II

(Atti per i quali la pubblicazione non è una condizione di applicabilità)

COMMISSIONE

DECISIONE DELLA COMMISSIONE

del 9 novembre 1994

riguardante un procedimento a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio

(IV/M.469 — MSG Media Service)

(Il testo in lingua tedesca è il solo facente fede)

(94/922/CE)

LA COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE,

visto il trattato che istituisce la Comunità europea,

visto il regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, sul controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese [1], in particolare l'articolo 8, paragrafo 3,

visto l'accordo SEE, in particolare l'articolo 57, paragrafo 1,

vista la decisione della Commissione del 18 luglio 1994 d'iniziare un procedimento in questo caso,

avendo dato alle imprese interessate la possibilità di manifestare le loro opinioni in merito agli addebiti mossi dalla Commissione,

sentito il comitato consultivo in materia d'intese e posizioni dominanti,

considerando che:

(1) La presente procedura riguarda il progetto di Bertelsmann AG (Bertelsmann), Deutsche Bundespost Telekom (Telekom) e Taurus Beteiligungs GmbH (Taurus) di costituire un'impresa comune con la denominazione di MSG Media Service Gesellschaft für Abwicklung von Pay-TV und verbundenen Diesten mbH (MSG).

(2) Con decisione del 28 giugno 1994 la Commissione ha ordinato la sospensione di tutta l'operazione di concentrazione, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2 e dell'articolo 18, paragrafo 2 del regolamento (CEE) n. 4064/89 (nel prosieguo: regolamento sulle concentrazioni), fino all'adozione di una decisione definitiva.

(3) Con decisione del 18 luglio 1994 la Commissione ha stabilito che la concentrazione notificata suscita gravi perplessità per quanto riguarda la sua compatibilità con il mercato comune ed ha pertanto avviato la procedura ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera c) del regolamento sulle concentrazioni.

(4) Con lettera del 29 giugno 1994 la Repubblica federale di Germania ha informato la Commissione, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2 del regolamento sulle concentrazioni, che la concentrazione in questione minaccia di creare o di rafforzare una posizione dominante, in conseguenza della quale verrebbe ostacolata in modo significativo una concorrenza effettiva su tre mercati all'interno della Repubblica federale di Germania, ciascuno dei quali costituisce un mercato geografico distinto ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 7. Un rinvio del caso alle autorità competenti dello Stato membro interessato a norma dell'articolo 9, para-

[1] GU n. L 395 del 30. 12. 1989, pag. 1 (rettifica: GU n. L 257 del 21. 9. 1990, pag. 13).

grafo 3 del regolamento sulle concentrazioni non ha avuto luogo.

I. LE PARTI

(5) Bertelsmann è l'impresa capogruppo dell'omonimo gruppo tedesco leader nel settore dei media. Il gruppo Bertelsmann opera principalmente nel campo dell'editoria (libri e riviste), dei club del libro, della stampa, delle pubblicazioni e incisioni musicali ed ha partecipazioni in TV commerciali. Benché la Germania sia il mercato più importante di Bertelsmann, il gruppo ha anche attività molto estese a livello internazionale (il 60% circa del suo fatturato è realizzato al di fuori della Germania).

(6) Taurus è una holding facente capo al gruppo Kirch (Kirch). Kirch è il principale fornitore tedesco di film e programmi televisivi ed è anch'esso attivo nel campo delle TV commerciali. Il gruppo opera principalmente in Germania, ma tende ad acquisire sempre più partecipazioni in imprese di TV a pagamento al di fuori della Germania.

(7) Telekom è l'ente pubblico delle telecomunicazioni della Repubblica federale di Germania ed è attivo, direttivamente o tramite controllate, in tutti i campi dei servizi di telecomunicazione. Ha il monopolio della rete telefonica tedesca e possiede e gestisce quasi tutte le reti televisive via cavo tedesche.

II. L'OPERAZIONE PROGETTATA

(8) Bertelsmann, Kirch e Telekom intendono costituire un'impresa comune, MSG, che disporrà di un capitale sociale di 60 Mio di DM. Ciascuna delle imprese fondatrici (società madri) deterrà un terzo del capitale sociale e dei diritti di voto di MSG. Oggetto di MSG è la gestione tecnica, commerciale e amministrativa di reti televisive finanziate principalmente con i canoni d'abbonamento e di altri servizi di comunicazione, compreso l'accesso condizionato e la gestione della clientela, nonché la messa a disposizione dell'infrastruttura tecnica necessaria alla fornitura di tali servizi e di tutte le operazioni ad essi connesse.

III. LA CONCENTRAZIONE

1. *Controllo comune*

(9) MSG sarà controllata in comune dalle sue tre società fondatrici. In base all'accordo di costituzione di MSG, ciascuna delle società stesse ha diritto a nominare due dei sei membri del consiglio di vigilanza. Una serie di decisioni strategiche richiede l'approvazione del consiglio di vigilanza con una maggioranza del 75%. Tra tali decisioni figurano la nomina della direzione, la dotazione annuale di bilancio, l'avvio di nuove attività o la cessazione di attività esistenti, le linee fondamentali dell'organizzazione delle relazioni giuridiche ed economiche con le autorità, gli operatori delle reti e i fornitori dei servizi e decisioni fondamentali sulla tecnologia e i sistemi da applicare. L'accordo di tutte e tre le società madri è richiesto, pertanto, sulle decisioni fondamentali riguardanti la gestione, la politica commerciale e la strategia concorrenziale dell'impresa comune.

2. *Impresa comune avente carattere di concentrazione*

(10) a) MSG svolgerà su base duratura tutte le funzioni di un'entità economica autonoma. In Germania esiste attualmente solo una rete televisiva a pagamento, Premiere, gestita da un'impresa comune (Premiere Medien GmbH & Co. KG), le cui società madri sono Bertelsmann, Kirch e Canal Plus. Per il momento Premiere fornisce anche i servizi necessari al funzionamento della rete televisiva a pagamento. In Germania non esiste, pertanto, attualmente un mercato dei servizi per i quali è stata costituita MSG. Tuttavia, come è illustrato in seguito, è prevedibile che, in conseguenza dell'introduzione nei prossimi anni, della televisione digitale, il mercato dei servizi per la televisione a pagamento e di altri servizi televisivi finanziati a canone, che si trova a valle dell'impresa comune in questione, si svilupperà rapidamente e riceverà nuovi fornitori. Si può pertanto presumere che si svilupperà un mercato per i servizi offerti da MSG che assumerà dimensioni notevoli in un futuro prossimo. L'impresa comune MSG intende svolgere un ruolo attivo in questo mercato in crescita e avere una parte nel valore aggiunto del settore. MSG sarà pertanto un'impresa pienamente funzionante sul mercato e non assumerà, né in tutto né in parte, funzioni semplicemente ausiliarie rispetto alle sue società madri Bertelsmann e Kirch.

(11) Le società madri sono inoltre disposte a fornire all'impresa comune le risorse finanziarie necessarie a consentirle di effettuare autonomamente gli investimenti che la sua attività richiede. Secondo il piano di gestione di MSG, presentato da Telekom, il fabbisogno totale di capi-

tale di MSG ammonterà, fino all'anno 2004 a [. . .] (1) DM, purché i decodificatori da installare siano affittati. [. . .] DM di tale fabbisogno di capitale dovrà essere finanziato con i fondi propri dell'impresa comune. Benché, secondo il piano di gestione il punto di pareggio possa essere raggiunto solo dopo [. . .] anni (il che significa che il risultato operativo cumulato sarà positivo nel [. . .]), un risultato operativo positivo è previsto già per il [. . .] se non si tiene conto delle perdite cumulate iniziali. Risultati del genere non vanno considerati eccezionali nel caso di un progetto a lungo termine relativo ad un mercato orientato verso il futuro ad alto fabbisogno di investimenti. Né la menzionata base di capitale proprio né lo sviluppo dei risultati cui l'impresa punta fanno concludere che MSG sia dotata di risorse finanziarie inadeguate e non possa pertanto essere considerata come un'impresa che copre tutte le funzioni.

(12) Tale supposizione non è contraddetta nemmeno dal fatto che MSG potrebbe rilevare i servizi legati all'attuale televisione a pagamento analogica di Premiere. Premiere dispone già dell'infrastruttura tecnica per la televisione a pagamento analogica, sulla base della quale l'impresa amministra essa stessa il suo sistema di abbonamenti. Il piano di gestione di MSG indica per gli anni 1995-1997 un elenco di abbonati molto più piccolo dell'attuale elenco di Premiere (elenco abbonati di Premiere: 800 000; abbonati MSG 1995: [. . .]; 1996: [. . .]; 1997: [. . .]). Ciò significa che i servizi di MSG non sono finalizzati all'attuale televisione a pagamento analogica di Premiere, bensì alla futura televisione a pagamento digitale. Se nei prossimi anni MSG svilupperà un'infrastruttura per televisione a pagamento digitale, si può supporre che Premiere utilizzerà tale infrastruttura se desidera offrire un servizio di televisione a pagamento digitale. La digitalizzazione, tuttavia, offrirà ad altri fornitori di reti televisive a pagamento la possibilità di accedere al mercato e di utilizzare i servizi di MSG.

(13) MSG fornirà, come viene illustrato in seguito, un pacchetto di servizi che costituisce un mercato autonomo. Uno dei compiti essenziali di MSG sarà di creare l'infrastruttura tecnica necessaria alla televisione a pagamento digitale, cioè di istituire una base di decriptazione e un sistema di accesso condizionato. Si tratta di un requisito preliminare essenziale per la TV a pagamento che richiede un livello d'investimento notevolmente elevato. Così come i servizi forniti da MSG necessitano della cooperazione tra MSG e le società madri, che sono esse stesse fornitori di TV a pagamento, per l'utilizzo delle infrastrutture tecniche, è necessaria la cooperazione anche con altri fornitori di TV a pagamento che ricorrono all'infrastruttura e ai servizi di MSG.

(14) b) La costituzione di MSG non ha per oggetto né per effetto il coordinamento dei comportamenti concorrenziali delle imprese, che restano indipendenti le une dalle altre. Non è probabile, in particolare, un rischio di coordinamento tra Bertelsmann e Kirch nell'introduzione di nuovi servizi di televisione a pagamento o nella conversione degli attuali programmi finanziati con pubblicità in programmi di televisione a pagamento. Le attività di televisione a pagamento di Bertelsmann e Kirch sono attualmente riunite nell'impresa comune Premiere. Le tre società madri di Premiere si sono impegnate, «per dare forma concreta ai loro obblighi giuridici nei confronti dell'impresa comune», a non partecipare, senza l'accordo degli altri soci, ad altri servizi di televisione a pagamento in lingua tedesca per la durata del servizio di TV a pagamento gestito in comune. Se pertanto in futuro Bertelsmann e Kirch dovessero fornire indipendentemente l'una dall'altra programmi televisivi a pagamento, qualsiasi coordinamento di tali attività indipendenti sarebbe il risultato della cooperazione in Premiere. Non risulta evidente in questo contesto la necessità di un ulteriore coordinamento tramite MSG né la possibilità che tale coordinamento supplementare sia rilevante per il carattere di concentrazione o il carattere cooperativo di MSG.

(15) Né si può supporre un rischio di coordinamento tra le società madri nell'installazione dell'infrastruttura digitale nell'uso di tali sistemi. L'installazione di un'adeguata infrastruttura digitale per la televisione a pagamento e il suo utilizzo sono esattamente l'oggetto sociale dell'impresa comune. La cooperazione all'interno di un'impresa comune nel quadro dell'oggetto sociale è una caratteristica di tutte le imprese comuni e non può essere utilizzata come prova del suo carattere cooperativo. Infine, la Commissione non ha elementi per ritenere che Telekom, Kirch o Bertelsmann intendano offrire i suddetti servizi anche al di fuori di MSG. In particolare, dopo la costituzione di MSG Telekom non può essere conside-

(1) Nella versione pubblicata della presente decisione sono stati omessi alcuni dati conformemente all'articolo 17, paragrafo 2 del regolamento (CEE) n. 4064/89 relativo alla non divulgazione d'informazioni protette dal segreto professionale.

rata un potenziale concorrente dell'impresa comune, dato che lo sviluppo di un'infrastruttura alternativa supplementare da parte di Telekom non sarebbe economicamente giustificabile alla luce dei suoi investimenti in MSG e andrebbe completamente contro la strategia perseguita da Telekom con la sua partecipazione alla costituzione di MSG.

(16) Infine appare improbabile l'eventualità di un coordinamento tra Kirch e Bertelsmann tramite MSG sul mercato dei canali televisivi finanziati con la pubblicità. Benché Bertelsmann e Kirch abbiano ciascuna partecipazioni in canali televisivi finanziati con la pubblicità, non si vede perché la cooperazione nel campo della televisione a pagamento e dei servizi ad essa finalizzati debba, ad esempio, determinare una restrizione della concorrenza tra RTL e SAT 1. Lo stesso si può dire per la relazione tra Telekom e l'impresa comune in merito a futuri servizi di telecomunicazione non relativi ai media, forniti da Telekom.

(17) Di conseguenza, si deve presupporre che la costituzione dell'impresa comune MSG ha il carattere di una concentrazione, ai sensi dell'articolo 3 del regolamento sulle concentrazioni.

IV. DIMENSIONE COMUNITARIA

(18) Il fatturato totale mondiale di Bertelsmann, Kirch e Telekom è superiore a 5 Mrd di ECU. Nell'esercizio finanziario 1992/1993 Bertelsmann ha realizzato 9 Mrd di ECU, il gruppo Kirch [. . .] di ECU e Telekom 29,3 Mrd di ECU. Ciascuna delle tre imprese raggiunge un fatturato comunitario totale superiore a 250 Mio di ECU. Nessuna delle imprese interessate realizza più di due terzi del suo fatturato comunitario totale all'interno di un unico Stato membro. La concentrazione ha perciò una dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 1 del regolamento sulle concentrazioni.

V. VALUTAZIONE AI SENSI DELL'ARTICOLO 2 DEL REGOLAMENTO SULLE CONCENTRAZIONI

A. *Mercato dei prodotti interessati*

(19) La progettata concentrazione riguarda il mercato dei servizi amministrativi e tecnici per fornitori di canali televisivi a pagamento e di altri servizi televisivi finanziati mediante abbonamento da parte degli utenti, il mercato dei servizi televisivi a pagamento e di altri servizi televisivi finanziati mediante abbonamento degli utenti (pay-TV) e il mercato delle reti di distribuzione televisiva via cavo.

1. Servizi amministrativi e tecnici per la televisione a pagamento

(20) Il funzionamento della televisione a pagamento richiede un'infrastruttura tecnica speciale, che consiste essenzialmente di un adattatore per la decriptazione (decodificatore), una tecnologia per il controllo dell'accesso e un sistema di gestione degli abbonamenti. Sulla base di questa infrastruttura è fornita una serie di servizi necessari al funzionamento della televisione a pagamento.

(21) a) I programmi dei canali televisivi a pagamento sono trasmessi generalmente via cavo o via satellite. Diversamente da quanto avviene per le televisioni commerciali non a pagamento, essi richiedono un sistema specifico per garantire che solo gli utenti autorizzati, cioè gli abbonati a quella particolare rete televisiva a pagamento, ricevano il programma. Ciò richiede l'installazione di un apparecchio di decodificazione nell'abitazione di ogni utente di TV a pagamento per ricomporre (unscramble) l'immagine televisiva che è stata scomposta al momento dell'emissione del segnale televisivo. I decodificatori possono essere comprati o affittati in appositi negozi oppure dati in leasing. Poiché il prezzo dei decodificatori digitali che saranno installati in futuro ammonterà, almeno nella fase iniziale, ad una somma variante tra i 1 000 DM ed i 1 500 DM e di conseguenza il costo per i singoli utenti sarà relativamente elevato, si può presuppore che, almeno nei primi cinque anni, i decodificatori per la televisione digitale a pagamento saranno di norma affittati. Ciò significa che l'installazione di una base di decodificatori richiede un investimento maggiore da parte dell'operatore che gestisce l'infrastruttura della TV a pagamento.

(22) Poiché la maggior parte dei nuclei familiari continuerà per alcuni anni, anche dopo l'introduzione della televisione digitale, a disporre di un apparecchio televisivo analogico, sarà necessario anche un convertitore digitale-analogico, per consentire ai segnali digitali di essere ricevuti in forma analogica. Il convertitore ed il decodificatore saranno, con ogni probabilità, disponibili in un unico apparecchio («set top box») e, a lungo termine, saranno incorporati nei ricevitori di segnali via satellite o direttamente negli apparecchi televisivi.

(23) b) Oltre alla base di decodificatori, la televisione a pagamento necessita anche di un sistema di controllo dell'accesso. Tale sistema comprende la trasmissione di dati criptati, che contengono informazioni sui programmi o sui pacchetti di programmi compresi nell'abbonamento e sul diritto degli abbonati a ricevere i programmi, oltre al segnale televisivo e ad eventuali cosiddette «smartcards», che sono messe a disposi-

zione dell'utente e sono in grado di decifrare i dati criptati dell'autorizzazione e di trasferirli al decodificatore. Il controllo dell'accesso condizionato ha luogo all'interno del decodificatore o tramite una o più «smartcards» da inserire nel decodificatore.

(24) Nell'Europa occidentale esistono attualmente, per la televisione analogica a pagamento, almeno cinque sistemi di criptazione che operano su base proprietaria: videocrypt (utilizzato da BSkyB e Adult Channel nel Regno Unito e da Filmnet nel Benelux), Syster/Nagravision (Canal Plus in Francia e Spagna, Premiere in Germania e Austria e Teleclub in Svizzera), Eurocrypt (Filmnet e TV 1000 in Scandinavia), Irdeto (Telepiù in Italia) e Luxcrypt (RTL 4 e RTL 5 nei Paesi Bassi). È stata raggiunta un'armonizzazione in tutta Europa per la scomposizione/ricomposizione (scrambling/descrambling), per lo standard di emissione del segnale digitale (MPEG II) e per la brevettazione delle tecnologie di accesso condizionato proprietario nel quadro del Progetto europeo per la radiodiffusione video digitale (DVB), al quale aderiscono circa 150 imprese con interessi in Europa nel campo della televisione digitale. Per quanto riguarda la tecnologia di criptazione, le intenzioni variano da un'impresa all'altra. In particolare, fornitori di servizi televisivi a pagamento come BSkyB, Canal Plus e Filmnet sono convinti della necessità di una tecnologia di criptazione di tipo proprietario e considerano la concezione «SimulCript» l'impostazione adeguata per l'accesso condizionato nel caso della televisione digitale. D'altro lato, potenziali fornitori di TV a pagamento e operatori di rete preferiscono una soluzione del tipo interfaccia comune. Con SimulCrypt le emittenti televisive a pagamento possono avere accesso simultaneamente a basi di decodificatori di utenti che usano sistemi di accesso condizionato diverso, grazie ad accordi o a convenzioni tecniche definiti nell'ambito di DVB. Dall'altro lato, nel caso di una soluzione del tipo interfaccia comune i decodificatori possono essere già progettati tecnicamente in modo da «capire» sistemi di controllo dell'accesso molto diversi per mezzo di moduli e/o «smartcards». Nel quadro di DVB è stato di recente raggiunto un accordo sull'offerta di entrambe le concezioni, Simulcrypt e interfaccia comune. A Simulcrypt è stato aggiunto un codice di condotta delle relazioni commerciali tra i partecipanti al mercato. Alcuni membri di DVB hanno firmato il codice, altri no.

(25) c) Oltre alla base di decodificatori e all'accesso condizionato mediante criptazione, esiste anche un archivio dei dati relativi agli abbonati, nel quale sono registrate tutte le informazioni rilevanti sugli abbonati della televisione a pagamento, compresi la fatturazione e i pagamenti (subcriber management system).

(26) L'infrastruttura descritta forma la base dei servizi relativi al funzionamento della televisione a pagamento. Si tratta essenzialmente dei seguenti servizi amministrativi e tecnici:

— la messa a disposizione di decodificatori,

— la gestione dell'accesso condizionato,

— la gestione degli abbonamenti nei confronti dei clienti della televisione a pagamento,

— la rendicontazione con i fornitori di programmi.

(27) d) I servizi tecnici ed amministrativi per la TV a pagamento possono essere forniti dallo stesso fornitore di TV a pagamento, come avviene attualmente nel caso di Premiere. Il fornitore di servizi televisivi a pagamento può anche mettere la sua infrastruttura a disposizione di altri fornitori di servizi televisivi a pagamento. Ciò avviene, ad esempio, nel caso di Canal Plus in Francia e, per la televisione a pagamento via satellite, di BSkyB nel Regno Unito. Anche Premiere intende offrire i suoi servizi ad altre imprese. L'infrastruttura può però anche essere gestita da imprese diverse dai fornitori di programmi. Ciò avviene in particolare nel caso degli operatori di reti di distribuzione via cavo. La fornitura dei servizi in questione da parte degli operatori di reti via cavo è molto praticata negli Stati Uniti.

(28) MSG metterà a disposizione i decodificatori (almeno a breve e medio termine) ed effettuerà anche il controllo condizionato e la gestione degli abbonamenti per i fornitori di TV a pagamento. Nel far ciò MSG avrà relazioni contrattuali dirette principalmente con i fornitori di programmi. Il contratto di abbonamento alla televisione a pagamento sarà concluso tra il fornitore di programmi e l'utente finale. Inoltre, almeno per alcuni anni, MSG darà i decodificatori in leasing agli utenti finali. Infine, il fornitore di programmi deve concludere contratti di utenza con Telekom e con altri operatori di reti o di satelliti.

(29) Nel quadro del sistema di gestione degli abbonati, MSG controllerà anche i pagamenti degli

abbonamenti e ne informerà i fornitori di TV a pagamento che, eventualmente, potranno cancellare il segnale di accesso condizionato degli abbonati in ritardo con il pagamento. Secondo le affermazioni delle parti notificanti, MSG non offrirà programmi o servizi interattivi né praticherà il cosiddetto «packaging» (offerta riunita di pacchetti di programmi). Il «packaging» e la commercializzazione dei programmi trasmessi tramite MSG saranno effettuati dagli stessi organizzatori dei programmi. MSG intende offrire i suoi servizi ai fornitori di programmi dal 1995, indipendentemente dal fatto se questi trasmettono i programmi utilizzando la tecnologia digitale o quella analogica. Poiché l'introduzione della tecnologia digitale è, come descritto in seguito, imminente e Kirch e Bertelsmann, che detengono in comune la società che trasmette l'unico canale televisivo a pagamento attualmente esistente in Germania, non intendono introdurre altri programmi televisivi a pagamento su base analogica (a parte un canale per bambini che Premiere vuole introdurre), non è probabile che MSG si impegni ulteriormente in modo significativo nel campo dei programmi analogici.

(30) e) Anche se manca attualmente in Germania un mercato per i servizi forniti da MSG, si prevede che tale mercato si svilupperà, soprattutto in seguito all'introduzione della televisione digitale (vedi il precedente considerando 2). Poiché è improbabile che tutti i fornitori di servizi di comunicazione televisivi disporranno di una propria infrastruttura, la domanda dovrebbe svilupparsi rapidamente portando ad un'espansione del settore forniture all'interno dei servizi offerti da MSG.

(31) f) Conformemente alla concezione alla base di MSG, si deve partire dall'assunto che vi sarà un mercato unico dei servizi relativi alla televisione digitale a pagamento e di altri servizi di comunicazione televisiva interattiva digitale. MSG offrirà riuniti in pacchetto i decodificatori, l'accesso condizionato e la gestione degli abbonati. Lo stesso pacchetto di servizi è fornito su base analogica da Premiere e Selco. Selco commercializza anche i programmi televisivi a pagamento che gestisce. Dopo l'accordo raggiunto in sede di DVB sulla coesistenza di varie soluzioni per l'accesso condizionato, i servizi, soprattutto il sistema di gestione degli abbonamenti, potrebbero essere forniti separatamente. Varie imprese tra quelle interpellate dalla Commissione ritengono pertanto possibile che si possa sviluppare un mercato separato per la gestione degli abbonati da parte di ditte specializzate. In connessione con la gestione degli abbonamenti o separatamente da essa si potrebbe sviluppare anche un mercato speciale per il «packaging» di programmi, cioè la riunione di pacchetti di programmi provenienti da fornitori differenti.

2. **Televisione a pagamento**

(32) La televisione a pagamento costituisce un mercato rilevante, sotto il profilo del prodotto, distinto da quello della televisione commerciale finanziata tramite la pubblicità e dalla televisione pubblica finanziata con il canone e in parte con gli introiti pubblicitari. Mentre nel caso della televisione finanziata tramite la pubblicità sussiste una relazione di scambio solo tra il fornitore di programmi e l'industria pubblicitaria, nel caso della televisione a pagamento sussiste una relazione di scambio unicamente tra il fornitore di programmi e i telespettatori abbonati. Di conseguenza, le condizioni di concorrenza di ciascuno dei due tipi di televisione commerciale sono diverse. Mentre nel caso della televisione finanziata tramite la pubblicità i parametri chiave sono le quote di ascolto e le tariffe pubblicitarie, nel caso della televisione a pagamento i fattori chiave sono la programmazione orientata secondo gli interessi dei gruppi di telespettatori mirati e i livelli dei prezzi di abbonamento (vedi anche la decisione della Commissione del 5 agosto 1994 relativa al caso n. IV/M.410 Kirch/Richmont/Telepiù). Una certa relazione tra la TV a pagamento e quella libera sussiste nella migliore delle ipotesi nella misura in cui la crescita del mercato della TV a pagamento è rallentata da un'offerta di programmi comparabilmente varia da parte delle emittenti libere. Così ad esempio il numero di abbonati a Premiere in Germania si è sviluppato diversamente da quello degli abbonati alla pay-TV in Francia o nel Regno Unito (vedi il successivo considerando 48). Ciò non cambia affatto il carattere originale del mercato della pay-TV. La distinzione tra i due mercati potrebbe, tuttavia, stemperarsi nel caso di programmi televisivi a pagamento finanziati con fondi di origine mista. Si prevede che siffatti mercati si formeranno in futuro in vari paesi. Sul mercato tedesco però non vi sono finora prove di canali televisivi a pagamento che siano finanziati in modo misto, dato che Premiere è finanziata esclusivamente tramite abbonamenti dei telespettatori. Anzi, secondo le affermazioni di vari partecipanti al mercato, anche nel settore della pay-TV un importante argomento per attrarre clienti sarà proprio la rinuncia ad interrompere i programmi per passare spot pubblicitari.

(33) I canali televisivi a pagamento e quelli di libero accesso finanziati attraverso la pubblicità differiscono anche nei contenuti. La digitalizzazione consente di comprimere ad alti livelli i segnali da trasmettere e determinerà perciò un notevole incremento delle capacità di trasmissione. Attualmente circa 14 milioni di nuclei familiari possono ricevere via cavo e 7 milioni direttamente via satellite circa 30 canali televisivi in forma analogica. Nell'era digitale si calcola che sarà possibile ricevere 200 e più canali televisivi. I nuovi canali saranno con molta probabilità principalmente canali a paga-

mento, poiché vi sono limiti all'ulteriore crescita quantitativa degli spot pubblicitari televisivi e il mercato della televisione finanziata tramite la pubblicità sembra essere pertanto essenzialmente un mercato maturo. Date queste premesse, si può prevedere la nascita di una serie di nuovi canali specializzati a pagamento che rispondono alla domanda di gruppi particolari di utenti (ad esempio canali specializzati in sport, musica, informazioni, film o programmi per bambini). Benché un'analoga tendenza alla creazione di canali specializzati si osservi anche nel caso della televisione finanziata tramite la pubblicità, il fenomeno non è paragonabile alla specializzazione prevedibile nel campo della televisione digitale a pagamento. Inoltre, la digitalizzazione in collegamento con l'uso del telefono o della rete di distribuzione via cavo come canali di ritorno consente l'introduzione di servizi televisivi interattivi quali il «pay-per-view» (televisione pagata a consumo), il «near-video-on-demand», il «video-on-demand», la telebanca, i teleacquisti e la teleistruzione.

(34) Secondo le informazioni fornite dalle parti notificanti, Telekom dovrebbe procedere nel 1995 alla digitalizzazione della sua rete via cavo. Già all'inizio del 1995 la ricezione digitale dovrebbe essere possibile nell'80% dei nuclei familiari che dispongono di un collegamento via cavo (a condizione che abbiano un decodificatore). La quotà dovrebbe aumentare fino al 96% nel corso dello stesso anno. Le trasmissioni via satellite possono già essere effettuate in forma analogica o digitale; solo le trasmissioni terrestri e le apparecchiature di ricevimento devono essere adeguate. Nella rete di distribuzione via cavo a banda larga di Telekom vi saranno in futuro, nella gamma ampliata di canali speciali di 300-450 MHz («hyperband»), 15 canali disponibili per trasmissione di segnali di programmi digitali. Su ogni canale possono essere trasmessi da quattro a dieci programmi digitali. Telekom intende fornire inizialmente tre canali per la TV a pagamento entro la fine del 1995.

(35) Mentre negli Stati Uniti è stata avviata all'inizio del 1994 la diffusione di un pacchetto di programmi televisivi digitali via satellite direttamente ricevibili (direct TV), comprendente all'inizio 75 programmi, l'Europa è attualmente nella fase dei progetti pilota. Nel Regno Unito BSkyB offre servizi «pay-per-channel» e «pay-per-view» via satellite, mentre BT intende effettuare un esperimento di «video-on-demand» basato su una tecnologia parzialmente digitale tramite l'operatore della rete via cavo Westminster. In Francia France Telecom ha già indetto una gara d'appalto per la fornitura di 300 000 decodificatori. Anche Canal Plus intende introdurre decodificatori digitali nel 1995. Bertelsmann ha avviato una cooperazione con Canal Plus nel settore della televisione a pagamento, che comporta investimenti per più di [. . .] (1) Mio di ECU nei prossimi tre anni.

(36) In Germania vari progetti pilota di televisione digitale e in alcuni casi interattiva saranno avviati quest'anno, ad esempio a Norimberga, Amburgo e Berlino. Progetti comprendenti servizi interattivi, tra cui «near-video-on demand» e i teleacquisti, riguardanti 4 000 nuclei familiari saranno avviati alla fine del 1994 nel Baden-Württemberg (Multi Media Services Pilot) e ad Amburgo (DITB Gesellschaft für digitales interaktives Fernsehen mbH). Nel settore dei teleacquisti la ditta di vendita per corrispondenza Quelle Schickendanz AG progetta d'introdurre questo servizio a partire dal 1995 e intende svilupparlo verso l'introduzione di un proprio canale via satellite con un catalogo elettronico ed una gamma di servizi e di programmi d'intrattenimento. La maggior parte delle imprese interpellate dalla Commissione nel quadro della presente procedura è ugualmente dell'opinione che vi sarà un aumento dei servizi di televisione digitale a pagamento e di altri servizi interattivi digitali tra il 1995 e il 1998. Premiere, il canale televisivo a pagamento gestito da Bertelsmann, Kirch e Canal Plus ha annunciato che conta di offrire «near-video-on-demand» e «pay-per-view» a partire dal 1995/1996.

(37) Secondo un'indagine citata nella stampa specializzata, almeno il 20% dei telespettatori tedeschi sopra i 14 anni sarebbe disposto a pagare per la TV a pagamento, in aggiunta al canone televisivo e al canone per la distribuzione via cavo su banda larga. Ciò rappresenterebbe un mercato potenziale di oltre 10 milioni di telespettatori per la televisione a pagamento. La stessa Telekom conta, nel quadro della sua programmazione per MSG, di giungere a 3,4 milioni di utenti entro il 2005.

(38) Sulla base delle informazioni attualmente disponibili, non è chiaro se tutti i tipi di servizi di comunicazione a pagamento per apparecchi di ricezione di immagini possano essere inclusi in un unico mercato. In particolare, servizi interattivi come i teleacquisti e la telebanca dovranno forse essere considerati come un mercato distinto. Tuttavia, secondo l'attuale livello delle conoscenze, la televisione a pagamento sotto forma di «pay-per-channel», «pay-per-view» e «near-video-on-demand» costituisce un unico mercato, dato che in questo tipo di programmi è la sola emittente a determinare l'ordine dei programmi e il ritmo di emissione e l'utente ha solo una limitata libertà di scelta (nel caso dei «near-video-on-demand», ad

(1) Segreto professionale. Secondo i resoconti della stampa l'ordine di grandezza sarebbe di 300 Mio di DM.

esempio, viene messo a disposizione un determinato numero di film, ciascuno dei quali è ripetuto a determinate ore del giorno). Le cose possono cambiare nel caso del vero e proprio «video-on-demand» con il quale l'utente può selezionare un programma di sua scelta a partire da una videoteca elettronica. Poiché però questo tipo di emissione non sarà disponibile, secondo le informazioni fornite da vari potenziali partecipanti al mercato, per motivi tecnici nei prossimi anni, non è necessario attribuirla precisamente ad un mercato particolare.

3. **Reti di distribuzione televisiva via cavo**

(39) La Commissione ritiene che si possa parlare dell'esistenza di un mercato delle reti di distribuzione televisiva via cavo a sé stante.

(40) Le parti notificanti sostengono che con l'introduzione del sistema digitale non esisterà più un mercato distinto per le reti di distribuzione televisiva via cavo e che non vi saranno più carenze nelle capacità di trasmissione. Esse ritengono anche che le trasmissioni via cavo, via satellite o via frequenze terrestri siano considerate oggi dai consumatori come interscambiabili e comportino oneri finanziari paragonabili sia per gli utenti che per i fornitori di programmi.

(41) Questo punto di vista non può essere accettato per una serie di motivi. Indipendentemente dalla forma di trasmissione, analogica o digitale, la televisione può essere trasmessa via frequenze terrestri, via satellite o via cavo. Dal punto di vista delle condizioni tecniche e del finanziamento vi sono differenze considerevoli tra questi tre modi di trasmissione. Mentre la trasmissione terrestre e quella via satellite richiedono all'utente la semplice installazione, a sue spese, di un'antenna televisiva o parabolica, la trasmissione televisiva via cavo presuppone la manutenzione di una rete finanziata dall'utente tramite il pagamento di un canone. Vi è una differenza per il consumatore finale tra sostenere una spesa consistente una volta per tutte per una forma di trasmissione (ad esempio l'apparecchio ricevente via satellite) o procedere a pagamenti di portata inferiore ma regolari sotto forma di canone per la distribuzione via cavo. Benché in Germania la penetrazione del mercato da parte della distribuzione via cavo (circa 14 milioni di allacciamenti) sia particolarmente alta rispetto ad altri Stati membri, la scelta tra i diversi modi di trasmissione non è ovvia per un gran numero di nuclei familiari persino in questo paese. Su un totale di circa 33 milioni di nuclei familiari che dispongono di una televisione, circa 8 milioni non sono ancora collegati via cavo e per altri 9 milioni di nuclei familiari non si prevedono attualmente ulteriori allacciamenti. Il fatto che per circa 8 milioni di nuclei familiari possa sussistere ancora una possibilità di scelta e siano ridotte anche, eventualmente, le già menzionate differenze di finanziamento per la scelta di modalità di pagamento analoghe (pagamento rateale), può determinare un certo grado d'interscambiabilità. Questo fattore è però irrelevante in Germania a fronte della diffusione del collegamento via cavo rispetto ad altri Stati membri e per altre ragioni che saranno indicate in seguito. Alcune famiglie dotate di televisore si trovano non di rado nella condizione di non poter installare un'antenna parabolica perché vietato per motivi estetici dal proprietario dell'immobile o dall'amministrazione condominale. Infine, un nucleo familiare che sia già collegato via cavo o disponga già di un apparecchio ricevente via satellite non è incline normalmente ad effettuare un ulteriore investimento in un'altra forma di trasmissione (effetto «lock-in»). Per quanto riguarda i vari casi, di cui riferiscono le parti notificanti, di edifici a più abitazioni che passano dal ricevimento via cavo a quello via satellite, per captare le emittenti straniere, essi non stanno ad indicare che i due modi di ricevimento sono interscambiabili, dato che la programmazione è diversa.

(42) Anche dal punto di vista dei fornitori di programmi, contrariamente all'opinione avanzata dalle parti notificanti, la trasmissione via cavo e quella via satellite non sono interscambiabili in termini di costi. Se si prende il raffronto di costi proposto dalle parti, è vero che un fornitore di programmi che trasmetta via satellite e diffonda il programma via satellite anche tramite la rete di distribuzione via cavo deve sostenere costi paragonabili a quelli di un fornitore che trasmetta solo tramite la distribuzione via cavo. Tuttavia, un fornitore di programmi che trasmetta solo via satellite «direct-to-home» deve sostenere costi notevolmente superiori per nucleo familiare e per anno.

(43) Infine, non è esatto, come sostengono le parti notificanti, che non esista più un mercato rilevante distinto per le reti di distribuzione via cavo a causa della digitalizzazione, che avrebbe eliminato la penuria di canali di trasmissione dei segnali televisivi; il fatto che un prodotto sia disponibile per i consumatori in quantità limitata o sufficiente non determina l'esistenza di un mercato rilevante per tale prodotto. Il fattore decisivo è l'esistenza di relazioni di scambio a pagamento per quanto riguarda una merce o un servizio. La capacità di trasmissione di segnali televisivi, sia essa di tipo analogico o digitale, rientra attualmente e continuerà a rientrare in futuro in questa categoria.

(44) Per questi motivi la Commissione considera il mercato delle reti di distribuzione televisiva via cavo un mercato rilevante distinto.

B. *Mercato geografico rilevante*

(45) Sulla base dei risultati delle indagini della Commissione, il mercato geografico rilevante per tutti e tre

i prodotti sopra definiti è limitato alla Germania. Tuttavia, per quanto riguarda il mercato dei servizi, non si può escludere che MSG estenda in seguito — eventualmente con partner locali — le sue attività di prestazione di servizi anche ad altri paesi.

(46) 1. Nel caso della televisione a pagamento tale limitazione è dovuta in particolare al fatto che i programmi offerti in Germania non sono, in larga parte, interscambiabili con programmi offerti in altri paesi. Le condizioni di concorrenza per i fornitori di canali televisivi a pagamento sono attualmente e continueranno ad essere nel prossimo futuro, anche dopo la digitalizzazione dei modi di trasmissione, notevolmente diverse nei singoli stati membri per una serie di motivi.

— I programmi televisivi sono per lo più limitati al territorio nazionale e trasmessi solo nella lingua del paese. I diritti di trasmissione sono concessi solo per uno o più paesi specifici o regioni linguistiche. Tale concessione dei diritti di trasmissione, così come i termini temporali delle cosiddette «finestre» per il cinema, il video e la televisione a pagamento, sottostanno a varie disposizioni, stabilite per legge o concordate tra i fornitori. Inoltre, i film o altri programmi in lingua straniera non sono quasi mai trasmessi nella lingua originale. Mentre, ad esempio, i film in lingua inglese sono spesso trasmessi sottotitolati nella rispettiva lingua nazionale nei paesi del Benelux e nei paesi scandinavi, il doppiaggio rappresenta la prassi usuale in Germania, Francia, Italia e Spagna. Ciò comporta costi diversi per le emittenti televisive.

— Benché vi siano in alcune nicchie di mercato programmi che trascendono le frontiere linguistiche, come dimostrano ad esempio il canale franco-tedesco Arte o il canale musicale MTV, in generale la gamma di programmi disponibili e la loro combinazione («programma-mix») sono chiaramente determinate dalle differenze culturali e dalle preferenze specifiche dei rispettivi pubblici.

(47) Le barriere linguistiche e le differenze normative, in particolare, continueranno ad esistere nell'era della televisione digitale a pagamento. Si può dare per certo che i programmi della televisione a pagamento in Germania continueranno anche in futuro ad essere trasmessi prevalentemente in lingua tedesca. Questo fattore da solo fa sì che le condizioni di concorrenza siano diverse da quelle di altri paesi, non di lingua tedesca.

(48) Tuttavia, il mercato della televisione a pagamento mostra ulteriori differenze nelle condizioni di concorrenza tra uno Stato membro e l'altro. La struttura dei fornitori di canali televisivi analogici a pagamento è caratterizzata dal fatto che, praticamente in ogni Stato membro, un fornitore particolare detiene una posizione dominante di mercato o addirittura un monopolio. È il caso ad esempio di BSkyB nel Regno Unito, Canal Plus in Francia e Spagna, Filmnet in Benelux, Telepiù in Italia e Premiere in Germania. Solo nei paesi scandinavi operano contemporaneamente vari fornitori (Filmnet, TV 1000, Tele TV). Differiscono allo stesso modo i prezzi, il numero dei programmi e le possibilità di combinazione. Persino i sistemi di criptazione precedentemente descritti possono essere differenziati, anche se piuttosto a livello regionale, in base ai grandi fornitori. Premiere è attualmente l'unico fornitore con un solo programma. Di conseguenza, il mercato tedesco presenta un livello di penetrazione della televisione a pagamento notevolmente inferiore. Solo circa 800 000 nuclei familiari tedeschi dotati di televisore, cioè il 2% del totale, sono abbonati a Premiere. In Francia e nel Regno Unito le quote corrispondenti sono rispettivamente del 16% e del 15%. Una differenza nel livello di penetrazione del mercato può non rappresentare in quanto tale una barriera all'accesso al mercato. Tuttavia, secondo una serie di concorrenti di mercato delle imprese interessate dalla concentrazione in questione, la discrepanza tra la Germania e la Francia, ad esempio, è dovuta al diverso grado di attrattiva della scelta di film offerta dalle televisioni commerciali finanziate attraverso la pubblicità. L'offerta differenziata di film della televisione tedesca renderà probabilmente anche in futuro l'accesso al mercato più difficile per altri concorrenti.

(49) Da un punto di vista tecnico, infine, si deve tener conto del fatto che nel caso della televisione a pagamento l'utente può ricevere i programmi solo grazie ad un decodificatore. Questa caratteristica offre, in linea di principio, la possibilità tecnica di operare, per gli stessi programmi, prezzi diversi da uno Stato membro all'altro.

(50) Benché sia prevedibile che l'introduzione del sistema digitale porterà ad un aumento dell'offerta e allo sviluppo di vari servizi interattivi, gli squilibri strutturali esistenti tra i fornitori non saranno superati a breve termine. È già possibile prevedere che gli attuali grandi fornitori di canali televisivi a pagamento svolgeranno un ruolo guida anche con la televisione digitale. Dalle indagini della Commissione è

emerso che la Germania è considerata il più grande mercato potenziale in Europa per i servizi di televisione a pagamento.

(51) Ciò vale anche per i fornitori tedeschi che intendono operare in Austria, dove, tenendo conto della mancanza di barriere linguistiche, potrebbe esistere in futuro un mercato per la televisione a pagamento in lingua tedesca. Attualmente la stragrande maggioranza di abbonati a Premiere, il canale televisivo a pagamento detenuto in comune da Kirch, Bertelsmann e Canal Plus, è in Germania; meno del [. . .] % si trova in Austria. Altri fornitori di pay-TV non esistono per il momento in nessuno dei due paesi. Pertanto, e in considerazione delle condizioni di concorrenza esposte più dettagliatamente in seguito, alle soglie dell'epoca della televisione digitale a pagamento la valutazione della concentrazione sotto il profilo della concorrenza non muterebbe se il mercato geografico di riferimento abbracciasse entrambi i paesi.

(52) 2. Poiché i servizi offerti da MSG sono strettamente connessi con l'offerta di televisione a pagamento, si deve supporre che anche il mercato relativo a questi servizi rimarrà limitato nel prossimo futuro alla Germania. L'attività di MSG è, secondo le affermazioni delle parti notificanti, rivolta a tutta l'Europa e non vi sono ostacoli alla fornitura di apparecchi di decodificazione e di «smartcards» né all'acquisizione di abbonati all'estero; anche le differenze linguistiche e normative rilevanti per la pay-TV non hanno importanza immediata nel settore dei servizi. I fornitori di televisione a pagamento legati a MSG dovrebbero però, come si è già notato, avere capacità di trasmissione presso i rispettivi proprietari di reti di distribuzione nazionali. Ciò può essere di scarso rilievo in paesi in cui i programmi televisivi sono captati principalmente via satellite, ma è d'importanza decisiva per il mercato tedesco, nel quale più di 14 milioni di nuclei familiari dispongono di un collegamento via cavo. Di conseguenza, MSG opererà inizialmente solo in Germania. Anche Premiere, che fornisce direttamente i servizi necessari e che, per sua dichiarazione potrebbe anche fornirli ad altri fornitori di televisione a pagamento, ha, come si è detto, la stragrande maggioranza degli abbonati in Germania. Ad ogni modo, nella misura in cui i fornitori tedeschi di canali televisivi a pagamento acquisiscono abbonati anche in altre regioni di lingua tedesca, il mercato di MSG si allargherà probabilmente a comprendere tali zone.

(53) Anche se probabilmente è vero che l'offerta di fornitori stranieri di programmi non richiede necessariamente che essi dispongano di un'infrastruttura tecnica propria in Germania, tale infrastruttura rappresenta comunque un vantaggio. Finora i relativi servizi sono stati sempre forniti dal fornitore nazionale di televisione a pagamento. Ne è una prova anche la recente costituzione dell'impresa tedesca Selco, per la commercializzazione e la prestazione di servizi per i programmi televisivi a pagamento di BSkyB e altri programmi in lingua inglese. Le possibilità di mercato di MSG riposano anche in misura non insignificante sull'esistenza di una rete ben sviluppata di distribuzione via cavo in Germania. Questa rete sarà, di per se stessa e in collegamento con la rete telefonica, anche d'importanza particolare per i futuri servizi interattivi. Ciò vale in particolare in vista dell'imminente introduzione della tecnologia ISDN basata sulla rete via cavo a banda larga in fibra di vetro, che consente lo sviluppo di una rete di trasmissione dei dati a due vie con capacità quasi illimitata. In considerazione del grado di diffusione della televisione via cavo, che è notevolmente inferiore della maggior parte degli altri Stati membri, in particolare in Francia e nel Regno Unito, non vi saranno nel prossimo futuro condizioni omogenee di concorrenza tra la Germania e gli altri Stati membri. Considerando anche l'Austria e le reti di distribuzione via cavo esistenti in tale paese si potrebbe semmai giungere — per i motivi precedentemente esposti (considerando 52) — alla formazione di un mercato di lingua tedesca dei servizi.

(54) 3. Per quanto riguarda la gestione delle reti di distribuzione televisiva via cavo, esiste già un mercato nazionale tedesco risultante dal monopolio detenuto per legge da Telekom nel campo della posa dei cavi lungo la struttura viaria pubblica a della gestione di tale rete. Ciò significa che le condizioni di concorrenza in Germania sono sostanzialmente diverse da quelle di altri paesi nei quali il monopolio relativo alla rete via cavo è già stato abolito e in alcuni casi esistono numerosi operatori privati di tali reti.

C. *Effetti della concentrazione*

1. **Servizi tecnici ed amministrativi**

(55) MSG sarà il primo fornitore di servizi tecnici ed amministrativi per la televisione a pagamento e per altri servizi di comunicazione a pagamento in Germania. Oltre a Selco, un'impresa che si colloca in un segmento di mercato particolare, MSG continuerà probabilmente anche in futuro ad essere l'unico fornitore di tali servizi sul mercato tedesco e verrà pertanto ad occupare una posizione di monopolio. Benché un monopolio in un mercato futuro che sta solo cominciando a svilupparsi non debba necessariamente essere considerato una posizione dominante ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3 del regolamento sulle concentrazioni, il presupposto alla non esistenza di una posizione dominante è che il futuro mercato in questione resti

aperto ad una futura concorrenza e il monopolio sia, di conseguenza, solo temporaneo. Tuttavia, tale condizione non è data nel presente caso. Si può anzi prevedere che il mercato dei servizi offerti da MSG sarà reso impenetrabile già nella sua fase di formazione tramite la costituzione dell'impresa comune e che MSG acquisirà un monopolio a lungo termine.

a) *Eliminazione di potenziali concorrenti*

(56) Come si è già detto, l'esperienza ha mostrato in altri paesi che i fornitori di pay-TV e i gestori delle reti di distribuzione via cavo sono i fornitori più probabili dei servizi tecnici ed amministrativi per la televisione a pagamento. In Germania l'unico fornitore di TV a pagamento è attualmente Premiere, che è una controllata congiunta di Bertelsmann, Kirch e Canal Plus. Attualmente Premiere fornisce direttamente i servizi tecnici ed amministrativi necessari al funzionamento della sua televisione a pagamento. Dall'altro lato vi è Telekom, che detiene per legge il monopolio della rete via cavo a banda larga e che è praticamente l'unica impresa di teledistribuzione via cavo in Germania, poiché gestisce oltre il 90% delle reti di distribuzione via cavo. Con la costituzione di MSG, pertanto, si realizza una concentrazione di imprese che avrebbero dovuto, altrimenti, creare ciascuna un'infrastruttura per la televisione digitale a pagamento e fornire i servizi corrispondenti. La più probabile concorrenza potenziale è perciò già esclusa nella fase di sviluppo del mercato.

(57) In risposta a questa argomentazione le parti notificanti affermano che nessuna delle imprese madri di MSG sarebbe disposta ad aprire da sola il mercato dei servizi offerti da MSG, dati i notevoli investimenti necessari. Secondo quanto esposto dalle parti, nessuno dei partecipanti in MSG accetterebbe di sostenere da solo i rischi connessi all'investimento e senza il know-how congiunto richiesto dal progetto. Va riconosciuto che l'investimento necessario, stimato, secondo i documenti disponibili, a [. . .] Mio di DM per i prossimi dieci anni, è di un ordine di grandezza considerevole. Tuttavia, Bertelsmann e Kirch da un lato e Telekom dall'altro dispongono delle risorse necessarie a realizzare ciascuno per proprio conto un progetto come quello di MSG. Ciascuna delle due parti è anche fortemente interessata alla creazione di un'infrastruttura tecnica per la televisione digitale a pagamento. Nel caso di Bertelsmann e Kirch ciò è dovuto alle possibilità di programmi supplementari che la televisione digitale offre precisamente per i canali a pagamento. Nel caso di Telekom è particolarmente importante che nell'introdurre la televisione digitale siano create le condizioni preliminari per i canali televisivi digitali a pagamento. Dato che i programmi supplementari resi possibili dalla digitalizzazione sarebbero probabilmente, come si è già detto, per lo più programmi a pagamento, il successo della televisione digitale, e pertanto un migliore utilizzo della rete di distribuzione via cavo di Telekom, dipende dall'esistenza della necessaria infrastruttura per la televisione a pagamento.

(58) L'argomento addotto dalle parti notificanti, secondo il quale esse possono assumere il rischio di investire in un'infrastruttura digitale solo congiuntamente sembra anch'esso poco convincente se si pensa all'esperienza dell'introduzione in Germania del sistema di telefonia mobile (GSM). Anche in quel caso si era dovuta creare l'infrastruttura per un nuovo sistema di comunicazione che coprisse la maggior parte possibile del territorio nazionale, ma l'operazione era stata portata a termine da due imprese concorrenti di telefonia mobile. Si era così garantito che gli utenti della telefonia mobile potessero scegliere tra due sistemi concorrenti, il sistema D1 gestito da Telekom e il sistema D2 gestito da un consorzio privato. Mentre l'investimento di MSG è destinato a rimanere nell'ordine di [. . .] Mio di DM per un periodo di 10 anni, ciascuna delle due imprese dei sistemi D1 e D2 ha investito 2,5-3 Mrd di DM per un periodo di 5 anni.

(59) Risulta evidente dalla documentazione di Telekom relativa al progetto MSG che Telekom ha un interesse strategico ad entrare, tramite lo sviluppo di un'impresa di servizi, nel mercato della televisione a pagamento e nel futuro mercato dei servizi interattivi di valore superiore. Promuovendo la diffusione della televisione a pagamento, che le consente di entrare nei servizi interattivi, Telekom si crea la possibilità di perseguire, nel campo dei servizi via cavo a banda larga, una politica maggiormente orientata all'uso piuttosto che legata puramente agli allacciamenti e ai canoni. In questa situazione appare probabile che, se non fosse coinvolta in MSG, Telekom entrerebbe indipendentemente nel mercato dei servizi tecnici ed amministrativi e gestirebbe così un'infrastruttura di televisione a pagamento non controllata da Bertelsmann e Kirch. Se necessario, Telekom potrebbe intraprendere tale iniziativa insieme ad altri partner che non operano nel campo della TV a pagamento.

b) *La chiusura del mercato*

(60) Sembra poco probabile che imprese concorrenti possano penetrare il mercato tedesco dei servizi tecnici ed amministrativi per la televisione a pagamento una volta che MSG si sia insediata in tale mercato. L'installazione di un'infrastruttura alternativa richiederebbe investimenti cospicui che potrebbero essere intrapresi da altri operatori o gruppi di operatori solo se esistesse un'opportunità di penetrare nel mercato. Tuttavia, tale opportuni-

tà sarà poco probabile se MSG avrà già occupato il mercato. Una fornitura alternativa di servizi dovrebbe imporsi contro i vantaggi concorrenziali combinati e la forza specifica di Telekom, da un lato, e di Bertelsmann e Kirch, dall'altro. Ciò sembra poco probabile.

aa) Elementi di forza di Telekom

(61) Le seguenti caratteristiche, che costituiscono la forza di Telekom, sono particolarmente rilevanti per l'impresa comune MSG e il mercato dei servizi da essa offerti.

— Telekom è proprietaria di una rete di distribuzione via cavo a banda larga che conta attualmente più di 13 milioni di utenti, cioè più del 90% di tutti gli utenti tedeschi di televisione via cavo (in totale 14 milioni di allacciamenti). Dei due metodi fondamentali di trasmissione della televisione a pagamento, la rete di distribuzione via cavo svolge in Germania un ruolo molto maggiore della televisione via satellite, che attualmente è ricevuta da 7 milioni di utenti. I mercati regionali o locali, inoltre, possono essere raggiunti nel modo più economico, tramite l'inserimento diretto localmente limitato nella rete di distribuzione via cavo. Data l'importanza della rete di distribuzione via cavo, in Germania ha senso offrire servizi relativi alla TV a pagamento solo se sono in connessione con canali televisivi a pagamento trasmessi via cavo. Servizi limitati ai programmi trasmessi via satellite sono concepibili solo in particolari segmenti di mercato, come ad esempio il campo di attività in cui opera Selco, descritto più oltre. A parte questo segmento, qualsiasi fornitore di servizi di televisione digitale a pagamento dipende pertanto dall'uso della rete cablata di Telekom.

— In quanto proprietaria della rete di distribuzione via cavo, Telekom sarà incaricata della digitalizzazione nel settore della iperbanda. Essa determinerà la graduale espansione dei canali di trasmissione per la televisione digitale e potrà così controllare lo sviluppo della capacità di trasmissione della televisione digitale.

— Con la recente acquisizione di una partecipazione del 16,6% in SES, Telekom è divenuta il secondo azionista, dopo il Granducato di Lussemburgo, della maggiore impresa europea di gestione di satelliti, che raggiunge 6 milioni di nuclei familiari in Germania tramite i satelliti Astra. Telekom è rappresentata nel consiglio di amministrazione di SES e collabora con quest'ultima per garantire la compatibilità tra la rete di distribuzione via satellite e quella via cavo nel settore della televisione digitale. Anche se non controlla SES, Telekom, tramite la sua partecipazione nell'impresa, può influenzare l'assegnazione dei canali disponibili sui satelliti Astra, che svolgono un ruolo dominante nella Comunità.

— In quanto proprietaria della rete di distribuzione via cavo a banda larga e contemporaneamente detentrice del monopolio della rete telefonica fissa, Telekom controlla i due principali mezzi di trasmissione che possono fornire il canale di ritorno necessario alla televisione digitale interattiva. L'uso del sistema di telefonia mobile come canale di ritorno, per quanto tecnicamente possibile, non sembra un'alternativa adeguata in termini economici, almeno per l'uso privato. Secondo le informazioni della Commissione, la rete di distribuzione via cavo a banda larga tedesca non può per il momento essere utilizzata, per motivi tecnici, come canale di ritorno. Perché ciò sia possibile sono necessari ulteriori investimenti. Ciò rende la rete telefonica o la rete in fibra di vetro di Telekom tanto più importante in quanto unico canale attualmente disponibile per la televisione interattiva.

— Tramite la rete di distribuzione via cavo Telekom dispone di una base di clienti che può essere notevolmente importante per la gestione della televisione a pagamento. Telekom ha accesso diretto a circa 4 milioni di clienti individuali. Essa partecipa inoltre indirettamente nelle imprese di servizi che prestano assistenza ad altri 900 000 utenti nella zona di livello 4 della rete (impianti di distribuzione all'interno delle abitazioni). Inoltre, con i suoi negozi presenti in tutto il paese Telekom dispone anche di una base di distribuzione nazionale.

— Come impresa di gestione della rete telefonica e di distribuzione via cavo Telekom dispone di esperienza nella gestione della rete e del know-how tecnologico dei servizi di comunicazione.

I punti forti specifici di Telekom appena illustrati conferiscono a MSG sostanziali vantaggi rispetto ad altri potenziali concorrenti.

bb) Elementi di forza di Bertelsmann e Kirch

(62) In quanto finora unici fornitori di televisione a pagamento Bertelsmann e Kirch hanno già, tramite Premiere, una base di abbonati che possono utilizzare anche per la futura televisione digitale a pagamento. Le parti notificanti obiettano a questo proposito che gli abbonati a Premiere non costituirebbero una base sufficiente per garantire l'ammortamento dell'investimento in MSG. Ciò può essere vero; ma i rischi di un investimento in un'infrastruttura digitale sono significativamente ridotti se il fornitore del servizio si può appoggiare ad una base di clienti abbonati alla televisione analogica a pagamento. Ciascun concorrente di MSG dovrebbe potersi appoggiare ad una base di abbonati che i fornitori di televisione a pagamento ad esso colle-

gati dovrebbero prima acquisire. I concorrenti di Bertelsmann e Kirch sul mercato della televisione a pagamento dovrebbero, contrariamente alle imprese madri di Premiere, iniziare da zero. Lo stesso vale per i potenziali concorrenti di MSG nel settore dei servizi tecnici ed amministrativi.

(63) Come si illustra più oltre nei dettagli, Bertelsmann e in particolare Kirch hanno un accesso preferenziale al software dei programmi. Bertelsmann e Kirch hanno la possibilità, molto più dei loro potenziali concorrenti sul mercato della televisione a pagamento, di offrire, dopo l'introduzione della televisione digitale, programmi televisivi supplementari a pagamento attraenti. Qualsiasi potenziale concorrente di MSG dovrebbe, di conseguenza, costituirsi una base di clienti senza disporre, per la sua infrastruttura tecnica, dei programmi del futuro principale fornitore di pay-TV. Ciò aumenta in modo sostanziale i rischi economici di un fornitore di servizi alternativo.

(64) Infine, Bertelsmann che ha esperienza nella gestione della clientela grazie ai 22 milioni di membri a livello mondiale dei suoi club del libro ed è l'impresa leader nella gestione dei club del libro in Germania, con 6 milioni di membri, dispone di un importante canale potenziale di distribuzione per la televisione a pagamento. Anche questo aumenta le possibilità di successo di mercato dei futuri programmi di TV digitale a pagamento di Bertelsmann e Kirch e allo stesso tempo significa che la base di clienti di MSG è assicurata. A questo proposito Bertelsmann obietta che una parte sostanziale dei membri dei suoi club del libro le è semplicemente data in leasing da [...] società di vendita indipendenti e che essa non è interessata a distogliere il potere d'acquisto dei membri dei club dagli attuali prodotti indirizzandolo verso altri. Da un lato, però, è improbabile che un metodo di vendita consistente nel reperimento di clienti tramite imprese di vendita indipendenti possa seriamente impedire l'ampliamento della gamma di prodotti dei club. Dall'altro, l'argomento del trasferimento dei clienti dei club dal settore dei libri e dischi a quello della TV a pagamento non è molto convincente. Qualsiasi offerta di pay-TV che abbia successo comporta il rischio di uno spostamento nell'utilizzo del budget destinato dai consumatori ai prodotti culturali, qualunque sia il canale di vendita utilizzato. L'affermazione della televisione digitale a pagamento è appunto l'obiettivo dichiarato di MSG e delle sue società madri.

– cc) Fornitori di altri servizi

(65) L'unica impresa attualmente nota che desideri offrire in Germania servizi simili a quelli che intende fornire MSG è Selco Servicegesellschaft für elektronische Kommunikation mbH (Selco). Selco è un'impresa comune costituita dall'impresa privata di radiodiffusione televisiva PRO 7 (50,1%) e da News Corporation Ltd (49,9%), che appartiene al gruppo Murdoch. Secondo le informazioni di cui dispone la Commissione, l'attività di Selco è limitata alla commercializzazione di programmi in lingua inglese in Germania. Dovrebbe trattarsi principalmente di programmi del fornitore di servizi televisivi a pagamento BSkyB, che appartiene al gruppo Murdoch. Selco opererà pertanto in una nicchia di mercato con una limitata base di abbonati. Va notato inoltre che il 47,7% del capitale di PRO 7 è detenuto dal signor Thomas Kirch, figlio del proprietario del gruppo Kirch. Sembra inoltre che PRO 7 faccia largo uso nei suoi programmi di software di programmi del gruppo Kirch. PRO 7 dovrebbe pertanto probabilmente essere inclusa almeno nella sfera di influenza del gruppo Kirch. In questa situazione è difficile immaginare che Selco entrerà in concorrenza attiva con MSG.

(66) La società lussemburghese, menzionata dalle parti notificanti, Europa Online SA, che si trova ancora in via di costituzione, si limiterà, secondo resoconti della stampa, a servizi d'informazione interattivi basati su computer. Il suo capitale sociale, menzionato dalla stampa, pari a 1,25 Mio di DM fa ritenere improbabile che Europa Online possa creare un'infrastruttura per la televisione digitale a pagamento.

(67) Contrariamente alle dichiarazioni delle parti notificanti, non si può realisticamente supporre che altri concorrenti entreranno nel mercato di MSG, dati i vantaggi concorrenziali precedentemente esposti di cui quest'ultima gode. A questo proposito va sottolineata una contraddizione nell'argomentazione delle parti. Da un lato si afferma che i rischi di investimento di MSG sono talmente alti che Bertelsmann/Kirch e Telekom non potrebbero assumerli ciascuna per conto proprio; ma dall'altro, secondo le parti, altri concorrenti entreranno nel mercato una volta che MSG vi si sia insediata con successo.

(68) La supposizione che MSG acquisirà a lungo termine una posizione di monopolio è confermata sia dall'esito dell'audizione alla quale hanno partecipato una serie di terzi interessati, sia da numerose risposte di altre imprese, interpellate dalla Commissione, che operano nel settore televisivo o in altri settori rilevanti per l'attività di MSG. Non è pensabile, di conseguenza, che un fornitore alternativo di servizi possa imporsi come concorrente di MSG.

(69) Una posizione dominante da parte di MSG è prevedibile anche se quest'ultima, con la sua attuale struttura societaria, decidesse di adottare una base di decodificatori dotata di un cosiddetto interfaccia comune. Interfaccia comune significa qui una progettazione della tecnologia di cripta-

zione che consenta a qualsiasi altro fornitore di televisione a pagamento o di servizi di gestire un sistema di accesso condizionato e di abbonamenti utilizzando la base di decodificatori disponibile senza dover richiedere l'autorizzazione per l'uso del sistema di accesso condizionato all'impresa che ha installato tale base. Ciò si può ottenere grazie alle possibilità di collegare i moduli di fornitori di programmi o servizi differenti con un decodificatore dotato d'interfaccia comune. Ogni modulo contiene i suoi elementi di decriptazione proprietari. È vero che con questo sistema i potenziali concorrenti non dovrebbero più investire in una propria base di decodificatori. Tuttavia, finché i decodificatori sono affittati agli utenti, non si può escludere che MSG imponga loro, nel contratto di affitto, la condizione di non usare il decodificatore con moduli di altri fornitori di pay-TV o di servizi senza il suo consenso. Una tale restrizione contrattuale sarebbe possibile nell'attuale stato degli accordi all'interno del progetto DVB. In conseguenza della restrizione i concorrenti di Bertelsmann/Kirch o di MSG non avranno, nonostante l'interfaccia comune, un accesso libero e incontrollato alla base di decodificatori installata, almeno finché i decodificatori saranno prevalentemente, o almeno in gran parte, affittati da MSG e non acquistati dagli abbonati alla pay-TV. Secondo il piano di gestione di MSG questa sarà la situazione nei primi cinque anni, durante i quali la quota di nuovi apparecchi affittati dovrebbe scendere progressivamente dal 70% circa al 20% circa. Ciò significa che il libero accesso non sarà possibile per un periodo abbastanza lungo d'introduzione della televisione digitale. Questo periodo è però decisivo per la formazione delle condizioni del mercato nel quale opera MSG. Inoltre, anche dopo questo periodo, il libero accesso sarà possibile solo con i decodificatori venduti agli utenti e non con quelli in locazione già installati.

(70) Anche se MSG non limitasse l'accesso di altri fornitori di servizi nei contratti di affitto relativi ai decodificatori, si può comunque prevedere una posizione dominante di MSG sul mercato separato, teoricamente concepibile, dell'accesso condizionato e della gestione degli abbonati. Grazie al potenziale economico di Bertelsmann/Kirch nel settore della televisione a pagamento, MSG beneficierebbe probabilmente sul suo mercato di economie di scala (base di abbonati, numero di programmi gestiti) che renderebbero la concorrenza di altri fornitori di servizi molto più difficile. Dall'altro lato, la partecipazione di Telekom nell'impresa comune consente a MSG di procurare ai fornitori di televisione a pagamento i necessari contratti di utenza per la rete di distribuzione via cavo a banda larga di Telekom, anche se tali contratti giuridicamente sono conclusi tra Telekom e gli utenti. MSG può pertanto, contrariamente ad altri potenziali fornitori di servizi, offrire ai fornitori di programmi un servizio esaustivo comprendente tutte le condizioni tecniche preliminari per la televisione a pagamento.

(71) Inoltre, se MSG nella sua attuale struttura societaria occupa il mercato, qualsiasi nuovo fornitore di televisione a pagamento sarà probabilmente in gran parte dipendente da MSG per la fornitura di servizi, anche se, con un'interfaccia comune e un accesso illimitato ai decodificatori, l'accesso condizionato e la gestione degli abbonati possono essere assicurati da altre imprese di servizi che utilizzano la base di decodificatori installata da MSG. Non è probabile che la media degli abbonati alla televisione a pagamento preferisca avere a che fare con più di un'impresa di gestione degli abbonamenti. È nell'interesse dell'utente avere per quanto possibile un unico organismo di riferimento che regoli per lui tutte le questioni connesse al ricevimento della televisione a pagamento (ad esempio: estensione dell'abbonamento ad altri programmi, riduzione dei programmi abbonati, pagamento dell'abbonamento). Qualsiasi fornitore di servizi che potrà fornire il maggior numero e il genere più attraente di programmi occuperà pertanto una posizione privilegiata nei confronti della quale gli altri fornitori avranno difficoltà ad affermarsi. È prevedibile che MSG acquisirà tale posizione di privilegio, poiché Bertelsmann e Kirch, con le loro risorse nel campo dei programmi saranno in grado di fornire, più rapidamente e più estesamente degli altri, programmi attraenti sul mercato della televisione digitale a pagamento. Qualsiasi nuovo fornitore di televisione a pagamento, pertanto, vedrebbe le proprie prospettive di vendita ridursi sostanzialmente se non utilizzasse i servizi di MSG e offrisse ai consumatori la propria gestione degli abbonamenti o quella di un altro fornitore.

(72) Nella posizione migliore per contrastare questo «effetto di assorbimento», che un'impresa di servizi controllata da Bertelsmann e Kirch è destinata ad avere, potrebbe trovarsi un operatore di rete via cavo che assumesse direttamente la gestione degli abbonamenti alla televisione a pagamento ed offrisse eventualmente agli abbonati alla distribuzione via cavo pacchetti di programmi da lui stesso confezionati. Date le condizioni strutturali esistenti in Germania una tale funzione potrebbe essere svolta solo da Telekom, che domina il mercato delle reti di distribuzione via cavo. Le isole rappresentate dagli operatori privati di reti cablate sono perlopiù troppo piccole per giustificare le spese d'investimento che dovrebbero sostenere per disporre di un proprio accesso condizionato e di una propria gestione degli abbonati per la televisione a pagamento. Contrariamente alla rete di cavi a banda larga di Telekom, inoltre, le reti di distribuzione via cavo degli operatori privati non rappresentano un mezzo di trasmissione essenziale per la televisione a pagamento tale da obbligare i programmi di Bertelsmann/Kirch ad utilizzarli. Pertanto, con la partecipazione di Telekom in MSG viene a costituirsi una struttura di mercato che lascia prevedere che MSG avrà una posizione

dominante anche nel caso dell'utilizzazione di un'interfaccia comune.

c) *Sintesi*

(73) Per i motivi precedentemente illustrati è prevedibile che la progettata concentrazione conferisca a MSG una posizione dominante duratura sul mercato tedesco dei servizi tecnici ed amministrativi.

2. **Televisione a pagamento**

(74) Se MSG detiene una posizione dominante sul mercato dei servizi tecnici ed amministrativi, la posizione di Bertelsmann e Kirch sul mercato a valle della televisione a pagamento ne risulterà considerevolmente rafforzata. Con molta probabilità la costituzione di MSG darà a Bertelsmann e Kirch una posizione dominante duratura sul mercato della televisione a pagamento.

a) *Attuale posizione di Bertelsmann/Kirch sul mercato della televisione a pagamento*

(75) Attualmente Premiere, controllata comune di Bertelsmann, Kirch e Canal Plus, è l'unico fornitore di televisione a pagamento in Germania. Anche se, in seguito ad un aumento della capacità dovuto all'introduzione della televisione digitale, è possibile un aumento di programmi televisivi a pagamento ed è pensabile pertanto che nuovi concorrenti penetrino nel mercato della televisione a pagamento, vi sono elementi sufficienti per ritenere che Bertelsmann/Kirch, indipendentemente dalla costituzione di MSG, deterranno una posizione dominante sul mercato.

(76) Bertelsmann e Kirch hanno un accesso preferenziale al tipo di software che è interessante per la televisione a pagamento. Kirch è il maggiore fornitore tedesco di film e programmi d'intrattenimento per la televisione. L'impresa dispone di uno stock di circa 15 000 film di ogni genere e 50 000 ore di programmi televisivi; ha inoltre estese attività di produzione nel campo dei film e dei programmi televisivi. Essa controlla anche, insieme ad Axel Springer Verlag, ISPR, che è divenuta l'agenzia più importante per i diritti di trasmissione di programmi sportivi e commercializza, ad esempio, a livello centrale, la trasmissione delle partite di calcio della serie A tedesca. Da parte sua Bertelsmann ha accesso, tramite Ufa, ai diritti di trasmissione di interessanti eventi sportivi e ad attività di produzione cinematografica.

(77) Entrambe le imprese hanno attività varie nel campo della televisione commerciale non a pagamento. Le emittenti televisive commerciali nelle quali Bertelsmann e Kirch hanno partecipazioni o che vanno considerate appartenenti alla sfera d'influenza del gruppo Kirch realizzano l'80% circa degli introiti da pubblicità televisiva in Germania (RTL, SAT 1, PRO 7, RTL 2, VOX, Deutsches Sportfernsehen e Kabelkanal). Kirch in particolare, con le sue consociate o le imprese che vanno incluse nella sua sfera d'influenza (SAT 1, DSF, PRO 7 e Kabelkanal), ha la possibilità di fare un uso differenziato dei diritti di trasmissione dei film e degli eventi sportivi. Ciò consente al gruppo Kirch di offrire prezzi superiori a quelli dei concorrenti per l'acquisto di tali diritti. Il loro accesso preferenziale al software significa che Bertelsmann e Kirch potranno, in seguito alla digitalizzazione della televisione, offrire interessanti programmi supplementari di televisione a pagamento e pacchetti di programmi più agevolmente dei loro potenziali concorrenti.

(78) A questo proposito è di particolare rilievo che le risorse di Bertelsmann e Kirch in termini di programmi consentano loro di confezionare pacchetti di programmi diversi, adattati ai gusti di gruppi particolari di pubblico e di offrirli a prezzi di abbonamento interessanti. L'esperienza compiuta in paesi nei quali la televisione a pagamento si trova già in una fase più sviluppata mostra che l'unione di singoli programmi a costituire pacchetti di programmi è un fattore chiave per avere successo sul mercato della televisione a pagamento. I fornitori di televisione a pagamento che occupano una posizione meno importante sul mercato possono anzi essere costretti ad includere i loro programmi nei pacchetti del fornitore più importante dando in tal modo o quest'ultimo il controllo sui concorrenti.

(79) Si deve tener conto anche del fatto che, come si è già detto, Bertelsmann è la più importante impresa di gestione di club del libro in Germania e ha pertanto a disposizione un importante canale di distribuzione potenziale per i programmi di televisione a pagamento. Nel caso di Kirch un ulteriore vantaggio concorrenziale è costituito da una partecipazione del 35% in Axel Springer Verlag, che a sua volta detiene il 20% del capitale di SAT 1. Axel Springer Verlag è il più grande editore di giornali della Germania e contemporaneamente il più grande editore di riviste di programmi televisivi. È ovvio che l'associazione medianica di Kirch e Axel Springer Verlag è in grado di favorire l'affermazione dei programmi televisivi a pagamento nei quali partecipa Kirch.

(80) In relazione alla posizione detenuta da Bertelsmann e Kirch sul mercato della televisione a pagamento, un altro punto importante è che il divieto di concorrenza imposto agli azionisti di Premiere, di cui si è già parlato, elimina ogni possibilità di concorrenza tra le due imprese sul mercato della televisione a pagamento. Questo aspetto è forse meno importante nel caso della televisione analogica, dato che, in considerazione dei pochi canali di

trasmissione disponibili, la possibilità di nuovi programmi televisivi a pagamento è comunque limitata. Tuttavia, con l'aumento delle capacità di trasmissione grazie alla digitalizzazione, sia Bertelsmann che Kirch avranno la possibilità di offrire sul mercato una gamma di programmi molto più ampia. In questa situazione il divieto di concorrenza ha l'effetto di restringere la concorrenza in misura molto maggiore che in precedenza.

(81) Pertanto, Bertelsmann e Kirch hanno già attualmente una posizione straordinariamente forte sul mercato della televisione a pagamento.

b) *Rafforzamento della posizione di Bertelsmann/ Kirch tramite MSG*

(82) Se per i suddetti motivi MSG raggiunge una posizione di monopolio duratura in quanto operatore di un'infrastruttura digitale per la televisione a pagamento, tutti i fornitori di TV a pagamento che possano entrare sul mercato in seguito alla digitalizzazione saranno costretti ad utilizzare i servizi ad essa connessi offerti da un'impresa controllata dai fornitori di televisione a pagamento che già si trovano in posizione leader. I futuri concorrenti di Bertelsmann e Kirch nel campo della televisione a pagamento potrebbero scegliere solo tra accettare le condizioni MSG o restare al di fuori del mercato. Questa valutazione è confermata dai risultati dell'audizione e da numerosi pareri di imprese interpellate.

(83) Le parti replicano a questa osservazione che ogni fornitore di programmi televisivi a pagamento ha l'alternativa di fornire lui stesso tali servizi, come si usa di solito attualmente. Ciò non è esatto. Uno sguardo alla situazione presente mostra che qualsiasi nuovo fornitore di programmi che entri sul mercato è obbligato ad utilizzare i servizi del fornitore di televisione a pagamento già insediato sul mercato con la sua infrastruttura tecnica. Ciò deriva dal fatto che i rischi economici sono normalmente troppo grandi per un fornitore di programmi per consentirgli di installare una propria infrastruttura per un nuovo programma. L'esperienza mostra che, ad esempio, un nuovo fornitore di programmi nel Regno Unito dipende dall'infrastruttura di BSkyB e un nuovo fornitore in Francia da quella di Canal Plus. Con la costituzione di MSG nella struttura societaria attualmente prevista una situazione analoga verrebbe a formarsi in Germania per la televisione digitale a pagamento.

(84) Tramite MSG, pertanto, Bertelsmann e Kirch potrebbero influenzare considerevolmente la concorrenza di futuri fornitori di televisione a pagamento e indirizzarla in larga misura nella direzione da loro voluta. Tramite il loro controllo di MSG esse potranno fare in modo che i termini e le condizioni di quest'ultima ed in particolare la sua struttura di prezzi risultino vantaggiosi per i loro programmi e svantaggiosi per quelli dei concorrenti. Bertelsmann e Kirch potrebbero anche trarre beneficio da prezzi artificialmente alti, dato che, diversamente dai loro concorrenti, essi partecipano agli utili di MSG.

(85) Vi sarebbe inoltre la possibilità, adducendo necessità tecniche difficilmente verificabili, di offrire i servizi di MSG in modo che l'accesso al mercato di programmi contrari agli interessi di Bertelsmann e Kirch sia almeno ritardato nel tempo. Lo stesso vale del resto anche per l'immissione di programmi nella rete di distribuzione via cavo da parte di Telekom. Non si può escludere che, se forma una concentrazione con Bertelsmann e Kirch in MSG, Telekom tenga conto degli interessi dei suoi partners. Le difficoltà sorte in passato nella diffusione attraverso la rete cablata di Telekom di programmi trasmessi tramite Astra, suggeriscono che, richiamandosi a necessità tecniche, essa può influenzare l'accesso alla rete di distribuzione via cavo senza che sia possibile provare un'infrazione alla regola della neutralità.

(86) Come si è detto, Telekom ha la facoltà di controllare lo sviluppo digitale della iperbanda nella sua rete di cavi a banda larga. Telekom intende rendere disponibili tre canali per la televisione digitale entro la fine del 1995, ciascuno dei quali sarà in grado di trasmettere in forma digitale tra quattro e dieci programmi televisivi. Ciò significa che inizialmente sarà disponibile una capacità di trasmissione supplementare di soli 30 nuovi programmi al massimo. La maggior parte di questa capacità può facilmente essere assorbita da Bertelsmann e Kirch, soprattutto se si tiene conto del fatto che Premiere sarà in grado di introdurre il «near-video-on-demand», che utilizzerebbe una porzione considerevole della capacità di trasmissione. Telekom afferma che la digitalizzazione degli altri dodici canali disponibili avrà luogo alla luce delle condizioni economiche generali, in base al principio che lo sviluppo dovrà essere inteso ad una copertura ottimale e rispondere alle esigenze del mercato. Avendo adottato tali criteri relativamente vaghi, Telekom è in grado di basare l'ulteriore sviluppo dell'iperbanda sugli interessi dei suoi partner in MSG nel campo della televisione a pagamento. Si dovrebbe inoltre tener conto del fatto che lo sviluppo può avvenire in ogni caso solo gradualmente, dato che la digitalizzazione di un nuovo canale richiede circa sei mesi e investimenti per circa 50 Mio di DM.

(87) Bertelsmann e Kirch hanno anche la possibilità di influenzare tramite MSG la collocazione dei programmi dei loro concorrenti. Il gran numero di programmi che è possibile ricevere con la televi-

sione digitale rende necessario stabilire un sistema di guida degli utenti, per aiutarli ad individuare i singoli programmi nella «giungla dell'offerta». Poiché il necessario «on-screen modulator» è contenuto nella cassetta di decodificazione, tale guida degli utenti sarà gestita probabilmente dall'operatore che installa la base di decodificazione. Il controllo di tale guida consente all'operatore di porre i programmi di fornitori di pay-TV concorrenti in posizioni all'interno del menù di programmi che li rendono meno attraenti. A questo proposito è importante, ad esempio, il numero di operazioni necessarie ad accedere ad un determinato programma.

(88) Analogamente, Bertelsmann e Kirch hanno la possibilità, tramite MSG, di influenzare la commercializzazione dei programmi dei loro concorrenti, per quanto riguarda il collocamento di tali programmi sulle «smartcards» rilasciate da MSG. MSG, come operatore dell'accesso condizionato, inserisce sulle «smartcards» i programmi televisivi a pagamento e i pacchetti di programmi offerti, cui viene dato il via libera mediante il segnale di autorizzazione trasmesso con il segnale TV. È prevedibile che la media degli abbonati alla televisione a pagamento preferirà non dover usare una serie di «smartcards» diverse. MSG può pertanto ostacolare qualsiasi concorrente di Bertelsmann e Kirch ponendoli non sulla prima «smartcard» con i programmi interessanti, bensì su «smartcards» supplementari.

(89) Infine Bertelsmann e Kirch sono in grado di acquisire, tramite MSG, vantaggi sostanziali nel campo delle informazioni. Ciò vale in relazione ai nuovi programmi progettati, ma anche in particolare alla struttura dell'utenza e al comportamento degli abbonati che rientrano nel suo sistema di gestione degli abbonamenti. Bertelsmann e Kirch non hanno nemmeno bisogno di ottenere l'accesso ai dati individuali dei clienti; è sufficiente accedere ai dati non personali che danno, ad esempio, informazioni sulla struttura per età dei telespettatori dei vari programmi. Nel caso dei servizi interattivi di televisione a pagamento, come ad esempio «pay-per-view», inoltre, si può accertare, a partire da dati non individualizzati, quale gruppo specifico preferisce in quale misura determinati contenuti di programmi. Tali informazioni conferiscono vantaggi concorrenziali sostanziali poiché agevolano notevolmente lo sviluppo di programmi orientati verso gruppi specifici o pacchetti di programmi.

(90) Le parti notificanti sostengono che non può essere nell'interesse delle società madri di MSG pregiudicare altri fornitori di pay-TV, poiché così facendo esse comprometterebbero il successo economico di MSG. Questa argomentazione sembra discutibile dato che, come precedentemente esposto, si prevede che MSG acquisirà una posizione dominante. Altri fornitori di TV a pagamento dipenderanno dai servizi forniti da MSG, anche se ciò avverrà a condizioni sfavorevoli e con la possibilità di riceverne pregiudizio. Inoltre, Bertelsmann e Kirch sono particolarmente interessati a controllare il mercato della pay-TV e ad influenzare le possibilità dei loro concorrenti, anche se tale comportamento dovesse eventualmente avere un impatto negativo sulle entrate di MSG. Qualsiasi argomento contrario avanzato dalle parti, quale, ad esempio, che la partecipazione di Telekom garantirebbe il carattere non discriminatorio e neutrale dell'attività di MSG nei confronti dei fornitori di programmi, non è convincente. Bertelsmann e Kirch detengono insieme i due terzi del capitale dell'impresa comune. Anche se Telekom esercita insieme a Bertelsmann e Kirch il controllo sull'impresa comune, non si può sperare che MSG assuma un atteggiamento neutrale qualora gli interessi di Bertelsmann e Kirch coincidano. Ciò è tanto più importante in quanto Kirch e Bertelsmann possiedono know-how per la tecnologia della TV a pagamento e saranno inoltre i maggiori clienti dei servizi di MSG, cosicché potranno condizionare l'atteggiamento di Telekom all'interno di MSG.

c) *Sintesi*

(91) Dati i considerevoli vantaggi concorrenziali che comporta per Bertelsmann e Kirch l'impresa comune MSG e dati i possibili effetti negativi sui loro futuri concorrenti, è prevedibile, sulla base delle informazioni attualmente disponibili, che la progettata concentrazione consenta a Bertelsmann e a Kirch di acquisire una posizione dominante duratura sul mercato tedesco della televisione a pagamento.

3. Reti di distribuzione via cavo

(92) In base alle informazioni attualmente disponibili, si può prevedere che, a lungo termine, la progettata concentrazione comprometta anche in modo considerevole l'esistenza di un'effettiva concorrenza sul mercato tedesco delle reti di distribuzione via cavo. Nel futuro immediato il monopolio legale di Telekom nel campo delle reti di cavi a banda larga continuerà. È prevedibile però che, in seguito alla liberalizzazione dei servizi telefonici di base nel 1998, anche il mercato delle reti di distribuzione via cavo sia deregolamentato e aperto alla concorrenza. Sussiste pertanto il rischio che, gestendo la struttura della televisione a pagamento in comune con i maggiori fornitori della stessa, Telekom rafforzi la sua posizione come operatore di reti di distribuzione via cavo in modo tale che, in seguito alla liberalizzazione, la concorrenza sul mercato delle reti cablate sia annullata in modo sostanziale e la posizione dominante di Telekom di conseguenza salvaguardata. Così come Bertelsmann e Kirch eliminano Telekom come potenziale concor-

rente sul mercato dei servizi tecnici ed amministrativi per la televisione a pagamento, Telekom impedisce a Bertelsmann e Kirch, tramite la progettata impresa comune, di essere disponibili come potenziali partner di altri futuri operatori di reti di cavi.

(93) Per il momento le società private di gestione delle reti cablate che operano al livello 4 della rete, cioè nel settore degli allacciamenti all'interno di abitazioni private, possono gestire solo molto limitatamente reti cablate indipendenti dalla rete a banda larga di Telekom. L'installazione delle necessarie apparecchiature di ricevimento via satellite (terminazioni principali) è soggetta al monopolio federale sugli impianti radio e richiede l'autorizzazione del ministero delle Poste e telecomunicazioni (BMPT). Secondo la prassi amministrativa di BMPT un'autorizzazione generale è concessa esclusivamente per terminazioni principali di reti cablate che non vanno oltre i limiti di un fondo immobiliare o che abbracciano una serie di fondi fino ad un massimo di 25 unità abitative allacciate. Diversamente, si richiede un'autorizzazione speciale. A reti che comprendano fondi non collegati tra loro BMPT non accorda, in linea di principio, l'autorizzazione ad installare terminazioni principali. Un'unica eccezione a tale divieto di massima viene fatta nei confronti di operatori privati che intendano svolgere la loro attività al di fuori delle zone operative esistenti o previste di Telekom. Questa prassi amministrativa protegge ampiamente Telekom dalla concorrenza di operatori privati di reti cablate. Se tale prassi dovesse essere abbandonata nel quadro della liberalizzazione del mercato delle reti cablate, le imprese di distribuzione che operano al livello 4 della rete avranno la possibilità di collegare tra loro le isole di distribuzione via cavo limitate a singoli fondi e di entrare così in concorrenza con Telekom. Tale concorrenza può tuttavia essere resa molto più difficile per gli operatori di reti private se Telekom controlla, insieme a Bertelsmann e Kirch, MSG, l'impresa dominante sul mercato dei servizi. Vi sarebbe in particolare il rischio che gli operatori privati non ottengano, o ottengano solo a condizioni svantaggiose, i programmi dei principali fornitori di pay-TV, Bertelsmann e Kirch, necessari per la confezione di pacchetti di programmi attraenti. La costituzione di MSG con la struttura societaria attualmente prevista è pertanto un modo per rafforzare la posizione dominante di Telekom quale operatore di reti cablate.

VI. IMPEGNI PROPOSTI DALLE PARTI

(94) Con lettera del 20 ottobre 1994 le parti hanno proposto di assumere una serie di impegni con l'intenzione di eliminare i dubbi della Commissione sulla prevista concentrazione. La proposta comprende essenzialmente i seguenti punti:

— MSG adotterà una base di decodificatori a interfaccia comune purché l'interfaccia comune sia sviluppato secondo le norme del DVB minimizzando il rischio di pirateria, in modo che la tecnologia possa essere accettata dai fornitori di pay-TV;

— MSG promuoverà la libera vendita di decodificatori sul mercato e nel caso del noleggio non imporrà alcuna limitazione all'utilizzo del decodificatore per la captazione di programmi diversi da quelli da essa gestiti;

— MSG s'impegna a non rivelare alle sue società madri informazioni sui programmi né dati relativi agli abbonati di altri fornitori di pay-TV, nemmeno in forma anonima;

— MSG sceglierà uno stile di presentazione neutro e non discriminatorio nell'elaborazione di un sistema di orientamento degli utenti (Electronic Programming Guide — EPG) e, nella misura in cui sia tecnicamente possibile, informerà anche sui programmi da essa non gestiti;

— MSG istituirà un organo di consulenza per controllare il carattere non discriminatorio della presentazione nell'ambito dell'EPG; in tale organo saranno rappresentati i clienti (fornitori di servizi) di MSG; MSG terrà conto delle proposte di tale organo nelle sue decisioni;

— MSG applicherà prezzi adeguati al mercato e praticherà una politica dei prezzi trasparente, in base alla quale chiederà uguale compenso per uguale prestazione;

— Telekom s'impegna ad equipaggiare le sue reti cablate in modo che possano ospitare altri canali digitali oltre ai 30 già predisposti, per poter disporre, nell'ambito delle capacità di trasmissione tecnicamente utilizzabili, di sufficienti riserve ed evitare situazioni di carenza di canali.

(95) Questi impegni che MSG è disposta ad assumere sono giudicati insufficienti per evitare la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante. È vero che le proposte riguardano aspetti che possono essere, in generale, di particolare importanza per la struttura della concorrenza sul futuro mercato della televisione digitale a pagamento. In particolare l'introduzione di un interfaccia comune sembra essere, dal punto di vista della concorrenza, una soluzione al problema dell'accesso condizionato con un effetto positivo sullo

sviluppo di una concorrenza libera e senza ostacoli. Ciò vale almeno fintantoché non esistono limitazioni contrattuali all'accesso di altri fornitori di pay-TV alla base di decodificatori. Una politica dei prezzi trasparente per quanto riguarda i servizi amministrativi e tecnici è ugualmente un fattore positivo per lo sviluppo competitivo della televisione digitale a pagamento. Data l'attuale struttura societaria di MSG, tuttavia, gli impegni proposti dall'impresa non sono sufficienti ad eliminare i problemi di concorrenza nel caso in questione. Anzi, essi sono in parte subordinati a condizioni e riserve che mettono in questione la loro attuabilità. Inoltre, a parte gli impegni relativi all'introduzione di un interfaccia comune e di sufficienti riserve di canali digitali da parte di Telekom, si tratta fondamentalmente dell'assicurazione di non abusare in alcuni punti della posizione dominante di MSG sul mercato dei servizi amministrativi e tecnici a detrimento dei concorrenti sul mercato della pay-TV.

(96) L'impegno relativo all'introduzione di un interfaccia comune è subordinato alla condizione di minimizzare il rischio di pirateria, in modo che questa tecnologia possa essere accettata dai fornitori di pay-TV. Si tratta perciò di una semplice dichiarazione d'intenti, che lascia a MSG l'opportunità di scegliere un'infrastruttura di decodificatori basata su un sistema proprietario adducendo un'insufficiente sicurezza dell'interfaccia comune o una sua non accettazione da parte di potenziali clienti. A questo proposito va tenuto presente che il più importante cliente potenziale di MSG è Premiere, che è controllata congiuntamente da Bertelsmann, Kirch e Canal Plus. Come è noto Canal Plus è risolutamente contraria ad un interfaccia comune e sostiene invece vigorosamente sistemi di criptazioni proprietari anche per la televisione digitale. Bertelsmann ha concluso peraltro di recente un'alleanza strategica con Canal Plus nell'ambito della quale è stata decisa, quale progetto concreto, la costituzione di un'impresa comune per sviluppare un sistema di criptazione digitale.

(97) Anche se l'impegno di MSG fosse strutturato in modo da assicurare l'introduzione di un interfaccia comune, l'incompatibilità della concentrazione con il mercato comune non sarebbe eliminata. Come si è già illustrato più sopra (considerandi da 70 a 72), con la sua attuale struttura societaria MSG acquisirebbe una posizione dominante sul mercato dei servizi amministrativi e tecnici anche sulla base di un interfaccia comune con accesso illimitato. In questa situazione un interfaccia comune non è in grado di eliminare il grave pregiudizio della concorrenza derivante dall'unione, nell'impresa comune MSG, dell'impresa che domina il mercato delle reti cablate e delle imprese leader della fornitura di pay-TV.

(98) Gli impegni proposti, che si riferiscono al comportamento di MSG nei confronti dei clienti e allo sviluppo della digitalizzazione delle rete cablata da parte di Telekom, non sono atti ad impedire la formazione o il rafforzamento di una posizione dominante da parte di Bertelsmann e Kirch sul mercato della pay-TV. L'impegno di MSG a non operare discriminazioni tra i clienti risponde semplicemente agli obblighi giuridici delle imprese che si trovano in posizione dominante sul mercato. Date le varie possibilità di praticare di fatto discriminazioni occulte, sarebbe peraltro difficile dimostrare che MSG non si comporta in modo neutrale nei confronti di fornitori di programmi. La proposta di un comitato consultivo non incide in alcun modo su questa valutazione, dato che il comitato avrebbe appunto solo funzioni consultive e le sue proposte non sarebbero vincolanti per MSG. Inoltre, l'impegno di MSG a non fornire informazioni sui programmi o dati relativi agli abbonati alle società madri non può impedire a queste ultime di avvantaggiarsi nel campo dell'informazione, senza essere controllate dall'esterno, grazie all'intreccio di relazioni e informazioni esistente tra loro e MSG. Anche l'impegno di Telekom a fornire sufficienti riserve di canali digitali non garantisce che lo sviluppo della digitalizzazione non sia indirizzato, con riferimento a necessità tecniche ed economiche, tenendo conto degli interessi di Bertelsmann e Kirch. Si tratta peraltro piuttosto di una dichiarazione generale d'intenti che di un impegno concretamente formulato.

(99) Nel complesso si può dire che solo l'impegno relativo all'introduzione di un interfaccia comune contiene un elemento strutturale. Tale impegno non è però sufficiente ad impedire una posizione dominante di MSG ed è inoltre connesso a determinate riserve che lo rendono equivalente, negli effetti, ad una dichiarazione d'intenti. Gli altri impegni proposti sono da qualificare come impegni puramente relativi al comportamento, privi di qualsiasi impatto strutturale, il cui rispetto inoltre non può essere controllato. Essi sono già per il loro carattere inadatti a risolvere il problema strutturale che pone la costituzione di MSG, cioè la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante sui mercati dei servizi amministrativi e tecnici, della televisione a pagamento e delle reti cablate.

VII. SVILUPPO DEL PROGRESSO TECNICO ED ECONOMICO

(100) Le parti notificanti sottolineano che i servizi offerti da MSG favoriranno la rapida accettazione della

televisione digitale. È vero che il successo nella diffusione della televisione digitale presuppone un'infrastruttura digitale e che pertanto un'impresa avente gli obiettivi di MSG può contribuire al progresso tecnico ed economico. Tuttavia, il riferimento a tale criterio contenuto nell'articolo 2, paragrafo 1, lettera b) del regolamento sulle concentrazioni è soggetto alla condizione che non vi siano ostacoli alla concorrenza. Come si è fin qui illustrato, però, i prevedibili effetti della progettata concentrazione fanno supporre che essa determinerebbe una chiusura del futuro mercato dei servizi tecnici e amministrativi e la precoce costituzione di una posizione dominante su tale mercato, nonché un impedimento sostanziale ad un'effettiva concorrenza sul futuro mercato della televisione a pagamento.

(101) Tale ostacolo ad un'effettiva concorrenza mette in forse persino il conseguimento di un progresso tecnico ed economico. È infatti estremamente dubbio che, nelle condizioni date, la creazione di un'infrastruttura digitale per la televisione a pagamento da parte di MSG contribuisca effettivamente in modo positivo allo sviluppo del progresso tecnico ed economico. Vi è da temere che, in previsione degli effetti della concentrazione precedentemente descritti, potenziali fornitori di televisione digitale a pagamento non accedano al mercato nella stessa misura che se l'impresa di fornitura dei servizi presentasse una struttura societaria che garantisse una rigorosa neutralità. In tal caso la diffusione della televisione digitale sarebbe ostacolata piuttosto che promossa. Questa supposizione è avvalorata da una serie di opinioni formulate dalle imprese interpellate, che affermano che, qualora la concentrazione sia effettivamente realizzata, dovrebbero rivedere ed eventualmente abbandonare i loro piani o le loro ipotesi di una futura attività di fornitura di televisione digitale a pagamento.

VIII. SINTESI

(102) Per i motivi suesposti si può prevedere che la progettata concentrazione determini lo sviluppo o il rafforzamento di posizioni dominanti tramite le quali una concorrenza effettiva sarebbe ostacolata in una parte sostanziale della Comunità. La concentrazione deve, pertanto, essere dichiarata incompatibile con il mercato comune, conformemente all'articolo 2, paragrafo 3 del regolamento sulle concentrazioni, e con il funzionamento dell'accordo SEE, conformemente all'articolo 57 dell'accordo SEE,

HA ADOTTATO LA PRESENTE DECISIONE:

Articolo 1

La concentrazione, sotto forma di costituzione di un'impresa comune, notificata da Bertelsmann AG, Deutsche Bundespost Telekom e Taurus Beteiligungs GmbH & Co. KG, è dichiarata incompatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE.

Articolo 2

Sono destinatari della presente decisione:

1) Bertelsmann AG
Carl-Bertelsmann-Straße 270
D-33311 Gütersloh

2) Deutsche Bundespost Telekom
Godesberger Allee 87-93
D-40474 Bonn

3) Taurus Beteiligungs GmbH & Co. KG
Robert-Bürkle-Straße 2
D-85737 Ismaning

Fatto a Bruxelles, il 9 novembre 1994.

Per la Commissione

Karel VAN MIERT

Membro della Commissione