II

(Retsakter hvis offentliggørelse ikke er obligatorisk)

KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 9. november 1994

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

(Sag IV/M. 469 — MSG Media Service)

(Kun den tyske udgave er autentisk)

(94/922/EF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,

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

under henvisning til EØS-aftalen, særlig artikel 57, stk. 1,

under henvisning til Kommissionens beslutning af 18. juli 1994 om at indlede procedure i sagen,

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

efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Fusionskontrol, og

ud fra følgende betragtninger:

(1) Genstanden for denne beslutning er det joint venture, Bertelsmann AG (Bertelsmann), Deutsche Bundespost Telekom (Telekom) og Taurus Beteiligungs GmbH (Taurus) har planer om at oprette under navnet MSG Media Service Gesellschaft für Abwicklung von Pay-TV und verbundenen Diensten mbH (MSG).

(2) Ved beslutning af 28. juni 1994 gav Kommissionen, jf. fusionsforordningens (forordning (EØF) nr. 4064/89) artikel 7, stk. 2, og artikel 18, stk. 2, de deltagende virksomheder påbud om at udskyde fusionens gennemførelse, indtil den havde vedtaget en endelig beslutning i sagen.

(3) Ved beslutning af 18. juli 1994 fastslog Kommissionen, at den anmeldte fusion rejser alvorlig tvivl med hensyn til dens forenelighed med fællesmarkedet. Den indledte følgelig proceduren efter fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c).

(4) Ved skrivelse af 29. juni 1994 gav Tyskland, jf. fusionsforordningens artikel 9, stk. 2, Kommissionen meddelelse om, at den planlagte fusion truede med at skabe eller styrke en dominerende stilling, hvorved den effektive konkurrence ville blive betydeligt hæmmet på tre markeder i Tyskland, som hver især udgjorde særskilte geografiske markeder som omhandlet i artikel 9, stk. 7. Henvisning af

[1] EFT nr. L 395 af 30. 12. 1989, s 1 (berigtiget i EFT nr. L 257 af 21. 9. 1990, s. 13).

sagen i henhold til fusionsforordningens artikel 9, stk. 3, har ikke fundet sted.

I. PARTERNE

(5) Bertelsmann er det overordnede moderselskab i den førende tyske mediekoncern. Bertelsmann-koncernen er primært aktiv inden for bog- og bladforlagsvirksomhed, bogklubber, trykkerivirksomhed samt musikforlags- og musikoptagelsesvirksomhed og har desuden interesser i den private tv-sektor. Selv om Tyskland er Bertelsmanns største marked, har koncernen også omfattende internationale aktiviteter (ca. 60 % af dens omsætning realiseres uden for Tyskland).

(6) Taurus er et holdingselskab i Kirch-koncernen (Kirch). Kirch er den førende tyske udbyder af spillefilm og underholdningsprogrammer til fjernsynet og er også aktiv i den private tv-sektor. Kirch opererer primært i Tyskland. Koncernen har dog også i stigende omfang erhvervet interesser i betalings-tv-udbydere uden for Tyskland.

(7) Telekom er den offentlige teleoperatør i Tyskland. Telekom er enten direkte eller via datterselskaber aktiv inden for hele telekommunikationssektoren. Selskabet har monopol på det tyske telefonnet og ejer og driver næsten alle tyske kabel-tv-net.

II. DEN PLANLAGTE TRANSAKTION

(8) Bertelsmann, Kirch og Telekom har til hensigt at etablere et joint venture, MSG, med en stamkapital på 60 mio. DM. Moderselskaberne skal hver især have en tredjedel af kapitalen og stemmerettighederne i MSG. MSG skal varetage den tekniske, driftsmæssige og administrative afvikling af primært betalingsfinansierde tv- og andre kommunikationstjenester, herunder adgangsstyring og administration af abonnenter samt tilrådighedsstillelse af den fornødne tekniske infrastruktur vil levering af disse tjenester og alle dertil knyttede aktiviteter.

III. FUSION

1. *Fælles kontrol*

(9) MSG vil blive kontrolleret af de tre moderselskaber i forening. Ifølge MSG's stiftelsesoverenskomst skal hvert af moderselskaberne have ret til at udpege to af medlemmerne i den seks mand store bestyrelse. En række strategiske beslutninger skal godkendes af bestyrelsen, hvortil der kræves et flertal på 75 % af de afgivne stemmer. Det er tilfældet med beslutninger angående udnævnelse af ledelsen, det årlige budget, optagelse af nye eller opgivelse af eksisterende aktiviteter, den grundlæggende tilrettelæggelse af de juridiske og økonomiske forbindelser til myndigheder, netværksoperatører og tjenesteudbydere samt principielle beslutninger angående den teknologi og de systemer, der skal anvendes. Alle væsentlige beslutninger angående MSG's ledelse, forretningspolitik og konkurrencestrategi skal således godkendes af alle tre moderselskaber.

2. *Joint venture oprettet i fusionsøjemed*

(10) a) MSG vil på et varigt grundlag varetage alle de funktioner, der normalt varetages af en selvstændig økonomisk enhed. Der findes for øjeblikket kun én betalings-tv-kanal i Tyskland, nemlig Premiere, som drives af et joint venture (Premiere Medien GmbH & Co. KG) ejet af Bertelsmann, Kirch og Canal Plus. Det er for øjeblikket Premiere selv, der leverer alle de tjenester, der kræves til driften af betalings-tv-kanalen. Derfor findes der endnu ikke noget marked i Tyskland for de tjenester, MSG har til formål at tilvejebringe. Men som det beskrives nedenfor, må indførelsen af digital-tv i løbet af de kommende par år forventes at ville resultere i en kraftig vækst på det marked for betalings-tv og andre betalingsfinansierede tv-former, som joint venture-selskabet henvender sig til, og der vil dukke nye udbydere op på dette marked. For de tjenesteydelser, MSG vil tilbyde kan der derfor antages at ville udvikle sig et marked, som vil vokse til et betydeligt omfang inden for en overskuelig fremtid. Det er meningen, at MSG skal spille en aktiv rolle på dette vækstmarked og få del i den værdiskabelse, der kommer til at foregå her. MSG kommer derfor til at optræde på markedet som en selvstændigt fungerende virksomhed, der ikke hverken helt eller delvis blot varetager hjælpefunktioner for moderselskaberne Bertelsmann og Kirch.

(11) Med hensyn til de investeringer, der er nødvendige for joint venture-selskabets virksomhed, er moderselskaberne rede til at udstyre det med de fornødne finansielle midler til, at det selv kan gennemføre disse investeringer. Ifølge den driftsplan for MSG, som Telekom har fremlagt,

vil MSG's samlede kapitalbehov frem til år 2004 ligge på [. . .] mio. DM [1], forudsat af de dekodere, der skal installeres, lejes. Af dette kapitalbehov skal de [. . .] mio DM finansieres via MSG's egenkapital. Selv om man i driftsplanen regner med, at break-even punktet først vil blive nået efter [. . .] års forløb (dvs. at det kumulative driftsresultat vil blive positivt i år [. . .]), ventes der at blive et driftsoverskud allerede i [. . .], når der ses bort fra de kumulative underskud i opstartfasen. Et sådant driftsresultat kan ikke anses at være ekstraordinært for et langsigtet projekt på et fremtidsorienteret og meget investeringskrævende marked. Hverken egenkapitalgrundlagets størrelse eller det tilstræbte indtjeningsmønster tyder på, at MSG ikke vil blive udstyret med tilstrækkelige finansielle ressourcer og derfor ikke skulle kunne betragtes som en selvstændigt fungerende virksomhed.

(12) Den omstændighed, at MSG sandsynligvis vil overtage en række tjenester i forbindelse med Premieres nuværende aktiviteter inden for analogt betalings-tv, udelukker ikke denne konklusion. Premiere har allerede den tekniske infrastruktur til analogt betalings-tv, ved hjælp af hvilken selskabet selv administrerer sit abonnentsystem. MSG's driftsplan indeholder for årene 1995–1997 et abonnenttal for MSG, der er langt lavere end Premieres nuværende abonnenttal (Premieres abonnenttal: 800 000, MSG-abonnenter i 1995: [. . .], i 1996: [. . .], i 1997: [. . .]). Det tyder på, at MSG's tjenester ikke er rettet mod Premieres nuværende analoge betalings-tv, men derimod mod et fremtidigt digitalt betalings-tv. Når MSG i løbet af de kommende par år får udviklet en infrastruktur til digitalt betalings-tv, må det antages, at Premiere vil benytte sig af denne infrastruktur, hvis Premiere ønsker at gå ind i digitalt betalings-tv. Men digitalisering åbner også mulighed for, at der vil komme yderligere betalings-tv-udbydere til på markedet, som vil benytte sig af MSG's tjenester.

(13) Som beskrevet mere indgående nedenfor vil MSG levere en tjenestepakke, der må anses at udgøre et særskilt marked. En af MSG's hovedopgaver bliver at tilvejebringe den fornødne tekniske infrastruktur til digitalt betalings-tv, dvs. en dekoderbase og et adgangsstyringssystem. Der er her tale om en væsentlig forudsætning for betalings-tv, som kræver ganske betydelige investeringer. I det omfang, hvor det er nødvendigt for MSG at samarbejde med moderselskaberne, som selv er udbydere af betalings-tv, om brugen af den tekniske infrastruktur til de tjenester, MSG tilbyder, er der også behov for at samarbejde med andre udbydere af betalings-tv, der benytter sig af MSG's infrastruktur og tjenester.

(14) b) Etableringen af MSG har hverken til formål eller til følge at samordne fortsat uafhængige virksomheders konkurrencemæssige adfærd. Navnlig kan der ikke ventes at ville opstå nogen risiko for samordning mellem Bertelsmann og Kirch ved indførelse af nye betalings-tv-kanaler eller omdannelse af for øjeblikket reklamefinansierede programmer til betalings-tv-programmer. Bertelsmanns og Kirchs aktiviteter inden for betalings-tv er for øjeblikket samlet i deres joint venture, Premiere. Premieres tre moderselskaber har »som en konkretisering af deres selskabsretlige forpligtelser i deres fællesejede virksomhed« forpligtet sig til ikke uden de andre parters samtykke at deltage i nogen anden tysksproget betalings-tv-kanal i hele det tidsrum, hvor de driver betalings-tv-kanalen i fællesskab. Så hvis Bertelsmann og Kirch i fremtiden skulle begynde at udbyde betalings-tv-programmer uafhængigt af hinanden, ville enhver samordning af sådanne uafhængige aktiviteter være et resultat af deres samarbejde i Premiere. Intet yder på, at de skulle have behov for at kunne foretage yderligere samordning via MSG, eller at dette eventuelt kunne være relevant for afgørelsen af, om MSG oprettes i fusionsøjemed eller i samarbejdsøjemed.

(15) Heller ikke indførelsen af en digital infrastruktur og brugen heraf kan antages at indebære nogen risiko for samordning mellem moderselskaberne som omhandlet i fusionsforordningens artikel 3. Joint venture-selskabets formål drejer sig netop om tilvejebringelse af en digital infrastruktur til betalings-tv og brugen heraf. At der samarbejdes i et joint venture, er et iboende kendetegn ved ethvert joint venture, og når samarbejdet holdes inden for rammerne af formålet med dette joint ventures virke, kan det ikke danne grundlag for at antage, at det er oprettet i samarbejdsøjemed. Endelig er der heller intet, der tyder på, at Telekom eller

[1] Ved offentliggørelsen af denne beslutning er visse oplysninger udeladt, jf. artikel 17, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 4064/89 om beskyttelse af forretningshemmeligheder.

Kirch/Bertelsmann også vil udbyde de omhandlede tjenester uden om MSG. Efter oprettelsen af MSG vil Telekom ikke længere kunne betragtes som en potentiel konkurrent til joint venture-selskabet, da der i betragtning af Telekoms investeringer i MSG ikke ville være nogen økonomisk fornuft i, at Telekom udviklede en yderligere alternativ infrastruktur på området, og det ville være helt i strid med den strategi, Telekom har fulgt ved oprettelsen af MSG.

(16) Endelig forekommer det også usandsynligt, at der vil blive tale om nogen samordning mellem Kirch og Bertelsmann via MSG på markedet for reklamefinansieret tv. Selv om både Bertelsmann og Kirch har interesser i reklamefinansierede tv-kanaler, er det intet, der tyder på, at et samarbejde inden for betalings-tv og tjenester til betalings-tv skulle kunne føre til en begrænsning af konkurrencen mellem f. eks. RTL og SAT 1. Det samme gælder i forholdet mellem Telekom og joint venture-selskabet med hensyn til Telekoms fremtidige kommunikationstjenester uden for mediesektoren.

(17) Det må følgelig antages, at der med oprettelsen af MSG er tale om en fusion i form af et joint venture efter fusionsforordningens artikel 3.

IV. EF-DIMENSION

(18) Tilsammen har Bertelsmann, Kirch og Telekom en verdensomsætning på over 5 mia. ECU. I regnskabsåret 1992/1993 lå Bertelsmanns omsætning på 9 mia. ECU, Kirch-gruppens lå på [. . .] mio. ECU, og Telekoms på 29,3 mia. ECU. Alle de tre selskaber har en omsætning inden for EF på over 250 mio. ECU. Ikke alle de deltagende virksomheder har mere end to tredjedele af deres samlede EF-omsætning inden for en og samme medlemsstat. Fusionen har derfor EF-dimension, jf. fusionsforordningens artikel 1.

V. VURDERING EFTER FUSIONSFORORDNINGENS ARTIKEL 2

A. *Relevante produktmarkeder*

(19) Den planlagte fusion får virkninger på markedet for administrative og tekniske tjenester til udbydere af betalings-tv og andre tv-tjenester, der finansieres via abonnementer eller seerbetaling, på markedet for betalings-tv og andre tv-tjenester, der finansieres via abonnementer eller seerbetaling (betalings-tv) samt på markedet for kabel-tv-net.

1. Administrative og tekniske tjenester til betalings-tv

(20) Drift af betalings-tv forudsætter en særlig teknisk infrastruktur, hovedsagelig bestående af en adapter til dekryptering »dekoder«, en adgangsstyringsteknologi og et system til administration af abonnenter. En række af de tjenester, der er nødvendige for at drive betalings-tv, er baseret på denne infrastruktur.

(21) a) Betalings-tv-programmer sendes normalt via kabel eller satellit. I modsætning til det frie kommercielle tv kræves der hertil et særligt system, der kan sikre, at kun autoriserede seere, dvs. den pågældende betalings-tv-udbyders abonnenter, kan modtage programmerne. Det indebærer, at der installeres en dekoder hos alle abonnenterne til »unscrambling« af tv-billedet, der er »scrambled«, når tv-signalerne sendes. Dekodere kan enten købes, lejes eller leases i en forretning. Da prisen på de digitaldekodere, der vil blive installeret i fremtiden, i hvert fald i opstartfasen vil komme til at ligge på mellem 1 000 og 1 500 DM, hvilket er en relativt høj pris for den enkelte seer, må det antages, at disse dekodere til digitalt betalings-tv i det mindste i de første fem år normalt vil blive lejet. Det betyder, at det vil være forbundet med betragtelige investeringer for den, der driver betalings-tv-infrastrukturen, at installere en dekoderbase.

(22) Eftersom de fleste husstande efter indførelsen af digital-tv nok i en årrække fortsat vil have et analogt tv-apparat, vil der også blive behov for en digital-analog-omformer, således at de digitale signaler kan modtages i analog form. Det er mest sandsynligt, at denne omformer »konverter« vil blive bygget sammen med dekoderen og solgt som én anordning (en såkaldt »set top box«, som på længere sigt vil blive inkorporeret i satellitmodtagere eller direkte i tv-apparaterne.

(23) b) Ud over en dekoderbase kræver betalings-tv også et adgangsstyringssystem. Systemet skal styre transmission af krypterede data med information om de programmer eller programpakker, sammen med tv-signalet og evt. de såkaldte smartcards, som seerne kan købe, og som kan dechiffrere de kodede autorisations-

data og overføre dem til dekoderen. Adgangsstyringen finder sted enten i selve dekoderen eller via et eller flere smartcards indbygget i dekoderen.

(24) I Vesteuropa findes der for øjeblikket — til analogt betalings-tv — mindst fire krypteringssystemer, der alle er lukkede systemer, nemlig Videocrypt (som bruges af BSkyB og Adult Channel i Det Forenede Kongerige og af Filmnet i Benelux-landene), Syster/Nagravision (Canal Plus i Frankrig og Spanien, Premiere i Tyskland og Østrig og Teleclub i Schweiz), Eurocrypt (Filmnet og TV 1000 i Skandinavien), Irdeto (Telepiù i Italien) og Luxcrypt (RTL 4 og RTL 5 i Nederlandene). Der er gennemført en harmonisering på europæisk plan af scrambling/unscrambling, af transmissionsstandarden for det digitale signal (MPEG II) og af meddelelse af licens på patentbeskyttede styringsteknologier inden for rammerne af DVB (European Projekt for Digital Video Broadcasting), som består af ca. 150 selskaber med interesser inden for digitalt tv i Europa. For så vidt angår krypteringsteknologi har de forskellige virksomheder ikke alle samme intentioner. Specielt er betalings-tv-udbydere som BSkyB, Canal Plus og Filmnet overbeviste om, at krypteringsteknologien må være patentbeskyttet, og ser Simulcrypt som den rette måde at styre adgangen på inden for digital-tv. På den anden side er der flere potentielle udbydere af betalings-tv og netoperatører, der foretrækker en løsning baseret på en ensartet grænseflade »common interface«. Med Simulcrypt kan betalings-tv-stationer via aftaler og tekniske arrangementer defineret i DVB samtidig få adgang til dekoderbaser med forskellige adgangsstyringssystemer. Men ved en løsning baseret på en ensartet grænseflade kan dekoderne i forvejen være teknisk udformet på en sådan måde, at de kan »forstå« meget forskellige adgangsstyringssystemer ved brug af løse moduler og/eller smartcards. Inden for rammerne af DVB nåede man for nylig til enighed om såvel »Simulcrypt« som en ensartet grænseflade. Simulcrypt har fået en fælles adfærdskodeks for forretningsrelationerne mellem parterne på markedet. Nogle af DVB's medlemmer har allerede undertegnet denne kodeks, andre har ikke.

(25) c) Ud over dekoderbase og krypteret adgangsstyring må der også være en datafil over abonnenterne, hvori alle de relevante oplysninger om betalings-tv-abonnenter lagres, bl. a. information om fakturering og betaling (abonnentadministration).

(26) Den ovenfor beskrevne infrastruktur danner grundlaget for de tjenester, der er behov for til drift af betalings-tv. Det drejer sig primært om følgende administrative og tekniske tjenester:

— tilrådighedsstillelse af dekoderne

— adgangsstyring

— abonnentadministration

— afregning med programudbyderne.

(27) d) De tekniske og administrative tjenester til betalings-tv kan betalings-tv-udbyderen også selv tage sig af. Det er for øjeblikket tilfældet med Premiere. Betalings-tv-udbyderen kan også stille sin infrastruktur til rådighed for andre betalings-tv-udbydere. Det er f. eks. tilfældet med Canal Plus i Frankrig og — inden for satellitbaseret betalings-tv — med BSkyB i Det Forenede Kongerige. Også Premiere har til hensigt at tilbyde sine tjenester til andre virksomheder. Infrastrukturen kan dog også stilles til rådighed af virksomheder, der ikke er programudbydere. Det kan navnlig være kabelnetoperatører. I USA er det almindeligvis kabelnetoperatører, der leverer sådanne tjenester.

(28) MSG vil stille dekoderne til rådighed (i det mindste på kort og mellemlang sigt) og vil også varetage adgangsstyring og abonnentadministration for betalings-tv-udbydere. I forbindelse hermed vil MSG hovedsagelig have direkte kontraktrelationer med programudbyderne. Aftalen om abonnement på betalings-tv vil blive indgået mellem programudbyderen og den endelige forbruger. Desuden vil MSG lease dekodere til forbrugerne — i det mindst i nogle år fremover. Programudbyderen må desuden også indgå brugeraftaler med Telekom og med andre net- eller satellitoperatører.

(29) I forbindelse med abonnent-administrationssystemet vil MSG også styre tilgangen af betalin-

ger og videregive oplysninger herom til betalings-tv-udbyderen, hvis denne har afbrudt adgangssignalet til abonnenter, der er bagud med betalingen. Selv vil MSG efter parternes eget udsagn hverken udbyde programmer eller interaktive tjenester eller sammensætte programpakker. Sammensætning af programpakker og markedsføring af de programmer, der sendes via MSG, sorterer under programudbyderne selv. Det er meningen, at MSG fra 1995 skal tilbyde sine tjenester til programudbydere, uanset hvor de sender deres programmer, og uanset om de sender i digital eller analog form. Eftersom indførelsen af digitalteknikken som beskrevet nedenfor er nært forestående, og eftersom Kirch og Bertelsmann som partnere i den hidtil eneste analoge betalings-tv-station i Tyskland ikke har til hensigt at etablere flere betalings-tv-stationer på analog basis (bortset fra en børnekanal, som Premiere har planer om at starte), kan MSG ikke antages at ville blive yderligere involveret i analoge tv-programmer i nævneværdigt omfang.

(30) e) Selv om der for øjeblikket ikke findes noget marked for de af MSG udbudte tjenester i Tyskland, forventes et sådant marked at ville opstå, specielt efter indførelsen af digitalt tv (se betragtning 2). Da det er usandsynligt, at samtlige udbydere af tv-kommunikationstjenester vil få deres egen infrastruktur, må det ventes, at der hurtigt vil opstå en efterspørgsel på dette marked, som vil fremprovokere et udbud af de tjenester, MSG vil tilbyde.

(31) f) Ifølge det koncept, der ligger til grund for MSG, må der antages at komme et samlet marked for tjenester i relation til digitalt betalings-tv og andre digitale interaktive tv-kommunikationstjenester. MSG vil udbyde såvel dekoder som adgangsstyring og abonnentadministration som en samlet tjenestepakke. Samme tjenestepakke udbydes på analog basis af Premiere og Selco. Selco markedsfører også de betalings-tv-programmer, selskabet administrerer. Efter at man inden for DVB er nået til enighed om, at der ikke er noget til hinder for, at der findes flere forskellige adgangsstyringssystemer ved siden af hinanden, vil tjenesterne — specielt abonnentadministrationssystemet — også kunne leveres særskilt. Flere af de virksomheder, Kommissionen har haft kontakt med, finder det således muligt, at der vil kunne udvikle sig et separat marked for abonnentadministration, som varetages af specialiserede firmaer. Det er også tænkeligt, at der i eller uden forbindelse med abonnentadministration opstår et marked for sammensætning af programpakker med programmer fra forskellige programudbydere.

2. **Betalings-tv**

(32) Betalings-tv udgør et særskilt relevant marked i forhold til privat, reklamefinansieret tv og i forhold til licens- og delvis reklamefinansieret offentligt tv. Medens der for reklamefinansieret tv kun består forretningsforbindelser mellem programudbyderen og reklameindustrien, er der for betalingstv's vedkommende kun et forretningsforhold mellem programudbyderen og den seer, der abonnerer på betalings-tv. Konkurrencevilkårene er derfor ikke de samme for de to former for kommercielt tv. Medens det inden for reklamefinansieret tv er seertal og reklamepriser, der er de afgørende parametre, er det inden for betalings-tv programmernes tiltrækningskraft og abonnementafgiftens størrelse, der spiller den største rolle (se også Kommissionens beslutning af 5. august 1994 — IV/M. 4210 — Kirch/Richmont/Telepiù). Men der består dog et vist samspil mellem betalings-tv og de former for tv, der frit kan modtages, eftersom væksten på markedet for betalings-tv vil forløbe langsommere i tilfælde af et lige så stort og varieret programudbud i de frie tv-stationer. Det fremgår bl. a. af, at udviklingen i antallet af Premiereabonnenter i Tyskland er forløbet anderledes end udviklingen i antallet af betalings-tv-abonnenter i Frankrig og Det Forenede Kongerige (se under betragtning 48). Dette ændrer intet ved den originale karakter af markedet for betalings-tv. Sondringen mellem de to markeder vil dog kunne blive udvisket noget i tilfælde af en blandet finansiering af betalings-tv-programmer. Sådanne programmer må ventes at ville blive indført i forskellige lande i fremtiden. På det tyske marked ses der imidlertid endnu ingen tegn på betalings-tv finansieret af forskellige kilder, idet Premiere udelukkende finansieres via seernes abonnementsbetalinger. Ifølge udsagn fra forskellige aktører på markedet vil det også inden for digital-tv blive brugt som et vigtigt argument for hvervning af abonnenter, at udsendelserne ikke afbrydes af reklamer.

(33) Også på det indholdsmæssige plan er der forskelle mellem betalings-tv-programmer og de reklamefinansierede tv-programmer, der frit kan modtages. Digitalteknik åbner mulighed for en høj komprimering af de signaler, der transmitteres, og vil derfor føre til en betydelig forøgelse af transmissionskapaciteten. For øjeblikket kan ca. 14 mio. husstande med kabel og ca. 7 mio. husstande med satellitmodtagere modtage omkring 30 tv-programmer i analog form. Når digitalalderen indtræffer, regner man med, at der vil kunne modtages 200 tv-programmer eller mere. De nye programmer vil

sandsynligvis primært være betalings-tv-programmer, idet der er grænser for yderligere vækst i mængden af tv-reklamer, hvilket indebærer, at markedet for reklamefinansieret tv nok må betragtes som et mættet marked. På baggrund heraf kan der ventes en lang række nye, betalingsfinansierede programmer, der er målrettede efter et bestemt publikum (f. eks. sport, musik, nyheder, spillefilm eller børneprogrammer). Selv om en tilsvarende tendens til specialiserede tv-kanaler også ses inden for reklamefinansieret tv, tåler den ingen sammenligning med den tendens, der kan ventes at ville gøre sig gældende for digitalt betalings-tv. Desuden vil digital-tv sammen med brug af telefon- eller kabelnet som returkanal (»return channel«) åbne mulighed for at indføre interaktive tv-tjenester såsom »pay-per-view«, »near-video-on-demand«, »video-on-demand«, »home-banking«, »home-shopping« og »teleteaching«.

(34) Ifølge oplysningerne fra parterne vil digitaliseringen af Telekoms kabelnet finde sted i 1995. Allerede i begyndelsen af 1995 anslås det, at 80 % af alle husstande med kabel vil kunne modtage digital-tv (forudsat at de har en dekoder). Denne andel ventes at stige til 96 % i løbet af et år. Satellittransmission kan allerede i dag foregå i enten analog eller digital form, for det kræver kun tilpasning af jordbaseret transmissions- og modtagerudstyr. I Telekoms bredbåndskabelnet vil der i fremtiden — i det udvidede særlige kanalområde 300-450 MHz (»hyperbåndet«) — være 15 kanaler til rådighed til transmission af digitale programsignaler. På hver kanal vil man kunne råde over i alt fire til ti digitalprogrammer. Frem til udgangen af 1995 har Telekom til hensigt i første omgang at stille tre kanaler til rådighed for digitalt betalings-tv.

(35) Medens der i USA i begyndelsen af 1994 startede en digital satellitprogrampakke, der kunne modtages direkte, med i første omgang 75 programmer (DirectTV), befinder man sig i Europa endnu på pilotstadiet. I Det Forenede Kongerige tilbyder BSkyB »pay-per-channel« og »pay-per-view« viå satellit, medens BT vil gøre forsøg med »video-on-demand« ved hjælp af en delvist digital teknologi via kabelnetoperatøren Westminster. I Frankrig har France Télécom netop udbudt en ordre på 300 000 dekodere. Canal Plus har også til hensigt at indføre digitaldekodere i 1995. Bertelsmann har indledt et samarbejde med Canal Plus inden for betalings-tv, hvor der bliver tale om investeringer på over [. . .] [1] mio. ECU over de kommende tre år.

(36) I Tyskland vil der allerede i år blive startet adskillige pilotprojekter inden for digitalt og i nogle tilfælde interaktivt tv, bl. a. i Nürnberg, Hamburg og Berlin. Et projekt med interaktive tjenester, omfattende »near-video-on-demand« og »home-shopping«, vil ved udgangen af 1994 blive sat i gang i 4 000 husstande i Baden-Württemberg (Multi Media Services Pilot) og Hamburg (DITV-Gesellschaft für digitales interaktives Fernsehen mbH). Endvidere har postordrefirmaet Quelle Schickedanz AG planer om at indføre »home-shopping« fra 1995, og selskabet ønsker at etablere sin egen satellitkanal med et »elektronisk katalog« og udbud af tjenester og underholdning. De fleste af de virksomheder, Kommissionen har været i kontakt med i denne sag, forventer da også, at man i årene fra 1995 til 1998 vil opleve en øget udbredelse af digitalt betalings-tv og interaktive digitale tjenester. Premiere, der er Bertelsmanns, Kirchs og Canal Plus' betalings-tv-kanal, har bebudet, at man håber at være i stand til at tilbyde »near-video-on-demand« og »pay-per-view« fra 1995/96.

(37) Ifølge en undersøgelse omtalt i fagpressen vil mindst 20 % af alle tyske fjernseere over 14 år være rede til at betale for at få betalings-tv ud over det, de i forvejen betaler i tv-licens og kabelafgift. Det ville give et markedspotentiale på over 10 mio. seere til betalings-tv. I forbindelse med planerne angående MSG regner Telekom selv med, at der i år 2005 vil være tilsluttet 3,4 mio. husstande.

(38) På grundlag af de oplysninger, man for øjeblikket råder over, er det tvivlsomt, om alle former for betalingsfinansierede kommunikationstjenester til billedmodtagere vil komme til at indgå i et og samme marked. Specielt vil interaktive tjenester som »home-shopping« og »home-banking« nok skulle betragtes som et særskilt marked. Men ud fra det, man ved i dag, må betalings-tv i form af »pay-per-channel«, »pay-per-view« og »near-video-on-demand« antages at tilhøre ét og samme marked, da det ved disse former alene er sendestationen, der træffer afgørelse om programmernes rækkefølge og sendetidspunkt, medens seeren kun har begrænsede valgmuligheder (ved. f. eks. »near-video-on-demand« kan der vælges mellem et

[1] Forretningshemmelighed — ifølge pressen drejer det sig om en størrelsesorden på 300 mio. ECU.

bestemt antal spillefilm, som sendes på bestemte tider af dagen). Det kunne forholde sig anderledes for den egentlige »video-on-demand«, hvor seeren kan vælge sit program i et elektronisk videobibliotek. Men eftersom denne form for transmission ifølge oplysninger fra en række forskellige aktører på markedet nok ikke vil være teknisk realisabel inden for de kommende fem år, er det ikke nødvendigt at henføre den til noget bestemt marked.

3. **Kabel-tv-net**

(39) Kommissionen finder, at der må antages at findes et særskilt marked for kabel-tv-net.

(40) Parterne har gjort gældende, at efter digitalteknikkens indførelse vil der ikke længere findes noget særskilt relevant marked for kabel-tv-net. De hævder, at der til den tid ikke længere vil være knaphed på transmissionskapacitet. De finder også, at kabel, satellit og jordbaserede frekvenser i dag af forbrugerne opfattes som værende indbyrdes substituerbare og forbundet med sammenlignelige omkostninger for både seerne og programudbyderne.

(41) Denne påstand kan af flere årsager ikke godtages. Uanset om transmissionen foregår analogt eller digitalt, kan der sendes tv via jordbaserede frekvenser, satellit og kabelnet. Der er betydelige forskelle mellem de tre transmissionsmåder, både med hensyn til de tekniske vilkår og finansieringen. Medens seeren ved jordbaseret transmission og satellit-tv kun behøver at købe og installere en almindelig antenne eller en parabolantenne, forudsætter kabel-tv vedligeholdelse af et kabelnet, hvilket seeren finansierer via kabelafgifter. For forbrugeren er der forskel på, om han skal bekoste en større éngangsinvestering i én transmissionsform (f. eks. i en satellitmodtager), eller om han regelmæssigt skal af med et mindre beløb i kabelafgifter. Selv om der set i forhold til andre medlemsstater er særlig mange husstande i Tyskland, der har kabeltilslutning (ca. 14 mio.), har et stort antal forbrugere selv i Tyskland ikke noget direkte valg mellem forskellige transmissionsmåder. Af de i alt ca. 33 mio. husstande med tv er der ca. 8 mio., der endnu ikke har kabeltilslutning, og for de resterende 9 mio. er der for øjeblikket ingen planer overhovedet om at tilbyde dem kabeltilslutning. At der kan tænkes at bestå en valgmulighed for ca. 8 mio. husstande, og at de nævnte forskelle med hensyn til finansieringen måske vil kunne blive reduceret ved at give adgang til tilsvarende betalingsmåder (betaling i flere rater), vil muligvis kunne resultere i en vis grad af substitution. Dette forekommer dog ikke videre sandsynligt i Tyskland, på grund af den i forvejen stærkt udbredte kabeltilslutning i forhold til andre medlemsstater og af andre grunde, som behandles nærmere i det følgende. For nogle husstande med tv er der ydermere ikke så sjældent det problem, at deres husvært eller ejerforening forbyder opsætning af en parabolantenne af æstetiske grunde. Endelig er en husstand, der allerede er kabeltilsluttet eller har en satellitmodtager, normalt ikke rede til at foretage endnu en investering i en anden transmissionsmåde (den såkaldte»lock-in«-effekt). Når der i flerfamilieejendomme skiftes fra kabel til satellit med det formål at kunne modtage udenlandske programmer, er der, som det anføres af parterne, ikke ensbetydende med, at de to modtagelsesformer kan substituere hinanden, da programudbuddet ikke er det samme.

(42) I modsætning til, hvad parterne har fremført, er der heller ikke ud fra programudbyderens synspunkt nogen omkostningsmæssig substitution mellem kabel og satellit. Hvis man lægger parternes omkostningssammenligninger til grund, er det ganske vist rigtigt, at en programudbyder, der sender via satellit og samtidig lader satellitprogrammet indgå i kabelnettet, har nogenlunde samme omkostninger som en programudbyder, der kun sender via kabelnet. Men hvis en programudbyder udelukkende sender via satellit (»direct-to-home«), giver det betydeligt større omkostninger pr. husstand og pr. år.

(43) Endelig har parterne ikke ret i deres påstand om, at der ikke længere findes noget særskilt relevant marked for kabelnet, fordi digitalteknikken har elimineret den hidtidige knaphed med hensyn til kapacitet til transmission af tv-signaler. Hvorvidt et økonomisk gode er til rådighed for kunderne i begrænset eller tilstrækkeligt omfang, er imidlertid ikke bestemmende for, om der findes et relevant marked for det pågældende gode eller ej. Den afgørende faktor er derimod, om der med hensyn til en vare eller tjenesteydelse består et handelsforhold baseret på betaling. Dette er for øjeblikket og vil også i fremtiden være tilfældet med transmissionskapacitet for tv-signaler, hvad enten der er tale om analog eller digital transmission.

(44) Af disse årsager er Kommissionen af den opfattelse, at der findes et særskilt relevant marked for kabel-tv-net.

B. ***Relevant geografisk marked***

(45) Ifølge resultaterne af Kommissionens undersøgelser er det relevante geografiske marked for alle de

ovenfor definerede tre produktmarkeder begrænset til Tyskland. Men for så vidt angår markedet for tv-tjenester, kan det ikke udelukkes, at MSG i tidens løb vil udvide sine aktiviteter til også at omfatte andre lande, eventuelt i samarbejde med lokale partnere.

(46) 1. For betalings-tv's vedkommende beror dette i særdeleshed på, at de programmer, der tilbydes i Tyskland, i vid udstrækning ikke kan erstattes med programmer, der tilbydes i andre lande. Konkurrencevilkårene for betalings-tv-udbydere er i dag — og vil selv efter digitalteknikkens indførelse i en overskuelig fremtid fortsat også være — væsensforskellige fra den ene medlemsstat til den anden, hvilket skyldes følgende:

— Tv-programmer er i meget vid udstrækning af nationalt tilsnit og sendes stort set kun på de respektive landes sprog. Senderettighederne erhverves for et eller flere nærmere angivne lande eller sprogområder. Disse senderettigheder samt den tidsmæssige fastlæggelse af såkaldte »windows« for spillefilm, video og betalings-tv er underlagt diverse bestemmelser i lovgivningen eller aftaler mellem udbyderne. Desuden sendes fremmedsprogede film og andre programmer næsten aldrig på originalsproget. Medens der f. eks. ofte sendes engelsksprogede film i Benelux-landene og Skandinavien med undertitler på det pågældende lands sprog, foretages der almindeligvis en eftersynkronisering i Tyskland, Frankrig, Italien og Spanien. Omkostningerne for programudbyderne er derfor ikke de samme.

— Inden for visse nicher af markedet findes der ganske vist programmer, der sender på tværs af sproggrænserne, som f. eks. den tysk-franske sender Arte eller musikkanalen MTV. Men generelt er programudbuddet og programsammensætningen endnu stærkt præget af kulturelle forskelle og særlige præferencer hos det publikum, der sendes til.

(47) Navnlig de sprogmæssige og de lovgivningsbetingede barrierer vil fortsætte med at bestå, også når vi er kommet ind i den digitale tidsalder. Det må antages, at betalings-tv-programmer i Tyskland også i fremtiden vil være fortrinsvis tysksprogede programmer. Alene den omstændighed betyder, at konkurrencevilkårene i Tyskland vil være anderledes end i ikke-tysktalende lande.

(48) Der er imidlertid også andre forskelle i konkurrencevilkår mellem de enkelte medlemsstater. Inden for analogt betalings-tv er strukturen på udbudssiden præget af, at der i praktisk taget hver medlemsstat findes én bestemt udbyder, der har en dominerende stilling eller måske endog et monopol på markedet. Det er tilfældet med BSkyB i Det Forenede Kongerige, Canal Plus i Frankrig og Spanien, Filmnet i Beneluxlandene, Telepiù i Italien og Premiere i Tyskland. Kun i de skandinaviske lande findes der flere udbydere (Filmnet, TV 1000, Tele TV). På samme måde er der forskelle med hensyn til priser, antal programmer og kombinationsmuligheder. Selv de ovenfor beskrevne krypteringssystemer kan differentieres — omend fortrinsvis på regionalt plan — mellem de store udbydere. Premiere er for øjeblikket den eneste udbyder, der kun har ét program. På det tyske marked er indtrængningsgraden for betalings-tv således klart lavere end i flere andre lande. Kun ca. 800 000 tyske husstande med tv — dvs. ca. 2 % af samtlige tv-husstande — abonnerer på Premiere. I Frankrig og Det Forenede Kongerige er tallet henholdsvis 16 % og 15 %. Forskelle i indtrængningsgrad kan ikke i sig selv opfattes som tegn på adgangsbarrierer til et marked. Men ifølge udsagn fra en række af fusionsparternes konkurrenter på tv-markedet kan forskellene mellem f. eks. Tyskland og Frankrig tilskrives, at udbuddet af spillefilm i det kommercielle, reklamefinansierede tv ikke er lige attraktivt i de to lande. Det varierede udbud af spillefilm i tysk fjernsyn vil sandsynligvis også i fremtiden gøre det vanskeligt for nye konkurrenter at trænge ind på markedet.

(49) Ud fra et teknisk synspunkt må der endelig også tages hensyn til, at seerne kun kan modtage betalings-tv-programmer ved hjælp af en dekoder. Det gør det i princippet teknisk muligt at anvende forskellige priser på identiske programmer i forskellige medlemsstater.

(50) Selv om man efter indførelsen af digitalteknikken må vente større udbud og udvikling af forskellige interaktive tjenester, vil den strukturbetingede uligevægt på udbudssiden ikke kunne blive udjævnet på kort sigt. Allerede nu ser det ud til, at de betalings-tv-udbydere, der i dag er førende, også vil spille en fremtrædende rolle inden for digital-tv. Af Kommissionens undersøgelser er det fremgået, at Tyskland

anses for at være det største potentielle marked i Europa for betalings-tv-tjenester.

(51) Det samme vil gælde for de tyske udbydere, der måtte ønske at operere i Østrig, hvor det i betragtning af de manglende sprogbarrierer vil kunne antages at findes et marked for tysksproget betalings-tv. For øjeblikket har betalings-tv-programmet Premiere, der ejes af Kirch, Bertelsmann og Canal Plus, langt størstedelen af sine abonnenter i Tyskland — under [. . .] % af abonnenterne bor i Østrig. Der findes for øjeblikket ingen anden betalings-tv-udbyder i de to lande. Som følge heraf og i betragtning af de nedenfor beskrevne konkurrencevilkår ved indgangen til digitalalderen vil det ikke ændre noget ved den konkurrenceretlige vurdering af fusionen, hvis man lagde et geografisk marked omfattende såvel Tyskland som Østrig til grund.

(52) 2. Da der er en snæver sammenhæng mellem de tjenester, MSG skal tilbyde, og udbydning af betalings-tv, må markedet for disse tjenester også antages fortsat at ville være begrænset til Tyskland i en overskuelig fremtid. Parterne har fremført, at MSG er indrettet til at operere overalt i Europa, og at der ikke ligger nogen hindringer i vejen for at udbyde dekodere og smartcards og hverve abonnenter i udlandet. Desuden har de sprogmæssige og lovgivningsbetingede barrierer, der er relevante for betalings-tv, ingen umiddelbar betydning for levering af tjenesterne. Men som allerede nævnt, vil de betalings-tv-udbydere, som MSG arbejder sammen med, være nødt til at skaffe sig transmissionskapacitet hos de respektive nationale netindehavere. Det har måske ingen større betydning i lande, hvor tv-programmer hovedsagelig modtages via satellit, men det har en helt central betydning på det tyske marked, hvor over 14 mio. husstande er kabeltilsluttede. MSG vil som følge heraf i første omgang kun operere i Tyskland. Selv betalings-tv-kanalen Premiere, som drives af moderselskaberne Kirch og Bertelsmann, som selv leverer de fornødne tjenester, og som efter eget udsagn også kunne levere disse tjenester til andre betalings-tv-udbydere, har langt størsteparten af sine abonnenter i Tyskland. Kun i det omfang, hvor tyske udbydere af betalings-tv også hverver abonnenter i andre tysktalende lande, vil MSG's marked kunne blive udvidet til også at dække disse områder.

(53) Selv om det måske er rigtigt, at udenlandske programudbydere ikke nødvendigvis behøver at have deres egen tekniske infrastruktur for at kunne sende i Tyskland, forekommer en sådan infrastruktur at være en fordel. De fornødne tjenester er hidtil altid blevet leveret af den nationale betalings-tv-udbyder. Det tyske marketing- og tjenesteselskab, Selco, der for nylig blev oprettet til BSkyB's betalings-tv-programmer og andre engelsksprogede programmer, er et godt eksempel herpå. MSG's chancer på markedet er desuden også i ikke ubetydelig grad baseret på eksistensen af et veludviklet kabelnet i Tyskland. Dette net vil i sig selv og sammen med telefonnettet også få særlig betydning for fremtidens interaktive tjenester. Det gælder specielt i betragtning af den nært forestående indførelse af ISDN-teknologi på basis af glasfiber-bredbåndskabelnettet, som vil gøre det muligt at udvikle et tovejs-datatransmissionsnet med næsten ubegrænset kapacitet. På baggrund af den betydeligt mindre udbredte kabeltilslutning i de fleste andre medlemsstater, navnlig Frankrig og Det Forenede Kongerige, vil der i en overskuelig fremtid ikke herske ensartede konkurrencevilkår i Tyskland og i de andre medlemsstater. Hvad angår Østrig og det østrigske kabelnet, vil der — af de under betragtning 52 anførte grunde — kun kunne blive tale om et tysksproget marked for tjenesterne.

(54) 3. Med hensyn til drift af kabel-tv-net har Telekoms lovfæstede monopol på nedlægning og drift af kabelnet på offentlig vej allerede resulteret i et nationalt tysk marked. Det betyder, at konkurrencevilkårene i Tyskland er væsensforskellige fra vilkårene i andre lande, hvor monopolerne allerede er blevet brudt, og hvor der ofte findes et stort antal private netoperatører.

C. *Fusionens virkninger*

1. **Tekniske og administrative tjenester**

(55) MSG vil blive den første udbyder af tekniske og administrative tjenester til betalings-tv og andre betalingsfinansierede kommunikationstjenester i Tyskland. Bortset fra Selco, der opererer på et særskilt markedssegment, vil MSG sandsynligvis også i en overskuelig fremtid være den eneste udbyder af sådanne tjenester på det tyske marked og vil dermed have et monopol. Selv om et monopol på et fremtidsmarked, som kun lige er begyndt at udvikle sig, ikke nødvendigvis kan anses at udgøre en dominerende stilling efter fusionsforordningens artikel 2, stk. 3, vil der i et sådant

tilfælde kun kunne antages ikke at foreligge markedsdominans, hvis det pågældende fremtidsmarked fortsat er åbnet for fremtidig konkurrence, og monopolet således kun er af midlertidig karakter. Denne betingelse er imidlertid ikke opfyldt i den foreliggende sag. Det må forventes, at markedet for de tjenester, MSG vil udbyde, allerede fra starten vil blive et lukket marked i kraft af etableringen af joint venture-selskabet, og at MSG kommer til at besidde et varigt monopol.

a) *Udelukkelse af potentiel konkurrence*

(56) Som det allerede er nævnt, viser erfaringerne fra andre lande, at betalings-tv-udbydere og kabelnetoperatører er de mest sandsynlige leverandører af tekniske og administrative tjenester til betalings-tv. I Tyskland findes der for øjeblikket kun én betalings-tv-udbyder, nemlig Premiere, som kontrolleres af de tre aktionærer, Bertelsmann, Kirch og Canal Plus, i fællesskab. Premiere leverer i dag selv alle de fornødne tekniske og administrative tjenester til sit eget betalings-tv. På den anden side er der Telekom, der har et lovfæstet monopol på bredbåndskabelnettet, og som praktisk taget er den eneste kabelnetoperatør i Tyskland. Over 90 % af kabelnettene i Tyskland drives af Telekom. Etableringen af MSG indebærer derfor en sammenslutning mellem virksomheder, som ellers ville have været de nærmeste til at installere den infrastruktur, der er nødvendig for betalings-tv, og levere tjenesterne hertil. Netop den potentielle konkurrence, der er størst sandsynlighed for, udelukkes således allerede i markedets tilblivelsesfase.

(57) Hertil har parterne fremført, at ingen af de virksomheder, der deltager i stiftelsen af MSG, ville være rede til på egen hånd at gå ind på markedet for de tjenester, MSG skal levere, i betragtning af de store investeringer, det ville kræve. Efter parternes udsagn ville ingen af MSG's aktionærer påtage sig den risiko, der er forbundet med at foretage investeringerne på egen hånd og uden den kombination af knowhow, der er nødvendig til dette projekt. Det må medgives parterne, at de investeringer, der kræves, og som ifølge de foreliggende oplysninger kan anslås til [...] mio. DM over de næste ti år, er af en betragtelig størrelsesorden. Men Bertelsmann/Kirch og Telekom har hver især de ressourcer, der skal til for at gennemføre et projekt som MSG alene. De har også hver især en stærk interesse i at få etableret en teknisk infrastruktur til digitalt betalings-tv. For Bertelsmann/Kirchs vedkommende beror det på de øgede programmuligheder, digital-tv frembyder for specielt betalings-tv. For Telekoms vedkommende er det af væsentlig betydning, at der ved indførelse af digital-tv også banes vej for indførelse af digitalt betalings-tv. Eftersom de øgede programmuligheder, digitaliseringen vil skabe, som allerede nævnt sandsynligvis først og fremmest vil blive udnyttet til betalingsfinansieret tv, afhænger digital-tv's succes og dermed den bedre udnyttelse af Telekoms kabelnet af, at den nødvendige infrastruktur til betalings-tv tilvejebringes.

(58) Parternes påstand om, at de kun i fællesskab kunne påtage sig den risiko, der er forbundet med investeringer i en digital infrastruktur, er heller ikke særlig overbevisende i betragtning af de erfaringer, man har haft med indførelsen af mobiltelefonsystemet GSM i Tyskland. Også her var det nødvendigt at etablere en infrastruktur omfattende en så stor del af landet som muligt til det nye kommunikationssystem. Det viste sig imidlertid at være muligt for to konkurrerende mobiltelefonoperatører at gøre det. Derigennem blev det sikret, at mobiltelefonbrugerne får et valg mellem to konkurrerende systemer, nemlig Telekoms D1 og et privat konsortiums D2. Medens MSG's investeringer ventes at kunne holdes inden for en størrelsesorden på [...] mio. DM over ti år, måtte der til både D1 og D2 investeres 2,5 til 3 mia. DM over en periode på fem år.

(59) Af materialet fra Telekom angående MSG-projektet fremgår det klart, at Telekom har en strategisk interesse i at komme ind på markedet for betalings-tv og det fremtidige marked for interaktive tjenester med høj værditilvækst ved at opbygge en tjenesteleverandør. Ved at fremme udbredelsen af betalings-tv som en indgang til interaktive tjenester får Telekom mulighed for at satse meget mere på betaling for brugen af bredbåndskabeltjenester end i dag, hvor betalingen er baseret på tilslutningen til kabelnettet. På baggrund heraf forekommer det sandsynligt, at hvis Telekom var med i MSG, ville selskabet gå ind på markedet for tekniske og administrative tjenester på egen hånd og dermed komme til at drive en betalings-tv-infrastruktur, som ikke blev kontrolleret af Bertelsmann/Kirch. Om fornødent ville Telekom også kunne gøre det i samarbejde med andre virksomheder, som ikke opererer inden for betalings-tv.

b) *Markedsafskærmning*

(60) Man kan næppe tænke sig, at konkurrerende udbydere i Tyskland vil kunne trænge ind på markedet for tekniske og administrative tjenester til betalings-tv, når først MSG er blevet etableret på markedet. Indførelsen af en alternativ infrastruktur ville kræve meget store investeringer, som andre udbydere eller udbydergrupper kun ville være rede til at foretage, hvis de havde en reel chance for at slå igennem på markedet. Det ville de

imidlertid næppe få, hvis MSG allerede havde sat sig på markedet. En alternativ tjenesteleverandør ville have både Telekoms og Bertelsmann/Kirchs konkurrencefordele og markedsstyrke at kæmpe imod.

aa) Telekoms force

(61) De af Telekoms stærke sider, der nævnes nedenfor, har særlig relevans for MSG og markedet for de tjenester, MSG udbyder:

— Telekom råder over et bredbåndskabelnet med for øjeblikket over 13 mio. tilsluttede husstande, hvilket repræsenterer over 90 % af alle kabeltilsluttede husstande i Tyskland (hvor i alt 14 mio. er tilsluttet kabel). Det tyske kabelnet er den af de to primære transmissionsmåder for betalings-tv, der spiller den største rolle i Tyskland, hvor satellit-tv kun kan modtages af 7 mio. husstande. Desuden er direkte, lokalt begrænsede inputs i kabelnettet den billigste måde at nå ud til regionale eller lokale markeder på. Netop på grund af kabelnettets betydning i Tyskland vil det være mest nærliggende at koncentrere sig om at levere tjenester til de betalings-tv-programmer, der sendes via kabelnet. At satse på tjenester til satellitprogrammer vil kun være tænkeligt på særlige markedssegmenter, som f. eks. det aktivitetsområde, Selco dækker, som beskrevet nedenfor. Bortset herfra er enhver udbyder af betalings-tv således henvist til at benytte Telekoms kabelnet.

— Som ejeren af kabelnettet vil det være Telekom, der kommer til at stå for digitaliseringen i hyper-båndområdet. Det bliver Telekom, der skal planlægge den trinvise udbygning af transmissionskanalerne til digital-tv, og Telekom får dermed også kontrol med udviklingen i transmissionskapaciteten til digital-tv.

— Telekom har for nylig overtaget 16,6 % af SES og er dermed blevet den næststørste aktionær — næst efter Storhertugdømmet Luxembourg — i den største europæiske satellitoperatør, der via Astra-satellitterne når ud til 6 mio. husstande i Tyskland. Telekom er repræsenteret i SES's ledelse og samarbejder med SES om at skabe kompatibilitet mellem satellitnettet og kabelnettet inden for digital-tv. Telekom kontrollerer ganske vist ikke SES, men har via sine interesser i SES indflydelse på tildeling af satellitkanaler på Astra-satellitterne, som spiller en dominerende rolle i EF.

— Som ejer af bredbånds-kabelnettet og samtidig indehaver af et monopol på det faste telefonnet kontrollerer Telekom de to primære transmissionsmåder, der kan tilvejebringe den returkanal, som er nødvendig for interaktivt digital-tv. Det er ganske vist teknisk muligt at bruge mobiltelefonsystemet som returkanal, men det forekommer ikke at være økonomisk fornuftigt, i hvert fald ikke for private husstande, Ifølge de oplysninger, Kommissionen råder over, kan bredbåndskabelnettet i Tyskland af tekniske årsager ikke for øjeblikket bruges som returkanal. Det ville kræve yderligere investeringer. Netop derfor spiller Telekoms telefonnet (eller glasfibernettet) en så stor rolle som den eneste returkanal, der for øjeblikket er til rådighed til interaktivt tv.

— Med kabelnettet råder Telekom over et kundegrundlag, der kan få stor betydning for driften af betalings-tv. Telekom har direkte adgang til ca. 4 mio. individuelle kunder. Telekom er desuden indirekte impliceret i kabelservicefirmaer, som har yderligere 900 000 kabelkunder i netområde 4 (distributionsfaciliteter hos private). Med de Telekom-butikker, der findes overalt i landet, har Telekom desuden også en landsdækkende salgsbase.

— I sin egenskab af kabel- og telefonnetoperatør har Telekom erfaringer inden for net-management og omfattende teknologisk knowhow inden for kommunikationstjenester.

Telekoms ovenfor beskrevne stærke sider vil give MSG betydelige konkurrencefordele i forhold til potentielle konkurrenter.

bb) Bertelsmann/Kirchs styrke

(62) Som de hidtil eneste udbydere af betalings-tv råder Bertelsmann/Kirch allerede i kraft af Premiere over et abonnentgrundlag, som de også vil kunne bruge i fremtidens digitale betalings-tv. Parterne har i den forbindelse gjort gældende, at Premieres abonnentgrundlag ikke vil være tilstrækkeligt til at sikre en tilstrækkelig forrentning af investeringerne i MSG. Det er måske også rigtigt. Men den risiko, der er forbundet med investeringer i digital infrastruktur, kan reduceres væsentligt, hvis tjenesteleverandøren kan bygge på et kundegrundlag bestående af abonnenter på analogt betalings-tv. Enhver konkurrent til MSG ville være nødt til at have et abbonnent-

grundlag, som de betalings-tv-udbydere, de betjener, først måtte have bygget op. Bertelsmann/Kirchs konkurrenter på markedet for betalings-tv ville i modsætning til Premieres moderselskaber være nødt til at starte fra bunden. Det samme gælder for MSG's potentielle konkurrenter inden for levering af tekniske og administrative tjenester.

(63) Som det beskrives mere indgående nedenfor, har Bertelsmann og specielt Kirch særlig let adgang til program-software. Bertelsmann/Kirch har langt større muligheder end deres potentielle konkurrenter på markedet for betalings-tv for at tilbyde yderligere, attraktive betalings-tv-programmer, når digital-tv er blevet indført. Alle MSG's potentielle konkurrenter ville som følge heraf være nødt til at skabe et kundegrundlag uden dertil at råde over den også i fremtiden førende betaling-tv-udbyders programmer til deres tekniske infrastruktur. Dermed bliver den økonomiske risiko for en alternativ tjenesteleverandør væsentligt øget.

(64) Endelig råder Bertelsmann, der med sine 22 mio. bogklubmedlemmer i hele verden og sin stilling som den ledende bogklubvirksomhed i Tyskland har stor erfaring inden for kunde-management, også over en vigtig potentiel distributionskanal for betalings-tv. Det er også med til at øge chancerne for, at Bertelsmann/Kirchs fremtidige betalings-tv-programmer vil få succes på markedet, og for MSG indebærer det samtidig, at kundegrundlaget er sikret. I den forbindelse har Bertelsmann gjort gældende, at Bertelsmann kun leaser en betydelig del af kundegrundlaget for bogklubberne af [. . .] uafhængige salgsagenter, og at Bertelsmann ikke er interesseret i at lede bogklubmedlemmernes købekraft bort fra de aktuelle bogklubprodukter og over mod andre produkter. Men for det første er det usandsynligt, at en salgsmetode, der består i at hverve kunder via uafhængige salgsagenter, ville lægge alvorlige hindringer i vejen for en udbygning af bogklubbens produkttilbud. Og for det andet forekommer et argument baseret på, at bogklubmedlemmerne vil skifte over fra bøger og plader til betalings-tv-produkter, ikke særlig overbevisende. Ethvert succesrigt betalings-tv-produkt frembyder en risiko for, at forbrugerne vil foretage et skift inden for rammerne af det budget, de afsætter til kulturprodukter, uanset hvilken salgsmetode der benyttes, og en vellykket indførelse af digitalt betalings-tv er netop MSG's og moderselskabernes erklærede formål

cc) Andre tjenesteudbydere

(65) Der kendes for øjeblikket kun én anden virksomhed, som ønsker at tilbyde tjenester svarende til dem, MSG vil tilbyde, i Tyskland — nemlig Selco Servicegesellschaft für elektronische Kommunikation mbH (Selco). Selco er et joint venture mellem det private tv-selskab PRO 7 (50,1 %) og News Corporation Ltd (49,9 %), der tilhører Murdoch-gruppen. Ifølge de oplysninger, Kommissionen er i besiddelse af, har Selco udelukkende til formål at markedsføre engelsksprogede programmer i Tyskland. Det antages primært at dreje sig om programmer fra betalings-tv-udbyderen BSkyB, der hører til Murdoch-gruppen. Selco opererer derfor på et niche-marked med et begrænset abonnentgrundlag. Det bemærkes desuden, at 47,7 % af aktierne i PRO 7 er i hænderne på Thomas Kirch, som er søn af Kirch-gruppens ejer. Det ser endvidere ud til, at PRO 7 i vid udstrækning køber sit program-software til brug i programmerne af Kirch-gruppen. PRO 7 må derfor nok også medregnes i Kirch-gruppens indflydelsessfære. På denne baggrund kan Selco næppe forventes at ville tage konkurrencen op med MSG.

(66) Det luxembourgske selskab Europa Online SA, som parterne har nævnt, og som er ved at blive dannet, vil ifølge pressen kun beskæftige sig med datamatstøttede interaktive informationstjenester. Den aktiekapital på, hvad der svarer til 1,25 mio. DM, som selskabet vil få ifølge pressen, gør det ikke sandsynligt, at Europa Online vil etablere en infrastruktur til digitalt betalings-tv.

(67) I modsætning til, hvad parterne har fremført, er det i betragtning af de ovennævnte konkurrencemæssige fordele ikke realistisk at tro, at andre konkurrenter vil kunne trænge ind på MSG's marked. I den forbindelse må der peges på en modsigelse i parternes påstande. På den ene side angives MSG's investeringsrisiko at være så høj, at Bertelsmann/Kirch og Telekom hver for sig ville være ude af stand til at påtage sig den alene. På den anden side påstår parterne, at andre konkurrenter vil søge ind på dette marked, når først MSG har fået fodfæste på det.

(68) Antagelsen af, at MSG på længere sigt må forventes at ville få en monopolstilling, bekræftes både af de oplysninger, der kom frem under høringen, hvori en række tredjeparter deltog, og af udtalelser fra en lang række andre virksomheder, Kommissionen har været i kontakt med, og som opererer i tv-sektoren eller på andre områder af relevans for MSG's aktiviteter. Ifølge deres udtalelser kan det ikke forventes, at nogen alternativ tjenesteleverandør vil kunne trænge ind på markedet som konkurrent til MSG.

(69) MSG må også ventes at ville komme til at besidde en dominerende stilling, selv om MSG med de nuværende ejerforhold skulle beslutte at installere en dekoderbase, der bygger på en såkaldt »ensartet grænseflade«. Ved »ensartet grænseflade« (»common interface«) forstås her en krypteringsteknо-

logi, der giver andre betalings-tv-operatører eller -tjenesteleverandører mulighed for at operere med adgangsstyrings- og abonnentadministrationssystemer ved hjælp af en eksisterende dekoderbase uden at skulle have licens på brug af adgangsstyringssystemet tilhørende den virksomhed, der installerede dekoderbasen. Muligheden herfor ligger i, at moduler fra forskellige program- eller tjenesteleverandører kan tilsluttes en dekoder med en ensartet grænseflade, og hvert modul indeholder de patentbeskyttede dekrypteringselementer. Ved et sådant system ville potentielle konkurrenter ganske vist ikke længere være nødt til at investere i deres egen dekoderbase. Men det kan ikke udelukkes, at MSG's, så længe dekoderne leases til seerne, pålægger dem betingelser i leasingkontrakterne gående ud på, at de ikke må bruge dekoderen sammen med moduler fra andre betalings-tv- eller tjenesteleverandører uden MSG's samtykke. En sådan kontraktlig begrænsning ville indebære, at Bertelsmann/Kirchs og MSG's konkurrenter til trods for den ensartede grænseflade ikke ville få fri og ukontrolleret adgang til den installerede dekoderbase, så længe seerne primært eller i det mindste overvejende leaser dekoderne af MSG i stedet for selv at købe dem. Ifølge driftsplanen for MSG vil dette være tilfældet i de første fem år, og i den periode skal leasing af nyt udstyr gradvis reduceres fra ca. 70 % til ca. 20 %. Det betyder, at der ikke bliver fri adgang i en forholdsvis lang periode, som falder sammen med den periode, hvor digital-tv indføres. Men denne periode har afgørende betydning for, hvilke markedsvilkår der kommer til at herske på MSG's marked. Og selv efter udløbet af denne periode vil der kun være fri adgang til de dekodere, som seerne selv køber, og ikke til de allerede installerede leasede dekodere.

(70) Selv hvis MSG ikke begrænser andre tjenesteleverandørers adgang til dekoderbasen i leasingkontrakterne, kan MSG forventes at ville få en dominerende stilling på det særskilte marked for adgangsstyring og abonnentadministration, som man teoretisk kunne forestille sig vil opstå. I kraft af Bertelsmann/Kirchs forretningspotentiale inden for betalings-tv vil MSG på sit marked nok komme til at få gavn af stordriftsfordele (abonnentgrundlag, antal programmer), som vil gøre det vanskeligt for andre tjenesteleverandører at konkurrere. Desuden vil MSG i kraft af Telekoms deltagelse i selskabet kunne skaffe betalings-tv-udbyderne de fornødne brugerkontrakter til Telekoms bredbåndskabelnet, også selv om det i retlig henseende er mellem Telekom og brugerne, kontrakterne indgås. MSG kan derfor i modsætning til andre potentielle tjenesteudbydere tilbyde programudbyderne en omfattende service, hvori indgår alle de tekniske forudsætninger for betalings-tv.

(71) Desuden bemærkes, at når MSG har indtaget markedet med de nuværende ejerforhold, vil enhver ny betalings-tv-udbyder sandsynligvis i vid udstrækning være afhængig af MSG's tjenester, også selv om en ensartet grænseflade og fri adgang til dekodere vil give andre tjenesteleverandører mulighed for at tilbyde adgangsstyring og abonnentadministration ved brug af den af MSG installerede dekoderbase. Den almindelige betalings-tv-abonnent kan ikke forventes at ønske at blive betjent af flere forskellige abonnentadministratorer. Det er i seernes interesse, at der så vidt muligt kun findes én virksomhed, der på deres vegne tager sig af alle anliggender i forbindelse med deres modtagelse af betalings-tv (f. eks. udvidelse af abonnementet til at omfatte flere programmer, reduktion af antallet af programmer, betaling). Den tjenesteleverandør, der administrerer det største antal programmer og de mest attraktive programmer, vil derfor komme til at stå stærkt, og det vil være vanskeligt for andre tjenesteleverandører at angribe hans stilling. MSG må forventes at komme til at indtage en sådan position, eftersom det er Bertelsmann og Kirch, der i betragtning af deres programressourcer hurtigst vil være i stand til at tilbyde de fleste mest attraktive programmer på markedet for digitalt betalings-tv. Alle nytilkomne udbydere af betalings-tv vil derfor forringe deres afsætningsmuligheder betydeligt, hvis ikke de gør brug af MSG's tjenester, men tilbyder kunderne deres egen eller en anden tjenesteleverandørs abonnentadministration.

(72) En af Bertelsmann og Kirch kontrolleret tjenesteleverandør vil således suge forretning til sig, og denne effekt vil bedst kunne modvirkes af en kabelnetoperatør, der selv overtog abonnentadministrationen og eventuelt tilbød kabelkunderne programpakker, han selv havde sammensat. Som følge af strukturforholdene i Tyskland vil denne rolle kun kunne spilles af Telekom, der dominerer markedet for kabelnet. De private kabelnetoperatørers »kabel-øer« er for det meste for små til at kunne danne grundlag for de bekostelige investeringer, det ville kræve, hvis de skulle have deres eget adgangsstyrings- og abonnentadministrationssystem inden for betalings-tv. I modsætning til Telekoms bredbåndskabelnet er de private operatørers kabelnet desuden ikke så nødvendige for at kunne sende betalings-tv, at Bertelsmann/Kirchs programmer ville være nødt til at benytte sig af dem. Som følge af Telekoms deltagelse i MSG bliver der således skabt en markedsstruktur, der tyder på, at MSG kommer til at indtage en domi-

nerende stilling, også selv om der benyttes en ensartet grænseflade.

c) *Konklusion*

(73) Af de ovenfor anførte årsager må den planlagte fusion antages at ville give MSG en dominerende stilling på markedet for tekniske og administrative tjenester i Tyskland.

2. **Betalings-tv**

(74) Hvis MSG besidder en dominerende stilling på markedet for tekniske og administrative tjenester, vil det styrke Bertelsmann/Kirchs position på markedet for betalings-tv betydeligt. Etableringen af MSG må da antages at give Bertelsmann og Kirch en varigt dominerende stilling på markedet for betalings-tv.

a) *Bertelsmann/Kirchs nuværende position på markedet for betalings-tv*

(75) Premiere, som kontrolleres af Bertelsmann, Kirch og Canal Plus i fællesskab, er for øjeblikket den eneste udbyder af betalings-tv i Tyskland. Selv om der som følge af den forøgelse af kapaciteten, indførelsen af digital-tv vil resultere i, kan forventes at ville dukke et stort antal nye betalings-tv-programmer og dermed også konkurrenter op på betalings-tv-markedet, er der meget, der tyder på, at Bertelsmann/Kirch fortsat vil have en førende position på dette marked, uanset om MSG etableres eller ej.

(76) Bertelsmann og Kirch har fortrinsadgang til den software, der er mest attraktiv inden for betalings-tv. Kirch er den førende tyske udbyder af spillefilm og underholdningsprogrammer til tv. Kirch har ca. 15 000 film af enhver art og programstof til 50 000 timers udsendelse på lager og har desuden omfattende produktionsaktiviteter inden for film og fjernsyn. Sammen med Axel Springer Verlag kontroller Kirch desuden ISPR. ISPR er i dag den førende agent for tv-rettigheder til sportsarrangementer og markedsfører for eksempel Bundesliga-fodboldkampe centralt. Også Bertelsmann har via Ufa adgang til attraktive sportrettigheder og er aktiv inden for filmproduktion.

(77) Begge virksomheder har vidtspændende aktiviteter inden for den frie kommercielle tv-sektor. De kommercielle tv-selskaber, som Bertelsmann og Kirch har interesser, eller som må medregnes under Kirch-gruppens indflydelsessfære, tegner sig for ca. 80 % af tv-reklameindtægterne i Tyskland (RTL, SAT 1, PRO 7, RTL 2, VOX, Deutsches Sportfernsehen og Kabelkanal). Specielt Kirch har via sine associerede selskaber og de selskaber, der må medregnes i Kirchs indflydelsessfære (SAT 1, DSF, PRO 7 og Kabelkanal), mulighed for en multipel udnyttelse af filmrettigheder og rettigheder til sportsarrangementer. Det sætter Kirch-gruppen i stand til at betale mere for sådanne rettigheder end konkurrenterne. Bertelsmann/Kirchs fortrinsadgang til software betyder, at de efter indførelsen af digital-tv lettere end deres potentielle konkurrenter vil kunne tilbyde flere attraktive betalings-tv-programmer og programpakker.

(78) I den forbindelse er det af særlig betydning, at Bertelsmann/Kirchs programressourcer åbner mulighed for at sammensætte forskellige programpakker, der er skræddersyede til en bestemt målgruppe og kan tilbydes til en attraktiv abonnementspris. Erfaringer fra de lande, hvor betalings-tv allerede befinder sig på et mere fremskredent udviklingsstade, viser, at sammensætning af programpakker bestående af forskellige enkeltprogrammer har afgørende betydning for at få succes på markedet for betalings-tv. Betalings-tv-udbydere, som ikke står så stærkt på markedet, kan desuden blive tvunget til at lade deres programmer indgå i den førende udbyders pakker, således at denne dermed opnår kontrol med konkurrenterne.

(79) Det må også tages med i betragtning, at Bertelsmann som allerede nævnt er en af de førende bogklubvirksomheder i Tyskland og dermed råder over en vigtig potentiel distributionskanal for betalings-tv-programmer. For Kirch ejer 35 % af Axel Springer Verlag, som igen ejer 20 % af SAT 1. Axel Springer Verlag er den største dagbladsudgiver i Tyskland og samtidig også den førende udgiver af tv-programblade. Det er helt klart, at disse forbindelser mellem Kirch og Axel Springer Verlag i mediesektoren vil gøre det lettere for betalings-tv-programmer, som Kirch er med i, at slå igennem på markedet.

(80) Et andet vigtigt aspekt med hensyn til Bertelsmann og Kirchs position på markedet for betalings-tv er, at det ovenfor beskrevne konkurrenceforbud, som Premieres aktionærer er underlagt, udelukker enhver mulighed for konkurrence mellem de to virksomheder på markedet for betalings-tv. Det har måske mindre betydning inden for analog-tv, hvor mulighederne for nye betalings-tv-programmer under alle omstændigheder er ret begrænsede som

følge af mangelen på transmissionskanaler. Men med den udvidelse af transmissionskapaciteten, digitalteknikken vil føre med sig, vil både Bertelsmann og Kirch få mulighed for at markedsføre et langt større programudbud. På baggrund heraf kommer konkurrenceforbuddet til at virke langt mere konkurrencebegrænsende end før.

(81) Bertelsmann/Kirch står således allerede i dag overordentligt stærkt på markedet for betalings-tv.

b) *Styrkelse af Bertelsmann/Kirchs position via MSG*

(82) Hvis MSG af de ovennævnte grunde varigt kommer til at indtage en monopolstilling som digitalinfrastruktur-operatør for betalings-tv, vil alle de udbydere af betalings-tv, der måtte dukke op på markedet for betalings-tv efter digitalteknikkens indførelse, være tvunget til at købe de tjenester, der er nødvendige for betalings-tv, fra en virksomhed, der kontrolleres af betalings-tv-udbydere, som i forvejen indtog en førende position. Bertelsmann/Kirchs fremtidige konkurrenter inden for betalings-tv vil have valget mellem enten at acceptere de betingelser, MSG stillede, eller holde sig væk fra dette marked. Denne konklusion er blevet underbygget under høringen og af udtalelser fra mange andre virksomheder.

(83) Hertil har parterne anført, at enhver udbyder af betalings-tv-programmer har mulighed for selv at levere disse tjenester, hvilket er det almindelige i dag. Denne påstand er ikke rigtig. Ser man på den nuværende situation, er det klart, at enhver ny programudbyder på markedet er nødt til at gøre brug af samme tjenester som den betalings-tv-udbyder, der allerede er etableret på markedet med en teknisk infrastruktur. Det skyldes, at den økonomiske risiko normalt er for stor til, at en programudbyder selv vil installere en ny infrastruktur til sit nye program. Erfaringerne har vist, at en ny programudbyder i f. eks. Det Forenede Kongerige er afhængig af BSkyB's infrastruktur, og at en ny udbyder i Frankrig er henvist til at benytte Canal Plus'. Etableringen af MSG med de aktuelle ejerforhold vil føre til en tilsvarende situation for digitalt betalings-tv i Tyskland.

(84) Via MSG vil Bertelsmann/Kirch således kunne få betydelig indflydelse på konkurrencen fra fremtidige betalings-tv-udbydere og i vid udstrækning kunne styre denne konkurrence. Deres kontrollerende indflydelse i MSG sætter dem i stand til at sikre, at MSG's vilkår og betingelser og specielt MSG's prisstruktur indrettes på en sådan måde, at det gavner deres egne programmer og skader konkurrenternes. Bertelsmann/Kirch vil også kunne drage fordel af et eventuelt kunstigt højt prisniveau, eftersom de i modsætning til konkurrenterne får andel i MSG's indtjening.

(85) Ydermere vil der være mulighed for, at MSG's tjenester under henvisning til tekniske problemer, som det vil være meget vanskeligt at efterprøve, leveres på en sådan måde, at lanceringen af programmer stridende mod Bertelsmann/Kirchs interesser i det mindste bliver forsinket. Det samme gælder også for Telekoms optagelse af programmer i kabelnettet. Det kan ikke udelukkes, at en fusion med Bertelsmann/Kirch i MSG vil bevirke, at Telekom også vil tage partnernes interesser med i sine overvejelser. I betragtning af de vanskeligheder, der hidtil har været med at få programmer transmitteret via Astra optaget i Telekoms net, er det nærliggende at antage, at det er muligt at lægge hindringer i vejen for adgang til kabelnettet under påberåbelse af tekniske problemer, uden at det kan bevises, at der foreligger en tilsidesættelse af neutralitetsforpligtelsen.

(86) Som allerede nævnt, er Telekom i stand til at styre den digitale udbygning af hyperbåndet i sit bredbåndskabelnet. Telekom har til hensigt ved udgangen af 1995 at stille tre kanaler til rådighed for digital-tv, som hver især vil kunne sende mellem fire og ti tv-programmer digitalt. Det betyder, at der i første omgang kun vil være kapacitet til rådighed til højst 30 nye programmer. Størstedelen af denne kapacitet vil uden vanskelighed kunne udnyttes af Bertelsmann/Kirch, specielt eftersom Premiere vil være i stand til at indføre »near-video-on-demand«, som vil optage en betydelig del af transmissionskapaciteten. Telekom har udtalt, at digitaliseringen af de andre tolv kanaler vil finde sted på grundlag af generelle økonomiske betragtninger og efter det udviklingskoncept, der kan give den optimale dækning af behovet på markedet. Med dette ret vage kriterium er Telekom i stand til at lade den fremtidige udvikling af hyperbåndet afhænge af sine MSG-partneres interesser inden for betalings-tv. Det må også tages med i betragtning, at denne udvikling under alle omstændigheder kun kan foregå gradvis, eftersom digitalisering af en kanal tager omkring seks måneder og kræver investeringer på ca. 50 mio. DM.

(87) Bertelsmann/Kirch får også mulighed for via MSG at øve indflydelse på placeringen af konkurrenternes programmer. Det store antal programmer, digital-tv giver mulighed for, gør det nødvendigt at

indføre en form for brugervejledning for at hjælpe seerne med at finde bestemte programmer i denne »programjungle«. Eftersom den fornødne »on-screen-modulator« er indeholdt i dekoderboksen, vil det sandsynligvis være den virksomhed, der installerer dekoderboksen, der giver denne brugervejledning. Ved at kunne kontrollere brugervejledningen får denne virksomhed også mulighed for at placere konkurrerende betalings-tv-udbyderes programmer på positioner i programmenuen, der gør dem mindre attraktive. For seerne er det bl.a. vigtigt, hvor mange trin de skal igennem for at få adgang til et bestemt program.

(88) Bertelsmann/Kirch har på samme måde mulighed for via MSG at øve indflydelse på markedsføringen af konkurrerende programmer i forbindelse med disse programmers placering på de smartcards, der udstedes af MSG. Som den virksomhed, der tager sig af adgangsstyring, er det MSG, der på disse smartcards placerer de pågældende betalings-tv-programmer og programpakker , som derefter frigives af de autorisationssignaler, der transmitteres via tv-signalet. Den almindelige betalings-tv-abonnent kan ikke forventes at ønske at have et større antal forskellige smartcards. MSG kan derfor lægge hindringer i vejen for enhver konkurrent til Bertelsmann/Kirch ved at placere dem ikke på det første smartcard med de attraktive programmer, men på supplerende smartcards.

(89) Endelig vil Bertelsmann/Kirch også kunne opnå væsentlige informationsfordele via MSG. Det gælder ikke alene med hensyn til planlagte nye programmer, men i særdeleshed også med hensyn til kundestruktur og seervaner hos de abonnenter, MSG administrerer. Bertelsmann/Kirch behøver ikke engang at have adgang til individuelle kundedata. Det er nok for dem at have adgang til ikke-personrelaterede data, f. eks. oplysninger om aldersfordelingen blandt de abonnenter, der ser de pågældende programmer. Ved interaktive betalings-tv-tjenester som f. eks. »pay-per-view-« kan det ydermere ud af ikke-individualiserede data udledes, hvilke bestemte grupper der foretrækker hvilke bestemte programtyper og i hvilket omfang. Rådighed over sådanne oplysninger giver en betydelig konkurrencefordel, eftersom det gør det væsentligt lettere at udvikle programmer og programpakker rettet til en bestemt målgruppe.

(90) Parterne har udtalt, at det ikke kan være i MSG-aktionærernes interesse at lægge hindringer i vejen for andre betalings-tv-udbydere, da det vil bringe MSG's succes i fare. Dette argument forekommer at være ret tvivlsomt, da MSG som nævnt ovenfor må forventes at komme til at indtage en monopolstilling. Andre betalings-tv-udbydere vil være henvist til at gøre brug af MSG's tjenester, også selv om det sker på ugunstige vilkår og med pålæg af begrænsninger. Desuden har Bertelsmann og Kirch en særlig interesse i at kunne kontrollere markedet for betalings-tv og styre konkurrencen, også selv om det eventuelt kan få negative konsekvenser for MSG's indtjening. Ingen af de modargumenter, parterne har fremsat om, at Telekoms deltagelse vil sikre, at MSG's virksomhed bliver ikke-diskriminerende og udbyderneutral, virker overbevisende. Bertelsmann og Kirch har tilsammen to tredjedele af kapitalen i MSG. Selv om Telekoms deltagelse i MSG giver Telekom del i en fælles kontrol med virksomheden, kan MSG ikke forventes at ville optræde neutralt, når majoritetsaktionærernes interesser, som de er fælles om, står på spil. Specielt ikke, når det er Kirch og Bertelsmann, der tilfører MSG den fornøden knowhow i forbindelse med betalings-tv-teknologi og desuden bliver de største kunder til MSG's tjenester, hvilket vil sætte dem i stand til at indskrænke Telekoms handlefrihed i MSG.

c) *Konklusion*

(91) I betragtning af de betydelige konkurrencefordele, Bertelsmann og Kirch vil opnå gennem MSG, og de negative konsekvenser, det kan få for fremtidige konkurrenter, må den planlagte fusion antages at ville give Bertelsmann og Kirch en varigt dominerende stilling på markedet for betalings-tv i Tyskland.

3. **Kabelnet**

(92) Ud fra de oplysninger, der for øjeblikket foreligger, må det antages, at den planlagte fusion på længere sigt også vil hæmme den effektive konkurrence på markedet for kabelnet i Tyskland betydeligt. I den umiddelbare fremtid vil Telekom fortsat have et lovfæstet monopol på bredbåndskabelnettet. Efter liberaliseringen af de grundlæggende telefontjenester i 1998 må der dog også forventes at ville ske en deregulering med indførelse af fri konkurrence på markedet for kabelnet. Der er risiko for, at Telekom i kraft af sin deltagelse i driften af betalings-tv-infrastrukturen sammen med de førende betalings-tv-udbydere vil få styrket sin position som kabelnetoperatør i en sådan grad, at det også efter liberaliseringen vil hæmme konkurrencen på kabelnetmarkedet betydeligt og bevirke en yderligere befæstelse af Telekoms dominerende stilling. På samme måde som Bertelsmann/Kirch eliminerer

Telekom som potentiel konkurrent på markedet for tekniske og administrative tjenester til betalings-tv, vil Telekom via det planlagte joint venture afskære Bertelsmann og Kirch fra at indgå partnerskab med andre fremtidige kabelnetoperatører.

(93) For øjeblikket har kabeloperatører, der opererer på netværksniveau 4, dvs. i området for distributionsfaciliteter hos private, kun meget begrænsede muligheder for at installere kabelnet, der fungerer uafhængigt af Telekoms bredbåndsnet. Opsættelse af satellitmodtagelsesudstyr (hovedenden) er underlagt forbundsstatens monopol på radioanlæg og skal godkendes af Ministeriet for Post og Telekommunikation (BMPT). Det er BMPT's administrative praksis kun at give generel tilladelse til hovedender i kabelnet, der holdes inden for en matrikels grænser eller ikke strækker sig over flere sammenhængende matrikler med mere end 25 husstande. Ellers kræves der særlig tilladelse. For kabelnet mellem ikke sammenhængende matrikler giver BMPT normalt ikke tilladelse til hovedender. Den eneste undtagelse fra dette princip drejer sig om private operatører uden for eksisterende eller projekterede Telekom-områder. Denne administrative praksis yder Telekom en omfattende beskyttelse mod konkurrence fra private kabelnetoperatører. Hvis den bortfalder i kølvandet på liberaliseringen af markedet for kabelnet, vil kabelselskaber, der opererer på niveau 4, få mulighed for at sammenkoble deres kabel-øer, som for øjeblikket kun kan omfatte enkeltmatrikler, og tage konkurrencen op med Telekom. Men det kan blive vanskeliggjort, hvis Telekom sammen med Bertelsmann og Kirch kontrollerer MSG som den dominerende tjenesteudbyder. Der vil navnlig være risiko for, at private operatører ikke vil kunne skaffe sig de programmer, der udbydes af de førende betalings-tv-udbydere, Bertelsmann og Kirch, og som er nødvendige, for at de kan sammensætte attraktive programpakker, eller kun kan få dem på ugunstige vilkår. Etableringen af MSG med de nuværende ejerforhold vil derfor kunne forstærke Telekoms dominerende stilling som kabelnetoperatør.

VI. PARTERNES TILSAGN

(94) Ved skrivelse af 20. oktober 1994 foreslog parterne at afgive en række tilsagn for at imødekomme Kommissionens indsigelser mod den planlagte fusion. De foreslåede tilsagn gik i alt væsentligt ud på følgende:

— MSG vil vælge en dekoderbase, der fungerer på basis af en ensartet grænseflade, forudsat at der bliver udviklet en sådan ensartet grænseflade efter DVB's specifikationer, og at risikoen for pirateri mindskes, således at denne teknologi kan accepteres af betalings-tv-udbyderne

— MSG vil fremme salg af dekodere på det frie marked og vil for udlejede dekodere ikke pålægge nogen begrænsninger med hensyn til brugen af dekoderne til programmer, der ikke administreres af MSG

— MSG forpligter sig til ikke at videregive oplysninger til sine moderselskaber om andre betalings-tv-udbyderes programmer og abonnenter, heller ikke oplysninger i anonym form

— MSG vil ved udformningen af den elektroniske brugervejledning »electronic programming guide« — EPG) vælge en neutral og ikke-diskriminerende displaymåde og, såvidt det er teknisk muligt, også informere om programmer, der ikke administreres af MSG

— MSG vil nedsætte et rådgivende organ, som skal føre kontrol med, at der ikke udøves diskrimination i forbindelse med EPG-display, som bl. a. skal bestå af repræsentanter for MSG's kunder (tjenesteudbydere), og hvis forslag MSG skal tage med i betragtning i sine beslutninger

— MSG vil anvende rimelige markedspriser og føre en gennemsigtig prispolitik baseret på princippet om samme pris for samme tjeneste

— Telekom forpligter sig til ud over de 30 kanaler, der allerede er installeret, at udbygge sine net til yderligere digital transmission af tv-programmer, således at man inden for rammerne af den transmissionskapacitet, det er teknisk muligt at udnytte, råder over en tilstrækkelig reserve til, at der ikke kan opstå kapacitetsmangel.

(95) Kommissionen finder ikke de foreslåede tilsagn tilstrækkelige til at forhindre etablering og styrkelse af dominerende stillinger som beskrevet ovenfor. Det er rigtigt, at disse tilsagn angår visse aspekter, der generelt kan få særlig betydning for konkurrenceforholdene inden for fremtidens betalings-tv. Især forekommer indførelsen af en ensartet grænseflade ud fra et konkurrencesynspunkt at kunne give en løsning på problemerne omkring adgangsstyring, hvilket vil kunne virke til fremme for en fri og uhindret konkurrence. Det gælder i

det mindste, hvis der ikke pålægges andre kontraktlige begrænsninger i andre betalings-tv-udbyderes adgang til dekoderbasen. På samme måde har en gennemsigtig prispolitik for de administrative og tekniske tjenester positiv indflydelse på udviklingen i konkurrencen inden for digitalt betalings-tv. Men i betragtning af MSG's nuværende ejerforhold er de foreslåede tilsagn imidlertid ikke tilstrækkelige til at kunne eliminere de konkurrencemæssige problemer. Desuden er de betinget af forudsætninger og forbehold, som rejser tvivl om, hvorvidt de vil blive indfriet. Når der ses bort fra de tilsagn, der drejer sig om, at der vil blive indført en ensartet grænseflade, og at Telekom vil sørge for at have en tilstrækkelig stor kapacitet til digital transmission i reserve, er der desuden i alt væsentligt kun tale om tilsagn om, at MSG på bestemte punkter ikke vil misbruge sin dominerende stilling på markedet for administrative og tekniske tjenester og dermed hæmme konkurrencen på markedet for betalings-tv.

(96) Tilsagnet angående indførelse af en ensartet grænseflade er betinget af, at risikoen for pirateri minimeres, og at denne teknologi bliver accepteret af betalings-tv-udbyderne. Dermed er der udelukkende tale om en hensigtserklæring, som fortsat giver MSG mulighed for under påberåbelse af utilstrækkelig sikkerhed omkring en ensartet grænseflade eller manglende accept fra de potentielle kunders side i stedet at vælge en patentbeskyttet dekoderbase. I den forbindelse må man ikke glemme, at MSG's største potentielle kunde er betalings-tv-selskabet Premiere, som kontrolleres af Bertelsmann, Kirch og Canal Plus i fællesskab. Det er almindeligt kendt, at Canal Plus er afgjort modstander af en ensartet grænseflade og går stærkt ind for patentbeskyttede krypteringssystemer også inden for digital-tv. Bertelsmann har i øvrigt for nylig indgået en strategisk alliance med Canal Plus, og et af de konkrete projekter, de er nået til enighed om, er oprettelsen af et joint venture til udvikling af et digitalt krypteringssystem.

(97) Men selv om tilsagnene havde været udformet på en sådan måde, at der var sikkerhed for indførelsen af en ensartet grænseflade, ville det ikke bevirke, at fusionen ikke måtte betragtes som uforenelig med fællesmarkedet. Som nærmere beskrevet ovenfor (betragtning 70 til 72), vil MSG med de nuværende ejerforhold komme til at indtage en dominerende stilling på markedet for tekniske og administrative tjenester, også selv om der blev indført en ensartet grænseflade med uhindret adgang. På baggrund heraf vil en ensartet grænseflade ikke kunne eliminere den skade, som et joint venture mellem den dominerende kabelnetoperatør og de førende betalings-tv-udbydere vil påføre konkurrencen.

(98) De foreslåede tilsagn angående MSG's adfærd over for kunderne og Telekoms udbygning af et digitalt kabelnet vil ikke kunne forhindre, at Bertelsmann og Kirch kommer til at indtage eller får forstærket en allerede bestående dominerende stilling på markedet for betalings-tv. Med hensyn til tilsagnet om at sikre en ikke-diskriminerende behandling af MSG's kunder er der blot tale om den lovmæssige forpligtelse, der påhviler enhver virksomhed med dominerende stilling. I øvrigt ville det i betragtning af de talrige muligheder for at udøve skjult diskrimination i praksis være vanskeligt at bevise, at MSG ikke behandler programudbyderne neutralt. Den foreslåede nedsættelse af et organ, som kun skal have en rådgivende funktion, og hvis forslag ikke er bindende for MSG, ændrer intet ved denne konklusion, Heller ikke tilsagnet om ikke at videregive oplysninger om andre udbyderes programmer og abonnenter til MSG's moderselskaber vil i betragtning af de særlige relationer og informationskanaler mellem disse moderselskaber og MSG kunne forhindre dem i at skaffe sig informationsfordele på en måde, så at det ikke kan bevises. Desuden yder Telekoms tilsagn om at holde digitaltransmissionskapacitet i reserve ingen tilstrækkelig garanti for, at udbygningen af digitalnettene ikke vil ske under hensyntagen til Bertelsmann og Kirchs interesser under påberåbelse af tekniske og økonomiske faktorer. I øvrigt er der her snarere tale om en hensigtserklæring end om et konkret tilsagn.

(99) Som helhed må det fastslås, at kun tilsagnet angående indførelsen af en ensartet grænseflade har nogen som helst betydning for strukturerne. Dette tilsagn er imidlertid ikke tilstrækkeligt til at forhindre, at MSG kommer til at indtage en dominerende stilling, og det er i øvrigt betinget af forbehold, som reelt gør det til en uforbindende hensigtserklæring. De andre foreslåede tilsagn drejer sig alene om adfærd og vil ikke resultere i nogen strukturændring, og det er ydermere umuligt at efterprøve, om de bliver indfriet. De er principielt ikke egnede til at løse det strukturproblem, der består i, at oprettelsen af MSG vil resultere i dominerende stillinger på markedet for administrative og tekniske tjenester, på markedet for betalings-tv og på markedet for kabelnet.

VII. FREMME AF DEN TEKNISKE OG ØKONOMISKE UDVIKLING

(100) Parterne har peget på, at de tjenester, MSG vil udbyde, vil gøre det lettere hurtigt at få indført

digital-tv. Det er rigtigt, at en hurtig udbredelse af digital-tv forudsætter en digital infrastruktur, og dermed også, at en virksomhed som MSG kan bidrage til at fremme den tekniske og økonomiske udvikling. Men dette kriterium i fusionsforordningens artikel 2, stk. 1, litra b), er behæftet med den betingelse, at der ikke lægges hindringer i vejen for konkurrencen. Som beskrevet ovenfor må den planlagte fusion imidlertid ventes at ville føre til afskærmning af og etablering af en dominerende stilling på det fremtidige marked for tekniske og administrative tjenester allerede under dette markeds tilblivelse samt en betydelig begrænsning af den effektive konkurrence på det fremtidige marked for betalings-tv.

(101) Denne hindring af den effektive konkurrence rejser tvivl om, hvorvidt fusionen vil fremme den tekniske og økonomiske udvikling. Under de givne omstændigheder er det nemlig yderst tvivlsomt, om MSG's indførelse af en digital infrastruktur til betalings-tv rent faktisk vil yde noget positivt bidrag til den tekniske og økonomiske udvikling. Man kan frygte for, at potentielle udbydere af digitalt betalings-tv i betragtning af de virkninger, fusionen som beskrevet ovenfor vil få, ikke vil søge ind på markedet i samme omfang, som det ville have været tilfældet, hvis tjenesteudbyderen havde haft ejerforhold, som sikrede fuld neutralitet. Det ville snarere hæmme end fremme udbredelsen af digital-tv. Denne antagelse underbygges af udsagn fra en række af de virksomheder, Kommissionen har været i kontakt med, som har udtalt, at de i tilfælde af, at fusionen kommer i stand, ville være nødt til at tage eksisterende planer og overvejelser omkring udbydning af betalings-tv i digital form op til fornyet overvejelse og eventuelt opgive sådanne planer.

VIII. KONKLUSION

(102) Af de ovenfor anførte grunde må den planlagte fusion antages at ville føre til etablering eller styrkelse af dominerende stillinger, som vil bevirke, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt i en væsentlig del af fællesskabet. Fusionen må derfor erklæres uforenelig med fællesmarkedet og med EØS-aftalens funktion, jf. fusionsforordningens artikel 2, stk. 3 og EØS-aftalens artikel 57 —

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

Den fusion, Bertelsmann AG, Deutsche Bundespost Telekom og Taurus Beteiligungs GmbH & Co. KG har anmeldt i form af etablering af et joint venture, erklæres uforenelig med fællesmarkedet og med EØS-aftalens funktion.

Artikel 2

Denne beslutning er rettet til:

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.

Udfærdiget i Bruxelles, den 9. november 1994.

På Kommissionens vegne

Karel VAN MIERT

Medlem af Kommissionen