornår andre selskaber vil kunne få del i Telekoms net.

b) **Styrkelse af Telekoms dominerende stilling**

(48) Fusionen mellem Telekom og BetaResearch styrker Telekoms dominerende stilling i kabel-tv-netsektoren på de private kabelnetoperatørers bekostning.

(49) De kabelnetoperatører, som Kommissionen har haft kontakt med, har alle næsten uden undtagelse erklæret, at de agter at anvende deres kabelnet til så mange nye tjenester som muligt. Det drejer sig i den forbindelse især om digitalt fjernsyn, internetadgang, multimediatjenester og teletjenester, herunder taletelefoni. Kommissionens undersøgelser har vist, at fusionen truer gennemførelsen af disse planer.

(50) Det kræver betydelige investeringer at foretage den udbygning af den tekniske infrastruktur, der er nødvendig, hvis kabelnettene skal kunne anvendes til de anførte tjenester. Man regner med investeringer på mellem 150 og 250 DEM pr. husstand alene på netniveau 4. Desuden vil det kun være formålstjenligt for de private kabelnetoperatører at udbygge netniveau 4, hvis netniveau 3 udbygges på tilsvarende vis. Telekom har hidtil ikke vist sig villig til at foretage en sådan udbygning. Hvis de private kabelnetoperatører vil øge udbyttet af deres kabelnet ved hjælp af yderligere tjenester, må de i fremtiden således udvide deres aktiviteter til netni-

veau 3 i konkurrence med Telekom. Det har de i mellemtiden få retligt grundlag for, men det kræver igen betydelige investeringer.

(51) De private kabelnetoperatører vil skulle finansiere disse investeringer først og fremmest via deres hovedaktivitet, tv-virksomhed. Det betyder imidlertid, at de skal kunne få del i de muligheder, det digitale tv giver. Da det ene og alene er Telekom, der vil stå for CA-systemet i kabelnettet, er denne mulighed imidlertid udelukket for så vidt angår den tekniske platform for digitalt betalings-tv. Hvis private kabeloperatører vil tilbyde tekniske tjenester til betalings-tv i deres net, vil de være nødt til at have licens til at udnytte beta-teknologien fra BetaResearch, da beta-adgangsteknologien tænkes indført som digital standard. BetaResearch vil imidlertid ikke have nogen økonomisk interesse i at påføre medejeren Telekom konkurrence i forbindelse med adgangskontrol på kabelområdet. Det har dog endnu mere vidtrækkende konsekvenser, at den distributionsstruktur for digitalt betalings-tv, der tilstræbes med fusionen, fratager de private kabelnetoperatører muligheden for at markedsføre betalings-tv. I forbindelse med fusionen har Telekom valgt en transparent transmission som model for digitalt betalings-tv, ligesom det også allerede er tilfældet for analogt betalings-tv. Det betyder, at Telekom har givet afkald på muligheden for selv at markedsføre Premieres digitale programmer. Det medfører, at private kabelnetoperatører ikke vil være i stand til at indføre en markedsmodel, hvor de over for den endelige kunde optræder som udbydere af digitalt betalings-tv. I samarbejde med Telekom ville det faktisk have været muligt med kabelnettenes nuværende struktur, hvis Telekom ikke i alt væsentligt havde begrænset sig til at udføre en ren transportfunktion inden for digitalt betalings-tv. Desuden ville de private kabelnetoperatører kun kunne optræde som selskaber, der markedsfører betalings-tv, hvis de udvider deres aktiviteter til at omfatte netniveau 3. Kabelnetoperatører ville ligeledes kunne foretage deres egen markedsføring, hvis Telekom gjorde virkelighed af ovennævnte omstruktureringsplaner og efter udskillelsen lod kabelnettene drive af selskaber med deltagelse af private kabelnetoperatører. Telekom udelukker imidlertid alle disse muligheder ved at vælge en transportmodel.

(52) Frem for alt bortfalder muligheden for, at de private kabelnetoperatører kan udvide deres aktiviteter til at omfatte netniveau 3, da de ved transparent transmission ikke kan finansiere de nødvendige investeringer. Efter at Telekom har besluttet sig for denne model, har de private kabelnetoperatører ingen chancer over for Premiere for selv at slå igennem med deres egen markedsføringsmodel. Da Telekom kontrollerer langt størstedelen af netniveau 3, kan Premiere nægte de private kabeloperatører at markedsføre deres programmer uden at måtte frygte nævneværdige tab. Det forhold, at private operatører teoretisk set kan forhindre en transmission på niveau 4, skaber ingen reel modvægt. De private operatører ville på længere sigt ikke kunne begrunde over for kunderne, at de frasorterer Premieres programmer. Det gælder så meget desto mere, jo kraftigere det digitale betalings-tv udvikler sig i fremtiden.

(53) Heraf følger, at Telekoms beslutning om at vælge en transportmodel gør det umuligt for de private kabelnetoperatører at finansiere en udvidelse af deres aktiviteter, og at en sådan udvidelse således formodentlig ikke vil blive foretaget. Dermed elimineres den potentielle konkurrence fra de private operatører imidlertid på netniveau 3 og Telekoms dominerende stilling sikres og styrkes. Samtidig forhindres den udbygning af kabelnettene, der er nødvendig med henblik på indførelsen af nye tjenester, der således ikke vil blive indført i overskuelig fremtid. Det medfører, at de private kabelnetoperatørers muligheder for at konkurrere begrænses yderligere også på netniveau 4, og dermed også at Telekoms dominerende stilling styrkes.

c) **Resultat**

(54) Det må alt i alt forventes, at Telekoms erhvervelse af interesser i BetaResearch og de aftaler, som Telekom har truffet med Bertelsmann og Kirch i forbindelse med denne fusion, vil begrænse de private kabelnetoperatørers muligheder for at konkurrere betydeligt og eliminere den potentielle konkurrence på netniveau 3. Ved fusionen etableres der desuden en distributionsstruktur i det tyske kabelnet, som medfører, at private kabelnetoperatører ved en udskillelse af Telekoms kabelnetaktiviteter næppe vil ønske og være i stand til at tage del i Telekoms kabelnet. Fusionen kan derfor styrke Telekoms dominerende stilling på kabelnetområdet i Tyskland varigt.

VI. PARTERNES TILSAGN

1. *Tilsagn*

(55) Ved brev af 28. april og 4. maj 1998 tilbød parterne en række tilsagn, som skulle imødekomme Kommissionens indsigelser mod de planlagte fusioner Bertelsmann/Kirch/Premiere og Deutsche Telekom/BetaResearch. Følgende punkter i tilsagnstilbuddet vedrører også den her omhandlede fusion:

a) **Kabelnetoperatører**

(56) Fusionsparterne er rede til at samarbejde om distributionen med kabelnetoperatørerne. Ud over hvervning af nye kunder omfatter dette også information og bistand ved markedsføringen. Kunderelationerne skal dog fortsat ligge hos Premiere. Kabelnetoperatørerne vil få et rimeligt vederlag for deres medvirken.

b) **BetaResearch**

(57) Telekom vil oprette et teknisk ekspertudvalg, som alle virksomheder, der arbejder med digital-tv, har adgang til. Dette ekspertudvalgs henstillinger gennemføres efter retningslinjerne i de aftaler, der allerede er indgået mellem Bertelsmann, Kirch, Telekom, ARD og ZDF. BetaResearchs modervselskaber er desuden rede til at give tredjeparter adgang til at erhverve op til 25 % af BetaResearchs kapital gennem et holdingselskab. Der vil dog ikke være forbundet nogen netrettigheder hermed. Bertelsmann, Kirch og Telekom skal fortsat bevare deres vetorettigheder. Kirchs ledende rolle især ved udpegelse af direktionen fremhæves på ny af parterne.

(58) BetaResearch vil efter anmodning meddele enhver aftager, der ønsker at udføre krypteringstjenester for sig selv eller andre, en CA-licens (tvangslicens) på grundlag af en almindeligt tilgængelig standardkontrakt. Kan parterne ikke nå til enighed om vilkårene, navnlig licensafgifter, skal en voldgiftsinstans træffe afgørelse om, hvorvidt vilkårene er rimelige.

(59) BetaResearch forpligter sig til inden udgangen af l998 at offentliggøre d-box-nettets API (Application Programming Interface »native API«) og at lade eventuelle tvister om meddelelse af licens afgøre af en voldgiftsinstans. BetaResearch forpligter sig desuden til at udvide denne »native API« med den grænseflade, som DVB skal opstille standarder for, så snart DVB har vedtaget en sådan standard. BetaResearch vil desuden overtage alle fremtidige DVB-standarder.

(60) BetaResearch vil give enhver interesseret producent produktionslicens på standardvilkår og lade enhver eventuel tvist angående licensvilkårene afgøre ved voldgift. En »Technical Verification Test« foretaget af BetaResearch er betingelsen for, at dekoderen kan udbydes på markedet. Denne producentcertificering kan efter to-tre års forløb foretages af uafhængige tredjeparter.

2. *Vurdering*

a) **Kabelnetoperatører**

(61) Parterne har kun tilbudt et distributionssamarbejde med kabelnetoperatørerne. Det er dermed udelukket, at kabelnetoperatørerne selv vil kunne markedsføre Premiere og dermed opbygge deres eget kundeunderlag, ligesom de heller ikke vil kunne opløse og ompakke programmerne. Hvis kabelnetoperatørerne skal kunne opbygge en alternativ programplatform, skal de imidlertid — rent bortset fra, at de i betragtning af den nuværende netstruktur er nødt til at samarbejde med Telekom — i det mindste selv kunne erhverve de enkelte programpakker fra Premiere, navnlig premium-film og sportskanaler, pakke dem sammen med andre kanaler og tilbyde dem til deres kabelkunder.

b) **BetaResearch**

(62) Tilsagnet om, at Telekom etablerer et teknisk ekspertudvalg, betyder blot, at andre får adgang til det udvalg, der allerede er etableret med ARD og ZDF. Det må fastholdes, at ekspertudvalget ifølge aftalen med ARD og ZDF ganske vist skal rådgive i spørgsmål om teknisk udvikling, men det kan ikke gennemtvinge, at henstillingerne gennemføres.

(63) Parternes tilbud om at lade andre købe sig ind i BetaResearch kunne føre til en vis gennemsigtighed i beslutninger om den fremtidige teknologiudvikling. Men da andre højst kan erhverve 25 % af BetaResearch, og da der ikke er vetorettigheder knyttet til holdingselskabet, bevarer Bertelsmann og Kirch som dominerende udbydere af betalingstv og Telekom som dominerende kabelnetoperatør

deres fælles kontrol med BetaResearch og dermed med udviklingen af teknikken.

(64) Indførelsen af en tvangslicens og en voldgiftsprocedure for afgørelse af tvister angående licensvilkårene, navnlig licensafgiftens størrelse, kan ganske vist yde et vist bidrag til at sikre, at der ikke udøves diskrimination ved meddelelse af licenser. Dette tilsagn ændrer dog intet ved, at udviklingen af den teknologi, der meddeles licens på, kontrolleres af Bertelsmann, Kirch og Telekom. Med BetaResearchs forpligtelse til inden udgangen af 1998 at offentliggøre d-box-nettets API og lade eventuelle tvister vedrørende meddelelse af licenser afgøre ved voldgift samt udvide »native API« med den grænseflade, DVB opstiller standarder for, så snart de foreligger, er der blot tale om en bekræftelse af, hvad parterne i forvejen havde erklæret var deres hensigter. Tilbuddet om, at BetaResearch vil give alle interesserede dekoderproducenter produktionslicens på standardvilkår, og lade eventuelle tvister om vilkårene herfor afgøre ved voldgift, kan ganske vist bidrage til at skabe konkurrence med hensyn til produktion af dekodere. Men det ændrer ligeledes ikke noget ved det forhold, at Bertelsmann og Kirch som dominerende udbydere af betalings-tv og Telekom som dominerende kabelnetoperatør kontrollerer udviklingen af dekoderteknologien.

c) **Samlet vurdering af tilsagnene**

(65) Med de tilbudte tilsagn vil parterne ganske vist på det tekniske område skabe en vis gennemsigtighed og adgang til d-box-teknologien. Parterne er dog ikke rede til at afgive deres enekontrol med denne teknologi og i særdeleshed dens videre udvikling. Disse tilsagn kan heller ikke antages at give realistisk mulighed for, at der kan opstå en alternativ program- og markedsføringsplatform i kabelnetsektoren. Samtidig reducerer den manglende mulighed for en alternativ programplatform yderligere værdien af tilsagnene på det tekniske område, i hvert fald med hensyn til meddelelse af licenser på adgangsstyring, da der ikke kan ventes at blive udviklet nogen alternativ teknisk platform uden en sådan alternativ programplatform.

3. *Yderligere tilsagn*

(66) Den 13. maj 1998 supplerede og udvidede parterne deres hidtidige tilsagn på følgende områder:

a) **Kabelnetoperatører**

(67) Ud over distributionssamarbejdet tilbyder Premiere kabelnetoperatørerne en mulighed for på visse betingelser selv at markedsføre programmerne og for så vidt at opbygge deres egne kunderelationer. Programudbydere inden for free-tv, betalings-tv og pay-per-view er principielt udelukket fra at markedsføre programmerne. Der er ikke tale om eksklusiv markedsføring, så Premiere og kabelnetoperatørerne konkurrerer med hinanden ved markedsføringen af Premiere. Principielt etableres kunderelationerne mellem abonnenten og den part, der har hvervet den pågældende kunde. Data over de kunder, som kabelnetoperatørerne har hvervet, skal imidlertid stilles til rådighed for Premiere i dennes SMS, så selskabet kan orientere kunderne om supplerende tilbud og tjenesteydelser (f. eks. pay-per-view) og tilstille dem generelle kundeinformationer. Kabelnetoperatørerne kan ikke markedsføre Premieres pay-per-view-tilbud.

(68) Kabelnetoperatørerne skal tilbyde programpakkerne i samme kombination som Premiere. Det er ikke tilladt at opløse de enkelte programpakker eller Premieres pakkestruktur som sådan. Kabelnetoperatørerne kan dog udvide Premieres programpakker med egne supplerende tilbud. De kan desuden markedsføre andre udbyderes programpakker og enkeltprogrammer. Da Premiere ikke stiller krav om, at premium-pakkerne skal kombineres med basispakken, kan kabelnetoperatørernes kunder ikke blot abonnere på en kombination af Premieres pakker, men også på kabelnetoperatørens eventuelt egen basispakke. At kunden abonnerer på en sådan basispakke må dog ikke gøres til en forudsætning for, at der kan tegnes abonnement på Premieres programmer. Den pris, kabelnetoperatørerne skal betale for Premieres pakker, er Premieres salgspris på kabelmarkedet minus de omkostninger, som Premiere sparer ved, at tredjemand markedsfører pakkerne. Kabelnetoperatørerne skal som Premiere tilbyde udlejning af d-box-dekodere, som skal tages af Nokiakontingentet (1 mio. dekodere), indtil dette er opbrugt.

(69) Kabelnetoperatørerne må ikke misbruge deres frihed med hensyn til udnyttelsen af kablet til at

begrænse markedsføringen af Premieres programmer kapacitetsmæssigt, hvilket vil sige, at de skal påtage sig at markedsføre hele Premieres programtilbud. I modsat fald er Premiere ikke forpligtet til at overlade markedsføringen af Premiumprogrammet til kabelnetoperatøren. Hvis kapaciteten er begrænset, skal Premiere og kabelnetoperatørerne enten rette sig efter delstaternes medievirksomheders retningslinjer eller enes om en anden objektiv måde at fordele kapaciteten på.

b) **Kabelnet**

(70) Den 20. maj 1998 meddelte Telekom desuden, at selskabet indtil den 31. december 1999 vil holde to digitale kanaler på hyperbåndet fri til en potentiel anden programudbyder. Telekom er desuden villig til i samarbejde med netniveau 4-operatører at udvide kabelkapaciteten på bånd IV, dog kun i de områder, hvor der er mulighed for en refinansiering for kabeloperatørerne (netniveau 3 og 4).

c) **BetaResearch**

(71) Ifølge parternes tilbud om at lade tredjemand købe sig ind i BetaResearch gennem et holdingselskab (se betragtning 57) skal alle selskabsdeltagerne, dvs. Bertelsmann, Kirch, Telekom og holdingselskabet, have samme rettigheder. Ved afstemninger findes flertallet i overensstemmelse med gældende retsregler (der er ikke fastsat særlige kvorumbestemmelser). Særlige rettigheder, der har været indrømmet de enkelte hidtidige selskabsdeltagere, ophæves.

4. *Vurdering*

a) **Kabelnetoperatører**

(72) Parternes nye tilsagn kan ikke skabe de nødvendige forudsætninger for, at der kan etableres en alternativ program- og markedsføringsplatform samt en alternativ teknisk platform i kabelnetsektoren. Parterne henviser i deres ledsagebrev selv til, »at der på det tyske marked på nuværende tidspunkt ikke findes nogen partnere til en økonomisk set fornuftig realisering af disse markedsføringsformer, eller at der i hvert fald ikke hidtil har været nogen, der har vist sig villige til at foretage de nødvendige investeringer med henblik på at opbygge sådanne infrastrukturer«. Med kabelnettenes nuværende struktur er det i realiteten ikke muligt for de private kabelnetoperatører at etablere en program- og markedsføringsplatform og en egen teknisk platform.

(73) Som anført i betragtning 26 driver private kabelnetoperatører overvejende kun virksomhed på netniveau 4 (ejendomstilslutning, kabeløer). Nettene på netniveau 3 (fordelingsnet fra kabelhovedstation til ejendommens skel) ejes stort set udelukkende af Telekom. Dermed er de private kabelnetoperatører på nuværende tidspunkt i reglen nødt til at gøre brug af Telekoms tjenester på netniveau 3. Det er imidlertid ikke muligt for de private kabelnetoperatører at skabe en alternativ programplatform uden brug af netniveau 3. Som følge af opsplitningen af de tyske kabel-tv-net og Telekoms stilling som praktisk talt eneoperatør af tilførselsnet på netniveau 3 er de private kabelnetoperatører på nuværende tidspunkt ikke i stand til at tilbyde en alternativ programplatform i konkurrence med Premiere.

(74) Telekom har under proceduren ikke vist sig villig til at indgå et samarbejde med de private kabelnetoperatører med henblik på at etablere en alternativ kabelplatform eller i det mindste at overlade kabelnetoperatørerne brugen af netniveau 3. På spørgsmålet om, hvordan skillelinjen mellem netniveau 3 og 4 kunne overvindes, erklærede Telekom den 22. maj 1998 ganske vist, at der med henblik på brugen af Telekoms tjenester i forbindelse med den digitale kabelplatform og en digital markedsføringsplatform vil blive indgået individuelle aftaler mellem Telekom og de parter, der ønsker at gøre brug af tjenesterne (programudbydere, netniveau 4-operatører). Hvis netniveau 4-operatørerne ønsker det, kunne den tekniske og driftsrelaterede adskillelse af niveau 3 og 4 ifølge Telekom også overvindes ved at kombinere netniveau 3- og netniveau 4-operatørernes tjenester. Disse erklæringer er imidlertid holdt i så vage og generelle vendinger, at de ikke udgør et tilstrækkeligt grundlag for en forventning om, at adskillelsen af netniveau 3 og 4 kan overvindes med henblik på etablering af en program- og markedsføringsplatform for netniveau 4-operatører. Med hensyn til den antydede kombination af netniveau 3- og netniveau 4-operatørers tjenester anføres det således ikke, hvilke tjenester henholdsvis Telekom og netniveau 4-operatørerne kan yde, og hvordan netniveau 3- og netniveau 4-operatørers tjenester i det hele taget kan kombineres teknisk og økonomisk. Spørgsmålene om, hvorvidt netniveau 4-operatører vil få egen adgang til netniveau 3, og hvorvidt de i så fald også kan varetage adgangsstyringen, og hvordan det teknisk set vil kunne gøres, er stadig helt uafklarede. Man må på grundlag af Telekoms erklæringer derfor stadig gå ud fra, at Telekom i sidste ende selv vil yde de nødvendige tekniske tjenester, og at netniveau 4-operatørerne således i så henseende vil være afhængige af Telekom. Det betyder i særdeleshed også, at der ikke kan etableres en alternativ teknisk platform, idet det kun er Telekom, der vil varetage

adgangsstyringen i kabelnettet. Det ville derfor højst sandsynlig først være muligt at overvinde adskillelsen af netniveau 3 og 4 efter en omstrukturering og privatisering af Telekoms kabelnet, hvis Telekoms kabelnet efter en udskillelse blev drevet af regionale selskaber med deltagelse af private kabelnetoperatører. Telekom har imidlertid ikke udtalt sig forpligtende om, hvornår omstruktureringen vil finde sted, og hvilken form den vil tage. Omstruktureringen og privatiseringen vil derfor formodentlig først være gennemført, når Premieres forspring på grund af selskabets til den tid værende abonnentbase er så stort, at alternative platforme vil have svært ved at slå igennem.

(75) Kabelnetoperatører vil på baggrund af de tilbudte tilsagn desuden heller ikke kunne tilbyde betalings-tv med samme konkurrencemuligheder som Premiere, da de ikke må drive virksomhed som udbydere af betalings-tv-programmer og tilbyde f. eks. egenproducerede regionalprogrammer. De må tværtimod kun markedsføre andres kanaler som supplerende tilbud. Kabelnetoperatører må desuden ikke markedsføre Premieres pay-per-view-tilbud og lave egne pay-per-view-tilbud. Da pay-per-view rettighederne ikke er eksklusive rettigheder, ville det imidlertid være lettest at etablere et eget udbud af betalings-tv-programmer ved hjælp af pay-per-view-tilbud. Kabelnetoperatørerne skal desuden udbyde Premieres programpakker med samme kombination som Premiere. Med hensyn til kombinationen af programmer i de enkelte pakker, som er en væsentlig handlingsparameter, vil de således være helt afhængige af Premiere.

(76) Kabelnetoperatørerne skal desuden stille deres kundedata til rådighed for Premiere, uden at tilsvarende forpligtelser gælder for Premiere. Det er i branchen imidlertid helt usædvanligt at videregive kundedata, og kravet herom sikrer Premiere et betydeligt konkurrencemæssigt forspring. Når prisen fastsættes til Premieres salgspris minus de omkostninger, der spares ved, at andre forestår markedsføringen, er der risiko for, at kabelnetoperatørerne ikke kan markedsføre Premieres programmer rentabelt. Det står fuldstændig hen i det uvisse, hvem der fastsætter, hvilke omkostningsbesparelser der er tale om, og efter hvilke kriterier omkostningsbesparelserne defineres.

b) **Kabelnet**

(77) Det forhold, at Telekom reserverer to digitale kanaler på hyperbåndet til andre potentielle programudbydere, kan ganske vist teoretisk set bidrage til, at der kan udbydes konkurrerende programmer, idet der således stilles yderligere kapacitet til rådighed. Det skaber dog ikke i sig selv mulighed for, at der kan etableres en alternativ programplatform i kabelnetsektoren. Det understreges allerede af, at reserveringen er tidsmæssigt begrænset. Det synes ualmindeligt vanskeligt at etablere en alternativ programplatform inden for en periode på blot 1 1/2 år. Da private kabelnetoperatører i øvrigt ikke selv må foranstalte betalings-tv, hvis de ønsker at markedsføre Premieres programmer, kan de udelukkende udbyde andres kanaler, hvilket begrænser deres muligheder for at etablere en programplatform, der kan udnytte de to kanaler, betydeligt. På den anden side kan en programudbyder, der ønsker at etablere en programplatform på basis af de 25 % af betalings-tv-rettighederne, ikke gøre brug af rettighederne før år 2000. I øvrigt vil en programudbyder, der ønsker at udnytte de to kanaler, skulle indgå en tiårig aftale, selv om han ifølge parternes tilbud kun har adgang indtil udgangen af 2002 til 25 % af de betalings-tv-rettigheder, de har erhvervet i »output deals«. Telekom stiller endvidere yderligere kapacitet etableret ved udbygning af bånd IV i udsigt, men dette udsagn konkretiseres ikke og kan for så vidt blot betragtes som en generel hensigtserklæring.

c) **BetaResearch**

(78) Tilsagnet om, at alle selskabsdeltagerne i BetaResearch, herunder holdingselskab for tredjeparter, indrømmes samme rettigheder, kunne i princippet løse problemet med programudbydernes kontrol med teknologien. Når betalings-tv-udbyderne CLT-UFA og Kirch ikke længere har nogen vetoret, og alle selskabsdeltagere har samme rettigheder, er der formelt set mulighed for vekslende flertal i selskabsorganerne. Der skal imidlertid tages højde for, at kredsen af selskabsdeltagere i BetaResearch kun består af fire selskabsdeltagere, da tredjemand kun kan deltage gennem et holdingselskab. Der kan således kun træffes flertalsbeslutninger, hvis tre af de fire selskabsdeltagere er enige. Det betyder, at CLT-UFA og Kirch i fællesskab altid kan blokere for beslutninger og derfor nu som tidligere også kan gennemtvinge deres interesser i fællesskab ved at forhindre, at der træffes beslutninger, der strider mod deres interesser. Holdingselskabet for tredjeparter ville derimod kun kunne gennemtvinge sine interesser i forhold til betalings-tv-udbyderne CLT-UFA og Kirch i samarbejde med Telekom ved at begge disse selskabsdeltagere i fællesskab stemmer mod CLT-UFA og Kirch og dermed forhindrer

en flertalsbeslutning. Det er imidlertid nærliggende at tro, at Telekom snarere har et interessefællesskab med CLT-UFA og Kirch end med holdingselskabet for tredjeparter, idet Telekom vil yde de tekniske tjenester til betalings-tv på basis af d-box-teknologien. Det betyder, at CLT-UFA's og Kirchs samt Telekoms mulighed for som henholdsvis dominerende betalings-tv-udbydere og dominerende kabelnetoperatør i fællesskab at kontrollere teknologien og videreudviklingen heraf, formelt set reduceres, men fortsat vil eksistere i praksis.

d) **Samlet vurdering af tilsagnene**

(79) Det må således konkluderes, at de tilbudte tilsagn også i deres udvidede form er utilstrækkelige til at løse de eksisterende konkurrenceproblemer, idet de ikke kan skabe en realistisk mulighed for, at private kabelnetoperatører kan etablere en alternativ program- og markedsføringsplatform i kabelnetsektoren. Det betyder imidlertid også, at der ikke vil kunne etableres en alternativ teknisk platform i kabelnetsektoren, idet det udelukkende er Telekom, der vil varetage adgangsstyringen i kabelnettet. Der er ganske vist tale om en vigtig indrømmelse, at tredjemand kan indgå i kredsen af selskabsdeltagere i BetaResearch samtidig med, at de hidtidige selskabsdeltageres vetoret og andre særlige rettigheder ophæves, idet den strukturelt sikrede kontrol med teknologien og videreudviklingen heraf dermed fjernes. Men da der ikke kan etableres en alternativ teknisk platform, uden at der er mulighed for at etablere en alternativ programplatform, er tilsagnet vedrørende BetaResearch end ikke i forbindelse med de andre tilsagn, som parterne tilbyder med hensyn til CA-licens, API og produktionslicens, tilstrækkeligt til at hindre Telekom i at få en varig dominerende stilling på markedet for tekniske tjenester til betalings-tv i kabelsektoren og varigt at styrke sin dominerende stilling på kabelnetmarkedet på de private kabelnetoperatørers bekostning.

VII. KONKLUSION

(80) Af de ovenfor anførte grunde må den planlagte fusion antages at føre til skabelse eller styrkelse af dominerende stillinger, som i betydeligt omfang vil hæmme den effektive konkurrence på en væsentlig del af fællesmarkedet. Fusionen må derfor erklæres uforenelig med fællesmarkedet efter fusionsforordningens artikel 8, stk. 3 —

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

Den anmeldte fusion i form af Deutsche Telekom AG's, CLT-UFA SA's og BetaTechnik GmbH's erhvervelse af fælles kontrol med BetaResearch Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen mbH erklæres for uforenelig med fællesmarkedet og EØS-aftalen.

Artikel 2

Denne beslutning er rettet til:

Deutsche Telekom AG
Postfach 20 00
D-53105 Bonn

CLT-UFA SA
Boulevard Pierre Frieden 45
L-2850 Luxembourg

BetaTechnik
Betastrasse 1
D-85774 Unterföhring

Udfærdiget i Bruxelles, den 27. maj 1998.

På Kommissionens vegne

Karel VAN MIERT

Medlem af Kommissionen