II

(Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade)

COMISSÃO

DECISÃO DA COMISSÃO

de 9 de Novembro de 1994

relativa a um processo nos termos do Regulamento (CEE) nº 4064/89 do Conselho

(Processo IV/M. 469 — MSG Media Service)

(Apenas faz fé o texto em língua alemã)

(94/922/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta o Regulamento (CEE) nº 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresa [1], e, nomeadamente, o nº 3 do seu artigo 8º,

Tendo em conta o Acordo EEE e, nomeadamente, o nº 1 do seu artigo 57º,

Tendo em conta a decisão da Comissão, de 18 de Julho de 1994, de dar início a um processo relativamente a este caso,

Tendo dado às empresas em causa a oportunidade de darem a conhecer os seus pontos de vista relativamente às objecções formuladas pela Comissão,

Tendo em conta o parecer do comité consultivo em matéria de concentrações,

Considerando o seguinte:

(1) O processo em apreço diz respeito ao projecto de criação, pela Bertelsmann AG (Bertelsmann), pela Deutsche Bundespost Telekom (Telekom) e pela Taurus Beteiligungs GmbH (Taurus), de uma empresa comum com a designação de MSG Media Service Gesellschaft für Abwicklung von Pay-TV und verbundenen Diensten mbH (MSG).

(2) Por decisão de 28 de Junho de 1994, a Comissão ordenou a suspensão da concentração na totalidade, nos termos do nº 2 do artigo 7º e do nº 2 do artigo 18º do Regulamento (CEE) nº 4064/89 (adiante designado «regulamento das concentrações»), até a adopção de uma decisão final.

(3) Por decisão de 18 de Julho de 1994, a Comissão considerou que a concentração notificada levanta sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum, tendo dado início a um processo nos termos do nº 1, alínea c), do artigo 6º do «regulamento das concentrações».

(4) Por carta de 29 de Junho de 1994, a Alemanha informou a Comissão, nos termos do nº 2 do artigo 9º do «regulamento das concentrações», de que a concentração era susceptível de criar ou reforçar uma posição dominante de que resultariam entraves significativos a uma concorrência efectiva em três mercados da Alemanha, sendo cada um destes mercados um mercado geográfico distinto na acepção do nº 7 do artigo 9º Não se

[1] JO nº L 395 de 30. 12. 1989, p. 1 e JO nº L 257 de 21. 9. 1990, p. 13. (rectificação).

procedeu à remessa do processo, nos termos do nº 3 do artigo 9º do «regulamento das concentrações».

I. AS PARTES

(5) A Bertelsmann é a empresa-mãe comum do mais importante grupo de comunicação social da Alemanha. O grupo Bertelsmann desenvolve principalmente a sua actividade no sector da edição de livros e revistas, dos clubes de livros, da impressão, da edição musical e gravação de som, detendo participações na televisão comercial. Embora a Alemanha constitua o mercado mais importante da Bertelsmann, o grupo tem igualmente actividades internacionais extensas (cerca de 60 % do seu volume de vendas é realizado fora da Alemanha).

(6) A Taurus é uma sociedade gestora de participações pertencente ao grupo Kirch (Kirch). O grupo Kirch é o principal fornecedor alemão de filmes de longa metragem e de programação televisiva, desenvolvendo igualmente actividades na televisão comercial. O grupo actua principalmente na Alemanha. O grupo Kirch detém igualmente (e o seu número tem vindo a aumentar) participações em fornecedores para a televisão por assinatura fora da Alemanha.

(7) A Telekom é o operador público de telecomunicações da República Federal da Alemanha. A Telekom desenvolve a sua actividade, quer directamente quer através de filiais, em todas as áreas dos serviços de telecomunicações. Tem o monopólio da rede telefónica alemã, sendo proprietária e operadora de quase todas as redes de televisão por cabo da Alemanha.

II. A OPERAÇÃO PROJECTADA

(8) Os grupos Bertelsmann e Kirch e a Telekom propõem criar uma empresa comum, a MSG, com um capital social de 60 milhões de marcos alemães. Cada uma das empresas-mãe deterá um terço do capital social e um terço dos direitos de voto na MSG. O objecto da MSG consiste na gestão técnica, empresarial e administrativa de serviços destinados principalmente à televisão financiada por pagamento e outros serviços de comunicação, incluindo o acesso condicionado e a gestão de assinantes, bem como o fornecimento da infra-estrutura técnica necessária à prestação destes serviços e outras actividades afins.

III. A CONCENTRAÇÃO

1. *Controlo comum*

(9) A MSG será controlada em comum pelas três empresas-mãe. Segundo o estuto da MSG, cada uma das empresas-mãe tem o direito de nomear dois membros para o conselho fiscal composto por seis membros. Diversas decisões estratégicas necessitam da aporvação do conselho fiscal, deliberando por maioria de 75 %. Estas decisões incluem a nomeação da direcção, o orçamento anual, o início de novas actividades ou o abandono de actividades existentes, questões básicas da organização das relações jurídicas e económicas com as autoridades, operadores de rede e fornecedores de serviços e decisões de base relativas à tecnologia e sistemas a aplicar. Consequentemente, é necessário o acordo das três empresas-mãe no que se refere a decisões de base relativas à gestão, à política comercial e à estratégia concorrencial da empresa comum.

2. *Empresa comum com carácter de concentração*

(10) a) A MSG realizará, numa perspectiva duradoura, todas as funções de uma entidade económica autónoma. Presentamente existe apenas um canal de televisão por assinatura na Alemanha, o Premiere, que funciona através de uma empresa comum (Premiere Medien GmbH & Co. KG), propriedade dos grupos Bertelsmann, Kirch e Canal Plus. Actualmente o Premiere fornece os serviços necessários ao funcionamento da própria televisão por assinatura. Consequentemente, não existe actualmente na Alemanha qualquer mercado para os serviços que são objecto da MSG. Contudo, tal como será seguidamente realçado, prevê-se que, na sequência da introdução da televisão digital nos próximos anos, o mercado de televisão por assinatura da empresa comum, a jusante, e outros serviços de televisão paga por financiamento aumentarão rapidamente, prevendo-se a entrada de novos fornecedores no mercado. Assim, poderá presumir-se que se irá desenvolver um mercado para os serviços oferecidos pela MSG, que alcançará uma dimensão considerável num futuro próximo. A empresa comum MSG deverá desempenhar um papel activo neste mercado em expansão e participando nos segmentos de valor acrescentado. Assim, a MSG será chamada a desempenhar todas as funções de uma empresa no mercado, não se limitando a funções acessórias total ou parcialmente destinadas às suas empresas-mãe Bertelsmann e Kirch.

(11) No que se refere ao investimento necessário para a sua actividade, as empresas-mãe prevêem dotar a empresa comum com os recursos financeiros necessários por forma a permitir-lhe realizar ela própria o investimento. Segundo o programa de actividades da MSG apresentado

pela Telekom, o capital total necessário à MSG elevar-se-á a [. . .] (1) milhões de marcos alemães até ao ano 2004, desde que os descodificadores a instalar sejam alugados. [. . .] milhões de marcos alemães destas necessidades financeiras serão financiados pelo capital próprio da empresa comum. Contudo, segundo o programa de actividades, prevê-se que só após [. . .] anos se alcançará o limiar de rentabilidade (ou seja os resultados de exploração comuldados serão positivos em [. . .]. Prevê-se um resultado de exploração positivo em [. . .] se não forem consideradas as perdas iniciais cumuladas. Estes resultados não deverão ser considerados excepcionais no caso de um projecto a longo prazo num mercado orientado para o futuro e com grandes exigências em termos de investimento. Nem a base de capital próprio descrita nem a estrutura das receitas projectadas apontam no sentido de a MSG não dispor de recursos financeiros adequados, não podendo consequentemente ser considerada como desempenhando todas as funções de uma empresa.

(12) Do mesmo modo, o facto de a MSG vir possivelmente a adquirir serviços relacionados com a actual actividade do Premiere, no que se refere à televisão por assinatura analógica, em nada altera esta conclusão. O Premiere dispõe já da infra-estrutura técnica para a televisão por assinatura analógica, com base na qual a própria empresa administra o seu sistema de assinantes. O programa de actividades da MSG apresenta, para 1995 a 1997, uma lista de assinantes da MSG muito mais reduzida do que a actual lista de assinantes do Premiere (lista de assinantes do Premiere: 800 000; assinantes da MSG em 1995: [. . .]; 1996: [. . .]; 1997 [. . .]. Este facto sugere que os serviços da MSG não se destinam à televisão por assinatura analógica do Premiere, mas a serviços futuros de televisão por assinatura digital. Se durante os próximos anos a MSG desenvolver uma infra-estrutura de televisão por assinatura digital, poder-se-á partir do princípio de que o Premiere utilizará essa infra-estrutura, se o desejar, por forma a fornecer a televisão por assinatura digital. A digitalização oferecerá, no entanto, a possibilidade de novos forenecedores de televisão por assinatura entrarem no mercado recorrendo aos serviços da MSG.

(13) Tal como será seguidamente referido, a MSG fornecerá um pacote de serviços que constitui um mercado autónomo. Uma das atribuições essenciais da MSG consistirá em criar a infra-estrutura técnica necessária para a televisão por assinatura digital, isto é estabelecer uma base de descodificação e um sistema de acesso condicionado. Trata-se de um requisito prévio essencial para a televisão por assinatura que exige um nível bastante elevado de investimento. Na medida em que a utilização da infra-estrutura técnica pelos serviços fornecidos pela MSG exige uma cooperação com as empresas-mãe, que são por seu lado fornecedores de televisão por assinatura, surge a mesma necessidade no que se refere à cooperação da MSG com outros fornecedores de televisão por assinatura que utilização a infra-estrutura e os serviços da MSG.

(14) b) A criação da MSG não tem por objecto nem por efeito a coordenação do comportamento concorrencial de empresas que continuam a ser independentes entre si. Não é, em especial, de prever um risco de coordenação entre os grupos Bertelsmann e Kirch, na introdução de novos serviços de televisão por assinatura ou na conversão dos programas actuais financiados pela publicidade em programas de televisão por assinatura. As actividades na área da televisão por assinatura dos grupos Bertelsmann e Kirch estão actualmente agrupadas na empresa comum Premiere. As três empresas-mãe do Premiere comprometeram-se enquanto «medida específica que consubstancia as suas obrigações em termos de direito das sociedades na empresa comum» a não participar em qualquer outro serviço de televisão por assinatura em língua alemã enquanto for prestado o serviço conjunto de televisão por assinatura, sem o acordo das outras partes. Assim, se futuramente os grupos Bertelsmann e Kirch devessem fornecer programas de televisão por assinatura independentemente um do outro, qualquer coordenação destas actividades independentes resultaria de uma cooperação no âmbito do Premiere. Não se afigura necessária para o efeito, qualquer outra coordenação adicional através da MSG nem que tal coordenação adicional possa ser relevante para o carácter de concentração ou de cooperação da MSG.

(15) Na instalação de uma infra-estrutura digital e na utilização de tais sistemas não se pode também pressupor a existência de um risco de coordenação entre as empresas-mãe na acepção do artigo 3º do regulamento das concentrações. A instalação de uma infra-estrutura digital adequada para a televisão por assinatura, e a respectiva utilização, constituem, precisamente, o objecto da empresa comum. A cooperação a nível da empresa comum, no âmbito do seu objecto, constitui uma característica de todas as empresas comuns e não pode ser utilizada como um elemento de prova do seu carácter de cooperação. Por último, a Comissão não possui também elementos de prova de que a Telekom, a Kirch ou a Bertelsmann tencionem fornecer os serviços acima referidos fora do âmbito da

(1) No texto da presente decisão, destinado a publicação, foram omitidas determinadas informações, em conformidade com as disposições do nº 2 do artigo 17º do Regulamento (CEE) nº 4064/89, relativas à não divulgação dos segredos de negócios

MSG. Após a criação da MSG, a Telekom deixará de poder ser considerada como um concorrente potencial da empresa comum, uma vez que a criação de uma infra-estrutura adicional alternativa por parte da Telekom não se justificaria em termos económicos dado o seu investimento na MSG e seria completamente contrária à estratégia prosseguida pela Telekom ao participar na criação da MSG.

(16) Por último, afigura-se improvável, que venha a verificar-se qualquer coordenação entre os grupos Kirch e Bertelsmann através da MSG no mercado da televisão financiada pela publicidade. Apesar dos grupos Bertelsmann e Kirch possuírem participações em canais de televisão financiada pela publicidade, não é evidente a razão por que a cooperação no sector da televisão por assinatura e nos serviços destinados à televisão por assinatura conduziria, por exemplo, a uma restrição de concorrência entre a RTL e a SAT 1. O mesmo acontece no que se refere à relação entre a Telekom e a empresa comum quanto aos serviços de comunicações não relacionados com a comunicação social que serão futuramente fornecidos pela Telekom.

(17) Assim, deverá partir-se do princípio de que a criação da MSG constitui uma concentração na acepção do artigo 3º do regulamento das concentrações, sob a forma de uma empresa comum com carácter de concentração.

IV. DIMENSÃO COMUNITÁRIA

(18) O volume de negócios mundial total dos grupos Bertelsmann e Kirch e da Telekom é superior a 5 mil milhões de ecus. No exercício de 1992/1993, as receitas do grupo Bertelsmann elevaram-se a 9 mil milhões de ecus, do grupo Kirch [. . .] milhões de ecus e da Telekom 29,3 mil milhões de ecus. Cada uma das empresas atinge um volume de negócios total na Comunidade superior a 250 milhões de ecus. As empresas em causa não realizam mais de dois terços do seu volume total de negócios na Comunidade num mesmo Estado-membro. Consequentemente, a concentração apresenta dimensão comunitária na acepção do artigo 1º do regulamento das concentrações.

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

A. *Mercados de produto relevantes*

(19) A concentração projectada afecta o mercado dos serviços administrativos e técnicos para os fornecedores de televisão por assinatura e outros serviços de televisão financiados através de assinatura ou de pagamento pelos telespectadores, o mercado da televisão por assinatura e outros serviços de televisão financiados através de assinatura ou pagamento pelos telespectadores (televisão por assinatura) e o mercado das redes de televisão por cabo.

1. Serviços administrativos e técnicos destinados à televisão por assinatura

(20) O funcionamento da televisão por assinatura exige uma infra-estrutura técnica específica essencialmente composta por um adaptador para a descodificação (descodificador), em tecnologia de acesso condicionado e num sistema de gestão de assinantes. Com base nesta infra-estrutura são fornecidos diversos serviços necessários ao funcionamento da televisão por assinatura.

(21) a) Os programas da televisão por assinatura são normalmente transmitidos por cabo ou por satélite. Contrariamente à televisão comercial gratuita, exigem um sistema específico por forma a garantir que apenas os telespectadores autorizados, isto é, os assinantes desse fornecedor específico de televisão por assinatura, podem receber os programas. Este sistema implica a instalação de um descodificador na residência de cada telespectador de televisão por assinatura, por forma a descodificar a imagem televisisva, que é codificada quando o sinal televisivo é transmitido. Os telespectadores podem comprar ou alugar os descodificadores em estabelecimentos ou obtê-los em regime de «leasing». Uma vez que, pelo menos na fase incial, o preço dos descodificadores digitais que serão futuramente instalados oscilará entre 1 000 e 1 500 marcos alemães e que consequentemente o custo para o telespectador individual é relativamente elevado, poderá considerar-se que, pelo menos nos primeiros cinco anos, os descodificadores de televisão por assinatura digital serão normalmente alugados. Tal significa que a instalação de uma base de descodificação exige um investimento importante por parte do operador de uma infra-estrutura de televisão por assinatura.

(22) Uma vez que a maior das famílias continuará, após a introdução da televisão digital, a dispor durante alguns anos de um aparelho de televisão analógica, será também necessário um conversor digital-analógico, que permita que os sinais digitais sejam recebidos em formato analógico. O conversor e o descodificador estarão, muito provavelmente, disponíveis num mesmo aparelho (*set top box*), e a mais longo prazo serão incorporados nos receptores por satélite ou directamente nos televisores.

(23) b) Para além da base de descodificação, a televisão por assinatura implica um sistema de acesso condicionado. Este sistema inclui a transmissão de dados cifrados, que contêm informações relativamente aos programas ou pacotes de programas objecto de assinatura e relativamente ao direito dos assinantes da televisão por assinatura receberem tais programas, juntamente com o sinal televisivo, e possivelmente

«cartões inteligentes» (*smartcards*) que serão colocados à disposição do telespectador e poderão decifrar os dados cifrados relativos à autorização e transferi-los ao descodificador. O controlo do acesso condicionado realiza-se quer através do descodificador quer através de um ou mais cartões inteligentes inseridos no descodificador.

(24) Na Europa Ocidental, existem presentemente — para a televisão por assinatura analógica — pelo menos cinco sistemas de cifragem que funcionam num base privativa (*proprietary systems):* Videocrypt (utilizado pela BSkyB e Adult Chanel no Reino Unido e pela Filmnet nos países do Benelux), Syster/Nagravision (Canal Plus em França e Espanha, Premiere na Alemanha e áustria e Teleclub na Suíça), Eurocrypt (Filmnet e TV 1000 na Escandinávia), Irdeto (Telepiù na Itália) e Luxcrypt (RTL 4 e RTL 5 no Países Baixos). Conseguiu-se já harmonização em toda a Europa no que se refere à codificação/descodificação, à norma de radiodifusão de sinais digitais (MPEG II) e à concessão de licenças de tecnologias privativas de acesso condicionado no âmbito do «projectó europeu de radiodifusão vídeo digital» (DVB), que agrupa 150 empresas com interesses no domínio da televisão digital na Europa. No que se refere à tecnologia de cifragem, as intenções de cada empresa diferem. Os fornecedores de televisão por assinatura tais como a BSkyB, o Canal Plus e a Filmnet, em especial, estão convencidos da necessidade de uma tecnologia de cifragem numa base privativa, considerando o conceito de Simulcrypt como a abordagem adequada no que se refere ao acesso condicionado à televisão digital. Por outro lado, os fornecedores potenciais de televisão por assinatura e os operadores de rede preferem uma solução de «*interface* comum». Através do Simulcrypt, os organismos de radiodifusão de televisão por assinatura podem ter simultaneamente acesso a bases de descodificadores dos utentes que utilizam diferentes sistemas de acesso condicionado, com base em acordos, nomeadamente de carácter técnico, definidos no âmbito do DVB. Por outro lado, numa solução de *interface* comum, os descodificadores podem ser concebidos tecnicamente de modo a «lerem» sistemas de controlo do acesso muito diferentes, através de módulos e/ou cartões inteligentes. No âmbito do DVB, concluiu-se recentemente um acordo sobre o fornecimento de ambos ou conceitos, o Simulcrypt e a *interface* comum. O Simulcrypt é acompanhado de um código de conduta que rege as relações comerciais entre as partes no mercado. Este código foi assinado por alguns membros do DVB, não tendo sido assinado por outros.

(25) c) Para além da base de descodificação e do acesso condicionado cifrado, existe igualmente uma base de dados de assinantes na qual são armazenadas todas as informações relevantes relativas aos assinantes de televisão por assinatura, incluindo a facturação e pagamentos (sistema de gestão de assinantes).

(26) A infra-estrutura descrita constitui a base dos serviços relacionados com o funcionamento da televisão por assinatura, que incluem principalmente os seguintes serviços administrativos e técnicos:

— a colocação à disposição de descodificadores,

— a gestão do acesso condicionado,

— a gestão dos assinantes no que se refere aos clientes da televisão por assinatura,

— a regularização dos pagamentos aos fornecedores de programas.

(27) d) Os serviços técnicos e administrativos relativos à televisão por assinatura podem ser prestados pelo próprio fornecedor de televisão por assinatura. É actualmente o caso do Premiere. O fornecedor de televisão por assinatura pode também colocar a sua infra-estrutura à disposição de outros fornecedores de televisão por assinatura. É, por exemplo, o caso do Canal Plus em França e — no que se refere à televisão por assinatura por satélite — da BSkyB no Reino Unido. O Premiere pretende igualmente oferecer os seus serviços a outras empresas. A infra-estrutura pode, contudo, ser também explorada por empresas que não são fornecedores de programas. É o que acontece, principalmente, com os operadores de redes de cabo. Nos Estados Unidos da América, é usual que os operadores de redes de cabo forneçam os serviços relevantes.

(28) A MSG deverá colocar os descodificadores à disposição (pelo menos a curto e a médio prazo), assegurar o controlo do acesso e a gestão dos assinantes para os fornecedores de televisão por assinatura. Ao fazê-lo, a MSG estabelecerá relações contratuais directas principalmente com os fornecedores de programas (*programme packaging*). O acordo de assinatura da televisão por assinatura será concluído entre o fornecedor de programas e o consumidor final. Além disso, a MSG cederá em regime de «leasing» os descodificadores ao utilizador final — pelo menos durante alguns anos. Por último, o fornecedor de programas deverá concluir acordos de utilização com a Telekom e com outros operadores de rede ou de satélite.

(29) Nos termos do sistema de gestão de assinantes, a MSG controlará igualmente os pagamentos e comunicará a informação relativa a esta matéria a qualquer fornecedor de televisão por

assinatura, cortando o sinal de acesso condicionado aos assinantes que registam atrasos de pagamento. Segundo as partes, a MSG não oferecerá nem programas nem serviços interactivos, não procedendo igualmente à junção de pacotes de programas. A junção de pacotes de programas e a comercialização dos programas transmitidos através da MSG serão efectuadas pelos próprios organizadores da programação. A MSG pretende oferecer os seus serviços a partir de 1995 a fornecedores de programas independentemente do facto de transmitirem os seus programas com utilização de tecnologia digital ou analógica. Uma vez que, tal como descrito seguidamente, a introdução da tecnologia digital está iminente, e uma vez que os grupos Kirch e Bertelsmann, enquanto co-parceiros no único organismo de radiodifusão televisiva de televisão por assinatura analógica actualmente existente na Alemanha, não pretendem reunir quaisquer outros programas de televisão por assinatura numa base analógica (excepto no que se refere a um canal para crianças que o Premiere pretende introduzir), não se prevê que a MSG continue a participar, de forma significativa, na programação analógica.

(30) e) Apesar de não existir actualmente qualquer mercado na Alemanha para os serviços fornecidos pela MSG, prevê-se que tal mercado se venha a desenvolver, principalmente na sequência da introdução da televisão digital (ver considerando 2 supra). Uma vez que é pouco provável que todos os fornecedores de serviços de comunicação televisiva venham a dispor da sua própria infra-estrutura, a procura relevante deverá desenvolver-se rapidamente, conduzindo ao desenvolvimento, do lado da oferta, dos serviços propostos pela MSG.

(31) f) à luz dos princípios subjacentes á criação da MSG, deverá presumir-se que exisitirá um único mercado para os serviços relacionados com a televisão por assinatura digital e para outros serviços de comunicações de televisão digital interactiva. A MSG oferecerá a gestão em matéria de descodificadores, de acesso condicionado e de assinantes através de uma única entidade. O mesmo pacote de serviços é fornecido, numa base analógica, pelo Premiere e pelo Selco. O Selco comercializa igualmente os programas de televisão por assinatura que gere. Na sequência do acordo, no âmbito do DVB, relativo à existência paralela de diversas soluções para o controlo do acesso, os serviços, e em especial o sistema de gestão dos assinantes, podem também ser prestados separadamente. Assim, diversas empresas inquiridas pela Comissão consideram a este respeito que se poderá vir a desenvolver um mercado distinto para a gestão dos assinantes por parte de empresas especializadas. Poderá também vir a desenvolver-se um mercado específico, em ligação com a gestão dos assinantes ou separadamente, no que se refere à junção dos pacotes de programas, ou seja a reunião dos pacotes de programas de diferentes fornecedores.

2. **Televisão por assinatura**

(32) A televisão por assinatura constitui um mercado de produto relevante, distinto do da televisão financiada pela publicidade e do da televisão pública financiada através de taxas e em parte pela publicidade. Enquanto no caso da televisão financiada pela publicidade existe uma relação comercial apenas entre o fornecedor dos programas e as empresas de publicidade, no caso da televisão por assinatura existe uma relação comercial apenas entre o fornecedor de programas e o telespectador enquanto assinante. As condições de concorrência são consequentemente diferentes para os dois tipos de televisão comercial. Enquanto no caso da televisão financiada pela publicidade as cotas de audiência e as taxas de publicidade constituem os parâmetros chave, no caso da televisão por assinatura os factores chave são a formulação dos programas por forma a ir ao encontro dos interesses dos grupos-alvo e o nível dos preços das assinaturas (ver igualmente decisão da Comissão, de 5 de Agosto de 1994, no processo IV/M.410 — Kirch/Richmont/Telepiù). No entanto, continua a existir uma certa relação entre a televisão por assinatura e a televisão gratuita uma vez que o crescimento do mercado da televisão por assinatura será mais lento se forem propostos pela televisão gratuita programas mais diversificados. Assim, a evolução do número de assinantes do Premiere na Alemanha foi diferente da registada em França e no Reino Unido (ver considerando 48 infra). Este aspecto em nada altera o carácter original do mercado da televisão por assinatura. A distinção entre os dois mercados pode todavia tornar-se pouco nítida no caso de programas de televisão por assinatura que são financiados a partir de diversas fontes. É de prever que tais programas surjam, futuramente, em diversos países. No mercado alemão, contudo, não existem ainda indícios de que a televisão por assinatura disponha de tais fontes de financiamento mistas, principalmente porque o Premiere é apenas financiado pelas assinaturas e pagamentos dos telespectadores. Segundo vários participantes no mercado, a não interrupção dos programas pela publicidade constituirá, em contrapartida, um argumento importante na conquista de clientes para a televisão digital por assinatura.

(33) Os programas da televisão por assinatura e os programas financiados pela publicidade, de acesso gratuito, diferem também em termos de conteúdo. A digitalização permite que os sinais transmitidos sejam extremamente comprimidos, o que conduzirá consequentemente a um considerável aumento das capacidades de transmissão. Presentemente, cerca de 14 milhões de famílias com ligação a cabo e cerca de 7 milhões de famílias com receptores via satélite podem receber cerca de 30 programas de televisão analógica. Na era digital, considera-se que será possível receber 200 ou mais programas de

televisão. Os novos programas serão provavelmente, sobretudo, programas de televisão por assinatura, uma vez que existem limites à continuação do crescimento em volume da publicidade televisiva e uma vez que o mercado da televisão financiada pela publicidade se afigura assim essencialmente um mercado maduro. Neste contexto, poderá prever-se uma variedade de novos programas temáticos, financiados por pagamento, para ir ao encontro da procura de grupos-alvo específicos (por exemplo, desporto, música, notícias, filmes de longa metragem ou programação infantil). Embora se possa observar uma tendência semelhante para a tematização na televisão financiada pela publicidade, esta tendência não é comparável à especialização que se prevê na televisão por assinatura digital. Além disso, a digitalização, juntamente com a utilização do telefone ou da rede por cabo como canal de retorno, permite a introdução de serviços de televisão interactivos tais como o «pay-per-view» (pagamento por visualização), o «near-video-on-demand», o «video-on-demand» (vídeo a pedido), o telebanco, o sistema de telecompras e o tele-ensino.

(34) De acordo com as informações fornecidas pelas partes, a digitalização da rede por cabo da Telekom será efectuada em 1995. Logo no início de 1995, 80 % das famílias com televisão por cabo poderão dispor da recepção digital (partindo do princípio de que possuem um descodificador). Esta percentagem deverá aumentar para 96 % durante o mesmo ano. A transmissão por satélite pode já ser efectuada em forma analógica ou digital, sendo apenas necessário um ajustamento a nível do equipamento de transmissão e de recepção terrestre. Na rede por cabo de banda larga da Telekom, existirão no futuro, na gama de hiperbanda de 300-450 MHz, 15 canais para transmissão de sinais de programação digital. Prevê-se que em cada canal existirá um total de quatro a dez programas digitais. A Telekom tenciona afectar, numa primeira fase, três canais à televisão por assinatura digital até ao final de 1995.

(35) Enquanto nos Estados Unidos da América foi lançado no início de 1994 um pacote de programação digital de recepção directa por satélite, que compreendia numa primeira fase 75 programas (Direct TV), a Europa encontra-se presentemente na fase de projectos-piloto. No Reino Unido, o BSkyB oferece programas com pagamento por canal (pay-per-channel) e com pagamento por visualização (pay-per-view) via satélite, enquanto a BT vai realizar uma experiência de vídeo a pedido mediante uma tecnologia parcialmente digital através do operador de redes por cabo Westminster. Em França, a France Télécom publicou um anúncio de concurso relativo ao fornecimento de 300 000 descodificadores. O Canal Plus pretende também introduzir, em 1995, descodificadores digitais. O grupo Bertelsmann iniciou uma cooperação com o Canal Plus no sector da televisão por assinatura, que implica um investimento de mais de [. . .] milhões de ecus [1] durante os próximos três anos.

(36) Na Alemanha, deverão desenvolver-se durante o corrente ano diversos projectos-piloto de televisão digital e nalguns casos de televisão interactiva, por exemplo em Nuremberga, Hamburgo e Berlim. No final de 1994 iniciar-se-á um projecto que envolve serviços interactivos, incluindo «near-video-on-demand» e telecompras, em 4 000 famílias no *Länd* de Baden-Vurtemberga (Mulfi Media Services Pilot) e em Hamburgo (DITB Gesellschaft für digitales interaktives Fernsehen mbH). No sector das telecompras, a empresa de vendas por correspondência Quelle Schickendanz AG, prevê introduzir um sistema de telecompras a partir de 1995 e pretende fazê-lo através do seu próprio canal por satélite com um «catálogo electrónico», uma gama de serviços disponíveis e programas recreativos. A maior parte das empresas inquiridas pela Comissão no âmbito do presente processo prevêem também um aumento na televisão por assinatura digital e outros serviços interactivos digitais entre 1995 e 1998. O Premiere, canal de televisão por assinatura explorado pelos grupos Bertelsmann, Kirch e Canal Plus, anunciou que espera poder oferecer serviços de «near-video-on-demand» e televisão por visualização a partir de 1995/1996.

(37) Segundo um estudo anunciado na imprensa especializada, na Alemanha, pelo menos 20 % dos telespectadores com mais de 14 anos estariam dispostos a consagrar uma determinada quantia à televisão por assinatura, para além das taxas de televisão e dos custos da rede por cabo de banda larga. Trata-se de um potencial mercado de mais de 10 milhões de espectadores para a televisão por assinatura. A própria Telekom, no âmbito do seu programa referente à MSG prevê, até ao ano de 2005, 3,4 milhões de ligações.

(38) Com base nas informações actualmente disponíveis, existem dúvidas quanto ao facto de todas as formas de serviços de comunicações financiados por pagamento e destinados aos receptores de imagem, deverem ou não ser incluídos no mesmo mercado. Os serviços interactivos tais como as telecompras ou o telebanco deverão, em especial, ser considerados mercados distintos. Contudo, segundo as informações de que se dispõe actualmente, a televisão por assinatura sob a forma de pagamento por canal, pagamento por visualização e «near-video-on-demand» constitui um mercado único, uma vez que, nestas formas de visualização, é apenas o organismo de radiodifusão televisiva que determina a sequência de programação e o horário, tendo o telespectador apenas uma escolha limitada (no caso do «near-video-on-demand», por exemplo, pode ser seleccionado um número determinado de filmes de longa metragem, que são repetidos a horas específicas durante o dia). A

[1] Valor protegido pelas disposições relativas à não divulgação de segredos de negócios; segundo artigos publicados na imprensa, investimento de cerca de 300 milhões de ecus.

situação poderá ser diferente no caso do «proper video-on-demand», em que o cliente poderá seleccionar um programa da sua escolha a partir de um catálogo electrónico de vídeo. Contudo, uma vez que esta forma de emissão não será provavelmente, de acordo com a informação fornecida por diversos participantes potenciais no mercado, viável durante os anos mais próximos, por razões técnicas, não é necessário incluí-la agora de forma precisa num mercado específico.

3. **Redes de televisão por cabo**

(39) Segundo a Comissão, existe um mercado distinto para as redes de televisão por cabo.

(40) As partes afirmaram que, na sequência da introdução da digitalização, deixará de existir um mercado relevante distinto para as redes de televisão por cabo. Argumentam que deixará de existir qualquer insuficiência de capacidade de transmissão. Consideram igualmente que o cabo e satélite e as frequências terrestres são considerados actualmente pelo consumidor como intersubstituíveis, traduzindo-se por encargos financeiros comparáveis tanto para os telespectadores como para os fornecedores de programas.

(41) Este ponto de vista não pode ser aceite por diversas razões. Independentemente da forma de transmissão ser analógica ou digital, a televisão pode ser difundida através de frequências terrestres, de satélite ou de redes por cabo. Existem diferenças consideráveis entre os três meios de transmissão, no que se refere às condições técnicas e ao financiamento. Enquanto a transmissão terrestre e a televisão por satélite apenas exigem que o espectador instale uma antena ou uma antena parabólica a expensas próprias, a televisão por cabo pressupõe a manutenção de uma rede de cabo financiada pelo telespectador através do pagamento de taxas. Existe uma diferença para o consumidor final entre despender uma elevada soma de uma só vez para uma das formas de transmissão (por exemplo, o receptor de satélite) e efectuar pagamentos regulares pouco elevados, sob a forma de taxas. Embora na Alemanha a penetração no mercado através das ligações por cabo (cerca de 14 milhões) seja extremamente elevada relativamente à de outros Estados-membros, a opção entre diversos meios de transmissão não é uma questão evidente para um elevado número de famílias, mesmo na Alemanha. De um total de cerca de 33 milhões de famílias com televisão, cerca de 8 milhões não estão ainda ligados ao cabo, não existindo actualmente quaisquer planos para efectuar a ligação de outros 9 milhões de famílias. Poderá verificar-se um certo nível de substituibilidade decorrente do facto de 8 milhões de famílias poderem ainda optar e de os diversos meios de financiamento acima descritos poderem ser uniformizados através de modalidades de pagamento semelhantes (pagamento por tempo utilizado). Contudo, este facto não se reveste de especial importância na Alemanha dado o elevado número de famílias que possuem uma ligação ao cabo em comparação com outros Estados-membros e devido a diversas outras circunstâncias que serão seguidamente apresentadas. Algumas famílias com televisão deparam-se com a dificuldade de a aquisição de antenas parabólicas ser proibida, por razões estéticas, pelo proprietário ou pelo condomínio no caso de edifícios. Por último, uma família que já dispõe de uma ligação à rede de cabo ou de um receptor por satélite não está disposta a fazer um investimento suplementar numa outra forma de transmissão (efeito de *lock-in*). Nos casos em que os edifícios que agrupam várias famílias passam do cabo ao satélite, a fim de receberem emissões estrangeiras, tal como as partes declararam, isto não significa que os dois modos de recpção sejam substituíveis, uma vez que os programas fornecidos são distintos.

(42) Também do ponto de vista dos fornecedores de programas, contrariamente à opinião apresentada pelas partes, o cabo e o satélite não são intersubstituíveis em termos de custos. Utilizando a comparação de custos apresentada pelas partes, é um facto que um fornecedor de programas que emita via satélite e que, além disso, forneça os programas de satélite também para o cabo, tem custos comparáveis aos de um fornecedor de programas que emita apenas através de uma rede de cabo. Contudo, se um fornecedor de programas emitir exclusivamente via satélite (radiodifusão directa para as residências), os custos serão significativamente mais elevados por família e por ano.

(43) Por último, não é verdade, contrariamente ao que as partes alegam, que tenha deixado de existir um mercado relevante distinto para as redes por cabo, devido ao facto de a digitalização ter suprimido as insuficiências em meios de transmissão de sinais televisivos. O facto de um bem económico estar à disposição dos consumidores em quantidades limitadas ou suficientes não implica necessariametne a existência de um mercado relevante para tal produto. O elemento decisivo consiste no facto de as relações comerciais baseadas no pagamento existirem no que se refere a um determinado produto ou serviço. É esta a situação actual e será esta a situação no futuro, no que se refere à capacidade de transmissão dos sinais televisivos, tanto analógicos como digitais.

(44) Por estas razões, a Comissão considera que as redes de televisão por cabo constituem um mercado relevante distinto.

B. *Mercado geográfico relevante*

(45) Com base nos resultados da investigação da Comissão, o mercado geográfico relevante para os

três mercados de produto definidos limita-se à Alemanha. Contudo, no que se refere ao mercado de serviços, não se pode excluir o facto de a MSG vir a alargar a prazo — possivelmente com parceiros locais — as suas actividades de serviços também a outros países.

(46) 1. No caso da televisão por assinatura, esta situação deve-se em particular ao facto de os programas oferecidos na Alemanha não serem, de forma significativa, intersubstituíveis com programas oferecidos noutros países. As condições de concorrência para os fornecedores da televisão por assinatura são, presentemente e num futuro previsível mesmo após a digitalização dos meios de transmissão, consideravelmente diferentes nos diversos Estados-membros pelas seguintes razões:

— Os programas de televisão estão, em larga medida, restringidos ao âmbito nacional e são apenas emitidos na língua nacional em questão. Os direitos de radiodifusão são concedidos para um ou mais países especificados ou para regiões linguísticas. Esta concessão de direitos de radiodifusão e os horários das chamadas «janelas» para filmes de longa metragem, vídeo e televisão por assinatura estão sujeitos a diversas disposições regulamentares ou a disposições acordadas entre os fornecedores. Além disso, os filmes em língua estrangeira ou outros programas quase nunca são transmitidos na língua original. Enquanto, por exemplo, os fílmes em língua inglesa são frequentemente transmitidos nos países do Benelux e na Escandinávia com legendas na língua nacional, na Alemanha, França, Itália e Espanha recorre-se normalmente à dobragem. Esta situação traduz-se numa diferenciação dos custos para os organismos de radiodifusão televisiva.

— é um facto que nalguns nichos de mercado existem já programas que são difundidos para além das barreiras linguísticas, como por exemplo, o canal franco-alemão Arte ou o canal musical MTV. Contudo, a gama de programas disponíveis e o «mix» de programas são claramente determinados pelas diferenças culturais e pelas preferências por parte da audiência relevante.

(47) As barreiras linguísticas e as diferenças regulamentares, em especial, continuarão a existir mesmo na era da televisão por assinatura digital. Deverá partir-se do princípio de que os programas de televisão por assinatura na Alemanha continuarão, no futuro, a ser predominantemente programas em língua alemã. Este factor significa, por si só, que as condições de concorrência serão diferentes das de outros países em que não se fale alemão.

(48) Contudo, o mercado da televisão por assinatura revela outras diferenças nas condições de concorrência entre Estados-membros. A estrutura de fornecimento na televisão por assinatura analógica caracteriza-se pelo facto de, em praticamente todos os Estados-membros, um fornecedor específico deter uma posição dominante no mercado, ou mesmo um monopólio. É este o caso da BSkyB no Reino Unido, do Canal Plus em França e Espanha, da Filmnet nos países do Benelux, da Telepiù em Itália e do Premiere na Alemanha. Apenas na Escandinávia se encontram diversos fornecedores no mesmo mercado (Filmnet, TV 1000, Tele TV). Da mesma forma, os preços, o número de programas e as possibilidades de combinação são também diferentes. Mesmo os sistemas de cifragem acima descritos podem ser diferenciados entre os grandes formecedores, mas mais a nível regional. O Premiere é actualmente o único fornecedor com apenas um programa. Consequentemente, o mercado alemão regista um nível de penetração da televisão por assinatura consideravelmente mais reduzido. Apenas cerca de 800 000 famílias alemãs que possuem televisão, ou seja 2 % do total, são assinantes do Premiere. Em França e no Reino Unido, as percentagens correspondentes elevam-se, respectivamente, a 16 e 15 %. Nem sempre uma diferença na penetração no mercado significa, enquanto tal, que exista uma barreira ao acesso ao mercado. Contudo, segundo diversos concorrentes das empresas envolvidas na concentração no mercado da televisão, a discrepância entre, por exemplo, a Alemanha e a França, deve-se a diferenças de popularidade na gama de filmes de grande metragem transmitidos na televisão comercial financiada pela publicidade. É provável que o amplo fornecimento de filmes de longa metragem na televisão alemã torne, no futuro, o acesso de terceiros ao mercado também mais difícil.

(49) Por último, de um ponto de vista técnico, deverá ser tomado em consideração o facto de, no caso da televisão por assinatura, o telespectador apenas poder receber a programação através de um descofificador. Em princípio esta situação permite que, tecnicamente, seja possível uma diferenciação entre diversos Estados-membros a nível de preços para programas idênticos.

(50) Embora na sequência da introdução da digitalização se preveja um aumento da oferta e o desenvolvimento de vários serviços interactivos, os desequilíbrios estruturais no lado da oferta não serão reduzidos a curto prazo. Pode-se já prever que os principais fornecedores actuais da televisão por assinatura irão também desempenhar um papel de liderança na televisão digital. As investigações da Comissão revelaram que a Alemanha é considerada como o maior mer-

cado potencial da Europa para os serviços de televisão por assinatura.

(51) O mesmo acontecerá com os fornecedores alemães que desejarem exercer actividades na Áustria; poderá considerar-se que neste país, devido à inexistência de qualquer barreira linguística, existe um mercado para a televisão por assinatura em língua alemã. Actualmente, a maioria dos assinantes do canal de televisão por assinatura Premiere, explorado pela Kirch, pela Bertelsmann e pelo Canal plus, estão situados na Alemanha, detendo na Áustria menos de [...] %. Não existem actualmente quaisquer outros fornecedores de televisão por assinatura nestes dois países. Consequentmente, e no que se refere às condições da concorrência no início da era da televisão digital por assinatura que serão seguidamente apresentadas, a avaliação da concentração em termos de concorrência seria a mesma, mesmo na hipótese de existir um mercado geográfico que abrangesse ambos os países.

(52) 2. Uma vez que *os serviços* oferecidos pela MSG estão estritamente relacionados com o fornecimento da televisão por assinatura, deverá considerar-se também que o mercado destes serviços será, num futuro previsível, limitado à Alemanha. Embora segundo as partes, a MSG esteja vocacionada para uma actividade a nível europeu, não existam obstáculos ao fornecimento de descodificadores e cartões inteligentes e à obtenção de assinantes no estrangeiro, e embora as diferenças linguísticas e regulamentares, com alguma relevância no sector da televisão por assinatura, não tenham um efeito directo sobre o sector dos serviços, os fornecedores de televisão por assinatura geridos pela MSG teriam, tal como já referido, de possuir capacidades de transmissão junto dos proprietários das redes nacionais respectivas. Esta situação poderá ser pouco relevante em países onde os programas de televisão são recebidos principalmente via satélite, mas assume importância fundamental no mercado alemão, em que mais de 14 milhões de famílias possuem já uma ligação ao cabo. Por conseguinte, a MSG irá funcionar inicialmente apenas na Alemanha. Mesmo no que se refere ao canal de televisão por assinatura Premiere, que fornece, ele próprio, os serviços necessários e que, segundo a sua própria declaração, poderia também fornecê-los a outros fornecedores de televisão por assinatura, a grande maioria dos seus assinantes encontra-se na Alemanha. Uma vez que os fornecedores alemães de televisão por assinatura obtêm também assinantes noutras regiões de língua alemã, o mercado de serviços da MSG alargar-se-á também provavelmente a tais regiões.

(53) Embora possa ser verdade que o fornecimento de programas estrangeiros não implica necessariamente que os seus fornecedores disponham de uma infra-estrutura técnica própria na Alemanha, o facto de a possuírem parece constituir uma vantagem. Até ao momento, os serviços relevantes têm sido sempre fornecidos pelo fornecedor de televisão por assinatura nacional. A recente criação, na Alemanha, da empresa de *marketing* e serviços Selco para os programas da BSkyB de televisão por assinatura e outros programas em língua inglesa vem confirmar esta afirmação. As hipóteses de mercados da MSG dependem, a um nível considerável, da existência de uma rede de cabo bem desenvolvida na Alemanha. Esta rede terá por si só, e juntamente com a rede telefónica, uma importância fundamental para os serviços interactivos futuros, principalmente na perspectiva da introdução iminente da tecnologia ISDN, com base na rede de cabo de banda larga de fibra de vidro, que permitirá o desenvolvimento de uma rede de transmissão de dados em duplex, com uma capacidade quase ilimitada. Tendo em conta que se registam na maior parte dos restantes Estados-membros percentagens de ligação ao cabo muito mais reduzidas, principalmente em França e no Reino Unido, não se prevê num futuro próximo a existência de condições de concorrência homogéneas entre a Alemanha e os restantes Estados-membros. Quanto à Áustria e às respectivas redes de cabo, a situação poderia evoluir, de acordo com as considerações supra (considerando 52), no sentido da criação de um mercado de serviços de língua alemã.

(54) 3. No que se refere à operação das redes de televisão por cabo, existe já um mercado nacional alemão resultante do monopólio legal da Telekom no que se refere à instalação e operação de redes por cabo nas vias públicas. Tal significa que as condições de concorrência na Alemanha são substancialmente diferentes das existentes noutros países, nos quais o monopólio de rede foi já abolido, existindo mesmo nalguns casos um grande número de operadores privados de rede.

C. *Efeitos da concentração*

1. **Serviços técnicos e administrativos**

(55) A MSG será, na Alemanha, o primeiro fornecedor de serviços técnicos e administrativos para a televisão por assinatura e outros serviços de comunicação financiados por pagamento. Para além da Selco, empresa estabelecida num segmento de mercado específico, a MSG será também provavelmente o único fornecedor de tais serviços no mercado alemão num futuro próximo, detendo consequentemente um monopólio. Embora um monopólio num mercado futuro que apenas agora começa a desenvolver-se não deva, necessariamente, ser considerado como uma posição dominante na acepção do nº 3 do artigo 2º do regulamento das concentrações, a afirmação de que existe qualquer posição dominante no mercado pressupõe, neste caso, que o mercado futuro em

questão permaneça aberto à concorrência futura e que o monopólio seja, consequentemente, apenas temporário. No entanto, esta condição não é preenchida no presente caso. Afigura-se que o mercado dos serviços oferecidos pela MSG está a ser encerrado já na fase de desenvolvimento, através da criação da empresa comum, e que a MSG adquirirá um monopólio a longo prazo.

a) *Eliminação da concorrência potencial*

(56) Tal como já afirmado, a experiência de outros países demonstra que os fornecedores de televisão por assinatura ou os operadores da rede de cabo são os fornecedores mais prováveis dos serviços técnicos e administrativos destinados à televisão por assinatura. Na Alemanha, o único fornecedor de televisão por assinatura é actualmente o Premiere, controlado conjuntamente pelos seus três accionistas, Bertelsmann, Kirch e Canal Plus. O Premiere assegura ele próprio presentemente os serviços técnicos e administrativos necessários ao funcionamento da sua televisão por assinatura. Existe por outro lado a Telekom, que detém um monopólio legal nas redes de cabo de banda larga e que é, praticamente, o único operador de rede de cabo na Alemanha. Mais de 90 % das redes de cabo da Alemanha são exploradas pela Telekom. Com a criação da MSG, existe consequentemente uma concentração destas empresas que, caso contrário, teriam de instalar uma infra-estrutura para televisão por assinatura digital e fornecer os serviços correspondentes. Assim, a concorrência potencial mais provável é excluída logo a partir da fase de desenvolvimento do mercado.

(57) As partes argumentam em resposta a esta afirmação que nenhuma das empresas fundadoras da MSG teria, dado o nível substancial de investimento exigido, possibilidades, por si só, de entrar no mercado do serviços oferecidos pela MSG. Segundo as declarações das partes, nenhum dos accionistas da MSG poderia suportar o risco associado ao investimento individualmente e sem a reunião do saber-fazer necessário ao projecto. A Comissão está de acordo com as partes quanto ao facto de o investimento necessário que, de acordo com os documentos disponíveis se estima em [...] milhões de marcos alemães durante os próximos dez anos, ser considerável. Contudo, o grupo Bertelsmann/Kirch, por um lado, e a Telekom, por outro, dispõem dos recursos suficientes para realizar, também individualmente, um projecto como a MSG. Cada uma das empresas tem também todo o interesse em criar uma infra-estrutura técnica para a televisão por assinatura digital: o grupo Bertelsmann/Kirch, devido às possibilidades adicionais de programação que a televisão digital proporciona precisamente para a televisão por assinatura; para a Telekom, é importante que na introdução da televisão estejam criadas as condições prévias necessárias à televisão por assinatura digital. Uma vez que a programação adicional tornada possível através da digitalização seria provavelmente, tal como já referido, sobretudo finaciada por pagamento, o êxito da televisão digital, e consequentemente da utilização optimizada da rede de cabo da Telekom, depende do facto de estar assegurada a infra-estrutura necessária à televisão por assinatura.

(58) O argumento apresentado pelas partes de que apenas poderiam assumir o risco do investimento numa infra-estrutura digital conjuntamente, afigura-se também como pouco convincente, se se tiver em consideração a experiência verificada na Alemanha com a introdução do sistema de telefone móvel GSM. Também neste caso foi necessário criar, para um novo sistema de comunicações, uma infra-estrutura que assegurasse a major cobertura nacional possível. Contudo, foi possível que dois operadores de telefonia móvel concorrentes realizassem esta tarefa. Foi assim assegurada aos utilizadores de telefonia móvel a possibilidade de optarem entre dois sistemas concorrentes, o sistema D1 explorado pela Telekom e o sistema D2 explorado por um consórcio privado. Enquanto o investimento na MSG não deverá ultrapassar os [...] milhões de marcos alemães durante dez anos, os operadores dos sistemas D1 e D2 investiram, cada um, entre 2,5 e 3 mil milhões de marcos alemães durante um período de cinco anos.

(59) A documentação da Telekom referente ao projecto MSG revela que a Telekom possui um interesse estratégico, através do desenvolvimento de uma empresa de serviços, em entrar no mercado da televisão por assinatura e no futuro mercado dos serviços interactivos de maior valor acrescentado. Ao promover a difusão da televisão por assinatura como meio de acesso aos serviços interactivos, a Telekom tem a possibilidade de prosseguir uma política mais voltada para o utilizador na área dos serviços de cabo de banda larga, em vez de se limitar a uma política de pagamentos e encargos meramente relacionada com as ligações efectuadas. Neste contexto, parece provável que, se a Telekom não participasse na MSG, entraria independentemente no mercado dos serviços técnicos e administrativos e exploraria consequentemente uma infra-estrutura de televisão por assinatura que não seria controlada pelo grupo Bertelsmann/Kirch. Se necessário, a Telekom poderia fazê-lo juntamente com outros parceiros que não participam no sector da televisão por assinatura.

b) *Encerramento do mercado*

(60) Parece ser pouco provável que os fornecedores concorrentes na Alemanha possam penetrar no mercado dos serviços técnicos e administrativos destinados à televisão por assinatura após o estabelecimento da MSG nesse mercado. A instalação de uma infra-estrutura alternativa exigiria um investimento elevado que apenas seria realizado por outros fornecedores ou grupos de fornecedores se houvesse uma hipótese de penetração no mercado.

Contudo, se a MSG tivesse já ocupado o mercado tal hipótese seria praticamente inexistente. Um fornecimento de serviços alternativos teria que vencer as vantagens competitivas combinadas e os pontos fortes específicos da Telekom, por um lado, e do grupo Bertelsmann/Kirch, por outro, o que se afigura pouco provável.

aa) Pontos fortos da Telekom

(61) Os seguintes pontos fortes específicos da Telekom são especialmente relavantes no que se refere à empresa comum MSG e ao mercado dos serviços oferecidos por esta última:

— A Telekom possui uma rede de cabo de banda larga a que estão actualmente ligados mais de 13 milhões de famílias, o que representa mais de 90 % do total das famílias ligadas a um cabo na Alemanha (um total de 14 milhões de ligações). Dentre os dois meios básicos de transmissão da televisão por assinatura, a rede de cabo desempenha na Alemanha um papel muito mais importante do que a televisão por satélite, que presentemente é recebida por 7 milhões de famílias. Além disso, a ligação dos mercados regionais ou locais é menos onerosa através de transmissões directas e limitadas localmente na rede de cabo. Dada a importância da rede de cabo na Alemanha, é lógico que os serviços relacionados com a televisão por assinatura apenas sejam fornecidos se forem referentes a programas de televisão por assinatura também transmitidos por cabo. A restrição dos serviços aos programas via satélite só é possível em segmentos de mercado específicos, tais como o sector de actividade coberto pela Selco, que será seguidamente descrito. Com excepção deste segmento, qualquer fornecedor de televisão por assinatura digital está, portanto, depentente da utilização da rede de cabo da Telekom.

— Enquanto proprietária da rede de cabo, a Telekom ficará responsável pela digitalização na área da hiperbanda. Determinará a expansão gradual dos canais de transmissão de televisão digital e poderá, consequentemente, controlar o desenvolvimento da capacidade de transmissão da televisão digital.

— Tendo recentemente adquirido uma participação de 16,6 % na SES, a Telekom tornou-se o segundo maior accionista, após o Grão-Ducado do Luxemburgo, no principal operador por satélite europeu, que cobre 6 milhões de famílias na Alemanha através dos satélites ASTRA. A Telekom está representada no conselho de administração da SES, e colabora com esta empresa por forma a garantir a compatibilidade entre a rede por satélite e a rede de cabo no sector da televisão digital. Embora não controle a SES, a Telekom pode influenciar, através da sua participação nesta empresa, a afectação de canais via satélite utilizando os satélites ASTRA, que desempenham um papel dominante na Comunidade.

— Sendo também proprietária da rede de cabo de banda larga e detendo simultaneamente o monopólio da rede telefónica fixa, a Telekom controla os dois principais meios de transmissão que podem fornecer o canal de retorno necessário para a televisão digital interactiva. A utilização do sistema de telefone móvel como canal de retorno, embora seja possível tecnicamente, não parece revelar-se uma alternativa adequada em termos económicos, pelo menos no que se refere às famílias. Segundo as informações de que a Comissão dispõe, a rede de cabo de banda larga na Alemanha não pode, por razões técnicas, ser utilizada presentemente como um canal de retorno, sendo para tal necessário um novo investimento. Esta situação faz com que a rede de telefone da Telekom ou a sua rede de fibra de vidro, se tornem ainda mais importantes como único canal actualmente disponível para a televisão interactiva.

— Com a rede de cabo, a Telekom dispõe de uma base de clientes que se pode revelar de grande importância para o funcionamento da televisão por assinatura. A Telekom tem acesso directo a cerca de 4 milhões de clientes individuais. Está, além disso, envolvida indirectamente em empresas de serviços por cabo, que têm a seu cargo mais 900 000 utilizadores de cabo no sector do nível 4 da rede (equipamento de distribuição para as residências). Além disso, a Telekom possui igualmente uma base de distribuição nacional através das suas lojas espalhadas por todo o país.

— Enquanto operador de rede de cabo e de telefone, a Telekom possui experiência na gestão da rede, possuindo igualmente o saber-fazer tecnológico no domínio dos serviços de comunicações.

Os pontos fortes específicos da Telekom acima referidos conferem à MSG vantagens competitivas significativas, em comparação com os concorrentes potenciais.

bb) Pontos fortes do grupo Bertelsmann/Kirch

(62) Como único fornecedor, até ao momento, da televisão por assinatura o grupo Bertelsmann/Kirch possui já, através do Premiere, uma base de assinantes que poderá também utilizar na futura televisão por assinatura digital. As partes alegam neste contexto que a base de assinantes do Premiere não será suficiente para garantir a remuneração do seu investimento na MSG. Esta afirmação poderá ser correcta. Contudo, o risco de investimento numa infra-estrutura digital fica significativamente reduzido se o fornecedor do serviço puder utilizar uma base de assinantes de clientes da televisão por assinatura analógica. Cada um dos concorrentes da MSG teria de possuir uma base de assinantes que os fornecedores de televisão por assinatura por ele controlados teriam de adquirir previamente. Os

concorrentes do grupo Bertelsmann/Kirch no mercado da televisão por assinatura teriam, contrariamente às empresas-mãe do Premiere, de partir do zero. O mesmo aconteceria com os concorrentes potenciais da MSG na área dos serviços técnicos e administrativos.

(63) Tal como será pormenorizadamente referido, o grupo Bertelsmann e, principalmente, o grupo Kirch têm um acesso preferencial aos suportes lógicos de programação. O grupo Bertelsmann/Kirch tem, muito mais do que os seus concorrentes potenciais no mercado da televisão por assinatura, a possibilidade de oferecer, após a introdução da televisão digital, novos programas atraentes para a televisão por assinatura. Qualquer concorrente potencial da MSG teria, consequentemente, de criar uma base de clientes sem dispor, para a sua infra-estrutura técnica, dos programas do futuro fornecedor líder de televisão por assinatura. Este facto aumenta substancialmente o risco económico para um fornecedor alternativo de serviços.

(64) Por último, o grupo Bertelsmann, que tem experiência na gestão de clientes através dos 22 milhões de membros de clubes de livros em todo o mundo, sendo o maior operador de clubes de livros na Alemanha, com 6 milhões de membros, possui um importante canal de distribuição potencial para a televisão por assinatura. Este facto vem também reforçar as hipóteses de êxito no mercado para os futuros programas para a televisão por assinatura digital do grupo Bertelsmann/Kirch, o que significa simultaneamente que a MSG tem garantida a sua base de clientes. O grupo Bertelsmann argumenta a este respeito que uma parte significativa da base de clientes dos clubes de livros é apenas «cedida» ao grupo Bertelsmann pelos [...] agentes de vendas independentes, e que não está interessado em perturbar o poder de compra dos clientes dos clubes, transferindo-o dos actuais produtos oferecidos pelos clubes para outros produtos. No entanto, por um lado é improvável que um método de venda que consiste na angariação de novos clientes através de agentes de vendas independentes, possa impedir de forma significativa a extensão da gama de produtos dos clubes. Por outro lado, o argumento da possibilidade de uma transferência de clientes do clube do mercado dos livros e discos para o mercado dos produtos de televisão por assinatura, não é muito convincente. Qualquer produto bem sucedido de televisão por assinatura representa um risco de transferência a nível do orçamento «cultura» dos clientes, independentemente do meio de venda utilizado, e a introdução, com êxito, da televisão por assinatura digital constitui precisamente o objectivo declarado da MSG e das suas empresas-mãe.

cc) Outros fornecedores de serviços

(65) A única empresa actualmente conhecida que deseja oferecer na Alemanha serviços semelhantes aos que serão fornecidos pela MSG é a Selco Servicegesellschaft für elektronische Kommunikation mbH (Selco). A Selco é uma empresa comum criada entre o organismo privado de radiodifusão televisiva PRO 7 (50,1 %) e a News Corporation Ltd (49,9 %), propriedade do grupo Murdoch. Segundo as informações de que a Comissão dispõe, o objecto da Selco limita-se à comercialização de programas em língua inglesa na Alemanha. Esta actividade envolve sobretudo provavelmente programas provenientes do fornecedor de televisão por assinatura BSkyB, propriedade do grupo Murdoch. Consequentemente, a Selco irá desenvolver a sua actividade num nicho de mercado com uma base de assinantes limitada. Deverá ainda notar-se que 47,7 % das acções do PRO 7 são detidas pelo Senhor Thomas Kirch, filho do proprietário do grupo Kirch. Acontece ainda que o PRO 7 adquire, em larga medida, o suporte lógico de programas do grupo Kirch utilizando-o nos seus programas. Assim deve, no mínimo, considerar-se que o PRO 7 está sujeito à influência do grupo Kirch. Neste contexto, não será de prever que a Selco entre em concorrência activa com a MSG.

(66) A empresa luxemburguesa Europa Online SA, que foi mencionada pelas partes e que se encontra em fase de criação, está, de acordo com a imprensa, limitada aos serviços de informação interactivos que utilizam um suporte informático. O capital social referido na imprensa como sendo de 1,25 milhões de marcos alemães, sugere que será pouco provável que a Europa Online crie uma infra-estrutura para a televisão por assinatura digital.

(67) Contrariamente às alegações das partes, não poderá prever-se de forma realista, que outros concorrentes penetrem no mercado da MSG, dadas as suas vantagens competitivas acima descritas. A este respeito, deverá ser realçada uma contradição patente nas declarações das partes. Por um lado, o risco de investimento da MSG é considerado tão elevado que o grupo Bertelsmann/Kirch e a Telekom seriam, individualmente, incapazes de o assumir. Por outro lado, segundo as partes, outros concorrentes poderão penetrar no mercado mesmo após o estabelecimento, com êxito, da MSG.

(68) A afirmação de que, a longo prazo, a MSG deverá possuir uma posição de monopólio, é confirmada tanto pelos resultados da audição, em que participaram diversos terceiros, como por um grande número de respostas de outras empresas inquiridas pela Comissão, que desenvolvem a sua actividade na área da televisão ou noutras áreas relevantes para a actividade da MSG. Consequentemente não se prevê que um fornecedor alternativo de serviços possa estabelecer-se como concorrente da MSG.

(69) Prevê-se também uma posição dominante da MSG, mesmo que esta empresa, com a sua estrutura de accionistas actual, decidisse instalar uma base de descodificação utilizando a denominada «*interface* comum».«*Interface* comum» significa, neste contexto, uma concepção de tecnologia de cifragem que permite que outras televisões por assinatura ou fornecedores de serviços realizem o acesso condi-

cional e a gestão de assinantes utilizando uma base de descodificação disponível sem solicitarem uma licença para a utilização do sistema de acesso condicionado à empresa que instalou a base de descodificação. Esta situação torna-se possível porque os módulos dos diversos fornecedores de programas ou de serviços podem ser ligados a um descodificador equipado com uma *interface* comum e porque cada módulo contém os elementos de cifragem privativos. É um facto que, com um sistema desta natureza, os concorrentes potenciais da MSG já não teriam de investir numa base de descodificação própria. No entanto, não deverá também excluir-se a possibilidade de a MSG, enquanto os descodificadores forem cedidos aos telespectadores em regime de *leasing*, lhes impor condições nos contratos de *leasing* no sentido de não poderem utilizar o descodificador com módulos de outros fornecedores de televisão por assinatura ou de serviços, sem autorização da MSG. Esta restrição contratual, seria possível na actual fase do projecto DVB. Na sequência desta restrição, os concorrentes dos grupos Bertelsmann e Kirch ou da MSG não disporiam de um acesso gratuito e não controlado à base de descodificação instalada, apesar da *interface* comum, enquanto os descodificadores continuassem a ser principalmente, ou pelo menos em larga medida, cedidos em regime de *leasing* pela MSG e não adquiridos pelos assinantes da televisão por assinatura. De acordo com o programa de actividades da MSG, esta situação prolongar-se-á durante os primeiros cinco anos, verificando-se durante este período uma redução progressiva da proporção de contratos de *leasing* para o novo equipamento, de cerca de 70 % para cerca de 20 %. Tal significa que o acesso gratuito não será possível durante o período relativamente longo da introdução da televisão digital. Este período é contudo decisivo para a criação das condições de mercado no mercado da MSG. Além disso, mesmo após este período, o acesso gratuito só será uma realidade para os descodificadores vendidos aos assinantes e não para os descodificadores cedidos através de *leasing* já instalados.

(70) Mesmo que a MSG não limite o acesso de outros fornecedores de serviços nos contratos de *leasing* dos descodificadores, poderá pressupor-se que esta empresa deteria uma posição dominante no mercado distinto do acesso condicional e da gestão de assinantes que poderia, teoricamete, existir. Graças ao potencial comercial do grupo Bertelsmann/Kirch na área da televisão por assinatura, a MSG beneficiaria provavelmente, no seu mercado, de economias de escala (base de assinanes, número de programas) que a concorrência por parte de outros fornecedores de serviços muito mais difícil. Por outro lado, a participação da Telekom na empresa comum permite que a MSG colque à disposição dos fornecedores da televisão por assinatura os contratos de utilizadores necessários para a rede de cabo de banda larga da Telekom, mesmo se esses contratos são juridicamente celebrados entre a Telekom e os utilizadores. Assim. a MSG pode, contrariamente a outros fornecedores potenciais de serviços, oferecer aos fornecedores de programação um serviço extensivo que abrange todas as condições prévias em termos técnicos para a televisão por assinatura.

(71) Se a MSG ocupar o mercado com a sua actual estrutura de accionistas, é provável que quaisquer novos fornecedores de televisão por assinatura dependam, em larga medida, do fornecimento de serviços da MSG, mesmo que, com uma *interface* comum e com um acesso ilimitado aos descodificadores, o acesso condicionado e a gestão de assinantes possam ser fornecidos por outros fornecedores de serviços utilizando a base de descodificação instalada pela MSG. Não é de esperar que um assinante comum de televisão por assinatura deseje entrar em contacto com diversos operadores de gestão de assinantes. O telespectador tem interesse em limitar-se, tanto quanto possível, a um único organismo que, em seu nome, trate de todas as questões relacionadas com a televisão por assinatura (ou seja, a extensão da assinatura a novos programas, a redução dos programas assinados. o pagamento da assinatura). O fornecedor de serviços que possa fornecer o maior número de programas e os programas mais atraentes ocupará, consequentemente, uma posição vantajosa que os restantes fornecedores de serviços terão dificuldades em acompanhar. Prêve-se que a MSG conseguirá esta posição vantajosa uma vez que, dados os seus recursos em têrmos de programação, os grupos Bertelsmann e Kirch estarão em condições de fornecer programas atraentes de forma mais rápida e mais ampla no mercado de televisão por assinatura digital. Quaisquer novos fornecedores de televisão por assinatura, verão consequentemente as suas perspectivas de vendas substancialmente reduzidas se não utilizarem os serviços da MSG e oferecerem aos seus clientes o seu próprio sistema de gestão de assinantes ou o de um outro fornecedor de serviços.

(72) O «efeito de sucção» de uma empresa de serviços controlada pelos grupos Bertelsmann e Kirch seria mais facilmente contrariado por um operador de rede de cabo que procedesse ele próprio à gestão de assinantes da televisão por assinatura e que oferecesse aos seus clientes pacotes de programas que ele próprio reuniu. Devido às condições estruturais da Alemanha, esta função apenas poderia ser desempenhada pela Telekom, que domina o mercado das redes de cabo. Os «ilhéus» de cabo dos operadores de redes de cabo privados são na sua maioria demasiado reduzidos para justificar o investimento que seria necessário para possuírem o seu próprio acesso condicionado e a sua própria gestão de assinantes para a televisão por assinatura. Ao contrário da rede de cabo de banda larga da Telekom, as redes de cabo dos operadores privados não constituem, além disso, um meio de transmissão de televisão por assinatura de tal forma essencial que os programas do grupo Bertelsmann/Kirch sejam obrigados a utilizá-los. Assim, como consequência da participação da Telekom na MSG, é criada uma estrutura de mercado

que aponta no sentido de a MSG deter uma posição dominante mesmo caso seja utliizada uma interface comum.

c) *Resumo*

(73) Pelas razões atrás expostas prevê-se que a concentração projectada proporcionará à MSG uma posição dominante duradoura no mercado dos serviços técnicos e administrativos na Alemanha.

2. **Televisão por assinatura**

(74) Se a MSG detiver uma posição dominante no mercado dos serviços técnicos e administrativos, este facto viria reforçar de forma considerável a posição do grupo Bertelsmann/Kirch no mercado a jusante da televisão por assinatura. Seria de prever que a criação da MSG proporcionaria aos grupos Bertelsmann e Kirch uma posição dominante duradoura no mercado da televisão por assinatura.

a) *Posição actual do grupo Bertelsmann/Kirch no mercado da televisão por assinatura*

(75) Actualmente, o Premiere, que é controlado em conjunto pelos grupos Bertelsmann, Kirch e Canal Plus, é o único fornecedor de televisão por assinatura na Alemanha. Mesmo que, na sequência de um aumento da capacidade após a digitalização da televisão, seja possível um grande número de novos programas de televisão por assinatura e, consequentemente, se possa prever que os concorrentes penetrem no mercado da televisão por assinatura, existem elementos de prova significativos de que o grupo Bertelsmann/Kirch continuará a deter uma posição de liderança nesse mercado, intependentemente da criação da MSG.

(76) Os grupos Bertelsmann e Kirch têm um acesso preferencial ao suporte lógico pertinente para a televisão por assinatura. O grupo Kirch é o mais importante fornecedor alemão de filmes de longa metragem e de programas recreativos para a televisão. Este grupo tem à sua disposição cerca de 15 000 filmes de todos os géneros e 50 000 horas de programas televisivos. Desenvolve, além disso, importantes actividades de produção nos sectores cinematográfico e televisivo. Juntamente com a Axel Springer Verlag, o grupo Kirch controla igualmente a ISPR, que se tornou a mais importante agência de direitos de radiodifusão no campo do desporto, comercializando centralmente, por exemplo, os jogos de futebol da Bundesliga. O grupo Bertelsmann tem também acesso a importantes direitos em matéria de transmissão de manifestações desportivas e a actividades de produção cinematográfica através da Ufa.

(77) Ambas as empresas desenvolvem amplas actividades na televisão comercial gratuita. Os organismos de radiodifusão de telvisão comercial, nos quais os grupos Bertelsmann e Kirch detêm participações ou que devem ser considerados sujeitos à influência do grupo Kirch, detêm uma cota de cerca de 80 % das receitas de publicidade televisiva na Alemanha (RTL, SAT 1, PRO 7, RTL 2. Vox, Deutsches Sportfernsehen e Kabelkanal). O grupo Kirch em especial, juntamente com as suas empresas associadas ou empresas que deverão ser consideradas sujeitas à sua influência (SAT 1, DSF, PRO 7 e Kabelkanal), tem a possibilidade de utilizar diversas vezes os direitos sobre filmes ou os direitos sobre manifestações desportivas. Desta forma, o grupo Kirch pode pagar preços mais elevados do que os seus concorrentes para adquirir tais direitos. O seu acesso preferencial ao suporte lógico, significa que o grupo Bertelsmann/Kirch pode, na sequência da digitalizaçao da televisão, oferecer novos programas atraentes para a televisão por assinatura e pacotes de programas, mais facilmente que os concorrentes potenciais.

(78) É particularmente importante neste contexto, que os recursos de programação do grupo Bertelsmann/Kirch permitam a junção de diferentes pacotes de programas de modo a adaptá-los às exigências de grupos-alvo específicos, podendo ser oferecidos a um preço de assinatura atraente. A experiência em países onde a televisão por assinatura está já numa fase mais avançado de desenvolvimento, revela que a junção de programas individuais em pacotes constitui um factor chave do êxito no mercado da televisão por assinatura. Os fornecedores de televisão por assinatura que ocupam uma posição menos importante no mercado poderão, além disso, ver-se forçados a incluir os seus programas nos pacotes dos principais fornecedores de televisão por assinatura, proporcionando-lhes assim um controlo sobre os seus concorrentes.

(79) Deverá também ser realçado o facto de, tal como já referido, o grupo Bertelsmann ser o mais importante operador de clubes de livros na Alemanha tendo assim à sua disposição um importante canal de distribuição para os programas de televisão por assinatura. No caso do grupo Kirch, existe uma outra vantagem competitiva resultante da sua participação de 35 % na Axel Springer Verlag que, por sua vez, detém uma participação de 20 % no SAT 1. A Axel Springer Verlag é a maior editora de jornais na Alemanha e simultaneamente a maior editora de revistas de programação de televisão. É evidente que a associação, em termos de meios de comunicação social, entre o grupo Kirch e a Axel Springer Verlag irá muito provavelmente promover a aceitação dos programas de televisão por assinatura nos quais o grupo Kirch está envolvido.

(80) No que se refere à posição que os grupos Bertelsmann e Kirch detêm no mercado de televisão por assinatura, um outro ponto relevante é o facto de a proibição de concorrência imposta aos accionistas do Premiere acima referida eliminar qualquer hipótese de concorrência entre ambas as empresas no mercado da televisão por assinatura. Este facto é talvez menos importante no caso da televisão analógica uma vez que, dada a insuficiência de canais de transmissão disponíveis, a possibilidade de

novos programas de televisão por assinatura está, de qualquer forma, limitada. Contudo, com o aumento das capacidades de transmissão na sequência da digitalização, os grupos Bertelsmann e Kirch terão a possibilidade de colocarem no mercado uma gama muito mais ampla de programas. Neste contexto, a proibição de concorrência traduzir-se-á numa restrição da concorrência muito mais significativa do que anteriormente.

(81) Assim, o grupo Bertelsmann/Kirch tem já actualmante uma posição extremamente forte no mercado da televisão por assinatura.

b) *Reforço da posição do grupo Bertelsmann/ Kirch através da MSG*

(82) Caso, pelas razões atrás expostas, a MSG adquira uma posição de monopólio duradoura enquanto operador de uma infra-estrutura digital para a televisão por assinatura, todos os fornecedores de televisão por assinatura susceptíveis de entrar no mercado desse tipo de televisão na sequência de digitalização seriam forçados a utilizar os serviços associados à televisão por assinatura provenientes de uma empresa que é controlada pelos fornecedores de televisão por assinatura que estão já numa posição de liderança. Os futuros concorrentes do grupo Bertelsmann/Kirch no mercado da televisão por assinatura teriam de optar entre aceitar as condições da MSG ou permanecer fora do mercado. Esta afirmação é confirmada por um elevado número de respostas das empresas inquiridas.

(83) As partes argumentam em resposta a esta afirmação que cada fornecedor de programas para a televisão por assinatura tem a alternativa de fornecer este serviço ele próprio, como acontece de forma geral actualmente. Esta afirmação é incorrecta. Uma panorâmica da situação actual revela que qualquer novo fornecedor de programas que entre no mercado é obrigado a utilizar os serviços de um fornecedor de televisão por assinatura que esteja já estabelecido no mercado em termos de infra-estrutura técnica. Esta situação resulta do facto de o risco económico associado à instalação, pelo fornecedor de programação, de uma nova infra-estrutura própria para um novo programa ser demasiado elevado. A experiência tem vindo a demonstrar que, por exemplo, um fornecedor de programas no Reino Unido está dependente da infra-estrutura da BskyB e que um novo fornecedor em França está dependente da estrutura do Canal Plus. Com a criação da MSG, na sua estrutura de accionista actual, poderá vir a desenvolver-se uma situação comparável no que se refere à televisão por assinatura digital na Alemanha.

(84) Consequentemente, através da MSG, o grupo Bertelsmann/Kirch poderá influenciar de forma significativa a concorrência de futuros fornecedores de televisão por assinatura, e em larga medida, dar-lhe a configuração que desejar. Através da sua influência de controlo na MSG pode garantir que as condições impostas por esta empresa, em especial, a estrutura de preços sejam organizadas de forma vantajosa para os seus próprios programas e desfavorável para os programas dos seus concorrentes. O grupo Bertelsmann /Kirch poderá também obter lucros a partir de preços artificialmente elevados, uma vez que, contrariamente aos seus concorrentes, participa nas receitas da MSG.

(85) Poderia além disso existir a possibilidade, invocando limitações técnicas que só muito dificilmente se poderiam verificar, de fornecer os serviços da MSG de tal forma que o acesso ao mercado de programas contrários aos interesses do grupo Bertelsmann/Kirch fosse, pelo menos, atrasado. O mesmo acontece no que se refere à retransmissão de programas, pela Telekom, na rede de cabo. Não se pode excluir a hipótese de, ao realizar uma concentração com o grupo Bertelsmann/Kirch na MSG, a Telekom passar a ter também em consideração os interesses dos seus parceiros. As dificuldades registadas no passado em alimentar as redes de cabo da Telekom com programas transmitidos via Astra, sugerem que, invocando limitações técnicas, a Telekom pode influenciar o acesso à rede de cabo sem que se possa provar que infringiu a exigência de neutralidade.

(86) Tal como já foi afirmado, a Telekom tem o poder de controlar o desenvolvimento digital da hiperbanda na sua rede de cabo de banda larga. A Telekom pretende colocar à disposição três canais para a televisão digital até ao final de 1995, podendo cada canal transmitir em modo digital entre quatro e dez programas de televisão. Tal significa que, numa fase inicial, estará disponível uma capacidade de transmissão adicional de apenas, no máximo, 30 novos programas. A maior parte desta capacidade poderá ser facilmente adquirida pelo grupo Bertelsmann/Kirch, principalmente porque o Premiere poderá introduzir o near-video-on-demand, que virá utilizar uma proporção considerável da capacidade de transmissão. A Telekom afirmou que se procederá à digitalização dos restantes 12 canais disponíveis em função das condições económicas gerais na perspectiva de alcançar uma cobertura optimizada adaptada às exigências do mercado. Tendo-se fixado estes critérios relativamente vagos, a Telekom pode basear o desenvolvimento futuro da hiperbanda nos interesses da televisão por assinatura dos seus parceiros na MSG. Deverá também ser tomado em consideração o facto de o desenvolvimento poder apenas vir a realizar-se de forma gradual, uma vez que a digitalização de novos canais demora cerca de seis meses e pressupõe um investimento de cerca de 50 milhoes de marcos alemães.

(87) O grupo Bertelsmann/Kirch tem também a possibilidade de influenciar, através da MSG, a localização dos programas dos seus concorrentes. O grande número de programas possíveis na televisão

digital torna necessário o estabelecimento de um sistema de guia de utilização por forma a auxiliar o telespectador a localizar programas específicos na «selva de programas». Uma vez que o modulador «on-screen» necessário está incluído no aparelho de descodificação, tal orientação será provavelmente dada por quem instalar a base de descodificação. O controlo do guia de utilização permite que o operador coloque, na grelha de programas, os programas de fornecedores de televisão por assinatura concorrentes em posições que os tornam menos atraentes. Neste contexto, é importante, por exemplo, o número de operações necessárias para aceder a um determinado programa.

(88) O grupo Bertelsmann/Kirch tem também a possibilidade, através da MSG, de influenciar a comercialização de programas da concorrência no que se refere à colocação de tais programas nos cartões inteligentes fornecidos pela MSG. A MSG, enquanto operador do acesso condicionado, coloca nos cartões inteligentes os programas e pacotes de programas de televisão por assinatura disponíveis que são posteriormente transmitidos através dos sinais de autorização, por sua vez transmitidos com o sinal de televisão. Prevê-se que o assinante comum de televisão por assinatura não deseje utilizar uma grande variedade de cartões inteligentes diferentes. Assim, a MSG pode dificultar o acesso de quaisquer concorrentes do grupo Bertelsmann/Kirch colocando-os, não no primeiro cartão inteligente juntamente com os programas mais atraentes, mas em novos cartões inteligentes adicionais.

(89) Por último, o grupo Bertelsmann/Kirch poderá adquirir vantagens substanciais em termos de informações através da MSG. Esta situação verificar-se-á no que se refere a novos programas projectados, mas também, e especialmente, no que se refere à estrutura de clientes e ao comportamento, enquanto telespectadores, dos assinantes geridos através do sistema de gestão de assinantes. O grupo Bertelsmann/Kirch não necessita sequer de adquirir o direito de acesso a dados individuais dos consumidores. Será suficiente que obtenha acesso a dados anónimos, que forneçam, por exemplo, informações relativas à estrutura etária dos telespectadores dos programas em questão. Acresce que, no caso dos serviços interactivos da televisão por assinatura, tais como a televisão de pagamento por visualização, poderão ser detectados, a partir de dados não individualizados, quais os grupos específicos que preferem o conteúdo específico de um determinado programa e em que medida o preferem. Esta informação confere vantagens competitivas significativas uma vez que facilita em larga medida o desenvolvimento de programas ou de pacotes de programas orientados para grupos-alvo.

(90) As partes expressaram a opinião de que os accionistas da MSG não teriam interesse em prejudicar os outros fornecedores de televisão por assinatura um vez que tal comprometeria o êxito económico da MSG. Este argumento pode ser posto em causa dado que, tal como acima referido, se prevê que a MSG irá adquirir uma posição de monopólio. Os restantes fornecedores de televisão por assinatura dependerão dos serviços fornecidos pela MSG, mesmo em condições desfavoráveis e possivelmente discriminatórias. Além disso, os grupos Bertelsmann e Kirch estão principalmente interessados em controlar o mercado da televisão por assinatura e em influenciar as hipóteses dos seus concorrentes, apesar de um comportamento desta natureza poder ter um impacte negativo sobre as receitas da MSG. Qualquer contra-argumentação das partes segundo a qual a participação da Telekom garante que a actividade da MSG será não discriminatória e neutra no que se refere aos fornecedores, não é também convincente. Os grupos Bertelsmann e Kirch detêm, conjuntamente, dois terços das participações na empresa comum. Mesmo que a Telekom exerça um controlo conjunto com a Bertelsmann e Kirch sobre a empresa comum, não é de prever que a MSG tenha um comportamento neutro nos casos em que os interesses da Bertelsmann e da Kirch coincidam. Este facto tem especial importância uma vez que os grupos Bertelsmann e Kirch possuem o saber-fazer necessário à tecnologia da televisão por assinatura e serão, além disso, os mais importantes clientes dos serviços da MSG, podendo assim influenciar o comportamento da Telekom na MSG.

c) *Resumo*

(91) Tendo em conta as significativas vantagens competitivas que a MSH proporcionará ao grupo Bertelsmann/Kirch e tendo em conta o efeito negativo possível sobre os concorrentes futuros, deverá prever-se, com base nas informações actualmente disponíveis, que a concentração proposta criará uma posição dominante duradoura para o grupo Bertelsmann/Kirch no mercado da televisão por assinatura na Alemanha.

3. Redes de cabo

(92) Com base na informação actualmente disponível, pode prever-se que, a longo prazo, a concentração proposta afectará também de forma negativa, em larga medida, a concorrência efectiva no mercado das redes de cabo na Alemanha. Num futuro próximo, o monopólio legal da Telekom na rede de cabo de banda larga prosseguirá. Contudo, prevê-se que, na sequência da liberalização dos servicos básicos de telefone em 1998, o mercado da rede de cabo será também desregulamentado e aberto à concorrência. Existe o perigo de, ao gerir uma estrutura de televisão por assinatura juntamente com os principais fornecedores de televisão por assinatura, a Telekom reforce a sua posição como operador de rede de cabo de tal forma que, após a liberalização, a concorrência no mercado da rede de cabo seja substancialmente prejudicada ficando assim salvaguardada a posição dominante da Telekom. Tal como o grupo Bertelsmann/Kirch afasta a Telekom enquanto concorrente potencial

no mercado dos serviços técnicos e administrativos destinados à televisão por assinatura, a Telekom, através da empresa comum projectada, impede o grupo Bertelsmann/Kirch de existir enquanto parceiro potencial de outros operadores futuros de rede de cabo.

(93) Actualmente, os operadores de cabo que desenvolvem a sua actividade no nível 4 da rede, ou seja no sector das instalações de distribuição para as residências privadas, têm apenas possibilidades de instalar redes de cabo independentes da rede de cabo de banda larga da Telekom. A instalação do equipamento necessário à recepção via satélite (terminais de distribuição «head-ends» está sujeita ao monopólio federal relativo às instalações de rádio, necessitando de uma autorização do Ministério Federal dos Correios e Telecomunicações (BMPT). De acordo com a sua práctica administrativa, o BMPT apenas concede uma autorização geral no que se refere aos terminais de distribuição das redes de cabo que não ultrapassam os limites de um edifício ou que não ultrapassam diversos edifícios contíguos, com um máximo de 25 famílias ligadas. Caso contrário, é necessária uma autorização especial. No que se refere às redes de cabo entre edifícios não contíguos, a BMPT não concede, em princípio, autorização para a instalação de terminais de distribuição. A única derrogação a esta proibição geral é concedida aos operadores privados nas áreas não cobertas pela Telekom ou cuja cobertura não está projectada. Esta prática administrativa protege amplamente a Telekom da concorrência por parte dos operadores privados da rede por cabo. Se tal prática for abolida no contexto de uma liberalização do mercado das redes de cabo, as empresas que operam no nível 4 da rede poderão ligar os seus «ilhéus» de cabo, presentemente limitados a edifícios isolados, entrando assim em concorrência com a Telekom. Contudo, esta concorrência pode ser tornada muito mais difícil os operadores privados caso a Telekom, juntamente com os grupos Bertelsmann e Kirch, controlar a MSG enquanto empresa de serviços dominante. Existiria, em especial, o risco de os operadores privados não conseguirem obter os programas dos principais fornecedores de televisão por assinatura Bertelsmann e Kirch, necessários para a criação de pacotes de programas atraentes ou de os obterem em condições desfavoráveis. A criação da MSG, com a actual estrutura de accionistas constitui, consequentemente, um meio para reforçar a posição dominante da Telekom enquanto operador da rede de cabo.

VI. COMPROMISSOS PROPOSTOS PELAS PARTES

(94) Por carta de 20 de Outubro de 1994 as partes propuseram vários compromissos por forma a sanar as dúvidas levantadas contra a concentração proposta. A propostas de compromissos incluem os seguintes pontos:

— a MSG escolherá uma base de descodificação que funcionará com uma *interface* comum desde que tal *interface* comum seja desenvolvida a partir dos princípios definidos pelo DVB e que minimize o risco de pirataria, por forma a que esta tecnologia possa ser aceite pelos fornecedores de televisão por assinatura,

— a MSG promoverá a venda livre de descodificadores e, no caso de aluguer, não imporá qualquer cláusula que proíba a utilização do descodificador para a recepção de programas não explorados pela MSG,

— a MSG compromete-se a não divulgar junto das suas empresas-mãe qualquer informação relativa a programas ou a dados de assinantes de outros fornecedores da televisão por assinatura (mesmo mantendo o anonimato),

— a MSG escolherá um estilo de apresentação neutro e não discriminatório no que se refere às características técnicas para a apresentação de um guia electrónico de programas (EPG-Electronic Programming Guide) e, na medida em que tal for tecnicamente possível, fornecerá informações sobre programas que não sejam explorados pela MSG,

— a MSG criará um órgão consultivo que controlará a inexistência de discriminação na apresentação do EPG. Os clientes (fornecedores de serviços) da MSG serão representados no Conselho, e as propostas apresentadas pelo órgão consultivo serão tidas em consideração pela MSG nas suas decisões,

— a MSG praticará preços de mercado razoáveis e seguirá uma política de preços transparente, em especial no que se refere a preços equivalentes para serviços equivalentes,

— a Telekom compromete-se a abrir, para além dos 30 canais já instalados, as suas redes à transmissão adicional de programas digitais por forma a possuir reservas suficientes no âmbito da capacidade de transmissão tecnicamente utilizável e por forma a impedir qualquer situação de penúria de canais.

(95) Os compromissos propostos são considerados insuficientes para evitar a criação ou o reforço de posições dominantes. É um facto que se relaciona com alguns aspectos que, de forma geral, poderão considerar-se de importância fundamental para a estrutura concorrencial da futura televisão digital por assinatura. Em especial a introdução de uma *interface* comum afigura-se, de um ponto de vista da concorrência, constituir uma solução para o problema do acesso condicional que terá um efeito positivo sobre o desenvolvimento de uma

concorrência livre e sem obstáculos. Tal acontecerá se não existirem quaisquer restrições contratuais ao acesso à base de descodificação para outros fornecedores de televisão por assinatura. Da mesma forma, uma política de preços transparente no que se refere aos serviços administrativos e técnicos constitui um factor positivo para o desenvolvimento concorrencial da televisão digital por assinatura. Dada a actual estrutura de accionistas da MSG, os compromissos propostos não são contudo suficientes para ultrapassar os problemas em matéria de concorrência no presente caso. Além disso, estão em parte sujeitos a condições e reservas que põem a sua aplicabilidade em questão. Por outro lado, excepto no que se refere aos compromissos relativos à introdução de uma *interface* comum e reservas suficientes de canais digitais por parte da Telekom, apenas incluem praticamente o compromisso de não abusar, nalgumas áreas, da posição dominante da MSG no mercado dos serviços administrativos e técnicos em detrimento dos concorrentes no mercado da televisão por assinatura.

(96) O compromisso relativo à introdução de uma *interface* comum está sujeito à condição de tal *interface* minimizar o risco de pirataria, por forma a que esta tecnologia possa ser aceite pelos fornecedores de televisão por assinatura. Constitui, consequentemente, uma mera declaração de intenções que deixa à MSG a oportunidade de optar por uma infra-estrutura de descodificação com base num sistema privativo, invocando uma segurança insuficiente da interface comum ou a sua não aceitação por parte de clientes potenciais. Neste contexto, deverá ter-se em consideração que o principal cliente potencial do MSG é o Premiere que é controlado conjuntamente pelos grupos Bertelsmann, Kirch e Canal plus. É do conhecimento geral que o Canal Plus se opõe de forma vigorosa a uma *interface* comum apoiando inequivocamente os sistemas privativos de codificação privativa também para a televisão digital. Além disso, a Bertelsmann concluiu recentemente uma aliança estratégica com o Canal Plus. Um projecto prático que deverá resultar desta aliança é o acordo no sentido de criar uma empresa comum para o desenvolvimento de um sistema de codificação digital.

(97) Mesmo que os compromissos fossem formulados de modo a garantirem a introdução de uma interface comum, a incompatibilidade da concentração com o mercado comum não seria sanada. Tal como referido supra (considerandos 70 a 72), a MSG na sua actual estrutura de accionistas alcançará uma posição dominante no mercado dos serviços técnicos e administrativos mesmo utilizando uma *interface* comum com acesso ilimitado. Neste contexto, uma *interface* comum não é suficiente para eliminar o grave prejuízo causado à concorrência resultante da combinação do principal operador de redes de cabo e dos principais fornecedores de televisão por assinatura na empresa comum MSG.

(98) Os compromissos propostos relativos ao comportamento da MSG face aos seus clientes e à crescente digitalização da rede de cabo por parte da Telekom não são adequados para impedir a criação ou o reforço de uma posição dominante já existente da Bertelsmann e Kirch no mercado da televisão por assinatura. No que se refere ao compromisso proposto pela MSG relativo a um tratamento não discriminatório dos clientes, tal compromisso vem meramente na sequência das obrigações legais das empresas que se encontram numa posição dominate no mercado. Quanto às várias possibilidades de discriminação oculta na prática, seria para além disso difícil provar que a MSG não está a adoptar um comportamento neutro relativamente aos fornecedores de programas. O órgão consultivo proposto não iria alterar esta avaliação uma vez que apenas disporia de funções consultivas e que as suas propostas não seriam vinculativas para a MSG. Além disso, o compromisso de não transmitir às empresas-mãe da MSG informações relativas aos programas ou aos assinantes não impede as empresas-mãe de obterem vantagens em matéria de informações dadas as relações específicas e os laços em termos de informação entre elas e a MSG que não são controlados pelo exterior. O compromisso proposto pela Telekom de fornecer reservas suficientes de canais digitais não garante também que a digitalização futura não seja regulada, alegando necessidades técnicas e económicas, em função dos interesses da Bertelsmann e da Kirch. Além disso, trata-se de uma declaração de intenções de carácter geral e não de um compromisso formulado concretamente.

(99) Poderá ser dito, na globalidade, que apenas o compromisso relativo à introdução de uma interface comum contém um elemento estrutural. Contudo, este compromisso não se afigura suficiente para impedir que a MSG obtenha uma posição de mercado dominante e, para além disso, está sujeito a reservas que o tornam equivalente a uma declaração de intenções não vinculativa. Os restantes compromissos propostos deverão ser classificados como compromissos meramente comportamentais sem qualquer impacte estrutural, cujo cumprimento não pode, para além disso, ser controlado. São principalmente inadequados para resolver o problema estrutural decorrente da criação da MSG, ou seja a criação ou reforço de posições dominantes nos mercados dos serviços administrativos e técnicos, da televisão por assinatura e das redes de cabo.

VII. EVOLUÇÃO DO PROGRESSO TÉCNICO E ECONÓMICO

(100) As partes referiram que a rápida difusão da televisão digital será promovida através dos serviços

oferecidos pela MSG. É um facto que a difusão com êxito da televisão digital pressupõe uma infra-estrutura digital e, consequentemente, uma empresa com a actividade da MSG poderá contribuir para o progresso técnico e económico. Contudo, a referência a este critério no nº 1, alínea b), do artigo 2º do regulamento das concentrações, está sujeita à condição de não ser criado qualquer obstáculo à concorrência. Tal como acima salientado, contudo, com base nas informações actualmente disponíveis, os efeitos previsíveis da concentração projectada apontam para um encerramento do mercado futuro dos serviços técnicos e administrativos e para a criação, numa fase inicial, duma posição dominante nesse mercado, conduzindo também a obstáculos significativos à concorrência efectiva no mercado futuro da televisão por assinatura.

(101) Estes obstáculos à concorrência efectiva comprometem inclusivamente a realização do progresso técnico e económico. Existem grandes dúvidas quanto ao facto de, nestas condições, a criação de uma infra-estrutura digital de televisão por assinatura pela MSG contribuir, efectivamente, de forma positiva, para a evolução do progresso técnico e económico. Há o risco de, tendo em conta os efeitos da concentração acima descritos, os fornecedores potenciais da televisão digital por assinatura não decidam entrar no mercado como o fariam se estivessem em presença de um fornecedor de serviços cuja estrutura de accionistas garantisse uma neutralidade estrita. A difusão com êxito da televisão digital seria, nesta situação, impedida e não promovida. Esta afirmação é confirmada por diversos pareceres das empresas inquiridas, que declararam que, caso a concentração se viesse a realizar, teriam de rever e possivelmente abandonar os planos ou os projectos existentes no que se refere ao fornecimento da televisão por assinatura na área da televisão digital.

VIII. RESUMO

(102) Pelo acima exposto, prevê-se que a concentração projectada levará ao desenvolvimento ou ao reforço de posições dominantes que terão como efeito a criação de entraves significativos a uma concorrência efectiva numa parte substancial da Comunidade. Consequentemente, a presente concentração deverá ser declarada incompatível com o mercado comum nos termos do nº 3 do artigo 2º do Regulamento das concentrações e com o funcionamento do Acordo EEE, nos termos do artigo 57º deste acordo,

TOMOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1º

A concentração, sob a forma de criação de uma empresa comum, notificada pela Bertelsmann AG, Deutsche Bundespost Telekom e Taurus Beteiligungs GmbH & Co. KG, é declarada incompatível com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE.

Artigo 2º

São os destinatários da presente decisão:

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.

Feito em Bruxelas, em 9 de Novembro de 1994.

Pela Comissão

Karel VAN MIERT

Membro da Comissão