DECISÃO DA COMISSÃO

de 27 de Maio de 1998

relativa a um processo nos termos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho

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

[notificada com o número C(1998) 1441]

(Apenas faz fé o texto em língua alemã)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(1999/154/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 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas [1], com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 [2], e, nomeadamente, o n.º 3 do seu artigo 8.º,

Tendo em conta a decisão da Comissão de 29 de Janeiro de 1998 de dar início a um processo neste caso,

Após ter dado às empresas envolvidas oportunidade para se pronunciarem sobre as objecções formuladas pela Comissão,

Após ter consultado o Comité Consultivo em matéria de concentrações [3],

Considerando o seguinte:

(1) Em 8 de Dezembro de 1997, a Comissão recebeu, em conformidade com o artigo 4.º do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho (a seguir denominado «regulamento das concentrações»), uma notificação respeitante a um projecto de concentração mediante a qual as empresas Deutsche Telekom AG (a seguir denominada «Telekom»), CLT-UFA SA (a seguir denominada «CLT-UFA») e BetaTechnik GmbH (a seguir denominada «BetaTechnik») prevêm assumir, na acepção do n.º 1, alínea b), do artigo 3.º do regulamento das concentrações, o controlo conjunto da empresa BetaResearch Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen mbH (a seguir denominada «BetaResearch»). A concentração projectada seria realizada através de uma aquisição de acções.

(2) Em 23 de Dezembro de 1997, a Comissão decidiu suspender a realização da concentração projectada, nos termos do n.º 2 do artigo 7.º e do n.º 2 do artigo 18.º do regulamento das concentrações, até à adopção de uma decisão final.

(3) Por carta de 22 de Dezembro de 1997, o Governo alemão informou a Comissão, nos termos do n.º 2 do artigo 9.º do regulamento das concentrações, de que esta operação, tal como a concentração Bertelsmann/Kirch/Premiere, ameaçava criar ou reforçar uma posição dominante, susceptível de entravar de forma significativa a concorrência efectiva em seis mercados da Alemanha, constituindo cada um deles um mercado geográfico distinto, na acepção do n.º 7 do artigo 9.º do regulamento das concentrações.

(4) Em 29 de Janeiro de 1998, a Comissão decidiu, nos termos do n.º 1, alínea c), do artigo 6.º do regulamento das concentrações e do artigo 57.º do Acordo EEE dar início a um processo relativamente a este caso.

(5) O Comité Consultivo pronunciou-se sobre o presente projecto de decisão em 6 e 25 de Maio de 1998.

I. AS PARTES

(6) A Telekom é o operador público de telecomunicações da Alemanha e desenvolve actividades, directamente ou através de filiais, em todas as áreas dos serviços de telecomunicações. Esta empresa detém e explora praticamente a totalidade das redes de televisão por cabo alemãs no nível de rede 3.

---

[1] JO L 395 de 30.12.1989, p. 1; versão rectificada (JO L 257 de 21.9.1990, p. 13).
[2] JO L 180 de 9.7.1997, p. 1.
[3] JO C 57 de 27.2.1999.

(7) A CLT-UFA é uma empresa comum criada entre a Bertelsmann AG (a seguir denominada «Bertelsmann») e a Audiofina SA, para a qual as empresas-mãe transferiram todas as suas actividades europeias no domínio da televisão. Estas incluem igualmente a participação na Premiere Medien GmbH & Co. KG (a seguir denominada «Premiere»).

(8) A BetaTechnik pertence ao grupo Kirch (a seguir denominado «Kirch») e opera essencialmente no sector da pós-produção no domínio cinematográfico, que abrange, por exemplo, a sincronização. Kirch é o principal fornecedor de filmes de longa metragem e de programas recreativos para televisão na Alemanha e desenvolve igualmente actividades no sector da televisão comercial.

II. A OPERAÇÃO PROJECTADA

(9) A BetaResearch, actualmente ainda uma filial a 100 % de Kirch, é titular de licenças exclusivas e de duração indefinida — cocedidas relativamente à Alemanha, à Áustria e à zona linguística germanófona da Suíça — no que diz respeito à tecnologia de codificação Beta de codificação de programas com base no descodificador *d-box*. A licença respeitante à tecnologia de acesso foi concedida pela DigCo BV, na qual Kirch e a Irdeto BV, propriedade do grupo sul-africano MIH, têm cada um uma participação de 50 %. A BetaResearch opera no domínio do desenvolvimento de suportes lógicos de descodificação e prosseguirá o desenvolvimento do suporte lógico de codificação e de funcionamento relativo à tecnologia *d-box*. A empresa concederá licenças relativas a esta tecnologia aos operadores de televisão por assinatura, aos prestadores de serviços técnicos no domínio da televisão digital e aos fabricantes de descodificadores. Para além disso, a BetaResearch produzirá directamente módulos de acesso condicionado (módulos AC) e cartões inteligentes, destinados aos fabricantes de descodificadores *d-box*. Por outro lado, a empresa desenvolve actividades com base em contratos e projectos por conta de terceiros, tendo já recebido encomendas nesse sentido da Stinnes e da MediaGate (Thyssen Telecom).

(10) Inicialmente, CLT-UFA adquirirá uma participação de 50 % na BetaResearch e na BetaDigital Gesellschaft für digitale Fernsehdienste mbH (a seguir denominada «BetaDigital»), igualmente uma filial a 100 % de Kirch. Estas operações de concentração fazem parte integrante da reestruturação prevista do operador alemão de televisão por assinatura Premiere, que deverá tornar-se uma plataforma de programação e de comercialização de televisão por assinatura digital, utilizando a tecnologia *d-box* disponibilizada por Kirch. Esta operação é objecto do processo IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Premiere.

(11) A Telekom associou-se ao acordo concluído entre Kirch e Bertelsmann no que diz respeito à introdução da tecnologia de codificação e descodificação Beta (tecnologia de acesso Beta) baseada no descodificador *d-box*. Esta tecnologia permitirá à Telekom criar uma plataforma técnica para a difusão de programas de televisão por assinatura, através da sua rede por cabo, e prestar serviços técnicos no domínio da transmissão de programas. O objectivo da Telekom, ao participar na operação notificada, consiste em garantir os direitos de que necessita em matéria de tecnologia de acesso Beta. Trata-se de uma operação que integra um conjunto de acordos complexos concluídos entre a CLT-UFA e Kirch, por um lado, e a CLT-UFA, Kirch e Telekom, por outro.

III. A OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO

(12) A Telekom, a CLT-UFA e Kirch assumirão em conjunto o controlo da BetaResearch, na acepção do n.º 1, alínea b), do artigo 3.º do regulamento das concentrações. O acordo concluído entre a CLT-UFA, Kirch e a Telekom com vista à reestruturação da BetaResearch («acordo de reestruturação») prevê que as decisões importantes de política comercial [. . .] [4] sejam tomadas por unanimidade na assembleia de accionistas.

(13) A BetaResearch desempenhará, numa base permanente, todas as funções de uma entidade económica autónoma, não devendo constituir um instrumento de coordenação do comportamento concorrencial da Telekom, CLT-UFA e Kirch. A BetaResearch concederá licenças relativamente à sua tecnologia *d-box* não apenas a empresas que — tal como a Telekom e a BetaDigital — pretendem prestar serviços técnicos no domínio da televisão digital, mas também a fornecedores de programas que pretendam assegurar eles próprios os serviços técnicos necessários. Além disso, a BetaResearch concederá licenças a fabricantes de descodificadores interessados, que fornecerá juntamente com módulos de acesso condicionado e desenvolverá um suporte lógico de descodificação para terceiros. Para além das suas relações comerciais com as suas empresas-mãe e com empresas a elas associadas, pode presumir-se que a BetaResearch concederá igualmente licenças significativas a terceiros, o que lhe permitirá garantir o seu próprio acesso ao mercado. Consequentemente, a BetaResearch deve ser considerada uma entidade económica autónoma. Uma vez que a CLT-UFA é a única empresa que opera no domínio da tecnologia de codificação digital relativa à televisão por assinatura, através da participação da Bertelsmann na Seca SA, não se

[4] A presente versão da decisão foi elaborada de forma a assegurar a não divulgação da informação confidencial.

verifica qualquer risco de coordenação do comportamento concorrencial entre Telekom, CTL-UFA e Kirch.

IV. DIMENSÃO COMUNITÁRIA

(14) A Telekom, Bertelsmann e Kirch atingem, em conjunto, um volume de negócios global a nível mundial superior a 5 mil milhões de ecus. Individualmente, o seu volume de negócios global na Comunidade é superior a 250 milhões de ecus. Só Kirch e Telekom realizam mais de dois terços do seu volume de negócios global num único Estado-membro, a saber, a Alemanha. A concentração tem, consequentemente, dimensão comunitária e não constitui um caso de cooperação nos termos do Acordo EEE.

V. APRECIAÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 2.º DO REGULAMENTO DAS CONCENTRAÇÕES

(15) A operação de concentração projectada afecta essencialmente os mercados

— dos serviços técnicos no domínio da televisão por assinatura,

— das redes por cabo.

A. MERCADOS DO PRODUTO RELEVANTES

1. *Serviços técnicos no domínio da televisão por assinatura*

(16) A televisão por assinatura requer uma infra-estrutura técnica específica, que permita a codificação dos sinais televisivos e a sua descodificação para o telespectador autorizado, através de um descodificador instalado na residência de cada assinante. Os descodificadores para a recepção da televisão por assinatura digital não só descodificam os sinais codificados no sistema de acesso, como os convertem por forma a permitir a recepção dos sinais de televisão digital em aparelhos de televisão analógicos. Utilizam-se descodificadores distintos para a televisão por cabo e por satélite.

(17) Para além de um suporte de descodificação, a televisão por assinatura requer um sistema de acesso condicionado. Este sistema inclui a transmissão de dados codificados, que contêm informações sobre os programas ou os pacotes de programas objecto da assinatura, sobre o direito de os assinantes da televisão por assinatura receberem os programas, juntamente com o sinal televisivo, bem como, eventualmente, cartões inteligentes à disposição do telespectador capazes de decifrar os dados de autorização codificados, transferindo-os para o descodificador.

(18) A infra-estrutura descrita anteriormente constitui a base dos serviços relacionados com o funcionamento da televisão por assinatura. Estes serviços envolvem principalmente a gestão do acesso condicionado e a comercialização dos descodificadores e dos cartões inteligentes. Os serviços técnicos relativos à televisão por assinatura requerem uma tecnologia específica consoante os sinais da televisão digital são transmitidos por satélite ou por cabo. No caso da transmissão por satélite, o sinal televisivo é processado pelo centro de transmissão e enviado para o respectivo repetidor de satélite, a partir do qual pode ser enviado e recebido directamente por cada assinante de televisão por satélite utilizando um descodificador destinado à recepção por satélite. No caso da distribuição por cabo, os sinais televisivos processados são primeiramente enviados do repetidor do satélite para um terminal de entrada da rede por cabo, onde são convertidos para efeitos da transmissão por cabo e integrados na rede por cabo. Apesar da tecnologia de transmissão por satélite e por cabo ser diferente, não parece justificar-se uma subdivisão correspondente do mercado dos serviços técnicos relativos à televisão por assinatura em dois submercados independentes. Tanto a transmissão por satélite como por cabo requerem os mesmos serviços técnicos para efeitos do funcionamento da televisão por assinatura. Esta questão pode, em última análise, ser deixada em aberto, dado não afectar a apreciação efectuada nos termos do regulamento das concentrações.

2. *Redes por cabo*

(19) Os sinais de televisão podem ser difundidos através de frequências terrestres, por satélite ou por cabo. Na sua decisão respeitante ao processo MSG-Media Service ([5]) (a seguir denominado «processo MSG»), a Comissão considerou existirem mercados distintos para a televisão por cabo, a transmissão directa via satélite e a transmissão terrestre. De acordo com as conclusões da Comissão no processo referido, existem diferenças consideráveis em termos de condições técnicas e financeiras entre estes três meios de transmissão.

(20) Na perspectiva do operador de televisão, não existe substituibilidade — pelo menos na Alemanha —

([5]) JO L 364 de 31.12.1994, p. 1, ponto 39 e seguintes.

entre a transmissão dos seus programas por cabo e via satélite, em virtude da cobertura técnica manifestamente diferente destes dois meios de transmissão. Enquanto, aproximadamente 18,5 milhões de famílias dispõem, na Alemanha, de distribuição por cabo, apenas cerca de 7 a 9 milhões de famílias recebem televisão via satélite. Um operador de televisão que transmita os seus programas exclusivamente via satélite directamente para as residências, não conseguirá atingir dois terços das famílias que recebem os sinais televisivos unicamente através de frequências terrestres. Em especial, em relação às famílias que habitam em blocos de apartamentos de grande dimensão não é possível normalmente operar numa base de recepção directa na residência, em virtude de os contratos de arrendamento nestes edifícios preverem, em geral, uma cláusula que restringe a instalação de antenas parabólicas.

(21) Além disso, em relação a estes dois meios de transmissão, existem diferenças substanciais a nível dos custos suportados pelo operador de televisão por família. Os custos de transmissão analógica via satélite ascendem a cerca de [5-25] (4) milhões de marcos alemães (DEM) por respondedor, por ano, o que, num universo de 7 milhões de famílias com recepção directa via satélite, representa um custo de [1-2] (4) DEM por família. Considerando um universo de 9 milhões de famílias com recepção directa via satélite, este montante seria ainda de [0,50-2] (4) DEM. De acordo com dados fornecidos pela empresa o.tel.o. communications GmbH & Co., os custos de transmissão por cabo ascendem a aproximadamente 10 000 DEM por mês, por canal analógico para um universo de 500 000 famílias, o que representa um custo mensal de 0,02 DEM ou um custo anual de 0,24 DEM por família. Dado que, no caso da transmissão por cabo, os custos de respondedor são repartidos por cerca de 26 milhões de famílias (18,5 milhões de famílias que dispõem de distribuição por cabo e 7 a 9 milhões de famílias com recepção directa via satélite), os custos anuais por família ascendem, neste caso, a 0,38 DEM. Os custos globais anuais por família da distribuição por cabo situam-se, assim, em 0,62 DEM. Consequentemente, no caso dos telespectadores alemães, a transmissão por cabo é muito mais rentável para um operador de televisão. Existem, assim, fortes razões para considerar que, pelo menos na Alemanha, a exploração de redes de distribuição por cabo continua a constituir um mercado do produto relevante distinto.

(22) Esta questão pode, contudo, permanecer, em última análise, em aberto, uma vez que a apreciação da presente concentração não seria alterada, mesmo considerando a existência de um único mercado de transmissão via satélite e por cabo.

B. MERCADOS GEOGRÁFICOS RELEVANTES

1. *Prestação de serviços técnicos no domínio da televisão por assinatura.*

(23) Os serviços técnicos no domínio da televisão por assinatura dependem fortemente da oferta de televisão por assinatura. Na sua decisão relativa ao processo MSG (6), a Comissão presumiu que o mercado geográfico relevante se limitava à Alemanha, mas afirmou simultaneamente que, na medida em que os operadores alemães de televisão por assinatura ditigal obtenham igualmente assinantes noutras regiões de língua alemã, pode considerar-se que o mercado dos serviços da MSG poderia igualmente incluir essas zonas. No caso em apreço, partindo de um mercado global de transmissão via satélite e por cabo, o mercado dos serviços técnicos no domínio da televisão por assinatura deverá incluir a totalidade da zona linguística germanófona. Todavia, no caso de se considerar que a prestação de serviços técnicos no domínio da televisão por assinatura no sector da transmissão por cabo constitui um mercado distinto, o mercado geográfico relevante ficará circunscrito à Alemanha. Uma vez que, mesmo partindo de um único mercado da transmissão por cabo e via satélite, a apreciação da presente concentração do ponto de vista da concorrência não seria alterada, a questão do mercado geográfico relevante pode ser deixada em aberto.

2. *Redes por cabo*

(24) A estrutura dos mercados das redes por cabo está sujeita, na maioria dos Estados-membros, a diferentes condições em termos de geografia, comercialização e de legislação (7). Na sua decisão relativa ao processo MSG (8), a Comissão considerou que, no que respeita à exploração de redes de televisão por cabo, existia já um mercado nacional alemão resultante do monopólio legal da Telekom, no que se refere à instalação e exploração de redes de cabo na via pública. Embora este monopólio tenha sido entretanto suprimido, podendo actualmente os operadores de redes privados desenvolver, em larga medida, actividades pelo menos no nível de rede 4, a Telekom continua em situação de vantagem, dado que é a proprietária da quase totalidade da rede de televisão por cabo do nível 3. É por esta razão que as condições concorrenciais na Alemanha são substancialmente diferentes das existentes noutros países. Por conseguinte, a Comissão considera que, no presente caso, o mercado geográfico relevante no que respeita às redes por cabo se circunscreve à Alemanha. Esta conclusão é também válida, caso se considere que o mercado do produto relevante abrange a transmissão por cabo e a transmissão directa via satélite.

(6) *Op. cit.* (nota 5), pontos 52, 53 e 54.
(7) Ver processo Nordic Satellite Distribution, JO L 53 de 2.3.1996, p. 20, ponto 73.
(8) *Op. cit.* (nota 5), ponto 54.

C. EFEITOS DA OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO

1. *Serviços técnicos no domínio da televisão por assinatura*

a) **Monopólio da Telekom a nível da prestação de serviços técnicos no domínio da transmissão de televisão por assinatura através das redes por cabo**

(25) Previsivelmente, a concentração proporcionará à Telekom uma situação de monopólio a nível da gestão do controlo de acesso no mercado das redes por cabo. Na sequência da operação de concentração paralela Bertelsmann/Kirch/Premiere, a BetaDigital encontrar-se-á numa situação duradoura de monopólio no domínio da prestação de serviços técnicos no mercado da televisão por satélite.

(26) Na República Federal da Alemanha, um total de 18,5 milhões de famílias, ou seja, mais de metade do universo de famílias com televisão, dispõem de uma ligação por cabo. Em contrapartida, só 7 a 9 milhões de famílias têm acesso à televisão via satélite. Devido ao desenvolvimento tradicional da estrutura de distribuição por cabo, existem na Alemanha vários níveis de redes por cabo. No que respeita à oferta de televisão por cabo, assumem especial importância os níveis 3 e 4. O nível 3 é constituído pela rede de distribuição a partir de estações terminais até uma determinada fronteira territorial. Em contrapartida, o nível 4 é constituído pela infra-estrutura de rede entre a referida fronteira e as caixas de ligação nos domicílios que dispõem de ligação televisiva. Na Alemanha, o nível 3 é explorado quase exclusivamente pela Telekom: 16,5 milhões de famílias com acesso à distribuição por cabo recebem sinais por cabo no nível 3 através de uma rede da Telekom. Esta empresa é também, de longe, o principal fornecedor de aparelhos de ligação ao domicílio: em relação a 6 milhões de famílias a Telekom explora assim a rede por cabo no nível 4. Comparativamente, em relação a 2 milhões de famílias a distribuição é assegurada através de redes por cabo privadas no nível 3 e 12,5 milhões de famílias estão ligadas ao nível 4 através de redes por cabo exploradas por operadores privados. O principal operador privado de redes por cabo asegura a ligação de cerca de 2 milhões de famílias e o segundo operador de aproximadamente 1,2 ou 0,9 milhões de famílias. Individualmente, os restantes operadores de redes por cabo privados, cujas redes se encontram dispersas por toda a Alemanha, asseguram a ligação de menos de 0,25 milhão de famílias. Estes valores confirmam a supremacia da Telekom no mercado das redes por cabo.

(27) Actualmente, a Telekom é o único fornecedor de serviços técnicos no domínio da transmissão digital de sinais através de redes por cabo. No acordo de reestruturação, a CLT-UFA, Kirch e Telekom estabeleceram que a Telekom utilizaria exclusivamente a tecnologia de acesso Beta com base no descodificador *d-box* para a prestação de serviços no domínio da transmissão de programas televisivos digitais através das suas redes por cabo. Além disso, ficou também estabelecido neste acordo, bem como no «Acordo relativo a uma plataforma de cabo destinada à televisão digital, neutra em termos de fornecedores de programas», que a Telekom disporia de direitos exclusivos de utilização da tecnologia de acesso Beta, na medida em que esses direitos devessem ser concedidos em relação às redes por cabo. Esta exclusividade exclui apenas outros fornecedores de conteúdo, o que afasta à partida a possibilidade de concessão pela BetaResearch de uma licença relativamente à tecnologia de acesso Beta a outros operadores no domínio das redes por cabo em que a Telekom opera, retirando-lhes assim a possibilidade de concorrer com a Telekom.

b) **Carácter duradouro da posição dominante**

(28) A curto prazo, a Telekom continuará a ser o único fornecedor de serviços técnicos no domínio da televisão por assinatura através de redes por cabo na Alemanha, o que lhe assegurará igualmente uma posição de monopólio neste domínio numa base duradoura. Esta apreciação baseia-se nas considerações seguidamente expostas.

i) *A Premiere será a única plataforma de programação na Alemanha a longo prazo*

(29) No domínio da televisão por assinatura, o acesso aos direitos de programas assume ainda maior importância do que no domínio da televisão de acesso livre, uma vez que apenas determinados conteúdos levam o consumidor a assinar ou a adquirir um determinado programa individual através do pagamento por visualização. A experiência adquirida até hoje na Europa no sector da televisão por assinatura mostra que só uma combinação de direitos relativos a produtos de grande audiência para a primeira transmissão de produções cinematográficas dos grandes estúdios de Hollywood e para a transmissão de grandes acontecimentos desportivos tornam uma cadeia de televisão por assinatura suficientemente atractiva. Isto é particularmente válido no caso da Alemanha onde, ao contrário da França ou do Reino Unido, as pessoas têm acesso a mais de 30 canais de televisão de acesso livre. Compreende-se desta forma a importância que assumem os filmes de grande audiência e as emissões desportivas para a televisão por assinatura, a qual se encontra igualmente reflectida nos custos de programação pela Premiere no seu plano empresarial. Cerca de [50 %-80 %] [4] dos custos relativos a licenças para o ano de 1998 correspondem a filmes de grande audiência (cerca de [20 %-50 %] [4]) e a direitos de transmissão de programas desportivos (mais de [10 %-40 %] [4]).

Uma plataforma de programação alternativa só poderá ser desenvolvida por quem dispuser de acesso a produtos de grande audiência, de forma a poder oferecer uma cadeia de televisão por assinatura com possibilidades de sucesso.

(30) Os recursos de programação são contudo limitados, uma vez que os direitos de transmissão relativos a produtos de grande audiência são concedidos essencialmente com base em contratos exclusivos de longa duração. Na zona linguística germanófona, a CLT-UFA e Kirch dispõem de [. . .] [4] direitos de transmissão de filmes de grande audiência a nível da televisão por assinatura, graças a pré-contratos de compra de produção audiovisual («output deals») com os principais estúdios de Hollywood. Dispõem igualmente de [. . .] [4] direitos de transmissão de programas desportivos. Uma vez que a CLT-UFA e Kirch transferirão os seus direitos de transmissão de televisão por assinatura para a Premiere, a concentração fará com que inicialmente a Premiere seja o único operador que disporá do conteúdo de programação necessário a um canal de grande audiência. Nenhum outro operador terá acesso aos recursos de programação da Premiere durante o período de vigência dos contratos existentes, o que significa que os concorrentes potenciais não se encontrarão igualmente em condições de criar uma plataforma de programação alternativa para a zona linguística germanófona. Poderão, quando muito, oferecer determinados programas em nichos especiais do mercado da televisão por assinatura, tendo contudo para isso que recorrer à plataforma de programação e de comercialização da Premiere.

(31) Também não é provável que a situação se altere após o termo dos contratos vigentes relativos a direitos de transmissão de televisão por assinatura. Teoricamente, operadores europeus e não europeus de televisão, principalmente de televisão por assinatura noutros Estados-membros (tais como a BSkyB ou o Canal+), ou mesmo os principais estúdios de Hollywood, poderiam fornecer serviços de televisão por assinatura na Alemanha e na zona linguística germanófona. Contudo, para criar uma plataforma de programação alternativa não é suficiente concluir pré-contratos de compra de produção audiovisual individuais. Os pré-contratos de compra de produção audiovisual concluídos por Kirch e pela CLT-UFA têm períodos de vigência diferentes, de [1-10] [4] anos. Os concorrentes potenciais teriam de adquirir, durante um determinado período, direitos relativos a vários pré-contratos de compra de produção audiovisual para poderem oferecer uma cadeia de televisão por assinatura atractiva.

(32) Dada a posição de mercado que a Premiere adquirirá entretanto, os concorrentes potenciais no mercado da televisão por assinatura não terão muitas possibilidades de obter direitos de transmissão atractivos e em quantidade considerável. Para se ter a possibilidade de adquirir direitos de transmissão é fundamental, nomeadamente, ter acesso aos espectadores através de uma base de assinantes, dado que os titulares dos direitos de transmissão têm normalmente interesse em que os seus produtos sejam objecto de uma ampla distribuição. Isto aplica-se aos filmes de grande audiência e, sobretudo, aos acontecimentos desportivos. A isto acresce o facto de o preço dos direito relativos à televisão por assinatura ser normalmente estabelecido em função do número de assinantes, devendo ser garantido um número mínimo. Tal é válido pelo menos no caso de pré-contratos de compra de produção audiovisual. Consequentemente, dado que se prevê que a base de assinantes da Premiere será considerável nos próximos anos, será possível obter com a venda dos direitos à Premiere um preço consideravelmente mais elevado do obtido com a sua venda a uma nova empresa. Para além disso, uma nova empresa correria um risco financeiro considerável com a conclusão de pré-contratos de compra de produção audiovisual, uma vez que teria de garantir um número mínimo de assinantes sem saber se conseguiria obter esse número. Dadas as vantagens de que dispõe a Premiere sobre qualquer concorrente potencial relativamente à conclusão de contratos sobre produtos de grande audiência, é improvável que terceiros consigam obter um acesso suficiente a estes produtos.

ii) *Devido à concentração, a tecnologia* d-box *tornar-se-á na prática a norma digital na zona linguística germanófona*

(33) A televisão por assinatura requer uma infra-estrutura técnica especial, que pode ser fornecida pelos operadores de televisão por assinatura ou por terceiros, essencialmente operadores de redes por cabo. Dada a estrutura das redes por cabo na Alemanha, os operadores privados de redes por cabo não se encontram em condições de providenciar a infra-estrutura técnica para a transmissão de televisão por assinatura. Tal deve-se ao facto de as suas ilhas independentes de redes por cabo serem normalmente de dimensão demasiado limitada para justificar as despesas exigidas pelos investimentos necessários para a obtenção do seu próprio acesso condicionado e de uma base de descodificação alternativa. Para além disso, os operadores privados de redes por cabo controlam apenas uma parte dos níveis 3 e 4 da rede necessários à distribuição por cabo. O nível 3 da rede, que compreende desde o terminal de entrada na rede por cabo (onde os sinais da programação digital são recebidos e integrados na rede por cabo) até ao limite territorial do domicílio em questão, pertence na sua grande maioria à Telekom. Consequentemente, os operadores privados de redes por cabo dependem actualmente de serviços a montante da Telekom no nível 3. Os operadores privados de redes por cabo só podem obter uma infra-estrutura técnica alternativa para a transmissão de televisão

por assinatura através da Telekom dado que a integração das suas redes independentes no nível 3 das redes de alimentação é essencial para a criação de uma infra-estrutura técnica alternativa.

(34) Após a concentração, a Premiere transmitirá os seus programas de televisão digital com base na tecnologia *d-box* e no descodificador *d-box*. A Telekom assegurará a prestação de serviços técnicos relativos à televisão por assinatura nas redes por cabo com base na tecnologia de acesso Beta e no descodificador *d-box*. Assim sendo, as empresas que poderiam instalar uma infra-estrutura para televisão digital e prestar os serviços correspondentes, têm obrigatoriamente que utilizar a tecnologia de acesso Beta com base no descodificador *d-box*. Deve assim considerar-se que não haverá num futuro próximo uma plataforma técnica alternativa para a televisão digital na zona linguística germanófona.

iii) *O monopólio da Premiere como plataforma de programação e o facto de a introdução na rede por cabo ser assegurada pela Telekom utilizando a tecnologia* d-box, *constitui um entrave duradouro à introdução de outra tecnologia*

(35) A instalação de uma infra-estrutura técnica alternativa para a transmissão da televisão por assinatura requereria investimentos muito avultados. No entanto, outros operadores potenciais só estariam dispostos a realizar um investimento de tal calibre se tivessem possibilidades de entrar no mercado em questão, o que apenas seria possível na hipótese de um segundo operador de televisão por assinatura se poder estabelecer na Alemanha. Este poderia criar a sua própria plataforma técnica com base numa tecnologia de acesso alternativa ou dar a terceiros a possibilidade de criarem uma infra-estrutura técnica. Contudo, tal como descrito anteriormente, a entrada no mercado de outro operador de televisão por assinatura não se afigura provável, devido à posição estabelecida da Premiere decorrente da sua base de assinantes, e, sobretudo, dos seus recursos de programação.

(36) Para além disso, só se pode estabelecer uma tecnologia de acesso e de descodificação alternativa no sector das transmissões por satélite, uma vez que a CLT-UFA, Kirch e Telekom decidiram, no acordo de reestruturação, que esta última utilizaria exclusivamente a tecnologia de acesso Beta com base no descodificador *d-box* aquando da prestação de serviços técnicos relativos à transmissão de programas de televisão digitais na sua rede por cabo. Tal significa que qualquer outro operador potencial de televisão por assinatura, ou qualquer prestador potencial de serviços do acesso condicionado no âmbito da rede por cabo da Telekom, seria obrigado a utilizar igualmente a tecnologia de acesso Beta e o descodificador *d-box*.

iv) *Todos os potenciais operadores de acesso condicionado ficarão dependentes da política de concessão de licenças da BetaResearch*

(37) Compete à BetaResearch conceder licenças relativamente ao sistema de acesso condicionado que será utilizado na *d-box*. As partes declararam que foi desenvolvido um sistema fechado de acesso condicionado (denominado «privativo») por razões de segurança. Outros operadores de televisão por assinatura com experiência neste mercado, como o Canal+ e o BSkyB, preferem igualmente um sistema privativo de acesso condicionado, dada a melhor protecção que oferece relativamente à transmissão de dados. Nos termos da norma DVB existem duas possibilidades (nomeadamente, o processo Simulcrypt e a chamada «*common interface*» — a seguir designada por «CI») para evitar que um telespectador da televisão por assinatura que receba as suas transmissões por meio de diferentes sistemas de acesso condicionado tenha que utilizar vários descodificadores.

(38) A *CI* permite a utilização de diferentes sistemas de acesso condicionado através do mesmo descodificador, o que possibilita a todos os outros operadores de televisão por assinatura e prestadores de serviços correspondentes operarem o controlo do acesso usando a base de descodificação existente. Ao contrário do processo Simulcrypt, este processo não requer a conclusão de um acordo com o instalador da base de descodificação para ligar o seu sistema de autorização de acesso ao sistema privativo de acesso condicionado do descodificador. Em caso de utilização de um sistema de acesso condicionado privativo, é essencial que se garanta um acesso não discriminatório. Segundo a Comissão, tal implica que o licenciante da tecnologia de descodificação possa tomar as suas decisões comerciais independentemente da influência de um fornecedor de programas, o que não acontece no caso em apreciação, dado que a BetaResearch será controlada maioritariamente por empresas que têm interesses enquanto fornecedores de programas.

(39) Dado que tanto os operadores existentes e potenciais de televisão por assinatura digital como a Telekom (na sua qualidade de prestadora de serviços técnicos no sector da transmissão por cabo) se comprometeram a utilizar a tecnologia de acesso Beta e o descodificador *d-box,* é de excluir que possa ser instalada na Alemanha uma base alternativa de descodificação. Qualquer prestador potencial de serviços de acesso condicionado teria igual-

mente de utilizar o descodificador *d-box*. A *d-box* opera um sistema de descodificação privativo desenvolvido pela BetaResearch. Os prestadores potenciais de serviços técnicos relativos à televisão por assinatura teriam portanto de obter uma licença da BetaResearch para utilizarem a tecnologia de acesso Beta. Isto tanto é válido para o sector das transmissões por satélite como para o sector da transmissão por cabo. Contudo, no que se refere à gestão do controlo do acesso no sector da transmissão por cabo, a BetaResearch não teria qualquer interesse económico em expor a BetaDigital ou a Telekom, que a controla parcialmente, à concorrência no mercado da prestação de serviços técnicos relativos à televisão por assinatura. Quer isto dizer que a BetaResearch poderia, através da sua política de concessão de licenças, impedir a entrada no mercado de outros prestadores de serviços.

v) *Dada a actual estrutura da rede por cabo alemã, os operadores privados de redes por cabo não poderão prestar serviços técnicos no domínio da televisão por assinatura nas suas redes.*

(40) As partes alegam que os operadores privados de redes por cabo podem desenvolver e explorar uma plataforma técnica em concorrência com a Telekom nas suas redes. Este argumento não pode ser aceite. Os operadores privados de redes por cabo dispõem normalmente de «ilhas de cabos» do nível 4 (estrutura de distribuição ao domicílio e redes de alimentação locais) de pequena dimensão, regra geral não ligadas entre si, fornecidas através da rede de base da Telekom (nível 3). Estes operadores privados estão, assim, dependentes de serviços a montante no nível 3 prestados pela Telekom para a transmissão de programas. O mesmo é aplicável relativamente à prestação de serviços técnicos no domínio da televisão por assinatura. Nas redes por cabo da Telekom, os sinais emitidos pelos fornecedores de programas são recebidos centralmente no centro de emissão da Telekom de Usingen e distribuídos a partir desse centro, depois de processados, às estações terminais da rede por cabo da Telekom. A integração das «ilhas de cabos» dos operadores privados em redes de alimentação do nível 3 constitui, por conseguinte, uma condição essencial para que estes operadores possam prestar serviços técnicos no domínio da televisão por cabo. Regra geral, a construção de estações terminais próprias não constitui uma alternativa, pelo menos para os operadores privados, que operam exclusivamente no nível 4. Dado o carácter fragmentado das redes, os investimentos indispensáveis não se justificariam do ponto de vista económico.

(41) A possibilidade de os operadores privados de redes por cabo prestarem serviços técnicos no domínio da televisão por assinatura nas suas redes por cabo é, por conseguinte, avançada apenas em teoria. Além disso, dada a introdução prevista da tecnologia de acesso Beta enquanto norma digital, se pretendessem prestar serviços técnicos neste domínio nas suas redes, os operadores privados teriam de obter junto da BetaResearch uma licença para a utilização desta tecnologia. Como anteriormente explicado, deve no entanto partir-se do princípio de que a BetaResearch não tem qualquer interesse económico em expor à concorrência a Telekom, empresa que a controla parcialmente, através da sua gestão do acesso condicionado a nível da transmissão por cabo. Consequentemente, a BetaResearch poderá utilizar a sua política de concessão de licenças para impedir o acesso ao mercado por parte de outros prestadores de serviços.

vi) *A presente operação de concentração também não pode ser avaliada positivamente na perspectiva de um efeito de neutralização da Telekom sobre a BetaResearch*

(42) A Telekom alegou que a sua participação na BetaResearch lhe permitiria exercer uma influência de neutralização sobre o comportamento concorrencial desta empresa, que, de contrário, seria exclusivamente controlada pelos operadores de televisão por assinatura CLT-UFA e Kirch. Em refutação deste argumento, pode referir-se, antes de mais, que a CLT-UFA e Kirch deterão, de qualquer forma, em conjunto uma participação de dois terços na BetaResearch, e que, além disso, o domínio da transmissão via satélite não é abrangido pela esfera de influência da Telekom. Enquanto a Telekom puder exercer direitos de influência específicos em relação a futuros desenvolvimentos da *d-box* no domínio da transmissão por cabo, terá interesse em influenciar esses desenvolvimentos, por forma a manter a sua posição de operador exclusivo da plataforma técnica no domínio da transmissão por cabo. O mesmo é aplicável em relação à política de concessão de licenças da BetaResearch.

(43) Para além disso, a alegação da Telekom, segundo a qual a sua aquisição de uma participação na BetaResearch tem efectivamente um impacto positivo substancial sobre a concorrência pressupõe a aprovação pela Comissão da concentração das actividades digitais da Bertelsmann e Kirch, operação objecto do processo Bertelsmann/Kirch/Premiere. Todavia, paralelamente à presente decisão, a Comissão declarou também incompatível com o mercado comum a operação de concentração paralela Bertelsmann/Kirch/Premiere. Ao fazê-lo, proibiu a aquisição pela CLT-UFA de uma participação de 50 % na BetaResearch, prevista numa primeira fase, tal como referido na notificação referente ao processo Bertelsmann/Kirch/Premiere. A autorização da concentração em apreço, que prevê a aquisição do controlo conjunto da BetaResearch por parte da CLT-UFA, Kirch e da Telekom, implicaria simultaneamente a aquisição do controlo conjunto da BetaResearch pela CLT-UFA, o que teria por consequência que os dois únicos operadores de

televisão por assinatura presentes no mercado controlariam em conjunto a tecnologia de descodificação, incluindo o sistema de acesso condicionado. Por este motivo, não é possível aceitar o argumento de que a presente concentração tem efeitos positivos sobre a concorrência.

c) **Conclusões**

(44) Pelas razões anteriormente expostas, é previsível que a operação proposta dê origem à criação de uma posição dominante por parte da Telekom, numa base duradoura, no mercado alemão da prestação de serviços técnicos de televisão por assinatura no domínio da transmissão por cabo. No caso de se considerar que existe apenas um único mercado da prestação de serviços técnicos no domínio da transmissão por cabo e via satélite, a presente concentração, em articulação com a concentração paralela Bertelsmann/Kirch/Premiere, dará origem à criação de um duopólio dominante neste mercado global, na zona linguística germanófona. Devido ao número de telespectadores, a Alemanha constitui, de longe, a região mais importante neste contexto. Não se prevê que a Telekom ou a BetaDigital desenvolvam uma concorrência significativa neste mercado. Tendo em conta a tecnologia comum que utilizam e as suas ligações formais, através da BetaResearch, também não é de prever que se estabeleça qualquer concorrência entre a Telekom e a BetaDigital.

2. *Mercado das redes por cabo*

a) **Posição dominante da Telekom no domínio das redes por cabo**

(45) Como pormenorizadamente referido no considerando 26, as redes por cabo dos níveis 3 e 4 utilizadas para a transmissão de televisão por cabo pertencem, na sua grande maioria, à Telekom. Deve, por conseguinte, partir-se do princípio de que, embora o monopólio da Telekom nestas redes tenha entretanto sido suprimido e os operadores privados desenvolvam já, pelo menos no nível 4, actividades consideráveis neste domínio, a Telekom continua a deter uma posição dominante.

(46) A Telekom continuaria a deter uma posição dominante, mesmo que, no futuro, se considerasse que a transmissão por cabo e via satélite constituem um único mercado. Como referido, na Alemanha 18,5 milhões de famílias dispõem de ligação à rede por cabo. A Telekom controla 16,5 milhões dessas ligações no nível 3. Em contrapartida, só 7 a 9 milhões de famílias dispõem de recepção directa via satélite. Para poder implantar-se com êxito na Alemanha, um canal de televisão terá de ser distribuído através da rede por cabo da Telekom, dado que esta é a única forma de atingir um número suficiente de telespectadores. Esta situação é cabalmente ilustrada pelo exemplo da DF1. Até Novembro de 1997, a programação da DF1 não era distribuída através da rede por cabo da Telekom, situação considerada como constituindo uma das justificações para que o número de assinantes da DF1 tenha permanecido muito aquém das expectativas.

(47) Em 24 de Novembro de 1997, a administração da Telekom decidiu dissociar da empresa, conferindo-lhes um estatuto legal independente, as actividades globais no domínio da transmissão por cabo, incluindo a rede de distribuição. Esta reestruturação tem por objectivo a transferência das redes da Telekom para uma ou várias empresas, que deverão operar em parceria com outras empresas. A execução do plano final, ainda a definir, está prevista para o início de 1999. Não são ainda conhecidos os contornos da reestruturação prevista, nem quanto às modalidades de implementação, nem quanto ao período previsto para o efeito. Em especial, não está ainda definido se e em que medida outras empresas poderão também participar nas redes por cabo da Telekom.

b) **Reforço da posição dominante da Telekom**

(48) A operação de concentração prevista entre a Telekom e a BetaResearch reforçará a posição dominante da Telekom no domínio das redes de transmissão por cabo, em detrimento dos operadores privados de redes por cabo.

(49) Os operadores privados de redes por cabo inquiridos pela Comissão declararam, praticamente sem excepção, que tencionam utilizar as suas redes para a maior variedade possível de novos serviços. Trata-se, em especial, de televisão digital, acesso à Internet, serviços *multimedia* e serviços de telecomunicações, incluindo a telefonia vocal. A investigação realizada pela Comissão permitiu concluir que a presente operação de concentração compromete a realização destes projectos.

(50) O desenvolvimento da infra-estrutura técnica necessária à utilização das redes por cabo para a prestação dos serviços referidos implica investimentos avultados. Apenas no nível 4, prevêem-se investimentos de 150 a 250 marcos alemães (DEM) por família. Ora, só é razoável para os operadores privados de redes por cabo realizarem estes investimentos no nível 4 se o nível 3 estiver equipado de forma correspondente. Até ao momento, a Telekom não demonstrou qualquer disponibilidade para proceder a essa adaptação. Se os operadores privados de redes por cabo pretenderem aumentar o valor acrescentado das suas redes por cabo, prestando serviços adicionais, terão futuramente de desenvolver as suas actividades no nível 3, em

concorrência com a Telekom. Legalmente podem já fazê-lo, mas tal implicará igualmente avultados investimentos.

(51) Os operadores privados de redes por cabo teriam de financiar os investimentos necessários em primeiro lugar através da sua actividade central, a televisão. Todavia, para tal teriam de poder participar na cadeia de valor acrescentado constituída pela televisão digital. A plataforma técnica no domínio da televisão digital exclui já esta possibilidade. Só a Telekom explorará em exclusivo o sistema de acesso condicionado na rede por cabo. Para poderem prestar serviços técnicos no domínio da televisão por assinatura através das suas redes, os operadores privados de redes por cabo terão de, face à introdução prevista da tecnologia de acesso Beta enquanto norma digital, obter uma licença junto da BetaResearch para utilizarem esta tecnologia. Ora, a BetaResearch não terá qualquer interesse em expor à concorrência a Telekom, empresa que participa no seu controlo, a nível da gestão do controlo do acesso na transmissão por cabo. Ainda mais relevante neste contexto é o facto de a estrutura de distribuição da televisão digital por assinatura, que constitui o objecto da presente concentração, retirar aos operadores privados de redes por cabo a possibilidade de comercializarem serviços de televisão por assinatura. Em conexão com a concentração proposta para o domínio da televisão por assinatura digital, e tal como havia já feito em relação à televisão por assinatura analógica, a Telekom optou por um modelo de transmissão transparente. Isto significa que a Telekom renunciou à possibilidade de comercializar directamente os programas digitais da Premiere. Consequentemente, os operadores privados de redes por cabo não estarão em situação de introduzir um novo modelo de comercialização, relativamente ao qual possam agir como fornecedores de televisão por assinatura face ao consumidor final. Tal teria sido possível em cooperação com a Telekom, mesmo com a actual estrutura de redes por cabo, se a Telekom não se tivesse confinado a uma função de mero transportador no domínio da televisão por assinatura digital. Além disso, para poderem comercializar serviços de televisão por assinatura, os operadores privados de redes por cabo teriam de desenvolver as suas actividades no nível 3. Da mesma forma, a comercialização por cabo teria sido igualmente possível uma vez concretizados os planos de reestruturação da Telekom, anteriormente apresentados, e no caso de, após a dissociação prevista, as suas redes por cabo serem exploradas com a participação de operadores privados. Todavia, ao optar por um modelo de transporte, a Telekom exclui todas estas possibilidades.

(52) Em especial, é suprimida a possibilidade de uma expansão dos operadores privados de redes por cabo no nível 3, dado que a transmissão transparente não lhes permite financiarem os investimentos necessários. Uma vez adoptada a decisão da Telekom a favor deste modelo, os operadores privados de redes por cabo não terão qualquer possibilidade de introduzir um modelo de comercialização próprio face à Premiere. Dado que a Telekom controla a maior parte das redes do nível 3, a Premiere pode recusar-se a comercializar os programas dos operadores privados de redes por cabo, sem recear perdas significativas. Embora exista uma possibilidade teórica de os operadores privados impedirem a transmissão no nível 4, esta não constitui um elemento de pressão suficiente. A prazo, os operadores privados não poderiam justificar junto dos seus clientes a filtragem dos programas da Premiere, argumento que será tanto mais forte quanto maior for a generalização da televisão digital por assinatura no futuro.

(53) Resulta desta situação que, ao optar por um modelo de transporte, a Telekom inviabiliza o financiamento pelos operadores privados da expansão das actividades, que consequentemente não terá lugar num futuro previsível, o que permite eliminar a concorrência potencial por parte dos operadores privados no nível 3, bem como proteger e reforçar a posição dominante da Telekom neste domínio. Além disso, esta situação impede ainda a adaptação das redes por cabo necessária à prestação de novos serviços e, dessa forma, também a introdução desses serviços num futuro previsível, o que constitui uma restrição adicional das possibilidades de concorrência dos operadores privados, desta feita no nível 4, que contribui, por seu turno, para reforçar a posição dominante detida pela Telekom.

c) **Conclusões**

(54) Pelas razões anteriormente expostas, é de prever que a participação da Telekom na BetaResearch e os acordos concluídos pela Telekom com a Bertelsmann e com Kirch restrinjam significativamente as possibilidades de concorrência dos operadores privados de redes por cabo e eliminem a concorrência potencial no nível 3. A concentração permitirá, além disso, estabelecer uma estrutura de distribuição na rede por cabo alemã que abre perspectivas muito limitadas aos operadores privados para participarem nas redes por cabo da Telekom, caso esta proceda à dissociação das suas actividades no domínio das redes por cabo. A operação de concentração é, por conseguinte, susceptível de reforçar a posição dominante da Telekom no domínio das redes por cabo, na Alemanha, numa base duradoura.

VI. COMPROMISSOS PROPOSTOS PELAS PARTES

1. *Compromissos*

(55) Por carta de 28 de Abril e de 4 de Maio de 1998, as partes propuseram um conjunto de compromissos destinados a afastar as objecções relativas às concentrações projectadas Bertelsmann/Kirch/Premiere e Deutsche Telekom/BetaResearch. Os aspectos do compromisso proposto seguidamente apresentados dizem também respeito à presente concentrações:

a) **Operadores de redes por cabo**

(56) As partes na concentração declaram-se dispostas a cooperar com os operadores de redes por cabo. Para além da publicidade destinada a obter novos clientes, inclui-se também na cooperação o fornecimento de informações e a prestação de assistência à comercialização. As relações com os clientes permanecerão na esfera da Premiere. Os operadores de redes por cabo obterão por estas actividades uma compensação financeira adequada.

b) **BetaResearch**

(57) A Telekom criará um conselho de peritos técnicos, que ficará à disposição de todas as empresas que operam no sector da televisão digital. As recomendações desse conselho serão executadas com base no acordo já existente entre Bertelsmann, Kirch, Telekom, ARD e ZDF. Para além disso, os sócios da BetaResearch estão dispostos a ceder, através de uma sociedade intermediária de gestão de participações sociais, até 25 % do seu capital social a empresas terceiras. Tal não implica a atribuição de direito de veto, mantendo-se contudo os direitos de veto já existentes da Bertelsmann, Kirch e da Telekom. As partes reiteram o papel preponderante de Kirch, particularmente no que se refere às funções de direcção.

(58) A BetaResearch concederá, a pedido de qualquer interessado em prestar serviços de descodificação para si ou para terceiros, uma licença *CA* (licença obrigatória) com base num contrato-tipo aberto a todos os interessados. No caso de não se chegar a acordo sobre as condições do contrato, mais concretamente sobre as *royalties* a pagar, recorrer-se-á a uma instância de arbitragem que decidirá de forma definitiva sobre o carácter razoável das condições impostas.

(59) A BetaResearch compromete-se a abrir, até finais de 1998, a interface *API* da rede *d-box (native API)* e a submeter a uma instância de arbitragem os litígios relativos à concessão de licenças. A BetaResearch compromete-se ainda a completar a *native API* com a interface a normalizar pela *DVB*, logo que esta tenha concluído os seus trabalhos. A BetaResearch compromete-se ainda a aceitar todas as normas futuras da *DVB*.

(60) A BetaResearch concederá licenças de produção em condições normalizadas a todos os produtores interessados, e submeter-se-á a uma instância de arbitragem em caso de litígio relativo às condições a aplicar. Para que os descodificadores possam ser colocados no mercado, será necessário ao produtor submeter-se a um «*Technical Verification Test*» a efectuar pela BetaResearch. Esta certificação do produtor poderá passar a ser assegurada por terceiros independentes no prazo de dois a três anos.

2. *Apreciação*

a) **Operadores de redes por cabo**

(61) As partes propuseram uma cooperação com os operadores de redes por cabo limitada ao estádio da distribuição. Foi portanto excluída uma verdadeira comercialização da Premiere através dos operadores de redes por cabo e, consequentemente, a possibilidade de estabelecer relações próprias com os clientes, de dissociar os programas uns dos outros e de proceder novamente ao seu reagrupamento. Para a criação de uma plataforma de programação alternativa através dos operadores de redes por cabo seria pelo menos necessário (abstraindo da questão da cooperação com a Telekom devido à actual estrutura das redes) que estes pudessem adquirir directamente os pacotes de programas individuais da Premiere, em especial os filmes de grande audiência e os canais desportivos, integrando-os seguidamente nos canais de terceiros e oferecendo-os aos seus próprios clientes.

b) **BetaResearch**

(62) A criação de um conselho de peritos técnicos proposta pela Telekom corresponde apenas à abertura a empresas terceiras do conselho já existente com a ARD e a ZDF. É de assinalar que, nos termos do acordo com a ARD e a ZDF, o conselho de peritos pode efectivamente aconselhar sobre assuntos relativos ao desenvolvimento técnico, não podendo contudo impor a aplicação das suas recomendações.

(63) Através da possibilidade de participação de empresas terceiras na BetaResearch, proposta pelas partes, poderia alcançar-se uma certa transparência no que se refere às decisões sobre futuros desenvolvimentos tecnológicos. Contudo, dado que a participação seria limitada a 25 % e que não seria atribuído um direito de veto à empresa intermediária de gestão de participações sociais, a Bertelsmann e Kirch (na qualidade de operadores de televisão por assinatura com uma posição dominante) e a Telekom (na qualidade de operador de redes por cabo e igualmente em posição domi-

nante) continuariam a deter o controlo conjunto da BetaResearch, e, consequentemente, do desenvolvimento tecnológico.

64) A introdução de uma licença *CA* obrigatória, bem como de um processo de arbitragem para resolver eventuais litígios relativos às condições da sua concessão, mais concretamente ao montante das *royalties,* poderá de facto contribuir em certa medida para um tratamento não discriminatório dos terceiros aquando da concessão das licenças. Este compromisso não altera contudo o facto de o desenvolvimento da tecnologia, para a qual as licenças são concedidas, continuar a ser controlado pela Bertelsmann, por Kirch e pela Telekom. O compromisso da BetaResearch de abrir, até finais de 1998, a interface API da rede *d-box,* de submeter-se a uma instância de arbitragem em caso de litígio sobre a concessão de licenças e de completar a *native API* com a interface a normalizar pela *DVB,* assim que esta esteja concluída, não constitui mais do que uma confirmação por escrito das intenções já declaradas pelas partes. O compromisso da BetaResearch de conceder licenças de produção em condições normalizadas a todos os produtores de descodificadores interessados e de se sujeitar a uma instância de arbitragem em caso de litígio sobre as respectivas condições, poderá efectivamente contribuir para uma maior concorrência na produção de descodificadores. Contudo, nada altera em relação ao facto de a Bertelsmann e Kirch, enquanto fornecedores de televisão por assinatura em posição dominante, e a Telecom, enquanto operador de redes por cabo igualmente em posição dominante, controlarem e evolução da tecnologia de descodificação.

c) **Resumo da apreciação**

(65) Através dos compromissos propostos, as partes introduzem efectivamente uma certa transparência no sector tecnológico, bem como uma certa garantia de acesso à tecnologia *d-box*. As partes não estão, contudo, dispostas a prescindir do seu controlo exclusivo dessa mesma tecnologia, mais concretamente a nível do seu desenvolvimento. No que se refere ao sector das redes por cabo, os compromissos propostos também não são adequados para permitir, numa base realista, a criação de uma plataforma de programação e de comercialização alternativa. Simultaneamente, sem a possibilidade de criar uma plataforma de programação alternativa, os compromissos perdem ainda parte do seu significado no sector tecnológico, pelo menos no que se refere à concessão de licenças para o controlo do acesso, dado que sem uma segunda plataforma de programação também não é de prever a criação de uma plataforma técnica alternativa.

3. ***Outros compromissos***

(66) Em 13 de Maio de 1998, as partes completaram e alargaram da seguinte forma os compromissos que haviam proposto.

a) **Operadores de redes por cabo**

(67) Para além da cooperação em matéria de distribuição já proposta, a Premiere permitirá aos operadores de redes por cabo comercializarem os seus programas e estabelecerem, dessa forma, as suas próprias relações com os clientes de acordo com determinadas condições. Os operadores de televisão de acesso livre, de televisão por assinatura e de televisão de pagamento por visualização estão, em princípio, excluídos desta comercialização, que, no entanto, não se processa em regime de exclusividade, o que significa que a Premiere e os operadores de redes por cabo estão em concorrência a nível da clientela para a comercialização deste canal. Em princípio, as suas relações com a clientela circunscrevem-se aos assinantes que cada um logrou angariar. Os dados relativos aos clientes angariados pelos operadores de redes por cabo têm, no entanto, de ser colocados à disposição da Premiere no seu SMS, por forma a permitir-lhe propor a esses clientes programas e serviços adicionais (tais como programas de pagamento por visualização), bem como informações de carácter geral. A comercialização pelos operadores de redes por cabo de programas de pagamento por visualização da Premiere está excluída.

(68) Os operadores de redes por cabo terão de oferecer as mesmas combinações de pacotes de programas que a Premiere. Não lhes será permitido dissociarem programas incluídos num mesmo pacote, nem mesmo no âmbito da estrutura global de pacotes de programas da Premiere. Os operadores de redes por cabo poderão, no entanto, enriquecer os pacotes de programas da Premiere com ofertas adicionais próprias. Paralelamente, poderão comercializar pacotes de programas e programas específicos de terceiros. Devido à renúncia, por parte da Premiere, a associar pacotes de base a pacotes de grande audiência, os clientes dos operadores de redes por cabo dispõem da possibilidade de adquirir também um dos pacotes de base desses operadores, paralelamente à combinação de pacotes da Premiere. A aquisição de um destes pacotes de base não poderá, no entanto, constituir uma condição prévia para a assinatura dos pacotes de programas da Premiere. O preço dos pacotes da Premiere para os operadores de redes por cabo será fixado em função do preço de venda da Premeire no mercado das redes por cabo, deduzidos os custos economizados pela Premiere graças à comercialização dos seus programas através de terceiros. Os operadores de redes por cabo deverão, tal como a Premiere, disponibilizar descodificadores *d-box* em regime de locação e abastecer-se em descodificadores junto da Nokia até ao esgotamento do seu contingente (1 milhão de descodificadores).

(69) Os operadores de redes por cabo não deverão utilizar indevidamente a liberdade de que desfrutam a nível da ocupação do cabo por forma a reduzir a capacidade de comercialização dos programas da Premiere, o que significa que terão de comercializar o pacote de programas da Premiere na sua integralidade. Para além desta condição,

não lhes incumbe qualquer outra obrigação de disponibilizarem o pacote Premiere com vista à sua comercialização. Em caso de dificuldades em termos de capacidade, a Premiere e os operadores de redes por cabo terão de agir em conformidade com as disposições adoptadas pelos organismos dos *Länder* responsáveis em matéria de meios de comunicação ou chegar a acordo quanto a um processo objectivo alternativo de repartição da capacidade.

b) **Redes por cabo**

(70) Para além disso, em 20 de Maio de 1998, a Telekom declarou a sua intenção de, o mais tardar até 31 de Dezembro de 1999, disponibilizar dois canais digitais em hiperbanda para utilização por um potencial terceiro operador. A Telekom está ainda disposta, juntamente com os operadores de redes do nível 4, a aumentar as capacidades do cabo na banda IV, mas apenas nos casos em que é possível um refinaciamento por parte dos operadores de redes por cabo (níveis 3 e 4).

c) **BetaResearch**

(71) No que diz respeito à possibilidade de participação de empresas terceiras na BetaResearch através de uma sociedade intermediária gestora de participações sociais (ver considerando 57), todos os accionistas, ou seja, a Bertelsmann, Kirch, a Telekom e a referida sociedade intermediária, deverão ter os mesmos direitos. A maioria a nível das votações (nenhum quórum em especial) deverá ser obtida com base na legislação em vigor. Os direitos especiais de que beneficiam os accionistas até ao momento serão suprimidos.

4. *Apreciação*

a) **Operadores de redes por cabo**

(72) Os novos compromissos propostos pelas partes não são adequados para permitir a criação de condições que possibilitem o surgimento de uma plataforma de programação e de comercialização alternativa, nem de uma plataforma técnica alternativa no domínio das redes por cabo. As próprias partes indicam na carta de acompanhamento que não existem actualmente no mercado alemão parceiros adequados para uma transformação razoável em termos económicos desta forma de comercialização ou, pelo menos, nenhum operador manifestou até ao momento disponibilidade para efectuar os investimentos indispensáveis à criação das infra-estruturas necessárias. Na realidade, a actual estrutura de redes por cabo não permite aos operadores privados de redes por cabo desenvolver uma plataforma de programação e de comercialização, nem uma plataforma técnica próprias.

(73) Como referido no considerando 26, os operadores privados de redes por cabo operam essencialmente apenas no nível 4 (rede doméstica, ilhas de cabos). As redes do nível 3 (encaminhamento dos sinais das estações terminais até aos limites territoriais) pertencem quase exclusivamente à Telekom. Regra geral, os operadores privados de redes por cabo vêem-se obrigados, por conseguinte, a recorrer aos serviços prévios da Telekom neste nível de rede. Todavia, na impossibilidade de utilizar o nível 3, estes operadores não poderão criar uma plataforma de programação alternativa. Devido à fragmentação que caracteriza o sector da distribuição de televisão por cabo na Alemanha e à posição de quase monopólio que a Telekom detém no domínio das redes de alimentação do nível 3, os operadores privados não dispõem, actualmente, de condições que lhes permitam criar uma plataforma de programação alternativa em concorrência com a Premiere.

(74) No presente processo, a Telekom não manifestou qualquer disponibilidade para cooperar com os operadores privados com vista à criação de uma plataforma de redes por cabo alternativa ou, pelo menos, a permitir-lhes utilizar o nível 3. Com efeito, em 22 de Maio de 1998, quando questionada sobre a melhor forma de ultrapassar o obstáculo que constitui a separação entre os níveis 3 e 4, a Telekom declarou que, no que diz respeito às prestações que teria de assegurar com vista à criação de uma plataforma de redes por cabo digital e de uma plataforma de comercialização digital, celebraria contratos individuais com todos os operadores que solicitassem os seus serviços (distribuidores de programas e operadores de redes do nível 4). No caso de os operadores do nível 4 o pretenderem, o obstáculo constituído pela separação entre os níveis 3 e 4, que do ponto de vista técnico, quer do ponto de vista da gestão, poderia também ser superado mediante a combinação das prestações dos operadores dos níveis 3 e 4. Estas explicitações são, todavia, demasiado vagas e gerais para criarem expectativas convincentes da possibilidade de superação da separação dos níveis 3 e 4, a fim de permitir o surgimento de uma plataforma de programação e de comercialização alternativa pelos operadores do nível 4. Em especial, no que diz respeito à referida combinação das prestações dos operadores dos níveis 3 e 4, não é explicada a natureza das prestações que a Telekom e os operadores de redes do nível 4 deverão fornecer, nem mesmo a forma como as prestações dos operadores do nível 3 e 4 poderão ser combinadas no plano técnico e económico. Sem qualquer resposta permanece a questão de saber se os operadores do nível 4 terão um acesso próprio ao nível 3 e se poderão também explorar o sistema de acesso condicionado e de que modo estas alterações serão viabilizadas do ponto de vista técnico. Com base nos esclarecimentos prestados pela Telekom, deve considerar-se que, em última instância, a Telekom pretende continuar a ser a única empresa com capacidade para prestar os serviços técnicos necessários e que, por conseguinte, os operadores do nível 4 continuarão a estar dependentes das suas prestações. Isto significa, nomeadamente, que o surgimento de uma plataforma técnica alternativa ficará excluído, dado que a Telekom continuará a ser a única empresa a explorar o sistema de acesso condicionado à rede por cabo. Muito provavelmente, só será possível pôr termo à separação entre os níveis 3 e 4 após a reestrutura-

ção e privatização das redes por cabo da Telekom, quando estas redes tiverem sido separadas e a sua gestão atribuída a sociedades regionais, com a participação de operadores privados de redes por cabo. A Telekom não fez, no entanto, qualquer declaração vinculativa quanto à data da reestruturação e à forma como deverá processar-se. Por conseguinte, é de prever que a reestruturação e privatização só venham a ser concretizadas quando a Premiere tenha já consolidado de tal forma a sua posição, devido à sua base de assinantes, que uma plataforma alternativa se verá confrontada com grandes dificuldades para se implantar no mercado.

(75) Além disso, os compromissos propostos também não permitirão aos operadores de redes por cabo oferecer programas de televisão por assinatura em condições concorrenciais semelhantes às da Premiere. Com efeito, estes operadores não estão autorizados a agir na qualidade de distribuidores de programas de televisão por assinatura, nem a oferecer, por exemplo, programas regionais de produção própria. A sua oferta de programas suplementares está, pelo contrário, exclusivamente limitada à comercialização de canais de terceiros. Além disso, os operadores de redes por cabo não estão autorizados a comercializar os programas de pagamento por visualização da Premiere, nem mesmo a oferecer programas de pagamento por visualização próprios. Devido à inexistência de exclusividade de direitos relativamente aos programas de pagamento por visualização, a forma mais simples de permitir uma distribuição independente de programas de televisão por assinatura seria através da oferta de programas de pagamento por visualização. Por outro lado, o facto de estes operadores terem de respeitar a combinação de pacotes de programas estabelecida pela Premiere torna-os inteiramente dependentes desta empresa no que se refere ao seu principal meio de acção, a saber a organização dos pacotes de programas.

(76) Para além disso, os operadores de redes por cabo têm de disponibilizar à Premiere os dados relativos aos seus clientes, sem que esta esteja sujeita a uma obrigação recíproca. A divulgação de um ficheiro de dados sobre clientes constitui uma medida perfeitamente invulgar neste sector, que confere à Premiere uma importante vantagem concorrencial. A fixação dos preços em função do preço de venda da Premiere, deduzidas as economias decorrentes da comercialização dos seus programas por terceiros, comporta o risco de os operadores de redes por cabo não poderem comercializar de forma rentável os programas da Premiere. Totalmente indefinida permanece a questão de saber quem determina as economias de custos e quais os critérios utilizados para o efeito.

b) **Redes por cabo**

(77) A reserva de dois canais digitais em hiperbanda para utilização por potenciais terceiros distribuidores de programas pode, obviamente, graças à capacidade suplementar disponibilizada, contribuir em teoria para possibilitar a distribuição de programas concorrentes. Todavia, por si só, não é adequada para permitir o surgimento de uma plataforma de programação alternativa no domínio da televisão por cabo, desde logo pelo facto de essa reserva estar circunscrita no tempo. Com efeito, afigura-se extremamente difícil criar uma plataforma de programação alternativa no período de apenas um ano e meio. Por outro lado, dado que os operadores privados de redes por cabo que pretenderem comercializar a Premiere não estarão autorizados a difundir, directamente, programas de televisão por assinatura, ficarão limitados à oferta de canais de outros distribuidores, o que restringirá consideravelmente as suas possibilidades de criar uma plataforma de programação alternativa susceptível de utilizar esses dois canais. Para além disso, um distribuidor que pretenda criar uma plataforma de programação alternativa com base nos 25 % de direitos de televisão por assinatura, não poderá exercer esses direitos antes do ano 2000. De resto, um distribuidor de programas que tencione utilizar os dois canais terá de celebrar um contrato por 10 anos, mesmo sabendo que só terá acesso a 25 % dos direitos de televisão por assinatura disponibilizados pelas partes ao abrigo dos pré-contratos de compra de produção audiovisual até ao final de 2002. A criação de capacidades suplementares prevista pela Telekom em resultado da modernização da banda IV não se concretizou ainda de forma alguma, devendo por conseguinte ser considerada uma mera declaração de intenções de carácter geral.

c) **BetaResearch**

(78) O compromisso de concessão, a todos os accionistas da BetaResearch, incluindo à sociedade intermediária gestora de participações sociais de empresas terceiras, dos mesmos direitos poderia revelar-se adequada para solucionar o problema do controlo da tecnologia pelos distribuidores de programas. Não existindo quaisquer direitos de veto por parte dos distribuidores de televisão por assinatura, CLT-UFA e Kirch, e beneficiando todos os accionistas dos mesmos direitos, é provável, pelo menos de um ponto de vista formal, que se verifiquem alterações de maioria a nível dos órgãos da sociedade. Deve, no entanto, ter-se em conta que o círculo de accionistas da BetaResearch é constituído por apenas quatro membros, dado que os terceiros apenas detêm uma participação através da sociedade intermediária. As decisões por maioria terão, por conseguinte, de ser tomadas por, pelo menos, três dos quatro accionistas. Isto significa que a CLT-UFA e Kirch poderão sempre, em conjunto, bloquear as decisões, o que lhes permitirá, por conseguinte, defender os seus interesses comuns, impedindo que seja tomada qualquer decisão que lhes seja contrária. A sociedade intermediária gestora de participações sociais de empresas terceiras só poderá, em contrapartida, fazer valer os seus interesses face aos distribuidores de televisão por assinatura CLT-UFA e Kirch com o apoio da Telekom, no caso de ambas votarem contra a CLT-UFA e Kirch, impedindo, dessa forma, a tomada de uma decisão por maioria. Não é, no

entanto, difícil supor que os interesses da Telekom, que pretende prestar serviços técnicos no domínio da televisão por assinatura com base na tecnologia *d-box*, sejam mais coincidentes com os interesses da CLT-UFA e Kirch do que com os interesses da sociedade intermediária gestora de participações sociais de empresas terceiras. Isto significa que as possibilidades de a CLT-UFA e Kirch, enquanto distribuidores de televisão por assinatura em posição dominante no mercado, e a Telekom, enquanto operador de redes por cabo igualmente em posição dominante, controlarem em conjunto a tecnologia utilizada e a sua futura evolução, embora limitadas do ponto de vista formal, podem no entanto subsistir na prática.

d) **Resumo da apreciação**

(79) Tendo em conta o que precede, conclui-se que os compromissos propostos são insuficientes, mesmo na sua forma alargada, para solucionar os problemas concorrenciais existentes. Com efeito, estes compromissos não são adequados para proporcionar aos operadores privados de redes por cabo uma possibilidade real de criarem uma plataforma de programação e de comercialização alternativa. Por outro lado, isto significa igualmente que o surgimento de uma plataforma técnica alternativa a nível das redes por cabo ficaria também excluída, dado que apenas a Telekom exploraria o sistema de acesso condicionado nas redes por cabo. É certo que a abertura a terceiros do círculo de accionistas da BetaResearch e o concomitante abandono dos direitos especiais e de veto dos antigos accionistas constituem uma importante concessão, uma vez que permitiria suprimir o controlo, estruturalmente garantido, da tecnologia e da sua evolução futura. Não obstante, o facto de a impossibilidade de criar uma plataforma de programação alternativa impedir também o surgimento de uma plataforma técnica alternativa, torna os compromissos propostos relativamente à BetaResearch, em conexão com os outros compromissos anteriormente propostos pelas partes em relação a licença *CA*, à licença *API* e à licença de fabrico insuficientes para impedir uma posição dominante duradoura da Telekom no mercado da prestação de serviços técnicos de televisão por assinatura na rede por cabo e o reforço duradouro da sua posição dominante no domínio das redes por cabo, em detrimento dos operadores privados de redes por cabo.

VII. CONCLUSÃO

(80) Tendo em conta o que precede, a Comissão conclui que a operação de concentração projectada dá origem à criação ou ao reforço de uma posição dominante, em resultado da qual a concorrência efectiva seria consideravelmente restringida numa parte substancial da Comunidade. A presente concentração é, por conseguinte, declarada incompatível com o mercado comum, nos termos do n.º 3 do artigo 8.º do regulamento das concentrações.

TOMOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

A operação de concentração notificada à Comissão, que consiste na aquisição do controlo conjunto, pelas empresas Deutsche Telekom AG, CLT-UFA SA e BetaTechnik GmbH, da empresa BetaResearch Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen mbH é declarada incompatível com o mercado comum e com a aplicação do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu.

Artigo 2.º

São destinatárias da presente decisão as empresas:

Deutsche Telekom AG
Postfach 20 00
D-53105 Bonn

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

BetaTechnik GmbH
Betastraße 1
D-85774 Unterföhring

Feito em Bruxelas, em 27 de Maio de 1998.

Pela Comissão

Karel VAN MIERT

Membro da Comissão