II

*(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)*

# COMMISSIE

## BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

**van 9 november 1994**

**inzake een procedure op grond van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad**

**(IV/M.469 — MSG Media Service)**

**(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)**

(94/922(EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen [1], inzonderheid op artikel 8, lid 3,

Gelet op de EER-Overeenkomst, inzonderheid op artikel 57, lid 1,

Gezien het besluit van de Commissie van 18 juli 1994 om in deze zaak een procedure in te leiden,

Na de betrokken ondernemingen in de gelegenheid te hebben gesteld hun standpunt ten aanzien van de door de Commissie aangevoerde bezwaren kenbaar te maken,

Na raadpleging van het Raadgevend Comité voor concentraties,

Overwegende hetgeen volgt:

(1) De procedure betreft het voornemen van Bertelsmann AG (Bertelsmann), Deutsche Bundespost Telekom (Telekom) en Taurus Beteiligungs GmbH (Taurus) tot oprichting van een gemeenschappelijke onderneming onder de naam MSG Media Service Gesellschaft für Abwicklung von Pay-TV und verbundenen Diensten mbH (MSG).

(2) De Commissie heeft bij besluit van 28 juni 1994 overeenkomstig artikel 7, lid 2, en artikel 18, lid 2, van Verordening (EEG) nr. 4064/89 (concentratieverordening) de schorsing van de totstandbrenging van de concentratie in haar geheel bevolen tot zij een definitieve beschikking geeft.

(3) De Commissie heeft bij beschikking van 18 juli 1994 verklaard dat er ernstige twijfel bestaat over de verenigbaarheid van de aangemelde concentratie met de gemeenschappelijke markt. De Commissie heeft bijgevolg overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder c), van de concentratieverordening in de onderhavige zaak een procedure ingeleid.

(4) Duitsland heeft bij brief van 29 juni 1994 overeenkomstig artikel 9, lid 2, van de concentratieverordening de Commissie ervan in kennis gesteld dat door de concentratie een machtspositie dreigt te ontstaan of te worden versterkt, waardoor een daadwerkelijke mededinging op significante wijze zou worden belemmerd op drie markten in Duitsland, die elk een afgebakende geografische markt vormen in de zin van artikel 9, lid 7. Er heeft geen verwijzing van de zaak overeenkomstig artikel 9,

[1] PB nr. L 395 van 30. 12. 1989, blz. 1 (gerectificeerde versie: PB nr. L 257 van 21. 9. 1990, blz. 13).

lid 3, van de concentratieverordening plaatsgevonden.

## I. DE PARTIJEN

(5) Bertelsmann is de uiteindelijke moedermaatschappij van het grootste Duitse mediaconcern. Het Bertelsmann-concern is vooral actief op het gebied van boeken- en tijdschriftenuitgeverijen, boekenclubs, drukkerijen en muziekuitgeverijen en op het gebied van geluidsopnamen; het heeft daarnaast belangen in de sector van de commerciële televisie. Hoewel Duitsland de belangrijkste markt voor Bertelsmann is, heeft het concern, dat ongeveer 60 % van zijn omzet buiten Duitsland behaalt, ook omvangrijke internationale activiteiten.

(6) Taurus is een holding van de Kirch-groep (Kirch). Kirch is de belangrijkste aanbieder van speelfilms en amusementsprogramma's voor de televisie in Duitsland en is ook actief op het gebied van de commerciële televisie. De groep is vooral in Duitsland werkzaam. Daarnaast heeft Kirch in toenemende mate belangen in ondernemingen buiten Duitsland die betaaltelevisie aanbieden.

(7) Telekom is het openbare telecommunicatiebedrijf van Duitsland. Telekom is direct of via dochterondernemingen op alle gebieden van de telecommunicatiediensten actief. Het heeft een monopolie op het Duitse telefoonnet en is eigenaar en exploitant van bijna alle Duitse kabeltelevisienetten.

## II. DE VOORGENOMEN OPERATIE

(8) Bertelsmann, Kirch en Telekom zijn voornemens een gemeenschappelijke onderneming, MSG, met een aandelenkapitaal van 60 miljoen DM op te richten. Elk van de moedermaatschappijen zal een derde van het aandelenkapitaal en van de stemrechten in MSG bezitten. Het maatschappelijk doel van MSG is de technische, commerciële en administratieve afhandeling van overwegend door middel van betaling door de gebruiker gefinancierde televisie- en andere communicatiediensten, met inbegrip van de voorwaardelijke toegang en het abonneebeheer, alsmede het ter beschikking stellen van de technische infrastructuur die voor het verstrekken van deze diensten nodig is, en alle daarmee verband houdende werkzaamheden.

## III. DE CONCENTRATIE

### 1. *Gezamenlijke zeggenschap*

(9) MSG zal onder de gezamenlijke zeggenschap van de drie moedermaatschappijen staan. Volgens de statuten van MSG heeft elk van de drie vennoten het recht om twee van de zes leden van de Raad van toezicht te benoemen. Voor een aantal strategische beslissingen is de goedkeuring van de Raad van toezicht vereist, die moet besluiten met een meerderheid van 75 % van de uitgebrachte stemmen. Tot deze beslissingen behoren met name de benoeming van de directeuren, de vaststelling van de jaarlijkse begroting, de uitbreiding tot nieuwe activiteiten of de stopzetting van bestaande activiteiten, de fundamentele inrichting van de juridische en economische betrekkingen met de overheid en met exploitanten van kabelnetten en aanbieders van diensten, en fundamentele beslissingen betreffende de toe te passen technologie en systemen. Bijgevolg is voor essentiële beslissingen inzake het management, het commerciële beleid en de concurrentiestrategie van de gemeenschappelijke onderneming de instemming van alle drie de moedermaatschappijen vereist.

### 2. *Gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een concentratie* (concentratieve joint venture)

(10) a) MSG zal op duurzame wijze alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen. Er is op het ogenblik in Duitsland weliswaar maar één betaal-TV-zender, Premiere, die wordt geëxploiteerd door een gemeenschappelijke onderneming van Bertelsmann, Kirch en Canal Plus: Premiere Medien GmbH & Co.KG. Premiere verricht op het ogenblik zelf de diensten die nodig zijn voor het exploiteren van betaaltelevisie. Er is dus op het ogenblik in Duitsland geen markt voor de diensten die het maatschappelijk doel van MSG uitmaken. Zoals hieronder uiteengezet, valt echter te verwachten dat ten gevolge van de introductie van digitale televisie in de komende jaren de markt voor betaaltelevisie en andere door de gebruiker betaalde televisiediensten, die zich ten opzichte van de markt van de gemeenschappelijke onderneming lager in de bedrijfskolom bevindt, snel zal groeien en dat nieuwe aanbieders tot die markt zullen toetreden. Er moet bijgevolg van worden uitgegaan dat voor de door MSG aangeboden diensten een markt tot ontwikkeling zal komen, die in de voorzienbare toekomst een aanzienlijke omvang zal bereiken. Het ligt in de bedoeling dat de gemeenschappelijke onderneming MSG een actieve rol op deze groeimarkt speelt en er aan het proces van waardetoevoeging deelneemt. MSG zal bijgevolg als volwaardige onderneming op de markt optreden en niet slechts geheel of overwegend hulpfuncties ten behoeve van haar moedermaatschappijen Bertelsmann en Kirch vervullen.

(11) Wat de voor haar bedrijfswerkzaamheid vereiste investeringen betreft, zijn de moedermaatschappijen ook bereid de gemeenschappelijke onderneming de nodige financiële middelen te verschaffen om zelf die investeringen te kunnen doen. Volgens het door Telekom overgelegde

bedrijfsplan van MSG zal de totale kapitaalbehoefte van MSG tot het jaar 2004 [...] [1] DM bedragen, ervan uitgaande dat de te installeren decoders worden verhuurd. Het eigen vermogen van de gemeenschappelijke onderneming zal voor [...] DM in deze kapitaalbehoefte voorzien. Hoewel volgens de prognose in het bedrijfsplan het break-even point eerst na [...] zal worden bereikt (d. w. z. het cumulatieve bedrijfsresultaat in het jaar [...] positief zal zijn), wordt reeds in het jaar [...] een positief bedrijfsresultaat verwacht, indien de cumulatieve aanloopverliezen buiten beschouwing worden gelaten. Een dergelijke rentabiliteitsontwikkeling moet niet als uitzonderlijk worden beschouwd in het geval van een lange-termijnproject op een toekomstgerichte markt die zeer kapitaalintensief is. Noch de beschreven eigenvermogensbasis noch de beoogde rentabiliteitsontwikkeling wettigen de conclusie dat MSG over onvoldoende financiële middelen zou beschikken om als een volwaardige onderneming te kunnen worden beschouwd.

(12) Het feit dat MSG misschien ook diensten in verband met de huidige activiteit van Premiere op het gebied van de analoge betaaltelevisie zal overnemen, doet evenmin aan deze zienswijze af. Premiere beschikt over de technische infrastructuur voor analoge betaaltelevisie, op basis waarvan de onderneming zelf haar abonneebeheer voert. Volgens het bedrijfsplan van MSG zal het door MSG beheerde abonneebestand van 1995 tot 1997 veel kleiner zijn dan dat van Premiere nu (aantal abonnees van Premiere: 800 000; aantal abonnees onder het beheer van MSG: [...] in 1995, [...] in 1996, [...] in 1997). Hieruit valt af te leiden dat de diensten van MSG niet op de huidige analoge betaaltelevisie van Premiere maar op toekomstige digitale betaaltelevisie zijn gericht. Zodra MSG in de komende jaren een digitale infrastructuur voor betaaltelevisie zal hebben ontwikkeld, mag worden aangenomen dat Premiere van die infrastructuur gebruik zal maken, indien de zender met digitale betaaltelevisie wil beginnen. De digitalisering zal echter de mogelijkheid openen dat in aanzienlijke mate andere aanbieders van betaaltelevisie tot de markt toetreden, die dan van de diensten van MSG gebruik zullen maken.

(13) Zoals hieronder uiteengezet, zal MSG een pakket diensten aanbieden die een zelfstandige markt vormen. Een van de belangrijkste taken van MSG zal erin bestaan de voor digitale betaaltelevisie noodzakelijke technische infrastructuur tot stand te brengen, d. w. z. voor een decoderbestand en een voorwaardelijke-toegangssysteem te zorgen. Dit is een essentiële voorwaarde voor betaaltelevisie en vergt zeer aanzienlijke investeringen. In zoverre het in verband met het gebruik van de technische infrastructuur voor de door MSG aangeboden diensten noodzakelijk is dat MSG samenwerkt met de moedermaatschappijen, die zelf aanbieders van betaaltelevisie zijn, bestaat er een zelfde noodzaak tot samenwerking met andere aanbieders van betaaltelevisie die van de infrastructuur en de diensten van MSG gebruik zullen maken.

(14) b) De oprichting van MSG heeft niet tot doel of tot gevolg dat ondernemingen die onafhankelijk van elkaar blijven, hun concurrentiegedrag coördineren. Er behoeft met name bij de introductie van nieuw betaal-TV-aanbod of bij de omvorming van tegenwoordig uit reclame-inkomsten gefinancierde programma's tot betaal-TV-programma's niet voor coördinatie tussen Bertelsmann en Kirch te worden gevreesd. De activiteiten van Bertelsmann en Kirch op het gebied van de betaaltelevisie zijn op het ogenblik in de gemeenschappelijke onderneming Premiere samengebracht. De drie moedermaatschappijen van Premiere hebben zich er „als concrete uitwerking van hun vennootschapsrechtelijke verplichtingen in de gemeenschappelijke onderneming" toe verbonden om voor de duur van de exploitatie van de gemeenschappelijke betaal-TV-dienst niet zonder elkaars instemming aan een andere Duitstalige betaal-TV-dienst deel te nemen. Zouden dus Bertelsmann en Kirch in de toekomst toch onafhankelijk van elkaar betaal-TV-programma's aanbieden, dan zou een coördinatie van die onafhankelijke activiteiten het resultaat van de samenwerking in Premiere zijn. Uit niets blijkt dat er in dit verband behoefte aan een bijkomende coördinatie via MSG bestaat en dat een dergelijke bijkomende coördinatie relevant zou kunnen zijn voor de vraag of MSG concentratieve kenmerken dan wel kenmerken van samenwerking vertoont.

(15) Er valt evenmin voor coördinatie tussen de moedermaatschappijen in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening te vrezen bij de installatie van de digitale infrastructuur en het gebruik van die systemen. De installatie van een geschikte digitale infrastructuur voor betaaltelevisie en het gebruik daarvan vormen juist het maatschappelijk doel van de gemeenschappelijke onderneming. Samenwerking binnen een gemeenschappelijke onderneming in het kader van haar maatschappelijk doel is een kenmerk van elke gemeenschappelijke onderneming, en er mag daaruit niet worden afgeleid dat deze het karakter van een samenwerkingsverband heeft. Tenslotte beschikt de Commissie niet over aanwijzingen dat Telekom c.q. Kirch of Bertelsmann voornoemde diensten ook buiten

[1] In de gepubliceerde versie van deze beschikking zijn hier en ook verder in de tekst overeenkomstig artikel 17, lid 2, van Verordening (EEG) nr. 4064/89 betreffende de bescherming van zakengeheimen enige gegevens weggelaten.

MSG willen aanbieden. Inzonderheid kan Telekom na de oprichting van MSG niet langer als een potentiële concurrent van de gemeenschappelijke onderneming worden beschouwd, omdat de totstandbrenging van een bijkomende, alternatieve infrastructuur door Telekom, gezien haar investeringen in MSG, economisch onverantwoord zou zijn en volledig haaks zou staan op de door Telekom met de oprichting van MSG gevoerde strategie.

(16) Tenslotte lijkt het onwaarschijnlijk dat er sprake zal zijn van coördinatie tussen Kirch en Bertelsmann via MSG op de markt voor uit reclame-inkomsten gefinancierde televisie. Hoewel Bertelsmann en Kirch elk belangen in uit reclame-inkomsten gefinancierde televisiezenders hebben, valt niet in te zien waarom samenwerking op het gebied van de betaaltelevisie en bij diensten voor betaaltelevisie bij voorbeeld tot een beperking van de mededinging tussen RTL en SAT 1 zou leiden. Hetzelfde geldt voor de verhouding tussen Telekom en de gemeenschappelijke onderneming met betrekking tot toekomstige niet-mediagebonden communicatiediensten van Telekom.

(17) Er moet op grond van het bovenstaande van worden uitgegaan dat de oprichting van MSG een concentratie in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening in de vorm van een concentratieve joint venture is.

## IV. COMMUNAUTAIRE DIMENSIE

(18) De totale omzet over de gehele wereld van Bertelsmann, Kirch en Telekom bedraagt meer dan vijf miljard ecu. De in het boekjaar 1992/1993 behaalde omzet bedroeg voor Bertelsmann negen miljard ecu, voor de Kirch-groep [...] ecu en voor Telekom 29,3 miljard ecu. Elk van de drie ondernemingen behaalt in de Gemeenschap een totale omzet van meer dan 250 miljoen ecu. De betrokken ondernemingen behalen elk niet meer dan twee derde van hun totale omzet binnen de Gemeenschap in een en dezelfde Lid-Staat. De concentratie heeft bijgevolg een communautaire dimensie in de zin van artikel 1 van de concentratieverordening.

## V. BEOORDELING OP GROND VAN ARTIKEL 2 VAN DE CONCENTRATIEVERORDENING

### A. *Relevante produktmarkten*

(19) De voorgenomen concentratie heeft gevolgen op de markt voor administratieve en technische diensten ten behoeve van aanbieders van door middel van betaling door de gebruiker gefinancierde televisie- en andere communicatiediensten, de markt voor door middel van betaling door de gebruiker gefinancierde televisie- en andere communicatiediensten (betaaltelevisie) en de markt voor kabeltelevisienetten.

#### 1. Administratieve en technische diensten voor betaaltelevisie

(20) De exploitatie van betaaltelevisie vereist een speciale technische infrastructuur, die in wezen uit een adapter voor decryptie (decoder), voorwaardelijketoegangstechnologie en een systeem van abonneebeheer bestaat. Op basis van deze infrastructuur wordt een reeks diensten verstrekt die voor de exploitatie van betaaltelevisie noodzakelijk zijn.

(21) a) Betaal-TV-programma's worden over het algemeen per kabel of per satelliet verspreid. Anders dan bij commerciële televisie met vrije toegang is hier een specifiek systeem nodig om ervoor te zorgen dat enkel de kijkgerechtigden, d. w. z. de abonnees van de betrokken aanbieder van betaaltelevisie, de programma's kunnen ontvangen. Daartoe moet bij elke betaal-TV-kijker thuis een decoder worden geïnstalleerd om de televisiebeelden, die bij de uitzending van het televisiesignaal worden gescrambeld, te ontscrambelen. Decoders kunnen ofwel in de winkel worden gekocht of gehuurd, ofwel worden geleasd. Omdat de digitale decoders die in de toekomst zullen worden geïnstalleerd, althans in de beginfase tussen 1 000 en 1 500 DM zullen kosten, hetgeen voor de individuele kijker betrekkelijk veel is, mag worden aangenomen dat tenminste gedurende de eerste vijf jaar digitale betaal-TV-decoders meestal zullen worden gehuurd. Dit betekent dat de installatie van een decoderbestand een aanzienlijke investering van de exploitant van de infrastructuur voor betaaltelevisie vergt.

(22) Omdat de meeste gezinnen na de introductie van digitale televisie nog ettelijke jaren een analoog televisietoestel zullen hebben, zal er ook een digitaal/analoog-convertor nodig zijn om de digitale signalen in analoge vorm te kunnen ontvangen. Naar alle waarschijnlijkheid zullen convertor en decoder in één kastje (een *set top box*) verkrijgbaar zijn en zullen ze in een later stadium in de satellietontvangers of direct in de televisietoestellen worden ingebouwd.

(23) b) Behalve een decoderbestand vereist de exploitatie van betaaltelevisie ook een voorwaardelijketoegangssysteem. Zo'n systeem houdt in dat met het televisiesignaal geëncrypteerde gegevens worden meegegeven die informatie bevatten over de programma's of programmapakketten waarop een abonnement is genomen, en over het recht van de betaal-TV-abonnees om de programma's te ontvangen; soms worden bij

zo'n systeem ook *smartcards* aan de kijker verstrekt, met behulp waarvan de geëncrypteerde gegevens betreffende het recht op ontvangst worden gedecrypteerd en aan de decoder doorgegeven. De voorwaardelijke-toegangscontrole vindt ofwel plaats in de decoder, ofwel door middel van een of meer *smartcards* die in de decoder worden gestoken.

(24) In West-Europa bestaan er op het ogenblik — voor analoge betaaltelevisie — ten minste vijf encryptiesystemen, die op merkgebonden basis werken (*proprietary systems*): Videocrypt (gebruikt door BSkyB en Adult Channel in het Verenigd Koninkrijk en door Filmnet in de Benelux-landen), Syster/Nagravision (Canal Plus in Frankrijk en Spanje, Premiere in Duitsland en Oostenrijk en Teleclub in Zwitserland), Eurocrypt (Filmnet en TV 1000 in Scandinavië), Irdeto (Telepiù in Italia) en Luxcrypt (RTL 4 en RTL 5 in Nederland). Voor het scrambelen/ontscrambelen, de norm voor de digitale transmissie van televisiesignalen (MPEG II) en het licentiëren van merkgebonden encryptietechnologieën is een harmonisatie op Europese schaal tot stand gebracht in het kader van het Europees Project voor Digitale Video-Omroep (DVB), waaraan ongeveer 150 ondernemingen met belangen op het gebied van de digitale televisie in Europa deelnemen. Wat de encryptietechnologie betreft, lopen de bedoelingen van de individuele ondernemingen uiteen. Met name aanbieders van betaaltelevisie zoals BSkyB, Canal Plus en Filmnet zijn overtuigd van de noodzaak van merkgebonden encryptietechnologie en zien het SimulCrypt-concept als de goede aanpak van de voorwaardelijke toegang op het gebied van de digitale betaaltelevisie. Potentiële aanbieders van betaaltelevisie en exploitanten van kabelnetten daarentegen geven de voorkeur aan een *common interface*-oplossing. Met SimulCrypt kunnen aanbieders van betaaltelevisie op grond van overeenkomsten en in de DVB vastgestelde technische regelingen tegelijkertijd toegang hebben tot decoders die volgens verschillende voorwaardelijke-toegangssystemen werken. Bij een *common interface*-oplossing daarentegen kunnen de decoders zelf technisch zo zijn geconcipieerd dat ze met behulp van modules en/of *smartcards* in staat zijn zeer verschillende voorwaardelijke-toegangssystemen te „begrijpen". In de DVB is er onlangs overeenstemming over bereikt dat het SimulCrypt-concept en het *common interface*-concept naast elkaar worden aangeboden. SimulCrypt wordt aangevuld met een gedragscode inzake de commerciële betrekkingen tussen de marktpartijen; sommige DVB-leden hebben de code ondertekend, andere niet.

(25) c) Bij het decoderbestand en de voorwaardelijke toegang met encryptie komt nog een systeem van abonneebeheer; dit omvat het bijhouden van een bestand met alle relevante gegevens betreffende de betaal-TV-abonnees, plus facturering en incasso.

(26) De hierboven beschreven infrastructuur vormt de basis voor de diensten in verband met de exploitatie van betaaltelevisie. Het gaat hierbij in hoofdzaak om de volgende administratieve en technische diensten:

— het ter beschikking stellen van de decoders;

— het afhandelen van de voorwaardelijke toegang;

— het abonneebeheer ten aanzien van de betaal-TV-klanten;

— de afrekening met de programma-aanbieders.

(27) d) De technische en administratieve diensten voor betaaltelevisie kunnen door een aanbieder van betaaltelevisie zelf worden verricht. Dit is op het ogenblik het geval bij Premiere. De aanbieder van betaaltelevisie kan ook zijn infrastructuur ter beschikking van andere aanbieders van betaaltelevisie stellen. Dit is bij voorbeeld het geval bij Canal Plus in Frankrijk en — voor satellietbetaaltelevisie — bij BSkyB in het Verenigd Koninkrijk. Ook Premiere wil nu haar diensten aan andere ondernemingen aanbieden. De infrastructuur kan echter ook worden geëxploiteerd door ondernemingen die geen programma-aanbieders zijn. Dit geldt bij voorbeeld voor exploitanten van kabelnetten. Vooral in de Verenigde Staten is het gebruikelijk dat exploitanten van kabelnetten deze diensten verstrekken.

(28) MSG zal de decoders ter beschikking stellen (althans op korte en middellange termijn) en zal ook de voorwaardelijke toegang afhandelen en het abonneeebeheer voeren voor aanbieders van betaaltelevisie. MSG zal daarbij voornamelijk met de programma-aanbieders directe contractuele betrekkingen onderhouden. De abonnementsovereenkomst inzake betaaltelevisie zal tussen de programma-aanbieder en de eindverbruiker worden gesloten. Voorts zal MSG — althans gedurende ettelijke jaren — de decoders aan de eindgebruikers verhuren. Tenslotte moet de programma-aanbieder met Telekom of andere kabelnet- of satellietexploitanten gebruiksovereenkomsten sluiten.

(29) MSG zal in het kader van het abonneebeheer ook de betalingen bijhouden en de desbetref-

fende informatie doorgeven aan de aanbieder van betaaltelevisie, die dan het voorwaardelijke-toegangssignaal kan afsnijden voor abonnees die in gebreke blijven. Naar de partijen verklaren, zal MSG zelf geen programma's of interactieve diensten aanbieden, noch zich met *programme packaging* (het samenstellen van programmapakketten) bezighouden. De programma-organisatoren zullen zelf voor het pakketteren en de marketing van de via MSG lopende programma's zorgen. MSG wil vanaf 1995 haar diensten aan programma-aanbieders aanbieden, ongeacht of deze voor het uitzenden van hun programma's digitale dan wel analoge techniek toepassen. Omdat, zoals hieronder beschreven, de introductie van digitale techniek voor de deur staat en aangezien juist Kirch en Bertelsmann als medevennoten van de tot dusver enige analoge betaal-TV-zender in Duitsland geen plannen voor nieuwe betaal-TV-programma's op analoge basis koesteren (afgezien van een kinderzender waarmee Premiere wil starten), valt niet te verwachten dat MSG nog in noemenswaardige mate op het gebied van analoge programma's actief zal zijn.

(30) e) Hoewel er op het ogenblik in Duitsland nog geen markt voor de diensten van MSG bestaat, moet ervan worden uitgegaan dat zeker na de introductie van digitale televisie (zie paragraaf 2) zo'n markt zal ontstaan. Omdat het onwaarschijnlijk is dat alle aanbieders van TV-communicatiediensten er een eigen infrastructuur op na kunnen houden, mag hier voor de diensten van MSG een snelle ontwikkeling aan de vraagzijde en dus ook aan de aanbodzijde worden verwacht.

(31) f) Volgens het aan MSG ten grondslag liggende concept moet van één markt voor diensten ten behoeve van digitale betaaltelevisie en andere digitale interactieve TV-communicatiediensten worden uitgegaan. MSG zal de decoders, de afhandeling van de voorwaardelijke toegang en het abonneebeheer „uit één hand" aanbieden. Premiere en Selco verstrekken op analoge basis hetzelfde pakket diensten. Selco verricht daarnaast ook de marketing van de door haar verzorgde betaal-TV-programma's. Nu in de DVB overeenstemming is bereikt over het naast elkaar bestaan van verschillende oplossingen inzake de voorwaardelijke toegang, zouden de diensten, inzonderheid het abonneebeheer, ook afzonderlijk kunnen worden aangeboden. Een aantal van de door de Commissie ondervraagde ondernemingen acht het dan ook mogelijk dat er een afzonderlijke markt voor abonneebeheer door gespecialiseerde bedrijven ontstaat. In samenhang met of los van het abonneebeheer zou ook een bijzondere markt voor *programme packaging*, d. w. z. het samenstellen van pakketten van programma's van verschillende programma-aanbieders, kunnen ontstaan.

2. **Betaaltelevisie**

(32) Betaaltelevisie vormt een relevante produktmarkt die verschilt van uit reclame-inkomsten gefinancierde televisie en van openbare televisie die ten dele uit retributies en ten dele uit reclame-inkomsten wordt gefinancierd. Daar waar bij uit reclame-inkomsten gefinancierde televisie slechts een zakelijke relatie bestaat tussen de programma-aanbieder en de reclame-industrie, is er bij betaaltelevisie alleen een zakelijke relatie tussen de programma-aanbieder en de kijker als abonnee. Derhalve zijn de concurrentievoorwaarden verschillend voor de twee typen van commerciële televisie. Terwijl bij uit reclame-inkomsten gefinancierde televisie de kijkdichtheid en de reclametarieven de voornaamste parameters uitmaken, zijn bij betaaltelevisie de samenstelling van de programma's ter voldoening aan de eisen van de doelgroepen en de hoogte van de abonnementsprijzen de belangrijkste factoren (zie tevens de beschikking van de Commissie van 5 augustus 1994 — IV/M.410 Kirch/Richmont/Telepiù). Toch bestaat nog een zeker verband tussen betaaltelevisie en televisie met vrije toegang, aangezien de markt voor betaaltelevisie minder snel groeit wanneer omroeporganisaties een grotere verscheidenheid van programma's met vrije toegang aanbieden. Zo ontwikkelde het aantal Premiere-abonnees in Duitsland zich anders dan het aantal betaaltelevisieabonnees in Frankrijk of het Verenigd Koninkrijk (cf. overweging 48). Dit doet echter niets af aan het eigen karakter van de betaaltelevisiemarkt. Het onderscheid tussen beide markten kan echter vervagen in het geval dat betaaltelevisieprogramma's uit verscheidene bronnen worden gefinancierd. Dergelijke programma's zijn in de toekomst in verscheidene landen te verwachten. Op de Duitse markt zijn er evenwel tot nu toe geen aanwijzingen dat betaaltelevisie op een dergelijke gemengde wijze wordt gefinancierd, vooral daar Premiere uitsluitend uit de abonnementsgelden en bijdragen van de kijkers wordt gefinancierd. Volgens verscheidene marktdeelnemers zal integendeel het niet onderbreken van programma's voor reclame bij digitale betaaltelevisie ook een belangrijk argument zijn voor klantenwerving.

(33) Betaaltelevisieprogramma's en uit reclame-inkomsten gefinancierde programma's met vrije toegang verschillen ook qua inhoud. De digitale techniek maakt het mogelijk signalen in zeer gecomprimeerde vorm over te brengen en zal dan ook leiden tot een aanzienlijke toename van de transmissiecapaciteit. Op het ogenblik kunnen ongeveer 14 miljoen gezinnen die op de kabel zijn aangesloten en circa 7 miljoen gezinnen die voorzien zijn van een satellietontvanger ongeveer 30 televisieprogramma's in analoge vorm ontvangen. In het digitale tijdperk worden 200 of meer televisiepro-

gramma's mogelijk geacht. De nieuwe programma's zullen waarschijnlijk grotendeels betaaltelevisieprogramma's zijn, aangezien er grenzen zijn aan de verdere toename naar volume van de televisiereclame en de markt voor uit reclame-inkomsten gefinancierde televisie daarom in wezen een volgroeide markt blijkt te zijn. Tegen die achtergrond is een verscheidenheid van nieuwe bijzondere betaaltelevisieprogramma's te verwachten, die voldoen aan de behoeften van specifieke doelgroepen (b. v. sport, muziek, nieuws, speelfilms of kinderprogramma's). Ofschoon er ook inzake uit reclame-inkomsten gefinancierde televisie een soortgelijke tendens bestaat om met doelgerichte kanalen te werken, is dit niet vergelijkbaar met de specialisatie die op het gebied van digitale betaaltelevisie te verwachten valt. Daarenboven maakt de digitale techniek, in combinatie met het gebruik van de telefoon of het kabelnet als retourkanaal, het mogelijk interactieve televisiediensten te introduceren, zoals *pay-per-view*, *near-video-on-demand*, *video-on-demand*, telebankieren, telewinkelen en teleleren.

(34) Blijkens de door de partijen verstrekte inlichtingen zal het kabelnet van Telekom in 1995 worden gedigitaliseerd. Digitale ontvangst zou reeds begin 1995 mogelijk zijn voor 80 % van de op het kabelnet aangesloten gezinnen (mits zij over een decoder beschikken). Verwacht wordt dat dit cijfer in de loop van het jaar zal oplopen tot 96 %. Satelliettransmissie vindt nu reeds zowel in analoge als in digitale vorm plaats; alleen de zend- en ontvanginstallaties op de aarde dienen te worden aangepast. Op het breedbandkabelnet van Telekom zullen in de toekomst, in de hyperbandbreedte van 300 tot 450 MHz, 15 kanalen beschikbaar zijn voor de overbrenging van digitale programmasignalen. In totaal zullen vier à tien digitale programma's per kanaal kunnen worden ontvangen. Telekom is van plan om vóór eind 1995 drie kanalen voor digitale betaaltelevisie beschikbaar te stellen.

(35) Terwijl in de Verenigde Staten reeds begin 1994 met een rechtstreeks via satelliet te ontvangen digitaal programmapakket, dat in een eerste fase 75 programma's omvat (Direct TV), werd begonnen, bevindt Europa zich momenteel in het stadium van de proefprojecten. In het Verenigd Koninkrijk biedt BSkyB *pay-per-channel* en *pay-per-view* via satelliet aan, terwijl BT een experiment met *video-on-demand* via de kabelnetexploitant Westminster, dat voor een deel is gebaseerd op digitale technologie, zal uitvoeren. In Frankrijk heeft France Télécom zopas bekendgemaakt dat zij een aanbesteding houdt voor de levering van 300 000 decoders. Evenzo is Canal Plus voornemens digitale decoders in te voeren in 1995. Bertelsmann heeft ook een samenwerkingsverband met Canal Plus op het gebied van betaaltelevisie tot stand gebracht, waarmee een investering van ruim [...] [1] miljoen ecu over de komende drie jaar is gemoeid.

(36) In Duitsland worden dit jaar verscheidene proefprojecten inzake digitale en in sommige gevallen interactieve televisie op touw gezet, bij voorbeeld in Neurenberg, Hamburg en Berlijn. Eind 1994 zal een project op het gebied van interactieve diensten, waaronder *near-video-on-demand* en telewinkelen, worden gestart waarbij 4 000 gezinnen in Baden-Wurtemberg (Multi Media Services Pilot) en in Hamburg (DITV Gesellschaft für digitales interaktives Fernsehen mbH) zijn betrokken. In de sector telewinkelen is het postorderbedrijf Quelle Schickendanz AG van plan vanaf 1995 telewinkelen in te voeren. Het wil dit ontwikkelen op zijn eigen satellietkanaal met een „elektronische catalogus" en daarbij een aantal diensten en amusement aanbieden. De meeste ondernemingen die aan het onderzoek van de Commissie in het kader van deze procedure worden onderworpen, verwachten dan ook dat digitale betaaltelevisie en de overige digitale interactieve diensten zich tussen 1995 en 1998 zullen uitbreiden. Premiere, het door Bertelsmann, Kirch en Canal Plus geëxploiteerde betaaltelevisiekanaal, heeft aangekondigd dat het *near-video-on-demand* en *pay-per-view* hoopt te kunnen aanbieden vanaf 1995/1996.

(37) Volgens een onderzoek waarover in de vakpers is geschreven, zou ten minste 20 % van de televisiekijkers ouder dan 14 jaar in Duitsland bereid zijn geld te besteden aan betaaltelevisie bovenop het kijkgeld en de retributie voor het breedbandkabelnet. Dit komt neer op een marktpotentieel van ruim 10 miljoen betaaltelevisiekijkers. Telekom zelf rekent, in het kader van haar planning voor MSG, op 3,4 miljoen aangesloten gezinnen tegen 2005.

(38) Het valt te betwijfelen of alle vormen van uit bijdragen gefinancierde communicatiediensten voor beeldontvangst in één en dezelfde markt onder te brengen zijn. Vooral interactieve diensten, zoals telewinkelen of telebankieren, zouden misschien afzonderlijk moeten worden beschouwd. Volgens wat momenteel bekend is, maakt betaaltelevisie in de vorm van *pay-per-channel*, *pay-per-view* en *near-video-on-demand* echter één enkele markt uit, aangezien daarbij alleen de omroeporganisatie de programmering en het tijdschema bepaalt en de kijker slechts een beperkte keuze heeft (in het geval van *near-video-on-demand* bij voorbeeld kan een keuze worden gemaakt uit een aantal speelfilms, die elk op bepaalde tijdstippen van de dag opnieuw worden uitgezonden). Anders zou het kunnen zijn

[1] Bedrijfsgeheim; volgens persberichten zou het gaan om ongeveer 300 miljoen ecu.

bij een werkelijke *video-on-demand*, waarbij de klant zelf een programma kiest uit een elektronische videotheek. Aangezien deze vorm van omroep echter, volgens de door verscheidene potentiële marktdeelnemers verstrekte informatie, om technische redenen waarschijnlijk niet te verwezenlijken is in de komende jaren, dient zij niet precies tot een bepaalde markt te worden gerekend.

3. **Kabeltelevisienetten**

(39) De Commissie is van oordeel dat er voor de kabeltelevisienetten een afzonderlijke markt mag geacht worden te bestaan.

(40) De partijen hebben aangevoerd dat er na de digitalisering geen afzonderlijke relevante markt voor kabeltelevisienetten meer zal zijn. Zij betogen dat er dan geen tekort aan transmissiecapaciteit meer zou zijn. Daarenboven stellen zij dat kabel, satelliet en etherfrequenties nu door de consument als verwisselbaar worden beschouwd en vergelijkbare financiële lasten voor de kijkers en programma-aanbieders met zich brengen.

(41) Dit standpunt is om een aantal redenen niet aanvaardbaar. Ongeacht of het om analoge, dan wel digitale transmissie gaat, televisieprogramma's kunnen worden uitgezonden via etherfrequenties, de satelliet of kabelnetten. Wat de technische voorwaarden en de financiering betreft, zijn er aanzienlijke verschillen tussen de drie transmissiesystemen. Terwijl bij ethertransmissie en satelliettelevisie de kijker slechts op eigen kosten een antenne, respectievelijk een schotelantenne dient te installeren, moet voor kabeltelevisie een kabelnet worden onderhouden dat uit de bijdragen van kabelabonnees wordt gefinancierd. Voor de eindgebruiker maakt het een verschil uit of hij één enkel groot bedrag moet betalen voor een vorm van transmissie (bij voorbeeld voor de satellietontvanger), dan wel of hij verkiest regelmatig kleine bedragen te betalen in de vorm van kabelabonnementsgeld. Ofschoon de marktpenetratie via aansluitingen op de kabel in Duitsland bijzonder groot is (zowat 14 miljoen) in vergelijking met de overige Lid-Staten, is de keuze tussen de verschillende transmissiesystemen voor een groot aantal gezinnen, zelf in Duitsland, niet vanzelfsprekend. Van de in totaal ongeveer 33 miljoen gezinnen met televisie hebben er zowat 8 miljoen geen kabelverbinding en er zijn momenteel geen plannen om nog eens 9 miljoen gezinnen op het kabelnet aan te sluiten. Dat circa 8 miljoen nog een keuze kunnen maken en dat de bovengenoemde verschillen in de wijze van financiering als gevolg van overeenkomstige betalingswijzen (betaling in termijnen) kunnen verminderen, zou tot een zekere verwisselbaarheid kunnen leiden. Dit is in Duitsland echter niet van bijzonder belang wegens het grote aantal kabelaansluitingen in vergelijking met andere landen en andere omstandigheden die hieronder worden aangegeven. Sommige gezinnen met een televisietoestel zien zich geplaatst voor het probleem dat de huiseigenaar of de eigenaarsvereniging in het geval van een woongebouw de aanschaf van schotelantennes om esthetische redenen verbiedt. Tenslotte is een gezin dat reeds op het kabelnet is aangesloten of over een satellietontvanger beschikt, normaal niet bereid nog te investeren in de andere vorm van transmissie (*lock-in*-effect). Als meergezinswoningen van de kabel op de satelliet overschakelen om buitenlandse zenders te ontvangen, zoals de partijen naar voren brengen, betekent dit niet dat de twee transmissiesystemen verwisselbaar zijn, aangezien de programma's afzonderlijk worden aangeboden.

(42) Ook vanuit het gezichtspunt van de programma-aanbieder zijn kabel en satelliet, in tegenstelling tot wat de partijen beweren, niet verwisselbaar op het stuk van de kosten. Uitgaande van de door de partijen overgelegde kostenvergelijking klopt het dat de kosten van een programma-aanbieder die met een satellietverbinding werkt en het statelliet-programma ook op de kabel brengt vergelijkbaar zijn met die van een aanbieder die uitsluitend via het kabelnet uitzendt. Bij een programma-aanbieder die uitsluitend met een satellietverbinding werkt (*direct-to-home*) zijn de kosten per gezin en per jaar echter aanzienlijk hoger.

(43) Tenslotte gaat de stelling van de partijen dat er geen afzonderlijke relevante markt voor kabelnetten meer bestaat omdat er als gevolg van de digitalisering geen tekort meer is aan middelen voor de overbrenging van televisiesignalen, niet op. Of een economisch goed in beperkte dan wel in voldoende mate voorhanden is, speelt geen rol bij het bestaan van een relevante markt voor dit goed. De doorslaggevende factor is of er ten aanzien van een goed of een dienst op betaling gebaseerde zakelijke relaties bestaan. Dit is op het ogenblik het geval met de transmissiecapaciteit voor televisiesignalen, zowel in analoge als in digitale vorm, en zal ook in de toekomst het geval zijn.

(44) Om die redenen is de Commissie van oordeel dat er een afzonderlijke relevante markt voor kabeltelevisienetten bestaat.

B. *Geografische referentiemarkt*

(45) Uit de resultaten van het onderzoek van de Commissie blijkt dat de geografische referentiemarkt

voor de drie omschreven produktmarkten zich tot Duitsland beperkt. Wat de markt voor diensten betreft, is het echter niet uitgesloten dat MSG haar activiteiten op het gebied van diensten mettertijd — eventueel met lokale partners — ook naar andere landen zal uitbreiden.

(46) 1. Bij betaaltelevisie is dit met name toe te schrijven aan de omstandigheid dat de in Duitsland aangeboden programma's grotendeels niet verwisselbaar zijn met in andere landen aangeboden programma's. De concurrentievoorwaarden voor aanbieders van betaaltelevisie zijn, nu en in de voorzienbare toekomst, zelfs na de digitalisering van de transmissiemiddelen, zeer verschillend in de afzonderlijke Lid-Staten, en wel om de volgende redenen.

— Televisieprogramma's zijn overwegend nationaal begrensd en worden slechts in de desbetreffende nationale taal uitgezonden. Zendrechten worden toegekend voor een bepaald land of taalgebied, dan wel verscheidene daarvan. Het toekennen van dergelijke zendrechten en het tijdschema voor de zogenaamde *windows* voor speelfilms, video en betaaltelevisie zijn onderworpen aan verschillende wettelijke bepalingen of door de aanbieders overeengekomen voorwaarden. Daarenboven worden buitenlandse films of andere programma's vrijwel nooit in de originele taal uitgezonden. Terwijl bij voorbeeld Engelstalige films in de Benelux en in Scandinavië vaak met ondertitels in de desbetreffende nationale taal worden uitgezonden, worden deze in Duitsland, Frankrijk, Italië en Spanje gewoonlijk gedubd. Dit brengt uiteenlopende kosten met zich voor de omroeporganisaties.

— In sommige niche-markten worden kennelijk reeds programma's over de taalgrenzen heen uitgezonden, zoals bij voorbeeld door de Frans-Duitse zender Arte of de muziekzender MTV. In het algemeen echter zijn het beschikbare gamma van programma's en de programmamix klaarblijkelijk bepaald door culturele verschillen en de bijzondere voorkeur van het desbetreffende publiek.

(47) Zelfs in het tijdperk van de digitale betaaltelevisie zullen met name taalbarrières en verschillen in regelgeving blijven bestaan. Aangenomen kan worden dat betaaltelevisie in Duitsland in de toekomst overwegend betrekking zal blijven hebben op Duitstalige programma's. Deze factor alleen al betekent dat de concurrentievoorwaarden verschillend zullen zijn van die in de andere, niet-Duitssprekende landen.

(48) De markt voor betaaltelevisie vertoont evenwel andere verschillen in concurrentievoorwaarden tussen de Lid-Staten. De aanbodstructuur op het gebied van analoge betaaltelevisie kenmerkt zich door de omstandigheid dat in vrijwel iedere Lid-Staat een bepaalde aanbieder in een machtspositie verkeert of zelfs een monopolie heeft. Dit is het geval met BSkyB in het Verenigd Koninkrijk, Canal Plus in Frankrijk en Spanje, Filmnet in de Benelux, Telepiù in Italië en Premiere in Duitsland. Alleen in Scandinavië opereren verscheidene aanbieders (Filmnet, TV 1000, Tele TV). Evenzo verschillen de prijzen, het aantal programma's en de combinatiemogelijkheden. Zelfs de hierboven beschreven encryptiesystemen kunnen zich, zij het meer op regionaal vlak, verschillend ontwikkelen, zoals tussen de grote aanbieders. Premiere is op het ogenblik de enige aanbieder met slechts één programma. Derhalve geeft de Duitse markt een opvallend geringe penetratie van betaaltelevisie te zien. Slechts ongeveer 800 000 Duitse gezinnen met televisie, dit is 2 % van het totaal, zijn op Premiere geabonneerd. In Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk zijn de overeenkomstige cijfers respectievelijk 16 % en 15 %. Een verschil in marktpenetratie betekent als zodanig nog niet dat de toegang tot de markt wordt belemmerd. Volgens een aantal concurrenten op de televisiemarkt van de bij de concentratie betrokken ondernemingen is de discrepantie tussen bij voorbeeld Duitsland en Frankrijk echter toe te schrijven aan verschillen in aantrekkelijkheid van het gamma speelfilms dat de uit reclame-inkomsten gefinancierde commerciële televisie vertoont. Het wijdverspreide aanbod van speelfilms op de Duitse televisie zal de toegang tot de markt voor derden ook in de toekomst waarschijnlijk nog moeilijker maken.

(49) Uit een technisch oogpunt tenslotte dient ermee rekening te worden gehouden dat bij betaaltelevisie de kijker de programma's slechts via een decoder kan ontvangen. Dit biedt in beginsel de technische mogelijkheid tot prijsdifferentiatie voor identieke programma's in de verschillende Lid-Staten.

(50) Ofschoon de digitalisering naar verwachting zal leiden tot een groter aanbod en een verdere ontwikkeling van verschillende interactieve diensten, zullen de structurele onevenwichtigheden aan de aanbodzijde niet op korte termijn verdwijnen. Het is reeds te voorzien dat de huidige belangrijkste aanbieders van betaaltelevisie ook op het gebied van digitale televisie een leidende rol zullen spelen. Uit het onderzoek van de Commissie blijkt dat Duitsland wordt

beschouwd als de grootste potentiële markt in Europa voor betaaltelevisiediensten.

(51) Dit geldt ook voor Duitse aanbieders die in Oostenrijk willen opereren. Aangezien hier geen taalbarrière bestaat, kan worden aangenomen dat er een markt is voor Duitstalige betaaltelevisieprogramma's. Momenteel heeft de door Kirch, Bertelsmann en Canal Plus geëxploiteerde betaaltelevisiezender Premiere het overgrote deel van zijn abonnees in Duitsland; slechts [...] % van de abonnees is in Oostenrijk gevestigd. In die twee landen zijn tegenwoordig geen andere aanbieders van betaaltelevisie. Derhalve en gelet op de hieronder omschreven concurrentievoorwaarden in het begin van het digitale-betaaltelevisietijdperk, zou de beoordeling van de concentratie uit een oogpunt van concurrentie dezelfde zijn, zelfs in de veronderstelling dat de geografische referentiemarkt beide landen omvat.

(52) 2. Daar de door MSG aangeboden diensten ten nauwste verband houden met het aanbod van betaaltelevisie, moet ervan worden uitgegaan dat ook de markt voor die diensten in de voorzienbare toekomst tot Duitsland beperkt zal blijven. Hoewel MSG, volgens de partijen, ingesteld is op zich over geheel Europa uitstrekkende activiteiten en er geen hinderpalen zijn voor de levering van *decoders* en *smartcards*, alsook voor de werving van abonnees in het buitenland, terwijl de voor betaaltelevisie relevante verschillen op het gebied van taal en regelgeving, geen rechtstreeks effect hebben op de dienstensector, zouden de door MSG beheerde aanbieders van betaaltelevisie, zoals reeds gezegd, over transmissiecapaciteit moeten beschikken bij de respectieve kabelneteigenaars. Dit is misschien weinig relevant in landen waar de televisieprogramma's voornamelijk via satelliet worden ontvangen, maar het is van essentiële betekenis op de Duitse markt, waar ruim 14 miljoen gezinnen op de kabel zijn aangesloten. Derhalve zal MSG aanvankelijk uitsluitend in Duitsland opereren. Zelfs Premiere, die zelf de nodige diensten verleent, en volgens zijn eigen verklaring, deze ook zou kunnen verlenen voor de overige aanbieders van betaaltelevisie, heeft, zoals reeds gezegd, het overgrote deel van zijn abonnees in Duitsland. Naarmate Duitse aanbieders van digitale betaaltelevisie tevens abonnees werven in andere Duitstalige gebieden, zal de markt van MSG zich waarschijnlijk ook tot die gebieden uitbreiden.

(53) Ook al moeten buitenlandse programma-aanbieders niet noodzakelijk over een eigen technische infrastructuur in Duitsland beschikken, toch blijkt dit een voordeel te zijn. Tot nu toe zijn de desbetreffende diensten steeds verleend door de nationale betaaltelevisie-aanbieder. Dit wordt ook geïllustreerd door de recente oprichting van het Duitse marketing- en dienstverleningsbedrijf Selco voor de betaaltelevisieprogamma's's van BSkyB en andere Engelstalige programma's. De marktpositie van MSG steunt tevens in een niet geringe mate op het bestaan van een goed ontwikkeld kabelnet in Duitsland. Dit net zal op zichzelf en in combinatie met het telefoonnet van bijzondere betekenis zijn voor de toekomstige interactieve diensten. Dit geldt vooral in het perspectief van de imminente invoering van ISDN-technologie op basis van het breedband-glasvezelkabelnet, waardoor een tweerichtingsdatatransmissienet met een vrijwel onbeperkte capaciteit kan worden ontwikkeld. Gezien het aanmerkelijk kleinere aantal aansluitingen op het kabelnet in de meeste andere Lid-Staten, voornamelijk in Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk, zullen er in de voorzienbare toekomst geen homogene concurrentievoorwaarden tussen Duitsland en de overige Lid-Staten zijn. Ten aanzien van Oostenrijk en zijn kabelnetten zou er — gezien het bovenstaande (overweging 52) — een Duitstalige dienstenmarkt kunnen onstaan.

(54) 3. Wat de exploitatie van kabelnetten betreft, is er reeds een Duitse nationale markt ten gevolge van het wettelijke monopolie van Telekom inzake het aanleggen en exploiteren van openbare kabelnetten. Dit betekent dat de concurrentievoorwaarden in Duitsland sterk verschillen van die in andere landen waar het kabelmonopolie reeds lang is opgeheven en er in sommige gevallen talrijke particuliere kabelnetexploitanten bestaan.

### C. *Gevolgen van de concentratie*

#### 1. Technische en administratieve diensten

(55) MSG wordt de voornaamste aanbieder van technische en administratieve diensten voor betaaltelevisie en andere door de gebruiker betaalde communicatiediensten in Duitsland. Afgezien van Selco, een onderneming in een bijzonder marktsegment, wordt MSG waarschijnlijk eveneens de enige aanbieder van dusdanige diensten op de Duitse markt in de nabije toekomst en zal MSG derhalve een monopolie hebben. Hoewel een monopolie in een toekomstige markt die zich pas begint te ontwikkelen, niet noodzakelijk dient te worden beschouwd als een machtspositie in de zin van artikel 2, lid 3, van de concentratieverordening, impliceert de veronderstelling dat er geen sprake is van een marktpositie, in dusdanig geval dat de betrokken toekomstige markt open blijft voor mededinging in de

toekomst en dat het monopolie derhalve slechts tijdelijk is. Aan deze voorwaarde is evenwel niet voldaan in deze zaak. Er kan worden aangenomen dat de markt van de door MSG aangeboden diensten reeds van bij de ontwikkelingsfase is afgegrendeld door de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming en dat MSG voor lange tijd een monopolie zal verwerven.

a) *Wegwerking van potentiële mededinging*

(56) Zoals reeds is gezegd, blijkt uit de ervaring in andere landen dat aanbieders van betaaltelevisie of kabelnetexploitanten het meest in aanmerking komen om technische en administratieve diensten voor betaaltelevisie aan te bieden. Momenteel is Premiere, dat onder de gezamenlijke zeggenschap staat van zijn drie aandeelhouders, Bertelsmann, Kirch en Canal Plus, de enige aanbieder van betaaltelevisie in Duitsland. Premiere voorziet momenteel zelf in de noodzakelijke technische en administratieve diensten voor zijn betaaltelevisieactiviteiten. Anderzijds is er Telekom dat een publiekrechtelijk monopolie heeft inzake het breedbandkabelnet en virtueel de enige kabelnetexploitant is in Duitsland. Meer dan 90 % van de kabelnetten in Duitsland wordt door Telekom geëxploiteerd. Door de oprichting van MSG ontstaat aldus een concentratie van die ondernemingen welke anders elk afzonderlijk een infrastructuur voor digitale betaaltelevisie zouden moeten uitbouwen en de desbetreffende diensten zouden moeten verstrekken. De meest waarschijnlijke potentiële mededinging is aldus reeds van in de ontwikkelingsfase van de markt uitgesloten.

(57) In hun antwoord hierop betogen de partijen dat geen van de ondernemingen die MSG oprichten, bereid zou zijn om op eigen houtje de markt van de door MSG aangeboden diensten te openen gezien de aanzienlijke investering. Overeenkomstig de opmerkingen van de partijen zou geen van de aandeelhouders van MSG aanvaarden om op eigen houtje het risico dat gepaard gaat met de investering te dragen zonder de gecombineerde know-how die noodzakelijk is voor het project. Er dient te worden erkend dat de vereiste investering, die volgens de beschikbare documenten geraamd is op [...] miljoen DM in de komende tien jaar, aanzienlijk is. Zowel Bertelsmann/Kirch als Telekom beschikken evenwel over de middelen om een project als MSG voor eigen risico ten uitvoer te leggen. Ieder van hen heeft tevens een groot voordeel bij het invoeren van een technische infrastructuur voor digitale betaaltelevisie. Voor Bertelsmann/Kirch bestaat het voordeel erin dat digitale televisie, inzonderheid op het gebied van betaaltelevisie, bijkomende programmamogelijkheden biedt. Voor Telekom is het van groot belang dat door de invoering van digitale televisie de voorafgaande voorwaarden voor digitale betaaltelevisie in het leven worden geroepen. Aangezien de bijkomende programma's die door de digitalisering mogelijk worden gemaakt, waarschijnlijk voornamelijk betaaltelevisie betreffen, zoals hierboven reeds is beschreven, is het succes van digitale televisie en derhalve een beter gebruik van Telekom's kabelnet afhankelijk van de invoering van de noodzakelijke infrastructuur voor betaaltelevisie.

(58) Met de invoering van de mobiele GSM-telefonie in Duitsland voor ogen is het argument van de partijen dat zij het risico van de investering in digitale infrastructuur slechts gezamenlijk kunnen dragen, weinig overtuigend. In het geval van het GSM-systeem diende een infrastructuur welke een zo groot mogelijk deel van het grondgebied moest bestrijken, te worden ingevoerd voor een nieuw communicatiesysteem. Twee elkaar beconcurrerende mobiele telefonie-exploitanten bleken evenwel in staat te zijn om de opdracht tot een goed einde te brengen. De gebruikers van mobiele telefonie kunnen aldus kiezen tussen twee concurrerende systemen, systeem D1, dat door Telekom wordt geëxploiteerd, en systeem D2, dat door een particulier consortium wordt geëxploiteerd. Terwijl de investering welke met MSG verband houdt, niet groter zou zijn dan ongeveer [...] miljoen DM over tien jaar, heeft elk van de D1- en D2-exploitanten 2,5 tot 3 miljard DM geïnvesteerd over één periode van vijf jaar.

(59) Uit de gegevens van Telekom over het MSG-project blijkt dat de onderneming via de ontwikkeling van een dienstenverlenend bedrijf een strategisch belang heeft bij het betreden van de betaaltelevisiemarkt en de toekomstige markt van hoogwaardige interactieve diensten. Met de bevordering van de verspreiding van betaaltelevisie als toegang tot interactieve diensten krijgt Telekom de mogelijkheid om een meer gebruikgeoriënteerd beleid op het gebied van de breedbandkabeldiensten na te streven in plaats van een louter met aansluitingen verband houdend betalingen- en kostenbeleid. In deze context is het waarschijnlijk dat, indien Telekom niet betrokken was bij MSG, zij de markt van technische en administratieve diensten onafhankelijk zou betreden en derhalve een betaal-TV-infrastructuur die niet door Bertelsmann/Kirch is gecontroleerd, zou exploiteren. Indien nodig kan Telekom deze opdracht eveneens verrichten met andere partners die niet op betaal-TV-gebied actief zijn.

b) *Het afgrendelen van de markt*

(60) Het is nauwelijks denkbaar dat concurrerende aanbieders de markt voor technische en administratieve diensten voor betaaltelevisie in Duitsland zouden kunnen betreden zodra MSG zich op deze markt gevestigd heeft. De installatie van een alternatieve infrastructuur zou een zeer aanzienlijke investering vergen, die andere aanbieders of groepen van aanbieders slechts zouden verrichten indien er een kans op marktpenetratie bestond. Er

zou evenwel nauwelijks sprake zijn van een dergelijke kans indien MSG de markt reeds bezet. Een alternatieve aanbieder van diensten zou moeten opboksen tegen de gecombineerde concurrentievoordelen en specifieke sterke punten van Telekom en Bertelsmann/Kirch. Zulks lijkt nauwelijks mogelijk te zijn.

aa) Sterke punten van Telekom

(61) De onderstaande specifieke sterke punten van Telekom zijn inzonderheid relevant voor de gemeenschappelijke onderneming MSG en de markt van door MSG aangeboden diensten:

— Telekom heeft een breedbandkabelnet met momenteel meer dan 13 miljoen aangeslotenen hetgeen meer dan 90 % vertegenwoordigt van alle op de kabel aangesloten huishoudens in Duitsland (een totaal van 14 miljoen kabelaansluitingen). Van de twee belangrijkste middelen voor doorgifte van betaaltelevisie speelt het kabelnet in Duitsland een veel belangrijker rol dan satelliettelevisie, die momenteel door 7 miljoen huishoudens kan worden ontvangen. Bovendien kunnen regionale of lokale markten het goedkoopst worden bereikt via directe, lokaal beperkte inputs op de kabel. Wegens het belang van het kabelnet in Duitsland is het slechts zinvol met betaaltelevisie gerelateerde diensten te verstrekken indien zij verband houden met betaaltelevisieprogramma's welke eveneens via de kabel worden doorgegeven. Het beperken van de diensten tot satellietprogramma's is slechts denkbaar in bijzondere marktsegmenten zoals de hieronder beschreven activiteiten van Selco. Afgezien van dit marktsegment is elke aanbieder van betaaltelevisie derhalve afhankelijk van het gebruik van het kabelnet van Telekom.

— Als eigenaar van het kabelnet zal Telekom verantwoordelijk zijn voor de digitalisering op hyperbandgebied. Telekom zal de geleidelijke expansie van de doorgiftekanalen voor digitale televisie bepalen en kan aldus de ontwikkeling van de doorgiftecapaciteit voor digitale televisie controleren.

— Via het recentelijk verworven belang van 16,6 % in SES is Telekom de tweede grootste aandeelhouder na het Groothertogdom Luxemburg van de grootste Europese satellietexploitant die via de Astra-satellieten 6 miljoen huishoudens bereikt in Duitsland. Telekom is vertegenwoordigd in de Raad van bestuur van SES en werkt samen met SES ten einde de compatibiliteit tussen het satellietnet en het kabelnet op het gebied van digitale televisie veilig te stellen. Hoewel Telekom niet de zeggenschap heeft over SES, kan zij via haar belang in SES invloed uitoefenen op de toewijzing van satellietkanalen die de Astra-satellieten gebruiken, welke een overheersende rol spelen in de Gemeenschap.

— Als eigenaar van het breedbandkabelnet en tegelijkertijd als houder van het monopolie voor het vaste telefoonnet controleert Telekom de twee belangrijkste doorgiftemiddelen die het retourkanaal kunnen verstrekken dat noodzakelijk is voor interactieve digitale televisie. Hoewel het technisch mogelijk is het mobieletelefoniesysteem te gebruiken als retourkanaal, blijkt zulks althans economisch geen dienstig alternatief te zijn voor particulieren. Volgens de gegevens van de Commissie kan het Duitse breedbandkabelnet momenteel om technische redenen niet worden gebruikt als retourkanaal. Dit zou verdere investeringen vergen. Daarom is het telefoonnet of het glasvezelnet van Telekom des te belangrijker als enig kanaal dat momenteel beschikbaar is voor interactieve televisie.

— Met het kabelnet beschikt Telekom over een klantenbestand dat van aanzienlijk belang kan zijn voor de exploitatie van betaaltelevisie. Telekom heeft rechtstreeks toegang tot ongeveer 4 miljoen individuele klanten. Bovendien is het zijdelings betrokken bij de kabelmaatschappijen die een bijkomende 900 000 kabelgebruikers bedienen op niveau 4 op kabelgebied (meervoudige aansluitingen in gebouwen). Bovendien beschikt Telekom met zijn Telekomwinkels die in het gehele land gevestigd zijn eveneens over een nationale distributiebasis.

— Als kabel- en telefoonnetexploitant heeft Telekom ervaring met netbeheer en beschikt het over de technologische know-how voor communicatiediensten.

De bovengenoemde specifieke sterke punten van Telekom geven aan MSG aanzienlijke concurrentievoordelen ten overstaan van potentiële concurrenten.

bb) Sterke punten van Bertelsmann/Kirch

(62) Als de tot dusver enige aanbieder van betaaltelevisie beschikt Bertelsmann/Kirch via Premiere reeds over een abonneebestand dat zij eveneens kunnen gebruiken voor de toekomstige digitale betaaltelevisie. Dienaangaande werpen de partijen op dat het abonneebestand van Premiere niet zou volstaan om de terugbetaling van de investering in MSG veilig te stellen. Dit is misschien juist, maar het risico van de investering in een digitale infrastructuur is aanzienlijk beperkt indien de dienstverlener verder kan bouwen op een abonneebestand van klanten voor analoge betaaltelevisie. Elke concurrent van MSG zou moeten steunen op een abonneebestand dat de door hen bediende betaal-TV-aanbieders eerst zouden moeten verwerven. Concurrenten van Bertels-

mann/Kirch op de betaal-TV-markt zouden in tegenstelling tot de moederondernemingen van Premiere van nul af aan moeten beginnen. Hetzelfde geldt voor eventuele concurrenten van MSG op het gebied van de technische en administratieve diensten.

(63) Zoals hierboven uitvoerig is uiteengezet, hebben Bertelsmann en inzonderheid Kirch een bevoorrechte toegang tot programmasoftware. Bertelsmann/Kirch hebben in een veel ruimere mate dan hun potentiële concurrenten op de betaal-TV-markt de mogelijkheid om na de invoering van digitale televisie bijkomende aantrekkelijke betaaltelevisieprogramma's aan te bieden. Elke potentiële concurrent van MSG zou derhalve een klantenbestand moeten opbouwen zonder te beschikken over de programma's waarover de in de toekomst toonaangevende betaal-TV-aanbieder beschikt voor zijn technische infrastructuur. Dit verhoogt het economische risico voor een alternatieve aanbieder aanzienlijk.

(64) Tenslotte heeft Bertelsmann, dat wereldwijd ervaring heeft met het klantenbeheer van 22 miljoen leden van boekenclubs en in Duitsland de voornaamste exploitant van boekenclubs is met een ledenaantal van 6 miljoen, een belangrijk potentieel distributiekanaal voor betaaltelevisie. Dit verhoogt eveneens de kansen op succes voor de toekomstige digitale betaal-TV-programma's van Bertelsmann/Kirch hetgeen tegelijkertijd betekent dat de klantenbasis van MSG veilig is gesteld. In dit opzicht betoogt Bertelsmann dat een aanzienlijk deel van het klantenbestand van boekenclubs slechts is verhuurd aan Bertelsmann door [...] onafhankelijke verkoopagenten en dat Bertelsmann niet is geïnteresseerd in het ombuigen van de koopkracht van de boekenclubklanten van de huidige boekenclubprodukten naar andere produkten. Enerzijds is het echter onwaarschijnlijk dat een verkoopmethode die bestaat in het winnen van klanten via onafhankelijke verkoopagenten, de uitbreiding van het produktengamma van de club ernstig zou kunnen verhinderen. Anderzijds is het argument dat de clubklanten zouden worden afgeleid van boeken en platen naar betaal-TV-produkten niet erg overtuigend. Elk succesvol betaal-TV-produkt betekent een risico voor ombuiging van het cultuurbudget van de consumenten, ongeacht de verkoopmethode, en de succesvolle invoering van digitale betaaltelevisie is precies de vooropgestelde doelstelling van MSG en haar moederondernemingen.

cc) Andere dienstverleners

(65) De enige onderneming waarvan momenteel bekend is dat zij gelijkaardige diensten als die van MSG wenst aan te bieden in Duitsland, is Selco Servicegesellschaft für elektronische Kommunikation mbH (Selco). Selco is een gemeenschappelijke onderneming van de particuliere televisieomroep PRO 7 (50,1 %) en News Corporation Ltd (49,9 %) die tot de Murdoch-groep behoort. Overeenkomstig de gegevens waarover de Commissie beschikt, zijn de activiteiten van Selco beperkt tot het op de markt brengen van Engelstalige programma's in Duitsland. Het betreft waarschijnlijk in de eerste plaats programma's van de betaal-TV-aanbieder BSkyB, die tot de Murdoch-groep behoort. Selco zal derhalve actief zijn op een niche-markt met een beperkt abonneebestand. Voorts dient te worden opgemerkt dat 47,7 % van de aandelen van PRO 7 in handen zijn van de heer Thomas Kirch, de zoon van de eigenaar van het Kirch-concern. Verder blijkt dat PRO 7 in grote mate programmasoftware van het Kirch-concern afneemt met het oog op gebruik in zijn programma's. Derhalve moet PRO 7 waarschijnlijk tenminste tot de invloedssfeer van het Kirch-concern worden gerekend. In deze context kan nauwelijks worden verwacht dat Selco MSG daadwerkelijk zal beconcurreren.

(66) De Luxemburgse onderneming Europa Online SA, die door de partijen is vermeld en waarvan de oprichting aan de gang is, zal volgens de pers haar activiteiten beperken tot computergesteunde interactieve informatiediensten. Volgens persberichten zou het aandelenkapitaal ongeveer 1,25 miljoen DM bedragen, waardoor het onwaarschijnlijk is dat Europa Online een infrastructuur voor digitale betaaltelevisie zal opzetten.

(67) In tegenstelling tot de opmerkingen van de partijen is het niet realistisch om te verwachten dat andere concurrenten de markt van MSG zullen betreden gezien de genoemde concurrentievoordelen van MSG. In dit verband dient te worden gewezen op een tegenspraak in de opmerkingen van de partijen. Enerzijds wordt aangevoerd dat het investeringsrisico van MSG dermate hoog is dat Bertelsmann/Kirch en Telekom elk afzonderlijk niet in staat zouden zijn om het risico te dragen. Anderzijds zullen volgens de partijen andere concurrenten de markt betreden zodra MSG zich met succes op de markt gevestigd heeft.

(68) Het vermoeden dat MSG op lange termijn een monopoliepositie zal hebben wordt bevestigd door de resultaten van de hoorzitting, waaraan een aantal derden hebben deelgenomen, en door een groot aantal antwoorden van door de Commissie ondervraagde ondernemingen welke werkzaam zijn op televisiegebied of op andere gebieden die van belang zijn voor MSG's werkzaamheden. Derhalve kan niet worden verwacht dat een alternatieve dienstenverlener zich kan vestigen als concurrent van MSG.

(69) Tevens mag worden aangenomen dat MSG een machtspositie zal innemen zelfs indien MSG met zijn huidige aandeelhoudersstructuur zou beslissen om decoders in te voeren waarbij een zogenaamde „common interface" wordt gebruikt. Een *common interface* betekent hier een encryptietechno-

logie die andere betaal-TV-aanbieders of dienstenverleners de mogelijkheid biedt om via een beschikbaar decoderbestand toegangcontrole en abonneebeheer te verrichten zonder dat een vergunning van de onderneming die de decoders geïnstalleerd heeft, noodzakelijk is voor het gebruik van het voorwaardelijke-toegangssysteem. Dit kan worden verwezenlijkt omdat modules van verschillende programmaaanbieders of dienstenverleners kunnen worden aangesloten op een decoder die voorzien is van een *common interface* en omdat elke module de merkgebonden encryptie-elementen bevat. Het klopt dat potentiële concurrenten van MSG in een dergelijk stelsel niet langer hoeven te investeren in hun eigen decoderbestand. Het kan evenwel niet worden uitgesloten dat MSG, zolang de decoder wordt verhuurd aan de kijkers, hen in het verhuurcontract de voorwaarde oplegt dat zij geen decoder mogen gebruiken met modules van andere betaal-TV-aanbieders of dienstenverleners zonder de instemming van MSG. Een dergelijke contractuele beperking is in het huidige stadium van het DVB-project mogelijk. Ingevolge de beperking zouden concurrenten van Bertelsmann/Kirch of van MSG geen vrije en ongecontroleerde toegang tot het geïnstalleerde decoderbestand hebben ondanks de *common interface* zolang de decoders voornamelijk of ten minste grotendeels worden verhuurd door MSG en niet gekocht door de betaal-TV-abonnees. Volgens het bedrijfsplan van MSG zal zulks het geval zijn de eerste vijf jaar, gedurende welke het verhuurpercentage van nieuwe installaties geleidelijk zal dalen van ongeveer 70 % tot ongeveer 20 %. Dit houdt in dat er geen vrije toegang mogelijk zal zijn gedurende de enigszins lange periode van de invoering van digitale televisie. Deze periode is evenwel doorslaggevend voor de toekomstige structuur van de markt waarop MSG actief zal zijn. Bovendien zal na deze periode vrije toegang slechts mogelijk zijn ten aanzien van decoders welke aan abonnees zijn verkocht, en niet voor de reeds geïnstalleerde verhuurde decoders.

(70) Zelfs indien MSG de toegang van andere dienstenverleners niet beperkt in de verhuurcontracten van de decoders, kan worden verwacht dat MSG een machtspositie inneemt op de, theoretisch althans, afzonderlijke markt van de voorwaardelijke toegang en het abonneebeheer. Inzonderheid dank zij het bedrijfspotentieel van Bertelsmann/Kirch op betaal-TV-gebied zou MSG op zijn markt waarschijnlijk schaalvoordelen (abonneebestand, aantal verzorgde programma's) genieten die de concurrentie van andere dienstverleners zeer zouden bemoeilijken. Anderzijds biedt Telekom's belang in de gemeenschappelijke onderneming MSG de mogelijkheid om betaal-TV-aanbieders de noodzakelijke gebruikerscontracten te verstrekken voor Telekom's breedbandkabelnet zelfs indien de contracten juridisch tussen Telekom en de gebruikers zijn gesloten. MSG kan derhalve, in tegenstelling tot andere potentiële dienstverleners, de programmaaanbieders een veelomvattende dienst aanbieden die betrekking heeft op alle technische vereisten voor betaaltelevisie.

(71) Indien MSG met zijn huidige aandeelhoudersstructuur de markt bezet, zullen nieuwe betaal-TV-aanbieders bovendien waarschijnlijk grotendeels afhankelijk zijn van MSG's dienstverlening, zelfs indien voorwaardelijke toegang en abonneebeheer kunnen worden verstrekt door andere dienstverleners die gebruik maken van het door MSG geïnstalleerde decoderbestand via een *common interface* en onbeperkte toegang tot de decoders. Het is niet te verwachten dat de modale betaal-TV-abonnee met verschillende abonneebeheerders te maken wenst te hebben. Het is in het belang van de kijker om zo veel mogelijk te maken te hebben met één instantie die voor hem alle problemen inzake betaaltelevisie regelt (b.v. de uitbreiding van het abonnement tot bijkomende programma's, de beperking van de programma's waarop het abonnement betrekking heeft, de afrekening van het abonnement). De dienstverlener die het grootste aantal programma's en de aantrekkelijkste programma's kan aanbieden zal aldus een bevoorrechte positie innemen waartegen andere dienstverleners moeilijk zullen kunnen opboksen. Er dient te worden aangenomen dat MSG een dusdanige bevoorrechte positie zal innemen, aangezien Bertelsmann en Kirch, gezien hun programmavoorraad, de digitale betaal-TV-markt het snelst en het meest uitgebreid zullen kunnen voorzien van aantrekkelijke programma's. Nieuwe betaal-TV-aanbieders dienen derhalve hun afzetvooruitzichten gevoelig te verlagen indien zij geen gebruik maken van MSG's diensten en aan de klant hun eigen abonneebeheer of dat van een andere dienstverlener aanbieden.

(72) Het „zuigeffect" van een dienstverlenende onderneming die door Bertelsmann en Kirch wordt gecontroleerd, kan het best het hoofd worden geboden door een kabelnetexploitant die zelf het betaal-TV-abonneebeheer overneemt en eventueel aan de kabelabonnees programmapakketten aanbiedt die hij zelf samenstelt. Wegens de structurele omstandigheden in Duitsland kan een dergelijke functie alleen worden verricht door Telekom, dat de kabelnetmarkt domineert. De kabeleilanden van de particuliere kabelnetexploitanten zijn meestal te klein om de uitgaven te dragen welke betrekking hebben op de investering die noodzakelijk is om een eigen voorwaardelijke toegang en een eigen abonneebeheer voor betaal-TV op te bouwen. In tegenstelling tot het breedbandkabelnet van Telekom zijn de kabelnetten van de particuliere exploitanten bovendien geen dusdanig essentieel doorgiftemiddel voor betaaltelevisie dat de programma's van Bertelsmann/Kirch verplicht zijn om ze te gebruiken. Ingevolge de betrokkenheid van Telekom in MSG is derhalve een marktstructuur gecreëerd die erop wijst dat MSG een machtsposi-

tie zal innemen zelfs indien een *common interface* wordt gebruikt.

c) *Samenvatting*

(73) Om genoemde redenen kan worden verwacht dat de voorgestelde concentratie MSG een duurzame machtspositie op de markt voor technische en administratieve diensten zal verschaffen.

2. **Betaaltelevisie**

(74) Indien MSG een machtspositie bekleedde op de markt voor technische en administratieve dienstverlening, zou dat de positie van Bertelsmann/Kirch op de afgeleide markt voor betaaltelevisie aanzienlijk versterken. In dat geval zou de oprichting van MSG aan Bertelsmann en Kirch waarschijnlijk een duurzame machtspositie verlenen op de markt voor betaaltelevisie.

a) *Huidige positie van Bertelsmann/Kirch op de markt voor betaaltelevisie*

(75) Op dit ogenblik is Premiere, dat onder de gezamenlijke zeggenschap van Bertelsmann, Kirch en Canal Plus staat, de enige aanbieder van betaaltelevisie in Duitsland. Zelfs indien dank zij de grotere capaciteit ten gevolge van de digitalisering van de televisie een groot aantal nieuwe betaaltelevisieprogamma's mogelijk wordt en dus verwacht mag worden dat er concurrenten op de markt zullen verschijnen, zijn er duidelijke aanwijzingen dat Bertelsmann/Kirch, ongeacht of MSG nu al dan niet wordt opgericht, een toonaangevende positie zullen blijven bekleden op die markt.

(76) Bertelsmann en Kirch hebben een bevoorrechte toegang tot de software die aantrekkelijk is voor betaaltelevisie. Kirch is de toonaangevende Duitse leverancier van speelfilms en ontspanningsprogramma's voor de televisie. De firma beschikt over een voorraad van circa 15 000 films van alle genres en over 50 000 uur televisieprogramma's, en ontplooit overigens zelf heel wat produktieactiviteiten op het gebied van film en televisie. Samen met Axel Springer Verlag heeft Kirch ook ISPR in handen. ISPR is de marktleider geworden op het gebied van uitzendrechten van sportwedstrijden en is bij voorbeeld de spil in de verkoop van de voetbalwedstrijden van de Bundesliga. Ook Bertelsmann heeft via Ufa toegang tot aantrekkelijke sportrechten en filmproduktieactiviteiten.

(77) Beide ondernemingen zijn in de sfeer van de commerciële televisie met vrije toegang op vele terreinen actief. De commerciële televisiestations waarin Bertelsmann en Kirch participaties hebben of die tot de invloedssfeer van het Kirch-concern moeten worden gerekend, zijn goed voor circa 80 % van de inkomsten uit televisiereclame in Duitsland (RTL, SAT 1, PRO 7, RTL 2, VOX, Deutsches Sportfernsehen en Kabelkanal). Met name Kirch, met haar gelieerde ondernemingen of de ondernemingen die tot haar invloedssfeer behoren (SAT 1, DSF, PRO 7 en Kabelkanal), kan veelvuldig gebruik maken van film- of sportrechten. Daardoor kan het Kirch-concern bij het verwerven van dergelijke rechten een hogere prijs bieden dan de overige concurrenten. Hun geprivilegieerde toegang tot software maakt dat Bertelsmann/Kirch na de digitalisering van de televisie gemakkelijker dan hun potentiële concurrenten bijkomende aantrekkelijke betaal-TV-programma's kunnen aanbieden.

(78) In dit verband is het van bijzonder belang dat de programmavoorraden waaruit Bertelsmann/Kirch kunnen putten, het mogelijk maken verschillende programmapakketten samen te stellen, die worden toegesneden op de behoeften van specifieke doelgroepen en die tegen een aantrekkelijke abonnementsprijs kunnen worden aangeboden. De ervaring in landen waar betaaltelevisie reeds in een verder ontwikkelingsstadium is gevorderd, leert dat het bijeenbrengen van losse programma's in programmapakketten een factor van doorslaggevend belang is om succes te hebben op de betaal-TV-markt. Aanbieders van betaaltelevisie die een minder belangrijke positie bekleden op de markt, kunnen daarenboven gedwongen worden hun programma's te laten opnemen in de pakketten van de marktleider, waardoor die zeggenschap krijgt over zijn concurrenten.

(79) Voorts moet rekening worden gehouden met het feit dat Bertelsmann, zoals gezegd, de marktleider is onder de Duitse boekenclubs en dus beschikt over een belangrijk potentieel distributiekanaal voor betaal-TV-programma's. In het geval van Kirch vloeit een bijkomend concurrentievoordeel voort uit de 35 %-participatie van het bedrijf in Axel Springer Verlag, dat op zijn beurt een 20 %-aandeel heeft in SAT 1. Axel Springer Verlag is de grootste krantenuitgeverij in Duitsland en tevens de marktleider op het gebied van TV-programmabladen. Het ligt voor de hand dat de band tussen Kirch en Axel Springer Verlag op mediagebied meer dan waarschijnlijk de aanvaarding van betaal-TV-programma's waarbij Kirch betrokken is, zal bevorderen.

(80) Met betrekking tot de positie van Bertelsmann en Kirch op de markt voor betaaltelevisie is een ander belangrijk gegeven dat het concurrentieverbod dat, zoals hierboven beschreven, aan de aandeelhouders van Premiere is opgelegd, elke kans op concurrentie tussen beide ondernemingen op de markt voor betaaltelevisie wegneemt. Dit is misschien minder belangrijk in het geval van analoge TV, omdat het aantal mogelijke nieuwe betaal-TV-programma's, gezien het gebrek aan beschikbare transmissiekana-

len, hoe dan ook beperkt is. Met de toenemende transmissiecapaciteit door digitalisering zullen Bertelsmann en Kirch beide een veel ruimer assortiment programma's kunnen aanbieden. In die context functioneert het concurrentieverbod veel meer dan voorheen als een beperking van de mededinging.

(81) Bertelsmann/Kirch hebben derhalve nu reeds een buitengewoon sterke positie op de markt voor betaaltelevisie.

b) *Versterking van de positie van Bertelsmann/Kirch door MSG*

(82) Indien MSG om de hierboven uiteengezette redenen blijvend een monopoliepositie verwerft als exploitant van een digitale infrastructuur voor betaaltelevisie, zijn alle aanbieders van betaaltelevisie die na de digitalisering de markt voor betaaltelevisie willen betreden, gedwongen diensten op het stuk van betaal-TV-infrastructuur af te nemen van een onderneming die in handen is van de aanbieders van betaal-TV die reeds marktleider zijn. Toekomstige betaal-TV-concurrenten van Bertelsmann/Kirch zouden de keuze hebben: ofwel de voorwaarden van MSG aanvaarden, ofwel van de markt wegblijven. Deze beoordeling vindt steun in het resultaat van de hoorzitting en een groot aantal verklaringen van ondervraagde bedrijven.

(83) De partijen voeren in antwoord daarop aan dat elke aanbieder van betaal-TV-programma's de keuzemogelijkheid heeft zelf voor deze diensten te zorgen, zoals thans gebruikelijk is. Dat klopt niet. Bij nadere beschouwing van de huidige situatie blijkt dat elke nieuwe aanbieder van programma's die de markt wil betreden, verplicht is gebruik te maken van de diensten van de aanbieder van betaaltelevisie die de technische infrastructuur van de markt reeds in handen heeft. Dit is een gevolg van het feit dat normaliter voor een programma-aanbieder het economische risico te groot is om zelf zijn eigen nieuwe infrastructuur voor een programma op te zetten. De ervaring heeft geleerd dat een nieuwe programma-aanbieder bij voorbeeld in het Verenigd Koninkrijk afhankelijk is van de infrastructuur van BSkyB, en in Frankrijk van die van Canal Plus. Met de oprichting van MSG zou, gezien de huidige aandeelhoudersstructuur, in Duitsland een vergelijkbare situatie ontstaan met betrekking tot digitale betaaltelevisie.

(84) Via MSG zouden Bertelsmann/Kirch derhalve de mededinging van toekomstige aanbieders van betaaltelevisie in merkbare mate kunnen beïnvloeden en in ruime mate naar hun hand kunnen zetten. Via hun zeggenschapsdeelneming in MSG kunnen zij ervoor zorgen dat de contractvoorwaarden en in het bijzonder de prijsstructuur op zodanige wijze worden vastgesteld dat dit voordelig uitkomt voor hun eigen programma's en nadelig voor die van hun concurrenten. Bertelsmann/Kirch zouden ook profijt kunnen trekken van artificieel hoge prijzen, aangezien zij, in tegenstelling tot hun concurrenten, een aandeel hebben in the opbrengst van MSG.

(85) Voorts zou de mogelijkheid bestaan om, met een beroep op technische moeilijkheden die slechts met moeite zouden kunnen worden nagetrokken, de diensten van MSG op zodanige wijze te verlenen dat de toegang tot de markt van programma's die tegen de belangen van Bertelsmann/Kirch ingaan, er op zijn minst door wordt vertraagd. Hetzelfde geldt voor de opneming van programma's op het kabelnet door Telekom. Het valt niet uit te sluiten dat Telekom, indien deze onderneming via een concentratie (MSG) met Bertelsmann/Kirch gelieerd raakt, ook rekening zal houden met de belangen van haar partners. De moeilijkheden die zich in het verleden hebben voorgedaan om programma's die via Astra werden uitgezonden op het kabelnet van Telekom te krijgen wijzen erop dat zij, onder het mom van technische moeilijkheden, de toegang tot het kabelnet kan manipuleren zonder op aantoonbare wijze inbreuk te maken op het neutraliteitsvereiste.

(86) Zoals gezegd kan Telekom de digitale ontwikkeling van de hyperband in haar breedbandkabelnet perfect onder controle houden. Telekom is voornemens tegen einde 1995 drie kanalen beschikbaar te stellen voor digitale televisie, waarbij via elk kanaal vier tot tien TV-programma's digitaal zouden kunnen worden uitgezonden. Dit betekent dat in een eerste fase een extra transmissiecapaciteit van hoogstens 30 nieuwe programma's ter beschikking zou staan. Het grootste deel van die capaciteit kan gemakkelijk worden opgenomen door Bertelsmann/Kirch, in het bijzonder daar Premiere *near-video-on-demand* kan invoeren, wat een aanzienlijk deel van de transmissiecapaciteit zou opgebruiken. Telekom heeft aangekondigd dat de digitalisering van de overige twaalf kanalen zal plaatsvinden met inachtneming van de algemene economische omstandigheden, volgens het principe dat er met de ontwikkeling ervan naar wordt gestreefd zo goed mogelijk aan de behoeften van de markt te voldoen. Met deze vrij vage criteria als zelf vastgesteld richtsnoer kan Telekom de verdere ontwikkeling van de hyperband perfect laten dicteren door de belangen van haar partners in MSG op het gebied van betaaltelevisie. Rekening moet voorts worden gehouden met het feit dat de ontwikkeling hoe dan ook slechts geleidelijk kan verlopen, daar de digitalisering van een nieuw kanaal ongeveer zes maanden tijd en een investering van circa 50 miljoen DM vergt.

(87) Bertelsmann/Kirch kunnen via MSG tevens de plaats van de programma's van hun concurrenten op de TV-band beïnvloeden. Het grote aantal programma's dat met digitale televisie mogelijk is,

maakt het noodzakelijk een systeem van gebruikersondersteuning op te zetten om de kijker te helpen bepaalde programma's terug te vinden in het „oerwoud van programma's". Aangezien de noodzakelijke *on screen*-modulator in het decodeerkastje zit, zal die gebruikersondersteuning waarschijnlijk gebeuren door degene die de decoders installeert. Wie als exploitant deze gebruikersondersteuning in handen heeft, kan de programma's van concurrerende aanbieders van betaaltelevisie in het programmamenu op plaatsen zetten die ze minder aanlokkelijk maken. In dit verband is het bij voorbeeld van belang hoeveel handelingen de gebruiker moet verrichten om toegang te krijgen tot een bepaald programma.

(88) Op soortgelijke wijze kunnen Bertelsmann/Kirch via MSG de verkoop van concurrerende programma's beïnvloeden, meer bepaald met betrekking tot het plaatsen van die programma's op de *smartcards* die door MSG worden afgegeven. MSG, als degene die de voorwaardelijke toegang regelt, zet op de *smartcards* de aangeboden betaal-TV-programma's en programmapakketten, die dan worden vrijgegeven door middel van de toegangssignalen die samen met het TV-signaal worden doorgegeven. Naar verwachting zal de gemiddelde betaal-TV-abonnee het niet op prijs stellen een hele reeks verschillende *smartcards* te moeten gebruiken. MSG kan concurrenten van Bertelsmann/Kirch dan ook hinderen door hen niet op de eerste *smartcard* met aantrekkelijke programma's te plaatsen, maar op bij te kopen nieuwe *smartcards*.

(89) Ten slotte zouden Bertelsmann/Kirch via MSG een aanzienlijk informatievoordeel kunnen verwerven. Dit geldt voor informatie over gelande nieuwe programma's, maar in het bijzonder ook voor informatie in verband met de structuur van het klantenbestand en het kijkgedrag van de abonnees, welke door de abonnementendienst van MSG wordt verwerkt. Bertelsmann/Kirch behoeven zelfs geen toegang te krijgen tot de individuele klantengegevens. Het is voldoende dat zij toegang krijgen tot niet-persoonlijke gegevens die informatie bevatten over b. v. de leeftijdsstructuur van het kijkerspubliek van bepaalde programma's. In het geval van interactieve betaal-TV-diensten zoals *pay-per-view* kan daarenboven aan de hand van niet-geïndividualiseerde gegevens worden nagegaan welke specifieke groep de voorkeur geeft aan welke specifieke programma-inhoud, en in welke mate. Dergelijke informatie verschaft een aanzienlijk concurrentievoordeel, aangezien zij het veel gemakkelijker maakt doelgroepgerichte programma's of programmapakketten te ontwikkelen.

(90) De partijen beweren dat het niet in het belang van de aandeelhouders van MSG zou kunnen zijn andere aanbieders van betaaltelevisie te schaden, daar dit het economische welslagen van MSG in gevaar zou brengen. Dit argument is betwistbaar, alleen al omdat MSG, zoals gezegd, naar verwachting een monopoliepositie zal verwerven. Andere aanbieders van betaaltelevisie zullen op de door MSG verleende diensten aangewezen zijn, zelfs onder ongunstige voorwaarden en bij mogelijke benadeling. Voorts hebben Bertelsmann en Kirch er alle belang bij de betaal-TV-markt onder controle te hebben en de mogelijkheden van hun concurrenten te beïnvloeden, zelfs wanneer dit het bedrijfsresultaat van MSG negatief zou beïnvloeden. Een mogelijk tegenargument van de partijen als zou de participatie van Telekom er garant voor staan dat MSG zijn activiteiten op niet-discriminerende wijze en neutraal ten opzichte van alle aanbieders zou uitoefenen, is niet overtuigend. Bertelsmann en Kirch hebben samen twee derde van de aandelen in de nieuwe gemeenschappelijke onderneming in handen. Zelfs indien Telekom met Bertelsmann en Kirch een gezamenlijke zeggenschap uitoefent over de gemeenschappelijke onderneming, mag niet worden verwacht dat MSG zich neutraal zal opstellen wanneer de belangen van Bertelsmann en Kirch samenvallen. Dit is bijzonder belangrijk daar Bertelsmann en Kirch de know-how voor betaal-TV-technologie bezitten en daarenboven de belangrijkste afnemers van de diensten van MSG zullen zijn, zodat zij de beslissingsvrijheid van Telekom binnen MSG kunnen beperken.

c) *Samenvatting*

(91) Gezien de aanzienlijke concurrentievoordelen die voor Bertelsmann en Kirch verbonden zijn aan MSG en de mogelijke negatieve effecten voor toekomstige concurrenten, valt op grond van de thans beschikbare informatie te verwachten dat de voorgenomen concentratie voor Bertelsmann en Kirch een duurzame machtspositie op de Duitse markt voor betaaltelevisie in het leven zal roepen.

### 3. Kabelnetten

(92) Op grond van de thans beschikbare informatie mag worden verwacht dat de voorgenomen concentratie op lange termijn ook de daadwerkelijke concurrentie op de Duitse markt voor kabelnetten in aanzienlijke mate ongunstig zal beïnvloeden. In de onmiddellijke toekomst blijft het publiekrechtelijke monopolie van Telekom met betrekking tot het breedbandkabelnet bestaan. Na de liberalisatie van de gewone telefoondiensten in 1998 valt evenwel te verwachten dat de kabelnetmarkt eveneens wordt gedereguleerd en opengesteld voor de vrije mededinging. Er bestaat een gevaar dat Telekom, door de betaal-TV-structuur gezamenlijk te exploiteren met de twee grootste aanbieders van betaaltelevisie, zijn positie als kabelnetexploitant zodanig zal versterken dat de mededinging op de kabelnetmarkt na de liberalisatie sterk zal worden belemmerd en dat de machtspositie van Telekom aldus veilig wordt gesteld. Net zoals Bertelsmann/Kirch Telekom uitschakelen als een potentiële concurrent

op de markt voor technische en administratieve betaaltelevisiediensten, zorgt Telekom er door middel van de voorgenomen concentratie voor dat Bertelsmann en Kirch niet beschikbaar zijn als potentiële partners voor andere toekomstige kabelnetexploitanten.

(93) Op dit ogenblik kunnen kabelmaatschappijen die werkzaam zijn op niveau 4 van het net (d. w. z. in de sector van de faciliteiten voor distributie aan particuliere woningen) slechts in zeer beperkte mate kabelnetten aanleggen die onafhankelijk zijn van het breedbandkabelnet van Telekom. Voor het installeren van de vereiste apparatuur voor satellietontvangst („kopstations") geldt het federale monopolie op radiostations en is een vergunning van het Ministerie van Post en Telecommunicatie (BMPT) vereist. In de administratieve praktijk van het BMPT wordt een algemene vergunning uitsluitend afgegeven voor kopstations van kabelnetten die beperkt zijn tot één pand of tot een aantal aaneengesloten panden waarin in totaal niet meer dan 25 wooneenheden aangesloten zijn. Anders is een bijzondere vergunning vereist. Bij kabelnetten tussen niet-aaneengesloten panden geeft het BMPT in principe geen vergunning voor het oprichten van kopstations. Op dit principiële verbod wordt alleen een uitzondering gemaakt voor particuliere exploitanten die actief willen worden in gebieden waar Telekom geen infrastructuur heeft of plant. Deze administratieve praktijk beschermt Telekom in hoge mate tegen de concurrentie van particuliere kabelnetexploitanten. Indien deze praktijk in het kader van een liberalisatie van de markt voor kabelnetten wordt opgegeven, krijgen kabelmaatschappijen die werkzaam zijn op netniveau 4 de gelegenheid hun „kabeleilandjes", die thans beperkt zijn tot één pand, onderling te verbinden en zo in concurrentie te treden met Telekom. Die concurrentie kan voor de particuliere kabelmaatschappijen evenwel sterk worden bemoeilijkt indien Telekom samen met Bertelsmann en Kirch zeggenschap heeft over MSG, het belangrijkste dienstverlenende bedrijf. In het bijzonder bestaat het gevaar dat de particuliere kabelnetexploitanten de programma's van de toonaangevende aanbieders van betaaltelevisie, Bertelsmann en Kirch, die voor het samenstellen van een aantrekkelijk programmapakket noodzakelijk zijn, niet of slechts op ongunstige voorwaarden zouden kunnen verkrijgen. De oprichting van MSG met de huidige aandeelhoudersstructuur is derhalve een middel om de machtspositie van Telekom als kabelnetexploitant te versterken.

## VI. DOOR DE PARTIJEN VOORGESTELDE VERBINTENISSEN

(94) Bij brief van 20 oktober 1994 hebben de partijen een aantal door hen aan te gane verbintenissen voorgesteld die de bezwaren tegen de voorgenomen concentratie uit de weg zouden moeten ruimen. Dit voorstel omvat in wezen de volgende punten:

— MSG zal kiezen voor een decoderbestand dat op basis van een *common interface* functioneert, mits een *common interface* wordt ontwikkeld volgens de door de DVB opgestelde aanwijzingen en mits het risico van piraterij tot een minimum wordt beperkt, zodat de betrokken technologie door de aanbieders van betaaltelevisie kan worden aanvaard.

— MSG zal de verkoop van decoders in de vrije handel bevorderen en bij verhuring van decoders geen beperkingen opleggen inzake het gebruik van de decoder voor het ontvangen van programma's die niet door MSG worden verzorgd.

— MSG verbindt zich ertoe aan haar moedermaatschappijen geen — zelfs anoniem gemaakte — informatie door te geven over programma's en abonneebestanden van andere betaal-TV-aanbieders.

— MSG zal bij de vormgeving van het systeem van gebruikersondersteuning (*Electronic Programming Guide* – EPG) een neutrale, niet-discriminerende presentatievorm kiezen en, voor zover dit technisch mogelijk is, ook informatie verstrekken over programma's die niet door MSG worden verzorgt.

— MSG zal een adviesorgaan oprichten dat moet toezien op de niet-discriminerende presentatievorm van het EPG. In dat orgaan zullen de individuele klanten (aanbieders van diensten) van MSG vertegenwoordigd zijn. In haar beslissingen zal MSG rekening houden met de voorstellen van het adviesorgaan.

— MSG zal markteconomisch verantwoorde prijzen berekenen en een doorzichtig prijsbeleid voeren, waarbij voor gelijke prestaties gelijke prijzen worden berekend.

— Telekom verbindt zich ertoe haar netwerken, behalve voor de reeds geïnstalleerde 30 kanalen, uit te rusten voor het doorgeven van nog meer digitale programma's opdat zij in het kader van de technisch bruikbare transmissiecapaciteit over een voldoende grote reserve beschikt om nooit een tekort aan kanalen te laten ontstaan.

(95) Deze voorgestelde toezeggingen moeten worden beschouwd als ontoereikend om het ontstaan of de versterking van machtsposities zoals de genoemde uit te sluiten. Weliswaar hebben zij betrekking op bepaalde aspecten die in het algemeen voor de mededingingsstructuur van de toekomstige digitale betaaltelevisie van bijzonder groot belang kunnen zijn. Met name kan de invoering van een *common interface* uit concurrentieoogpunt worden beschouwd als een oplossing voor het probleem van de voorwaardelijke-toegangscontrole, die de ont-

wikkeling van een vrije en onbelemmerde concurrentie gunstig zal beïnvloeden. Dit is althans het geval indien er geen contractuele beperkingen bestaan op de toegang van andere aanbieders van betaaltelevisie tot het decoderbestand. Ook is een doorzichtig prijsbeleid met betrekking tot de administratieve en technische dienstverrichtingen een positieve factor met het oog op de ontwikkeling van de digitale betaaltelevisie in een klimaat van open concurrentie. Bij de huidige aandeelhoudersstructuur van MSG zijn de voorgestelde verbintenissen evenwel niet afdoende om de mededingingsproblemen op te lossen. Daarenboven zijn er in sommige opzichten voorwaarden en restricties aan verbonden die de afdwingbaarheid ervan twijfelachtig maken. Afgezien van de verbintenis met betrekking tot de invoering van een *common interface* en het aanleggen van een reserve van digitale kanalen van Telekom gaat het overigens in wezen alleen om de toezegging, een machtspositie van MSG op de markt voor administratieve en technische dienstverrichtingen in bepaalde opzichten niet te misbruiken om concurrenten op de markt voor betaaltelevisie te benadelen.

(96) De verbintenis betreffende de invoering van een *common interface* wordt slechts aangegaan onder voorwaarde dat het risico van piraterij tot het minimum wordt beperkt en dat de desbetreffende technologie door de aanbieders van betaaltelevisie kan worden aanvaard. Op die manier is het niet meer dan een gewone intentieverklaring, die voor MSG de mogelijkheid openlaat om, met een beroep op de zogezegd ontoereikende veiligheid van de *common interface* of de ontbrekende aanvaarding door haar potentiële klanten, toch voor een decoderbestand op grond van een merkgebonden systeem te kiezen. In dit verband valt op te merken dat de belangrijkste potentiële klant van MSG onder de aanbieders van betaaltelevisie Premiere is, een onderneming die onder de gezamenlijke zeggenschap van Bertelsmann, Kirch en Canal Plus staat. Canal Plus staat bekend als een radicale tegenstander van de *common interface* en als een fervent pleitbezorger van merkgebonden encryptiesystemen, ook op het gebied van digitale televisie. Bertelsmann heeft overigens onlangs een strategische alliantie met Canal Plus gesloten. In het kader daarvan is als concreet project overeengekomen een gemeenschappelijke onderneming op te richten die een digitaal encryptiesysteem moet ontwikkelen.

(97) Doch zelfs indien de toezegging in een vorm was gegoten die de invoering van een *common interface* garandeerde, zou daardoor de onverenigbaarheid van de concentratie met de gemeenschappelijke markt nog niet ongedaan worden gemaakt. Zoals hierboven in detail is uiteengezet (overwegingen 70-72); zou MSG met haar huidige aandeelhoudersstructuur ook bij een *common interface* met onbeperkte toegang een machtspositie bekleden op de markt voor technische en administratieve dienstverrichtingen. Tegen die achtergrond bekeken is een *common interface* niet het geschikte middel om de ernstige schade aan de mededinging ongedaan te maken, die het gevolg is van de combinatie van de grootste kabelnetexploitant met de toonaangevende aanbieders van betaaltelevisie in de gemeenschappelijke onderneming MSG.

(98) De voorgestelde verbintenissen die betrekking hebben op de houding van MSG tegenover haar klanten en op de verdere digitalisering van het kabelnet door Telekom, zijn niet het geschikte middel om het ontstaan of de versterking van een reeds bestaande machtspositie door Bertelsmann en Kirch op de markt voor betaaltelevisie te verhinderen. De toezegging van MSG om haar klanten niet discriminerend te behandelen is niet meer dan een bevestiging van de wettelijke verplichting van een onderneming met een machtspositie. Overigens zou het, gezien de talrijke mogelijkheden van verborgen discriminatie, in de praktijk slechts zeer moeilijk te bewijzen zijn dat MSG zich niet neutraal gedraagt ten opzichte van de aanbieders. Daaraan verandert ook het voorgestelde adviesorgaan niets, dat immers slechts een adviserende bevoegdheid heeft en waarvan de voorstellen voor MSG niet bindend zijn. De toezegging geen programma-informatie en abonneegegevens door te geven aan de aandeelhouders van MSG kan evenmin verhinderen dat de MSG-aandeelhouders op een niet-aantoonbare manier een informatievoorsprong zullen hebben wegens de bijzondere onderlinge verwevenheid tussen henzelf en MSG op informatiegebied en ook op andere gebieden. Ook de toezegging van Telekom dat zij een reserve van digitale kanalen zal aanleggen, biedt geen afdoende garantie dat de verdere digitalisering niet met een beroep op technische en economische beperkingen in het belang van Bertelsmann en Kirch wordt gestuurd. Daarenboven gaat het in feite meer om een algemene intentieverklaring en niet om een concrete verbintenis.

(99) Alles bijeen kan men stellen dat alleen de verbintenis met betrekking tot de invoering van een *common interface* een structureel element bevat. Die toezegging is echter niet afdoende om een machtspositie van MSG te verhinderen en er zijn trouwens restricties aan verbonden die haar uiteindelijk tot een niet-verbindende intentieverklaring maken. De overige voorgestelde verbintenissen zijn louter toezeggingen omtrent een toekomstig gedrag, zonder enig structureel element, waarvan daarenboven de naleving niet te controleren valt. Zij zijn zonder meer ongeschikt om het structurele probleem op te lossen dat erin bestaat dat door de oprichting van MSG machtsposities op de markt voor administratieve en technische dienstverrichtingen, betaaltelevisie en kabelnetten in het leven worden geroepen of worden versterkt.

## VII. ONTWIKKELING VAN DE TECHNISCHE EN ECONOMISCHE VOORUITGANG

(100) De partijen wijzen erop dat de snelle aanvaarding van digitale televisie zal worden bevorderd door de

door MSG aangeboden diensten. Een succesvolle verspreiding van de digitale televisie vereist inderdaad een digitale infrastructuur en bijgevolg kan een onderneming met het bedrijfsdoel van MSG zeker bijdragen aan de technische en economische vooruitgang. Niettemin wordt bij de verwijzing naar dit criterium in artikel 2, lid 1, onder b), van de concentratieverordening het voorbehoud gemaakt dat een en ander geen belemmering vormt voor de mededinging. Zoals hierboven uiteengezet, valt op grond van de thans beschikbare informatie met betrekking tot de voorzienbare gevolgen van de voorgenomen concentratie echter eerder te verwachten dat deze zal leiden tot een afgrendeling van de toekomstige markt voor technische en administratieve diensten, tot het vroegtijdig in het leven roepen van een machtspositie op die markt en tot een merkbare belemmering van de daadwerkelijke mededinging op de toekomstige markt voor betaaltelevisie.

(101) Deze belemmering van de daadwerkelijke mededinging maakt het zelfs zeer de vraag of er wel sprake is van technische en economische vooruitgang. Het is met name zeer twijfelachtig of de totstandbrenging van een digitale infrastructuur voor betaaltelevisie door MSG onder de gegeven omstandigheden wel op een positieve manier zal bijdragen tot de ontwikkeling van de technische en economische vooruitgang. Gelet op de hierboven beschreven gevolgen van de concentratie valt te vrezen dat potentiële aanbieders van digitale betaaltelevisie niet in dezelfde mate zullen besluiten de markt te betreden als het geval zou zijn geweest met een dienstverleningsbedrijf waarvan de aandeelhoudersstructuur een strikte neutraliteit zou waarborgen. Een geslaagde verspreiding van digitale televisie zou onder die omstandigheden eerder worden belemmerd dan bevorderd. Deze stelling wordt gestaafd door een hele reeks verklaringen van de ondervraagde ondernemingen, die van oordeel waren dat zij, als de concentratie doorging, hun bestaande plannen of ideeën in verband met toekomstige betaal-TV-activiteiten in de digitale sector zouden moeten herzien en eventueel begraven.

## VIII. SAMENVATTING

(102) Om de hierboven uiteengezette redenen valt te verwachten dat de voorgenomen concentratie zal leiden tot de ontwikkeling of versterking van machtsposities waardoor een daadwerkelijke mededinging in een wezenlijk deel van de Gemeenschap op significante wijze zou worden belemmerd. De concentratie moet derhalve overeenkomstig artikel 2, lid 2, van de concentratieverordening en artikel 57 van de EER-Overeenkomst onverenigbaar worden verklaard met de gemeenschappelijke markt en met de werking van de EER-Overeenkomst,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

*Artikel 1*

De concentratie door oprichting van een gemeenschappelijke onderneming, welke door Bertelsmann AG, Deutsche Bundespost Telekom en Taurus Beteiligungs GmbH & Co. KG is aangemeld, wordt onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en met de werking van de EER-Overeenkomst verklaard.

*Artikel 2*

Deze beschikking is gericht tot:

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

2. Deutsche Bundespost Telekom
   Godesberger Allee 87-93
   D-40474 Düsseldorf

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

Gedaan te Brussel, 9 november 1994.

*Voor de Commissie*

Karel VAN MIERT

*Lid van de Commissie*