



COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Bruxelles, 27 maggio 1998

C(1998) 1439 def. - IT

DECISIONE DELLA COMMISSIONE

del 27 maggio 1998

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

(Caso n. IV/M.993 - Bertelsmann/Kirch/Premiere)

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

(Testo rilevante ai fini del SEE)

DECISIONE DELLA COMMISSIONE

del 27 maggio 1998

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

(Caso n. IV/M.993 - Bertelsmann/Kirch/Premiere)

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

(Testo rilevante ai fini del SEE)

LA COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE

visto il trattato che istituisce la Comunità europea,

visto l'Accordo sullo Spazio economico europeo, in particolare l'articolo 57, paragrafo 2, lettera a),

visto il regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese¹, modificato dal regolamento (CE) n. 1310/97², in particolare l'articolo 8, paragrafo 3,

vista la decisione della Commissione del 22 gennaio 1997 di avviare un procedimento nel caso di specie,

dopo aver dato alle imprese interessate la possibilità di manifestare il loro punto di vista sulle obiezioni mosse dalla Commissione,

sentito il comitato consultivo in materia di concentrazioni di imprese³,

CONSIDERANDO QUANTO SEGUE:

1. Il 1° dicembre 1997 la Commissione ha ricevuto notifica di un progetto di concentrazione ai sensi dell'articolo 4 del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio (in appresso "regolamento sulle concentrazioni"). Con tale operazione le imprese CLT-UFA S.A. (in appresso "CTL-UFA") e Taurus Beteiligungs-GmbH & Co. KG (in appresso "Taurus") intendono acquisire, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b) del regolamento sulle concentrazioni, il controllo congiunto di Premiere Medien GmbH & Co. KG (in appresso "Premiere"), BetaDigital Gesellschaft für digitale Fernsehdienste mbH (in appresso "BetaDigital") e BetaResearch Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen mbH (in appresso "BetaResearch"). La proposta concentrazione verrà realizzata mediante l'acquisto di quote di partecipazione.
2. Il 15 dicembre 1997 la Commissione ha deciso, ai sensi dell'articolo 7, paragrafo 2 e dell'articolo 18, paragrafo 2 del regolamento sulle concentrazioni, di sospendere la

¹ GUL 395 del 30.12.1989, pag. 1; versione rettificata GUL 257 del 21.9.1990, pag. 13.

² GUL 180 del 9.7.1997, pag. 1

³ GUC ...

realizzazione della concentrazione proposta, fino all'adozione di una decisione definitiva.

3. Con lettera del 22 dicembre 1997 il governo tedesco ha informato la Commissione, ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 2 del regolamento sulle concentrazioni, che la concentrazione minacciava di creare o di rafforzare una posizione dominante da cui risultava che una concorrenza effettiva sarebbe stata ostacolata in modo significativo in sei mercati in Germania, ciascuno dei quali costituiva un mercato geografico distinto ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 7 del regolamento sulle concentrazioni.
4. In data 22 gennaio 1998, la Commissione ha deciso di avviare la procedura a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera c) del regolamento sulle concentrazioni e dell'articolo 57 dell'Accordo SEE.
5. Il comitato consultivo ha discusso il progetto della presente decisione il 6 e il 25 maggio 1998.

I. LE PARTI

6. Bertelsmann AG (in appresso "Bertelsmann") è l'impresa capogruppo del gruppo tedesco leader nel settore dei media. Il gruppo Bertelsmann opera soprattutto nel campo dell'editoria (libri e riviste), dei club del libro, dell'industria tipografica, dell'edizione e delle registrazioni musicali e detiene partecipazioni in televisioni commerciali. CLT-UFA è un'impresa comune di Bertelsmann e Audiofina SA, nella quale le società madri hanno concentrato i propri interessi europei in campo televisivo, compresa la partecipazione in Premiere.
7. Taurus è una holding facente capo al gruppo Kirch (in appresso "Kirch"). Kirch è il principale fornitore tedesco di film e programmi televisivi di intrattenimento ed è anch'esso attivo nel campo delle televisioni commerciali. Il gruppo opera principalmente in Germania.

II. L'OPERAZIONE

8. Premiere, fornitore tedesco di televisione a pagamento (la cosiddetta "pay-tv"), è attualmente di proprietà di CLT-UFA e Canal+ S.A. (in appresso "Canal +"), che detengono entrambe una quota del 37,5%, e di Kirch, che ne possiede il 25%. L'operazione prevede che Canal+ ceda la propria partecipazione e che CLT-UFA e Kirch aumentino le loro quote in Premiere fino a raggiungere il 50% ciascuna. Nel contempo Kirch chiuderà la propria pay-tv digitale, DF 1, trasferendo l'attivo di DF 1 a Premiere. Kirch trasferirà inoltre il proprio canale sportivo DSF a Premiere mettendo a disposizione di Premiere i propri diritti di pay-tv e di pay-per-view (televisione pagata a consumo) concedendo una sublicenza a prezzo [...]⁴. Premiere diventerà una piattaforma di diffusione di programmi e di commercializzazione di pay-tv digitale che impiegherà la tecnologia d-box messa a disposizione da Kirch, che opera con un sistema proprietario di criptazione. A questo scopo Premiere realizzerà e commercializzerà pacchetti di programmi di produzione propria o acquistati da altri. Premiere fornirà inoltre servizi di gestione degli abbonamenti ("Subscriber Management Services" = "SMS") sia per Premiere Digital che per altri operatori. Premiere costituirà

⁴ Passo omissivo ai fini della pubblicazione. Nel testo pubblicato tutti i dati coperti dal segreto commerciale, riguardanti ad es. le quote di mercato, il fatturato, ecc., sono sostituiti da forcelle di valori riportate tra parentesi quadre. Anche i passi contenenti informazioni riservate sono sostituiti da [...].

l'infrastruttura di decodificatori ("set top box") necessaria per captare la televisione digitale. Per la televisione digitale trasmessa via satellite, Premiere gestirà anche il sistema di accesso (accesso condizionato).

9. Nel contempo, CLT-UFA acquisirà una partecipazione del 50% in BetaDigital, che è attualmente interamente controllata da Kirch. BetaDigital gestisce un centro di trasmissione (playout centre) per la televisione digitale trasmessa via satellite e fornirà in futuro a Premiere, nonché a terzi interessati, servizi connessi alla preparazione e alla trasmissione, come codificazione, compressione video, multiplexing e collegamento in salita a satelliti. BetaDigital fornisce attualmente servizi di collegamento in salita al satellite a DSF, PRO 7 ed a [...].
10. CLT-UFA acquisirà inoltre il 50% di BetaResearch, attualmente detenuta interamente da Kirch. BetaResearch detiene licenze esclusive a tempo indeterminato (per la Germania, l'Austria e la parte germanofona della Svizzera) per la tecnologia di criptazione Beta per la criptazione di programmi basata sul decodificatore d-box. Il titolare della licenza della tecnologia di accesso è DigCo BV, di cui Kirch e Irdeto BV, di proprietà del gruppo sudafricano MIH, detengono ciascuna il 50%. BetaResearch opera nello sviluppo del software dei decodificatori e continuerà a sviluppare il software di criptazione e di gestione per la tecnologia d-box. BetaResearch concederà la licenza per questa tecnologia a Premiere, Deutsche Telekom AG (in appresso "Telekom") e ad altri fornitori di programmi e produttori di decodificatori; produrrà inoltre direttamente moduli per l'accesso condizionato (in appresso "moduli CA") e "smartcards" da fornire ai produttori di d-box. L'impresa realizza inoltre contratti e progetti per conto terzi ed ha già ottenuto commesse in tal senso da [...].
11. Con l'intesa relativa alla neutralità della piattaforma cablata per la televisione digitale nei confronti dei fornitori di programmi (*Verständigung zur programmanbieter-neutralen Kabelplattform für das digitale Fernsehen*), Telekom è entrata a far parte dell'accordo concluso tra Kirch e Bertelsmann sulla tecnologia di accesso Beta basata sul decodificatore d-box e svilupperà su questa base una piattaforma tecnica per la distribuzione digitale di programmi di pay-tv attraverso la propria rete cablata. Telekom intende acquisire una partecipazione in BetaResearch per garantirsi i necessari diritti sulla tecnologia di accesso Beta basata sul decodificatore d-box. Questa operazione è l'oggetto del procedimento IV/M.1027 - Deutsche Telekom/BetaResearch. Anche se dal punto di vista formale si tratta di due progetti di concentrazione distinti che sono quindi stati notificati separatamente, si tratta in effetti di due operazioni strettamente connesse. Tali operazioni permetteranno infatti di costituire il contesto necessario all'introduzione della televisione digitale in Germania.

III. LA CONCENTRAZIONE

12. Premiere è attualmente controllata congiuntamente da CLT-UFA, Kirch e Canal+, dato che tutti e tre i soci dispongono di un diritto di veto sulle decisioni rilevanti per il mercato. La concentrazione modificherà l'assetto di tale controllo. Con il ritiro di Canal+, CLT-UFA e Kirch deterranno ciascuna una quota del 50% in Premiere e la controlleranno congiuntamente, poiché dovranno prendere di comune accordo le decisioni aziendali strategiche. Nel contempo, Kirch conferirà a Premiere considerevoli attivi patrimoniali di significativa importanza per il mercato, sia attraverso il conferimento di DF 1 e dell'emittente sportiva DSF che mediante il trasferimento dei propri diritti di pay-tv e pay-per-view. Il trasferimento a Premiere delle attività in

campo digitale di Kirch determinerà un notevole ampliamento delle attività commerciali di Premiere.

13. Premiere svolgerà in modo permanente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma e non dovrebbe assumere un compito di coordinamento del comportamento concorrenziale di CLT-UFA e Kirch. Premiere continuerà a fornire pay-tv in Germania sviluppando anche la pay-tv digitale, oltre ai programmi analogici di pay-tv prevalenti in precedenza, sia come fornitore di programmi che a livello di piattaforma di diffusione di programmi e di commercializzazione. Anche se continua per ora a ricevere i diritti di trasmissione in pay-tv da Taurus, una volta scaduti gli accordi conclusi da Taurus con i titolari dei diritti, Premiere acquisirà direttamente tali diritti da [...]. A concentrazione avvenuta, Kirch e CLT-UFA/Bertelsmann opereranno sul mercato della pay-tv e su quello dei diritti di trasmissione in pay-tv solo attraverso la propria partecipazione in Premiere. L'aumento delle quote di Premiere detenute da CLT-UFA e Kirch dopo il ritiro di Canal+ e il contemporaneo sviluppo da parte di Premiere di una piattaforma digitale di diffusione di programmi e di commercializzazione costituiscono di conseguenza una concentrazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b) del regolamento sulle concentrazioni.
14. CLT-UFA e Kirch deterranno ciascuna una quota del 50% in BetaDigital e la controlleranno congiuntamente. BetaDigital svolgerà stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma senza determinare un coordinamento del comportamento concorrenziale di CLT-UFA e Kirch. Anche se al momento gli acquirenti dei servizi tecnici di BetaDigital sono prevalentemente imprese collegate a CLT-UFA e a Kirch, la fornitura di questi servizi a terzi è non solo prevista ma, in una certa misura, già realizzata. Da ciò si può dedurre che, quando la televisione digitale sarà più diffusa in Germania, BetaDigital opererà sempre più spesso per conto di terzi. Di conseguenza BetaDigital deve essere considerata un'impresa con piena funzionalità. Dato che nel settore dei servizi tecnici per la televisione digitale è attiva, in qualche misura, solo CLT-UFA (attraverso Cologne Broadcasting Center GmbH), non vi sarà alcun coordinamento del comportamento concorrenziale di CLT-UFA e Kirch. La partecipazione di CLT-UFA in BetaDigital costituisce quindi una concentrazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b) del relativo regolamento, ossia un'impresa comune avente natura di concentrazione.
15. All'inizio, CLT-UFA e BetaTechnik, di proprietà del gruppo Kirch, deterranno ciascuna il 50% di BetaResearch. Dopo che Telekom avrà acquisito una partecipazione in BetaResearch, essa sarà controllata congiuntamente da Telekom, CLT-UFA e Kirch. Nell'accordo per la ristrutturazione di BetaResearch (in appresso "accordo di ristrutturazione"), è previsto che le decisioni aziendali importanti, quali [...], siano approvate all'unanimità dall'assemblea dei soci. BetaResearch svolgerà stabilmente tutte le funzioni di un'entità economica autonoma e non determinerà un coordinamento del comportamento concorrenziale di CLT-UFA e Kirch. BetaResearch concederà licenze sulla tecnologia d-box alle imprese - quali Telekom e BetaDigital - che intendono offrire servizi tecnici per la televisione digitale, nonché ai fornitori di programmi che desiderano prestare in proprio i necessari servizi tecnici. BetaResearch assegnerà inoltre licenze ai produttori di decodificatori interessati fornendo loro moduli CA e svilupperà software per decodificatori anche per terzi. Si può di conseguenza presumere che BetaResearch, oltre ad intrattenere rapporti d'affari con le proprie società madri e con le imprese ad esse associate, svolgerà un'attività non trascurabile di concessione di licenze a terzi e avrà di conseguenza un proprio accesso al mercato. BetaResearch va dunque considerata un'impresa a pieno titolo. Poiché solo

CLT-UFA opera nel campo della tecnologia digitale di criptazione per la televisione a pagamento (attraverso la partecipazione di Bertelsmann in Seca S.A.) non sussiste il rischio di un coordinamento del comportamento concorrenziale tra CLT-UFA e Kirch. La partecipazione di CLT-UFA in BetaResearch costituisce di conseguenza una concentrazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b) del relativo regolamento, ossia un'impresa comune avente natura di concentrazione.

IV. DIMENSIONE COMUNITARIA

16. Bertelsmann e Kirch hanno un fatturato mondiale aggregato di oltre 5 miliardi di ECU, mentre ciascuna delle due imprese realizza un fatturato comunitario di oltre 250 milioni di ECU. Solo Kirch realizza più di due terzi del proprio fatturato complessivo comunitario in un unico Stato membro, ossia la Germania. Di conseguenza, la concentrazione è di dimensione comunitaria e non costituisce un caso di cooperazione a norma dell'Accordo SEE.

V. VALUTAZIONE A NORMA DELL'ARTICOLO 2 DEL REGOLAMENTO SULLE CONCENTRAZIONI

17. La concentrazione proposta ha effetti principalmente sui seguenti mercati:

- televisione a pagamento;
- servizi tecnici per televisione a pagamento.

A. Mercati del prodotto rilevanti

1. Televisione a pagamento

18. La televisione a pagamento (pay-tv) costituisce un mercato del prodotto rilevante distinto da quello della televisione a libero accesso (la cosiddetta "free tv"), ossia la televisione commerciale finanziata tramite la pubblicità e quella pubblica finanziata con il canone e in parte con gli introiti pubblicitari⁵. Mentre nel caso della televisione finanziata con il canone e gli introiti pubblicitari sussiste una relazione di scambio solo tra il fornitore di programmi e l'industria pubblicitaria, nel caso della televisione a pagamento sussiste una relazione di scambio unicamente tra il fornitore di programmi e i telespettatori abbonati. Di conseguenza, le condizioni di concorrenza di ciascuno dei due tipi di televisione sono diverse. Mentre nel caso della televisione finanziata mediante canone e/o pubblicità i parametri chiave sono le quote di ascolto e le tariffe pubblicitarie, nel caso della televisione a pagamento i fattori chiave sono la programmazione orientata secondo gli interessi dei gruppi di telespettatori destinatari e i livelli dei prezzi di abbonamento. Secondo uno studio della GfK-Fernsehforschung gli abbonati alla televisione a pagamento dedicano in media il 90% del loro "tempo televisivo" giornaliero alla free tv e il 10% alla pay-tv. Il fatto che gli abbonati, nonostante il fatto che la guardino in misura relativamente scarsa, siano disposti a pagare un canone elevato per la pay-tv dimostra che questa costituisce un prodotto chiaramente delimitabile con una specifica utilità aggiuntiva. Con il procedere della digitalizzazione si potrebbe produrre, con l'andar del tempo, una certa convergenza tra pay-tv e free tv. Ciò varrebbe soprattutto nel caso che un giorno anche i canali della televisione ad accesso gratuito dovessero essere prevalentemente offerti, abbinati a

⁵ V. decisione della Commissione 94/922/CE, caso MSG Media Service, GU L 364 del 31.12.1994, pag. 1, punti 32 e 33.

pacchetti digitali, da operatori di televisione a pagamento. Ma questa eventuale evoluzione futura non basta a giustificare la presa in considerazione, al momento, di un mercato complessivo comprendente sia la pay-tv che la free tv. Il mercato della pay-tv comprende anche servizi quali il "pay-per-channel" e il "pay-per-view". Il mercato della televisione a pagamento non può essere suddiviso in pay-tv analogica e digitale. La pay-tv digitale, infatti, è solo un ulteriore sviluppo della pay-tv analogica e non costituisce quindi un mercato rilevante distinto sotto il profilo del prodotto. Del resto è da presumere che nel corso dei prossimi anni la pay-tv trasmessa in forma analogica verrà completamente sostituita dalla pay-tv trasmessa in forma digitale. Secondo il piano aziendale ("Business Plan") di Premiere gli abbonamenti analogici dovrebbero essere trasformati senza soluzione di continuità in abbonamenti digitali, finché nel [...] vi saranno soltanto abbonati digitali.

2. Servizi tecnici per la televisione a pagamento

19. La fornitura della televisione a pagamento richiede una infrastruttura tecnica specifica che consenta di criptare i messaggi televisivi e di renderli disponibili in forma decodificata agli spettatori autorizzati a riceverli. Quest'ultima operazione avviene grazie ad un decodificatore installato nell'abitazione di ogni abbonato alla pay-tv. I decodificatori per la ricezione di televisioni digitali a pagamento non decodificano solo i messaggi criptati nel sistema di accesso, ma li convertono anche in modo da consentire la ricezione dei segnali digitali da parte di apparecchi televisivi analogici. I settori della distribuzione via cavo e via satellite utilizzano decodificatori diversi.
20. Oltre alla base di decodificatori, la televisione a pagamento necessita anche di un sistema di accesso condizionato. Tale sistema comprende la combinazione dei segnali televisivi con le informazioni relative all'autorizzazione degli abbonati e la relativa criptazione, la trasmissione di dati criptati che contengono, oltre al messaggio televisivo, informazioni relative all'autorizzazione degli abbonati alla televisione a pagamento e le cosiddette «smartcards», che sono messe a disposizione dell'utente e sono in grado di decodificare i dati criptati relativi all'autorizzazione e di trasferirli al decodificatore.
21. Dall'infrastruttura descritta derivano gli specifici servizi necessari per la gestione della televisione a pagamento. Si tratta essenzialmente della messa a punto del controllo di accesso e della commercializzazione dei decodificatori e delle smartcards. I servizi tecnici destinati alla televisione a pagamento richiedono l'utilizzo di una tecnologia diversa a seconda che la trasmissione dei segnali della televisione digitale avvenga via satellite o via cavo. Per quanto concerne la radiodiffusione via satellite, il segnale televisivo, dopo essere stato trattato dall'emittente centrale, viene inviato al rispettivo trasponditore satellitare che lo ritrasmette e viene ricevuto direttamente da ciascuno degli abbonati alla televisione via satellite per mezzo di un apposito decodificatore per la ricezione satellitare. Nel caso della cablodistribuzione, invece, i messaggi televisivi trattati sono inizialmente inviati dal trasponditore satellitare ad una testa di rete cablata, dove vengono adattati alla trasmissione via cavo ed immessi successivamente nelle relative reti. Sebbene la distribuzione via cavo e la diffusione satellitare utilizzino tecniche specifiche, non sembra necessario suddividere il mercato dei servizi tecnici destinati alla televisione a pagamento in due mercati distinti, poiché sia la diffusione satellitare che la distribuzione via cavo richiedono gli stessi servizi tecnici per la gestione della televisione a pagamento. In definitiva, tuttavia, la questione può rimanere irrisolta poiché non influenza la valutazione del caso sotto il profilo della concorrenza.

B. Mercati geografici rilevanti

22. Il mercato geografico rilevante per i mercati del prodotto sopra descritti è limitato alla Germania o al massimo al territorio di lingua tedesca composto dalla Germania, dall’Austria, dalla zona di lingua tedesca del Belgio e dalla Svizzera di lingua tedesca. Sulla base delle preferenze televisive della popolazione, si potrebbe ascrivere al territorio di lingua tedesca anche il Lussemburgo.

1. Televisione a pagamento

23. Anche se in determinati mercati di nicchia esistono canali televisivi, come il canale sportivo Eurosport, che vengono trasmessi in tutta Europa, la trasmissione televisiva è generalmente organizzata su base nazionale. Come già affermato dalla Commissione in una serie di decisioni⁶, a causa soprattutto delle differenze normative, delle barriere linguistiche, di fattori culturali e di altre condizioni di concorrenza diverse nei singoli Stati membri (ad esempio la struttura del mercato della televisione via cavo), si deve presupporre che i mercati della fornitura di programmi televisivi sono nazionali.

24. La Germania costituisce di conseguenza il mercato geografico rilevante per la televisione a pagamento. La Commissione è giunta alla medesima conclusione nel caso *MSG Media Service*, anche se in tale decisione si specifica che, tenendo conto della mancanza di barriere linguistiche, potrebbe esistere in futuro un mercato per la televisione a pagamento in lingua tedesca⁷. Le indagini della Commissione nel caso in esame hanno evidenziato una serie di fattori in base ai quali si può presumere che il mercato geografico rilevante per la pay-tv si estenda in questo caso oltre la Germania e, tenendo conto della mancanza di barriere linguistiche, comprenda l’intero territorio di lingua tedesca. Tuttavia, la questione può, in ultima analisi, rimanere aperta, poiché la valutazione della concorrenza risultante dalla concentrazione sarebbe la stessa anche presupponendo l’esistenza di un mercato che comprenda tutto questo territorio.

2. Servizi tecnici per la televisione a pagamento

25. I servizi tecnici per la televisione a pagamento sono strettamente connessi all’offerta di canali televisivi a pagamento. Nella decisione adottata nel caso *MSG Media Service*⁸, la Commissione ha stabilito che il mercato geografico rilevante era limitato alla Germania, aggiungendo tuttavia che, nella misura in cui i fornitori tedeschi di canali digitali a pagamento potevano acquisire abbonati anche in altre regioni di lingua tedesca, il mercato di *MSG* si sarebbe probabilmente esteso anche a tali zone. Nella fattispecie, il mercato dei servizi tecnici per la televisione a pagamento dovrebbe comprendere l’intero territorio di lingua tedesca sia presupponendo l’esistenza di un mercato distinto per le trasmissioni via satellite che nell’ipotesi di un unico mercato delle trasmissioni via satellite e via cavo.

C. Effetti della concentrazione

1. Organizzazione di televisione a pagamento in Germania a seguito della concentrazione

⁶ Caso *MSG Media Service* (vedi nota 5), punto 46; decisione della Commissione 96/346/CE, caso *RTL/Veronica/Endemol*, GU L 134 del 5.6.1996, punto 25.

⁷ Loc. cit. (vedi nota 5), punto 51.

⁸ Loc. cit. (vedi nota 5), punti 52, 53 e 54.

a) Piattaforma di programmazione

26. Premiere costituirà una piattaforma di diffusione di programmi e di commercializzazione e distribuirà i propri programmi sia attraverso la rete cablata, utilizzando la piattaforma tecnica di Telekom, sia via satellite, utilizzando la propria piattaforma tecnica. Premiere comporrà pacchetti di programmi prodotti in proprio e/o commissionati a terzi e li rivenderà sia direttamente che attraverso intermediari; fornirà inoltre servizi di gestione degli abbonamenti sia a Premiere Digital che ad altri fornitori di programmi. In primo luogo Premiere costituirà l'infrastruttura di decodificatori ("set top box") necessaria per ricevere la televisione digitale.

b) Piattaforma tecnica

27. La piattaforma tecnica in senso stretto, ossia il controllo dell'accesso condizionato e la fornitura dei relativi servizi tecnici, viene organizzata in maniera diversa a seconda che si tratti di trasmissione via satellite o via cavo. La piattaforma tecnica cripta i segnali del programma da trasmettere che vengono inviati dal fornitore del programma e li trasmette agli abbonati. In caso di trasmissione via satellite, il controllo dell'accesso e i relativi servizi tecnici verranno gestiti da BetaDigital, mentre in caso di distribuzione via cavo il controllo dell'accesso verrà gestito da Telekom, che fornirà una guida elettronica di programmazione sotto forma di navigatore di basi.
28. La tecnologia di decodifica fa parte della piattaforma tecnica. CLT-UFA, Kirch e Telekom hanno deciso di utilizzare la tecnologia d-box e la tecnologia di controllo dell'accesso Beta - sviluppata in collaborazione con Kirch - per la criptazione nella diffusione di programmi via cavo e nella trasmissione via satellite. Onde garantire l'utilizzo della tecnologia di accesso Beta da parte di Premiere e Telekom da un punto di vista strutturale, CLT-UFA e Telekom acquisiranno una partecipazione in BetaResearch, che detiene i diritti sui sistemi di criptazione e di decodifica.

2. Il mercato della televisione a pagamento

a) Posizione dominante

29. L'operazione proposta creerà o rafforzerà una posizione dominante di Premiere sul mercato tedesco della televisione a pagamento.

i) Premiere avrà una posizione di quasi monopolio come fornitore di televisione a pagamento.

30. Attualmente, Premiere e DF 1 sono sostanzialmente gli unici fornitori di pay-tv in Germania. Anche se Canal+ opera in Germania, fornendo il pacchetto di programmi "Multithématiques" che consiste di tre canali tematici a pagamento, tale pacchetto viene attualmente trasmesso tramite la piattaforma di DF 1. Premiere ha circa 1,5 milioni di abbonati (dati del novembre 1997), di cui circa 100.000 abbonati a Premiere Digital (dati del dicembre 1997). DF 1 dispone di [<100.000] abbonati al proprio pacchetto di programmi digitali (dati del novembre 1997). Da tali dati si rileva che Premiere gode già di una posizione dominante sul mercato della pay-tv. Questo posizione, tuttavia, non è ancora inattaccabile: Kirch possiede infatti ampi ed importanti diritti su film e manifestazioni sportive, mentre Premiere dipende soprattutto dai diritti di trasmissione di pay-tv di Kirch. Anche se Kirch, come spiegato al punto 12, deteneva il controllo congiunto di Premiere, finora esisteva tra Premiere e DF1 un'intensa concorrenza. Nonostante la sua posizione di socio di Premiere, nel 1996 Kirch ha

iniziato a costituire con DF1 una piattaforma di televisione a pagamento digitale in concorrenza con Premiere. Questa iniziativa ha innescato un'accanita concorrenza tra Premiere e DF1 ed ha avuto come conseguenza numerose azioni legali. Una delle conseguenze di tale concorrenza è data dal fatto che, fino all'intesa raggiunta nel giugno 1997 sulla concentrazione in esame, Kirch e Premiere avevano ciascuno un proprio progetto di decodificatore. Una volta avvenuta la concentrazione proposta, tuttavia, questa concorrenza verrà meno e ai fini pratici esisterà un solo fornitore di pay-tv che combinerà le risorse di programmi di CLT-UFA e Kirch.

ii) Premiere sarà l'unica piattaforma di diffusione di programmi per televisione digitale a pagamento.

31. Attualmente Premiere fornisce un canale analogico di pay-tv che trasmette soprattutto film di prima qualità (prime visioni di film cinematografici recenti) e avvenimenti sportivi. Premiere Digital fornisce inoltre due canali che trasmettono programmi analogici in differita. L'offerta digitale comprende anche film cinematografici forniti con il sistema pay-per-view. DF 1 offre un pacchetto base che consiste di 20 canali (compresi alcuni canali stranieri a libero accesso e il canale a pagamento Planet di Canal+). DF 1 offre infine altri tre pacchetti (film, sport e fantascienza), quattro canali tematici, a cui ci si può abbonare separatamente (compresi due di Canal+) e film cinematografici con il sistema pay-per-view.
32. Con la trasformazione di Premiere in un'impresa comune detenuta al 50% da CLT-UFA e Kirch e la cessazione delle attività di DF 1 come fornitore indipendente di pay-tv, in un prossimo futuro Premiere rappresenterà l'unica piattaforma di diffusione e commercializzazione di programmi di pay-tv in Germania. Dopo la concentrazione, Premiere rivelerà notevoli attività, ivi compresi [...]; contemporaneamente le attività di trasmissione e altre attività commerciali di DF 1 verranno a cessare. Taurus Film trasferirà inoltre [...] a Premiere che in cambio [...]. Premiere acquisirà l'emittente sportiva DSF, che in futuro fornirà canali sportivi per il pacchetto di programmi di Premiere, e gestirà un altro canale sportivo a libero accesso. Premiere rileverà infine la gestione di [<20] trasponditori di DF 1 e [<10] di CLT-UFA e subentrerà nel contratto concluso tra Kirch e Nokia per una commessa di oltre un milione di decodificatori d-box.
33. [...]

iii) Premiere avrà accesso, per quanto riguarda i programmi, alle risorse più interessanti e più complete esistenti.

34. L'accesso a queste risorse è essenziale per una proficua gestione della televisione a pagamento. In particolare è importante avere accesso ai film di prima qualità ("premium") e ai principali avvenimenti sportivi, la cui diffusione sui canali di qualità (i cosiddetti "anchor channels") suscita l'interesse dei potenziali acquirenti di un pacchetto di pay-tv. È inoltre importante avere accesso ad uno stock di film già trasmessi in televisione e di programmi televisivi che possono essere replicati. Un magazzino (la cosiddetta "library") di programmi di questo tipo può essere utilizzato soprattutto per canali tematici, quali quelli che trasmettono film o programmi di fantascienza, commedie televisive e documentari.
35. Attraverso le proprie società madri CLT-UFA e Kirch, Premiere avrà accesso, grazie alle posizioni da esse detenute sul mercato dei diritti, situato a monte, a risorse in

termini di programmi uniche in Germania. Per ragioni di riservatezza non è possibile indicare dati precisi in questa sede.

36. Kirch è il principale fornitore tedesco di film cinematografici e di programmi di intrattenimento per la televisione. Nella propria decisione sul caso MSG Media Service⁹ la Commissione ha sottolineato che Kirch dispone di uno stock di circa 15.000 film di ogni genere e 50.000 ore di programmi televisivi; ha inoltre estese attività di produzione nel campo dei film e dei programmi televisivi. Dopo tale decisione, nel periodo compreso tra [...], Kirch ha concluso accordi [...] per i diritti di pay-tv sull'intera produzione (i cosiddetti "output deals") con numerosi studi cinematografici [...] di Hollywood, conquistando in questo modo una posizione preminente nel settore dei programmi. Inoltre, la proporzione di diritti di pay-tv attualmente detenuti da soggetti diversi dal gruppo Kirch, da CLT-UFA o da Premiere è [...]. Grazie agli output deals conclusi da Kirch in particolare per i diritti di pay-tv, il monopolio sui film di prima qualità per la pay-tv, di cui Premiere beneficerà [...] dopo l'operazione in oggetto, è destinato a durare anche in futuro.
37. Kirch e CLT-UFA detengono inoltre [...] diritti sugli avvenimenti sportivi, in molti casi di carattere complementare. Ad esempio, CLT-UFA dispone dei diritti di pay-tv per le partite di calcio della Bundesliga, mentre Kirch detiene i diritti [...]. Per quanto riguarda il tennis, Kirch detiene i diritti su [...], mentre CLT-UFA ha quelli per [...]. Le due imprese hanno inoltre diritti su un'ampia serie di altri sport, come ad esempio quelli [...], detenuti da Kirch.
38. [...]
39. [...]
40. [...]
41. [...]
42. [...] È ovviamente vero, come sostengono le parti, che alcuni dei diritti sopra descritti sono concessi per un periodo relativamente limitato e quindi le parti dovranno a breve termine tentare di ottenerne il rinnovo. In questo senso, l'elenco sopra fornito si limita a descrivere la situazione attuale. Le parti detengono tuttavia già una notevole quantità di questi importanti diritti su manifestazioni sportive, diritti solitamente concessi per un periodo relativamente limitato di tempo; si può dunque prevedere che le parti, dopo aver unito le proprie risorse in Premiere, otterranno tali diritti anche in futuro, in misura almeno equivalente se non addirittura superiore. Le parti non hanno smentito questo punto di vista. Per quando riguarda l'affermazione delle parti che i Primi Ministri dei Länder avrebbero provvisoriamente convenuto, sulla base della direttiva 97/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 che modifica la direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive¹⁰, che una serie di avvenimenti sportivi di particolare importanza dovranno essere trasmessi dalla televisione a libero accesso, è necessario sottolineare che tale decisione si riferisce solo alle Olimpiadi e ad alcune partite di calcio di particolare importanza.

⁹ Loc. cit. (vedi nota 5), punto 76.

¹⁰ GU L 202 del 30.7.1997, pag. 60.

iv) L'ampiezza del margine di manovra concorrenziale di Premiere, inoltre, non verrà limitata in maniera significativa dalle emittenti televisive di diritto pubblico.

43. Nella loro risposta alle obiezioni della Commissione, le parti hanno sostenuto che quest'ultima, nell'esaminare la questione, non ha considerato con sufficiente attenzione a) la notevole interconnessione concorrenziale tra televisione pubblica e televisione commerciale non a pagamento, da un lato, e televisione a pagamento, dall'altro e b) il conseguente controllo esercitato dalla televisione non a pagamento su quella a pagamento. In particolare, la Commissione non avrebbe tenuto assolutamente conto della notevole pressione concorrenziale esercitata in Germania dalla televisione pubblica sulla pay-tv.
44. La Commissione non nega che, pur costituendo due mercati distinti, pay-tv e free tv abbiano delle relazioni reciproche. Come illustrato più approfonditamente nella sezione c), più i programmi offerti dalla free tv sono vari ed interessanti, meno i telespettatori saranno incentivati a sottoscrivere anche un abbonamento alla pay-tv. Non è tuttavia convincente affermare che, data questa correlazione, lo spazio di manovra di Premiere sul mercato delle pay-tv venga notevolmente limitato, in particolare da parte delle emittenti pubbliche. Non vi è infatti alcun rapporto concorrenziale diretto tra free tv e pay-tv. L'affermazione delle parti sul fatto che tale concorrenza esista, in particolare per quanto riguarda le quote di telespettatori, viene immediatamente contraddetta da altre loro dichiarazioni. Le parti citano uno studio condotto da GfK Fernsehforschung (GfK TV Research), secondo il quale gli abbonati alla pay-tv dedicano il 90% del tempo medio giornaliero di visione ai programmi della free tv e il 10% a quelli della pay-tv. Se tuttavia gli abbonati di pay-tv sono disposti a spendere 50 DEM di abbonamento oltre a pagare il canone (circa DEM 30) anche se la pay-tv rappresenta solo il 10% del loro consumo televisivo, questo dimostra appunto che il successo economico della pay-tv non dipende dalla quota di telespettatori. Un'importanza decisamente maggiore ha invece la base degli abbonati, che esiste indipendentemente dall'effettiva frequenza con cui viene utilizzata la pay-tv. Il fatto che gli abbonati siano disposti, malgrado l'uso relativamente limitato, a pagare un prezzo considerevole per i programmi di pay-tv dimostra inoltre che la televisione a pagamento è un prodotto chiaramente definibile con un valore aggiuntivo specifico.
45. Inoltre, le parti sostengono che un aumento del canone avrebbe un effetto sulla domanda di pay-tv e che dunque l'elasticità della domanda di pay-tv dipenderebbe a lungo termine dall'importo del canone fissato dalle emittenti pubbliche. Ciò non dimostra tuttavia che sussista un rapporto di concorrenza tra televisione a pagamento e emittenti pubbliche. Innanzitutto, l'aumento del canone e di conseguenza la sua incidenza sulla "spesa culturale" delle famiglie dovrebbe essere considerevole per influire sulla disponibilità, già esistente, a pagare DEM 50 al mese per abbonarsi alla pay-tv. Inoltre, sarebbe possibile parlare di concorrenza, ad esempio, tra l'importo del canone e il prezzo dell'abbonamento alla pay-tv solo se le emittenti pubbliche potessero stabilire l'importo del canone in maniera autonoma, ma questo non avviene.

b) Carattere duraturo del dominio sul mercato

46. Le parti ammettono che Premiere deterrà per i prossimi cinque anni una posizione di grande forza sul mercato della pay-tv. Esse ritengono però che questo dominio sarà limitato nel tempo. Non appena Premiere sarà riuscita a costituire un'ampia base di decodificatori, altri fornitori di pay-tv potrebbero sia offrire su tale base una piattaforma

di commercializzazione e di offerta di programmi di pay-tv in concorrenza con Premiere, sia produrre e trasmettere propri programmi. In particolare Telekom potrebbe creare una piattaforma alternativa di offerta di programmi e di commercializzazione via cavo e offrire a fornitori di programmi terzi un servizio di commercializzazione dei loro programmi nonché di cura e di gestione degli abbonamenti.

47. Questa tesi non può essere accolta. È da presumersi che il dominio di Premiere sul mercato sia destinato ad essere duraturo. Grazie alla concentrazione Premiere rimarrà durevolmente l'unica piattaforma di commercializzazione e offerta di programmi via satellite e via cavo sul mercato della televisione a pagamento in Germania.

i) Nessuna altra impresa disporrà delle risorse necessarie, in termini di programmi, per creare una piattaforma di offerta di programmi.

48. Per l'organizzazione di una pay-tv l'accesso ai diritti sui programmi è ancora più importante che per l'organizzazione di una free TV, visto che solo determinati contenuti sono atti ad indurre i consumatori ad abbonarsi o ad acquistare un singolo programma in pay-per-view. Le esperienze fatte finora con la televisione a pagamento in Europa dimostrano che solo una combinazione di diritti di prima qualità ("premium") per la trasmissione in prima televisiva delle produzioni cinematografiche dei grandi studi di Hollywood e di manifestazioni sportive eccezionali conferiscono ad un pacchetto di pay-tv la necessaria forza di attrazione. Ciò vale ancor di più per la Germania, dove a differenza, ad esempio, della Francia o della Gran Bretagna ogni famiglia in possesso di un televisore può ricevere più di 30 canali in free TV. L'importanza dei film premium e delle trasmissioni sportive per l'organizzazione di una televisione a pagamento è dimostrata anche dai costi preventivati nel programma aziendale di Premiere. Nel 1998, ad esempio, il [60-80%] circa di tutte le spese per licenze riguardano l'acquisto di film premium di grande richiamo (per il [30-50%] circa) e di diritti sportivi ([20-40]%). Una piattaforma di programmi alternativa può dunque essere sviluppata solo da chi abbia accesso a contenuti di grande richiamo, in modo da poter offrire un pacchetto di programmi in pay-tv che prometta di avere successo.

49. Le disponibilità di programmi sono però scarse: infatti i diritti di trasmissione per simili contenuti di grande richiamo vengono normalmente venduti sulla base di contratti di esclusiva a lungo termine. Per il territorio di lingua tedesca CLT-UFA e Kirch dispongono di [...] diritti di trasmissione in pay-tv di film premium sulla base di output deals con le Majors di Hollywood e di [...] diritti sportivi. Poiché CLT-UFA e Kirch trasferiranno tutti i loro diritti di trasmissione in pay-tv a Premiere, a concentrazione avvenuta questa sarà l'unico operatore che disporrà di contenuti atti ad offrire un canale di grande richiamo. Per la durata dei contratti in corso, nessun altro operatore potrà avere accesso alle risorse di programmi di Premiere. Di conseguenza i concorrenti potenziali non saranno in grado di creare una piattaforma di offerta di programmi alternativa. Essi potrebbero sì essere attivi in nicchie specifiche del settore della televisione a pagamento con programmi singoli, ma sarebbero costretti comunque a ricorrere a tal fine alla piattaforma di offerta di programmi e di commercializzazione di Premiere.

50. Non è neppure verosimile che dopo la scadenza dei contratti in corso per i diritti di trasmissione in pay-tv tale situazione sia destinata a modificarsi. È vero che teoricamente operatori televisivi europei ed extraeuropei, e in particolare operatori di pay-tv in altri Stati membri, ad esempio BSkyB Ltd o Canal+, come anche le grandi case produttrici di Hollywood, potrebbero affacciarsi come offerenti potenziali di

televisione a pagamento in Germania e nel territorio di lingua tedesca. Per creare una piattaforma alternativa di offerta di programmi non è però sufficiente concludere qualche output deal. Gli output deals conclusi da Kirch e CLT-UFA hanno scadenze contrattuali diverse. Quattro dei dieci contratti di Kirch, i cui diritti verrebbero messi a disposizione di Premiere in sublicenza, hanno una durata di [<20] anni. Si tratta, almeno in termini di [...]. La maggior parte degli output deals con le Majors di Hollywood sono validi fino al [<2005] o a più tardi. I concorrenti potenziali dovrebbero quindi riuscire ad aggiudicarsi per una serie di anni i diritti di più output deals per essere in grado di offrire una pacchetto attraente di pay-tv.

51. Visto che Premiere dispone già di una posizione consolidata sul mercato, i concorrenti dovrebbero avere poche possibilità di acquisire anch'essi, in misura significativa, diritti di trasmissione in pay-tv attraenti. Infatti un parametro decisivo per riuscire ad acquisire diritti di trasmissione è l'accesso ai telespettatori, nella forma di un patrimonio di abbonati già consolidato, visto che i detentori dei diritti sono normalmente interessati ad una ampia diffusione dei loro contenuti. Ciò vale per i film premium e soprattutto per gli avvenimenti sportivi. In particolare i detentori dei diritti sportivi sono interessati ad una ritrasmissione la più ampia possibile delle manifestazioni, in quanto essa attira ulteriori sponsor e promette maggiori introiti pubblicitari. Poiché Premiere dispone già di una consolidata base di abbonati, può garantire una diffusione più larga dei programmi rispetto ad un operatore che deve ancora costituirsi il suo pubblico di abbonati. A ciò si aggiunge il fatto che il prezzo dei diritti di pay-tv viene normalmente determinato in funzione del numero di abbonati, garantendo contestualmente un numero minimo di abbonati. Ciò vale almeno per gli output deals. Ne consegue, da una parte, che con la vendita dei diritti a Premiere, con il numeroso pubblico di abbonati che essa avrà nei prossimi anni, si potrà ottenere un prezzo ben più alto di quello che si potrebbe sperare di spuntare da un nuovo operatore; dall'altra, per concludere un output deal un nuovo operatore dovrebbe assumersi un notevole rischio finanziario. Egli dovrebbe infatti garantire comunque un numero minimo di abbonati, senza sapere se riuscirà ad raggiungere effettivamente tale numero minimo. Visti i vantaggi di cui Premiere gode nei confronti di qualsiasi concorrente potenziale nell'acquisire contratti su contenuti di grande richiamo, non è probabile che terzi riescano a ottenere accesso ad un volume sufficiente di simili contenuti.
52. È parimenti improbabile che Telekom crei una piattaforma alternativa di offerta di programmi e di commercializzazione. Innanzitutto essa sarebbe in grado di costituire una simile piattaforma solo per la trasmissione via cavo. Essa non dispone d'altro canto di diritti su film e manifestazioni sportive. Per costituire un pacchetto che regga la concorrenza è invece necessario disporre di contenuti di grande richiamo. Solo chi ha accesso a contenuti "premium" può dedicarsi con successo alla commercializzazione di programmi che hanno bisogno di essere combinati con altri, ossia di programmi che non hanno di per sé un valore di attrazione sufficientemente alto da indurre i telespettatori a sottoscrivere un abbonamento. Telekom potrebbe quindi costruire una piattaforma di commercializzazione alternativa per i potenziali concorrenti di Premiere solo se disponesse di contenuti premium o di un canale premium. Negli accordi con CLT-UFA e Kirch, tuttavia, Telekom ha espressamente rinunciato a commercializzare indipendentemente Premiere. Di conseguenza non si vede come Telekom possa riuscire a costituire un pacchetto attraente e commercializzabile di pay-tv.

ii) Grazie alla concentrazione Premiere combina i vantaggi del suo pubblico di abbonati con le eccellenti risorse di programmi di Kirch.

53. Essendo già ora il più importante operatore di televisione a pagamento, Premiere dispone già di un pubblico di abbonati sul quale contare anche per la futura pay-tv digitale. Come dimostra la commercializzazione della d-box, interrotta nel dicembre scorso da Premiere, il nucleo di abbonati della pay-tv analogica costituisce una importante base per il successo della commercializzazione di un pacchetto di pay-tv digitale. Premiere aveva offerto ai suoi abbonati il programma digitale, compreso il noleggio della d-box, contro un modesto supplemento di 10 DEM rispetto all'abbonamento analogico. Dall'inizio del novembre 1997 alla sospensione della commercializzazione della d-box a metà dicembre, Premiere era riuscita a conquistare circa [50-100.000] abbonati per Premiere Digital ed a piazzare sul mercato un corrispondente numero di d-box. Su questo totale, [<20.000] d-box sono stati consegnati in sostituzione di [...], [50-70.000] ad abbonati di Premiere in cambio del loro decodificatore analogico, mentre solo [10-30.000] sono andati a nuovi abbonati a Premiere Digital. Ogni concorrente di Premiere sul mercato della pay-tv dovrebbe prima costituirsi una simile base di abbonati, iniziando quindi, rispetto a Premiere, da zero.
54. Va inoltre considerato che le risorse di programmi di CLT-UFA e di Kirch a disposizione di Premiere le consentono di costituire diversi pacchetti di programmi confezionati su misura per le esigenze di determinati gruppi di destinatari, ciascuno dei quali può poi essere proposto in abbonamento ad un prezzo vantaggioso. Le esperienze dei paesi nei quali la televisione a pagamento è più sviluppata dimostrano che l'unione di singoli programmi in pacchetti è un elemento di importanza decisiva per il successo sul mercato della pay-tv. Poiché Premiere sarà l'unico operatore a disporre di contenuti di grande richiamo, essa potrà accrescerne ulteriormente la forza d'attrazione unendoli ad altri diritti di programmazione.
55. CLT-UFA e Kirch esercitano inoltre attività su larga scala nel settore della televisione commerciale gratuita. Nel settore della televisione ad accesso gratuito i canali collegati a Bertelsmann attraverso CLT-UFA - ossia RTL, RTL2, Super RTL e VOX - e i canali sotto l'influenza di Kirch - ossia SAT1, DSF, PRO 7 e Kabel1 - totalizzano oltre il 50% dei telespettatori e circa il 90% del mercato pubblicitario. CLT-UFA e Kirch possono sfruttare la loro forte presenza nella free tv per promuovere massicciamente Premiere Digital. Questa strategia è stata messa in atto già in occasione della messa sul mercato di Premiere Digital dall'inizio di novembre alla metà di dicembre dello scorso anno. È vero che in linea di principio anche i potenziali concorrenti di Premiere disporrebbero di analoghe possibilità di promozione pubblicitaria sulle tv ad accesso gratuito. Ci si deve però chiedere se essi potrebbero acquistare spazi pubblicitari a condizioni paragonabili a quelle praticate a Premiere.

iii) Bertelsmann e Kirch controllano l'infrastruttura di decodificazione.

56. I concorrenti potenziali nazionali ed esteri che volessero offrire i loro programmi e canali sul mercato tedesco sarebbero costretti ad affidarsi alla d-box. Teoricamente un fornitore di televisione a pagamento può scegliere se appoggiarsi per la diffusione dei suoi programmi su una infrastruttura di decodificatori già esistente o costituire una propria rete di decodificatori. In pratica un fornitore di programmi che entri ex novo su un mercato sarà costretto a ricorrere ai servizi e all'infrastruttura dell'operatore di pay-tv che è già insediato sul mercato, anche solo perché il rischio finanziario che comporterebbe la messa in opera di una propria nuova infrastruttura per un nuovo programma sarebbe eccessivo. Le famiglie in possesso di un televisore dovrebbero normalmente essere poco disposte ad acquistare un secondo decodificatore solo per

ricevere un altro pacchetto di programmi di pay-tv. Questo vale sia che il decodificatore sia posto in vendita, sia che venga noleggiato.

57. Inoltre una infrastruttura alternativa di decodificatori potrebbe essere installata solo per le trasmissioni via satellite. In Germania vi sono dai sette ai nove milioni di famiglie che dispongono di un'antenna per satellite, mentre 18,5 milioni di famiglie sono collegate alla rete di cavi a banda larga. CLT-UFA, Kirch e Telekom hanno però concordato nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione che Telekom impiegherà, nella prestazione di servizi tecnici per la trasmissione di programmi televisivi digitali tramite la sua rete di cavi a banda larga, solo la tecnologia di accesso Beta sulla base del decodificatore d-box. Ogni programmatore di pay-tv che voglia avere accesso ai 18,5 milioni di famiglie allacciate al cavo dovrebbe comunque impiegare il decodificatore d-box. Di conseguenza è da presumersi che i futuri concorrenti di Premiere nel campo della pay-tv saranno costretti a servirsi dell'infrastruttura delle d-box per la trasmissione dei loro pacchetti.
58. Poiché la d-box funziona con un sistema proprietario di controllo dell'accesso, ogni potenziale operatore di pay-tv deve acquistare una licenza per l'impiego della tecnologia di accesso Beta di BetaResearch. Questa società è però controllata per due terzi da CLT-UFA e Kirch. Attraverso la loro partecipazione in BetaResearch, quindi, CLT-UFA e Kirch potrebbero influire sensibilmente sulla concorrenza di eventuali futuri operatori di pay-tv nei confronti di Premiere e indirizzarla in larga misura secondo i propri interessi. Attraverso l'influenza esercitata grazie al loro controllo di BetaResearch essi potrebbero fare in modo che le condizioni per l'impiego della tecnologia di accesso Beta e in particolare la struttura tariffaria siano definite in modo vantaggioso per Premiere e svantaggioso per i programmi di eventuali concorrenti. CLT-UFA e Kirch potrebbero essere favoriti anche da prezzi artificialmente alti, visto che diversamente dai loro concorrenti partecipano anche ai guadagni di BetaResearch. Del resto, come illustrato sotto (punto 112), visto che questa controlla la tecnologia di accesso, è da presumersi che nel settore delle trasmissioni via satellite non apparirà sul mercato alcun fornitore di servizi tecnici diverso da BetaDigital. I potenziali concorrenti di Premiere saranno perciò costretti ad affidare a BetaDigital il controllo di accesso per i loro programmi.
59. Le parti hanno in più anche la possibilità di influenzare, grazie al controllo dell'infrastruttura dei decodificatori, anche il posizionamento dei programmi dei loro concorrenti. La molteplicità dei programmi possibili nella televisione digitale rende necessario installare un sistema di guida degli utenti nella forma di una guida elettronica dei programmi ("Electronic Programming Guide" o EPG) che permetta ai telespettatori di avere un quadro completo della programmazione e altre informazioni. Nella d-box è inserito un programma di navigazione, denominato T.O.N.I., che rende disponibili le funzioni di base per la realizzazione di una EPG. Attualmente non è possibile per altri fornitori di programmi far installare una propria EPG nella d-box. Essi sono perciò costretti a farsi includere nella EPG della d-box.
60. I fornitori di programmi, per esempio ARD, vedono l'EPG come un mezzo per differenziarsi dai concorrenti. Una presentazione creativa dei contenuti nella EPG e la possibilità di offrire servizi interattivi, ad esempio giochi, è un importante fattore competitivo. Rispetto ad altri sistemi già disponibili sul mercato, nei quali è possibile realizzare una propria EPG con mezzi semplici, l'EPG della d-box offre attualmente solo funzioni rudimentali.

61. Infine CLT-UFA e Kirch otterrebbero, grazie al controllo della piattaforma di offerta di programmi e di commercializzazione costituita da Premiere e dell'infrastruttura dei decodificatori, notevoli vantaggi in termini di informazioni. Poiché Premiere si occuperebbe dell'amministrazione e della gestione degli abbonati non solo per Premiere Digital, bensì anche per altri fornitori di programmi, essa otterrebbe informazioni sulla programmazione dei concorrenti e sulla struttura della loro clientela, nonché in generale sulle abitudini di ascolto degli abbonati seguiti dal suo Subscriber Management System. A tal fine non sarebbe neppure necessario che Premiere potesse accedere ai dati individuali concernenti gli abbonati. Basta che sia possibile l'accesso a dati resi anonimi, che ad esempio diano informazioni sulla struttura di età degli spettatori di un determinato programma. Nei servizi interattivi di pay-tv, ad esempio la pay-per-view, è possibile inoltre conoscere in forma resa anonima quale gruppo specifico preferisce, e in quale misura, determinati contenuti. Informazioni del genere conferiscono notevoli vantaggi competitivi, dato che rendono sensibilmente più facile lo sviluppo di programmi o pacchetti di programmi mirati a destinatari specifici. Le parti obiettano che gli altri operatori avranno comunque la possibilità di gestire un proprio SMS o acquistare da terzi i relativi servizi. Questa obiezione non è convincente. Come già constatato dalla Commissione nella decisione MSG Media Service¹¹, non è presumibile che il normale abbonato di pay-tv voglia essere seguito da più addetti alla gestione dei clienti. Al telespettatore interessa avere possibilmente un unico interlocutore, che risolva per lui tutte le questioni relative all'accesso alla televisione a pagamento (ad esempio estensione dell'abbonamento ad ulteriori programmi, riduzione del numero di programmi ai quali è abbonato, fatturazione dell'abbonamento). Il prestatore di servizi che gestisce i programmi più numerosi e attraenti godrà quindi di una posizione privilegiata contro la quale gli altri prestatori di servizi potranno affermarsi solo difficilmente. Ma il prestatore di servizi dominante sarà in ogni caso, come illustrato sopra, Premiere.

iv) Data l'attuale struttura della rete cablata tedesca, i cablodistributori non potrebbero costituire una piattaforma di programmi alternativa anche se avessero la possibilità di accedere ai programmi di Premiere.

62. La costituzione di una piattaforma di programmi alternativa da parte dei cablodistributori privati, senza l'accesso ai programmi di grande richiamo di Premiere, è condannata già in anticipo all'insuccesso. Poiché Premiere dispone dei diritti sui programmi premium più attraenti (film e sport), gli altri operatori dovrebbero, per potersi affacciare sul mercato, commercializzare la loro offerta tramite la piattaforma di Premiere e non sarebbero quindi disponibili per la costruzione di una piattaforma di programmi alternativa. Anche se tali operatori non dovessero offrire il loro programma impiegando la piattaforma di Premiere, gli altri fornitori di programmi, vista la concentrazione di programmi premium nelle mani di Premiere, non disporrebbero della massa critica di programmi attraenti che sarebbe necessaria per costituire una piattaforma di programmi alternativa.

63. Per via della struttura della rete cablata tedesca, quale si è costituita storicamente, la realizzazione di una struttura di programmi alternativa da parte degli operatori privati di televisione via cavo sarebbe però esclusa anche qualora gli operatori privati ottenessero accesso ai programmi premium della piattaforma di Premiere. In Germania 18,5 milioni di famiglie, ossia più della metà di tutte le famiglie che possiedono un televisore, dispongono di un allacciamento alla rete cablata. Al livello di rete 4 circa un terzo di

¹¹ Loc. cit. (vedi nota 5), punto 71.

queste famiglie sono servite da Telekom. Le altre famiglie collegate alla tv via cavo sono servite da una molteplicità di cablodistributori privati, in parte di dimensioni molto piccole. Questi operatori privati di televisione via cavo dispongono tipicamente di piccole “isole cablate”, spesso non collegate tra loro, del cosiddetto livello di rete 4 (impianti di distribuzione domestica e reti di distribuzione locali) che vengono alimentati tramite una rete dorsale di Telekom (al cosiddetto livello di rete 3). In minor misura i cablodistributori privati sono attivi anche al livello di rete 3.

64. I cablodistributori privati dipendono quindi di norma dalle prestazioni a monte della Telekom nel settore del livello di rete 3. L'integrazione delle isole cablate dei cablodistributori privati attraverso reti di distribuzione del livello 3 costituirebbe dunque una condizione imprescindibile per la costruzione di una piattaforma di programmi alternativa da parte di tali operatori. Poiché le reti di livello 3 gestite da Telekom, a seguito della concentrazione progettata, non sarebbero disponibili per la costituzione di una piattaforma alternativa, i cablodistributori privati sarebbero quindi costretti a installare una propria rete di livello 3. Gli investimenti necessari a tal fine non costituirebbero però una spesa redditizia sul piano economico su tutto il territorio.
65. Anche se i cablodistributori privati dovessero realizzare una propria rete di livello 3, essi si darebbero la possibilità di costituire una piattaforma di programmi alternativa soltanto sotto il profilo tecnico. La commercializzazione di tale piattaforma, infatti, continuerebbe a dover fare i conti con problemi quasi irrisolvibili dal punto di vista pratico, vista la distribuzione geografica piuttosto casuale delle reti cablate private. La frammentazione della rete televisiva cablata tedesca e la posizione di Telekom di fornitore praticamente esclusivo delle reti di distribuzione del livello 3 fanno quindi sì che gli operatori privati di reti cablate, anche indipendentemente dalla questione dell'accesso a contenuti di richiamo, non siano oggi in grado di offrire una piattaforma di programmi alternativa in concorrenza con Premiere.

v) In quanto unica detentrica di una piattaforma di programmi Premiere può dettare le condizioni per l'accesso al mercato di altri operatori.

66. Fondamentalmente un operatore di pay-tv può scegliere se costruire una propria infrastruttura per i suoi programmi oppure offrirli nell'ambito di un pacchetto già esistente. La costituzione di una propria infrastruttura è tuttavia, come illustrato esaurientemente sopra, un'alternativa che si pone solo in via teorica, almeno per operatori che non dispongono di sufficienti risorse di programmi per offrire un canale premium. Infatti Canal+, ad esempio, ha deciso di offrire il suo “bouquet” di programmi “Multithématiques”, composto di tre programmi di pay-tv digitale - “Planet”, “Seasons” e “Cine Classics I e II” - tramite DF1; mentre “Planet” fa parte del pacchetto base di DF1, “Seasons” e “Cine Classics I e II” sono sì trasmessi attraverso la piattaforma di DF1, ma offerti in abbonamento anche indipendentemente dal pacchetto base di DF1. Per questa via “Seasons” ha acquisito [1.000-5.000] abbonati scarsi e “Cine Classics” [1.000-5.000] abbonati scarsi. Anche le case produttrici di Hollywood preferiscono far inserire i propri canali di pay-tv in pacchetti esistenti. Kirch aveva ad esempio concluso [...]. Inoltre Kirch aveva [...].
67. Fondamentalmente l'accesso di terzi ad un pacchetto esistente diventa più facile se essi possono scegliere tra più pacchetti in concorrenza tra loro, situazione che esisteva anche in Germania prima del progetto di concentrazione. In mancanza di una piattaforma di programmi e di commercializzazione alternativa in Germania, i potenziali concorrenti nazionali ed esteri che vorranno offrire i propri programmi e canali sul mercato tedesco

saranno in futuro costretti a ricorrere alla piattaforma di Premiere. Ciò significa che ogni operatore di pay-tv sarebbe costretto a far confluire i suoi programmi in un pacchetto messo insieme da Premiere. Questa otterrebbe, di conseguenza, il controllo sui suoi concorrenti e sarebbe quindi in grado di determinare le condizioni alle quali gli altri operatori potrebbero farle concorrenza.

68. In questo modo Premiere potrebbe rifiutare totalmente ad un operatore di pay-tv l'accesso alla sua piattaforma o assoggettare la sua ammissione a certe condizioni. Si è già verificato un caso che illustra chiaramente come Premiere, a concentrazione avvenuta, potrebbe comportarsi nei confronti di terzi che volessero offrire propri programmi di televisione a pagamento in Germania. Il [...] tra Kirch e [...] prevedeva che [...].

vi) Il successo limitato finora riscosso da DF1 non significa che senza la concentrazione le condizioni di concorrenza sarebbero le stesse che si avrebbero dopo la concentrazione.

69. Le parti hanno innanzitutto sostenuto, nella loro risposta alla comunicazione delle obiezioni della Commissione, che la concentrazione non contribuirebbe all'instaurazione o al rafforzamento della posizione dominante di Premiere sul mercato della pay-tv. [...] Premiere dispone infatti già di un patrimonio di abbonati, cosicché la ripresa degli abbonati di DF1 rappresenterebbe semplicemente un aumento dei clienti e non, come per un altro acquirente, un avvio ex novo dell'attività nel settore della pay-tv.

70. La Commissione ha riconosciuto, nella decisione Kali+Salz/MdK/Treuhand nel frattempo confermata dalla Corte di Giustizia¹², che una concentrazione che normalmente sarebbe determinante per l'instaurazione o il rafforzamento di una posizione dominante da parte dell'impresa acquirente può non essere considerata causa della posizione dominante stessa se l'acquirente, anche in caso di divieto della concentrazione, acquisterebbe o rafforzerebbe comunque inevitabilmente una posizione dominante sul mercato. In questo senso si deve ritenere che, di norma, non sussista un rapporto di causalità tra la concentrazione e il degradarsi delle condizioni di concorrenza qualora venga accertato che:

- l'impresa acquisita uscirebbe comunque dopo poco tempo dal mercato se non venisse rilevata da un'altra impresa;
- l'impresa acquirente si aggiudicherebbe la quota di mercato dell'impresa acquisita se questa uscisse dal mercato;
- non esista alcuna alternativa all'acquisizione che recherebbe un minore pregiudizio alla concorrenza.

Al tempo stesso la Commissione ha chiarito, sempre nella decisione Kali+Salz, che una situazione del genere si verifica solo in casi eccezionali. Normalmente, infatti, si deve presumere che una concentrazione che ha come conseguenza l'instaurazione o il rafforzamento di una posizione dominante sia anche la causa del pregiudizio subito dalle condizioni di concorrenza. L'onere di provare l'assenza di nesso causale ricade quindi sulle imprese che realizzano la concentrazione.

¹² Decisione della Commissione 94/449/CE, caso Kali+Salz/MdK/Treuhand, GU L 186 del 21.7.1994, pag. 38, punti 70 e segg.; sentenza della Corte di giustizia nelle cause riunite C-68/94 e C 30/95, Repubblica francese e a./Commissione, Racc. 1998, pag. I-1375.

71. Va anzitutto rilevato che nel caso in esame, diversamente da quanto avveniva nel caso oggetto della decisione Kali+Salz, non si tratterebbe della presunta scomparsa dal mercato di un'intera impresa. La società DF1 GmbH & Co. KG, come spiegato più diffusamente sotto, rappresenta invece solo una parte delle attività di Kirch nel settore della pay-tv digitale. Ma anche se Kirch dovesse porre termine a tutte le sue attività nel campo della televisione a pagamento la situazione in esame non sarebbe paragonabile a quella del caso Kali+Salz. Anche in tal caso, infatti, Kirch non verrebbe liquidato nel suo insieme; esso cesserebbe di operare solo in uno dei suoi numerosi settori d'attività. L'abbandono del mercato della pay-tv da parte di Kirch rappresenterebbe quindi solo una decisione di management, ossia la decisione di ritirarsi da un'attività il cui sviluppo non ha corrisposto alle aspettative della direzione. In un caso simile, in cui si dovrebbe parlare di "failing division defence" anziché di "failing company defence", occorre essere particolarmente esigenti per quanto riguarda la prova che sono soddisfatti i requisiti per invocare validamente l'assenza di nesso causale. Altrimenti, ogni concentrazione nella quale venga ceduto un settore di attività che si presuma non redditizio potrebbe essere giustificata, sotto il profilo del diritto relativo al controllo delle concentrazioni, qualora il cedente dichiarasse che, se la concentrazione non si realizzasse, porrebbe termine alle sue attività nel settore in questione.
72. Gli argomenti addotti dalle parti non sono atti a convalidare l'eccezione dell'assenza di nesso causale. A parte la considerazione di carattere generale citata sopra, le parti non hanno dimostrato in alcun modo che DF1 uscirà comunque a breve termine dal mercato. Il mero riferimento a perdite di avviamento per un ammontare di [500.000.000-2.000.000.000] di DEM, la cui composizione non è stata del resto neppure specificata, non è sufficiente a giustificare l'affermazione che DF1 cesserà comunque l'attività. Comunque queste perdite di avviamento, come pure le perdite iniziali derivanti dal contratto tra Kirch [...] e da [...], sono perdite di avviamento di Kirch. Si tratta degli investimenti realizzati da Kirch per entrare nel mercato della pay-tv digitale. Le aspettative legate a questa entrata sul mercato non si sono finora realizzate, in particolare per quanto riguarda il numero degli abbonati; ma a questo proposito bisogna tener conto del fatto che uno dei fattori determinanti per l'insuccesso di DF1 è nel frattempo venuto meno. Infatti, dopo gli accordi conclusi con Telekom, DF1, che per molto tempo poteva essere ricevuto solo via satellite, può accedere anche alle reti cablate e quindi ad una cerchia di abbonati potenziali di 18,5 milioni di famiglie in possesso di un televisore. Da quando ha accesso alle reti cablate DF1 è riuscita ad aumentare il numero dei suoi abbonati da circa [30.000-100.000] a [50.000-200.000] alla fine di febbraio del 1998, dunque a [...].
73. Anche se Kirch dovesse decidere di chiudere DF1 a causa delle elevate perdite iniziali e del tasso di aumento degli abbonati troppo inferiore a quello che si attendeva, ciò non avrebbe come conseguenza automatica il ritiro di Kirch dal mercato della televisione a pagamento, visto che DF1 costituisce solo la piattaforma per la commercializzazione del pacchetto di canali digitali di Kirch. I diritti sui programmi utilizzati nelle attività di Kirch nel settore della pay-tv sono di proprietà di Taurus, che produce anche una parte dei canali digitali per DF1. I servizi tecnici per il pacchetto digitale di DF1 sono forniti da BetaDigital. I diritti della tecnologia di codifica Beta sono di proprietà di BetaResearch. Inoltre, anche se Kirch si dovesse decidere a breve termine a liquidare DF1, le trasmissioni di DF1 non potrebbero essere immediatamente interrotte. DF1 dovrebbe prima risolvere i contratti con i suoi abbonati e con i canali di terzi che vengono trasmessi nell'ambito del pacchetto di DF1 e continuare a rispettare tali contratti fino alla data di efficacia della loro risoluzione. Secondo quanto dichiarato dalle parti, DF1 continuerebbe ad operare ancora per un anno circa. Kirch quindi, specie

se si considerano le sue vaste risorse di programmi nei campi del film cinematografici e dello sport, sarebbe ancora in grado, anche in caso di liquidazione immediata di DF1, di riflettere sulla sua decisione e di fondare, da solo o eventualmente con dei soci, una nuova piattaforma di commercializzazione per operare nella pay-tv.

74. Anche la tesi delle parti secondo cui i telespettatori interessati alla pay-tv non avrebbero altra scelta che passare a Premiere, di modo che le quote di mercato liberatesi a seguito del ritiro di DF1 sarebbero comunque acquisite da Premiere, è, secondo la Commissione, non fondata. Se Kirch dovesse effettivamente porre fine all'attività di Premiere, per i potenziali operatori di pay-tv si aprirebbe la possibilità di entrare nel mercato sulla base dei diritti di trasmissione in pay-tv di Kirch, facendo così concorrenza a Premiere. Sotto il profilo della concorrenza la situazione che si produrrebbe con o senza la concentrazione progettata non sarebbe affatto la stessa.
75. Quando poi le parti sostengono che l'unico candidato a rilevare DF1 sarebbe Premiere, dato che in mancanza di [...], si tratta di una tesi anch'essa non sostanziata da elementi concreti. In particolare il mero riferimento agli sforzi infruttuosi di Kirch di trovare un socio non è atto a dimostrare che non esiste alcuna possibilità alternativa di acquisizione meno pregiudizievole per la concorrenza. Dagli argomenti sviluppati dalla Commissione nella decisione Kali+Salz/MdK/Treuhand risulta chiaramente che la Commissione stessa pone condizioni assai rigorose per ammettere che, a parte l'impresa che procede all'acquisizione, non esista realmente un altro possibile acquirente. La Corte di giustizia europea ha avallato questa posizione della Commissione¹³. Le argomentazioni addotte dalle parti non soddisfano in alcun modo le esigenze di prova. Le parti non hanno né indicato con quali soci potenziali abbia trattato Kirch, né per quali motivi le trattative non abbiano avuto esito positivo. In particolare non hanno dimostrato che la ragione del fallimento delle trattative sia stata rappresentata dalla carente base di abbonati di DF1 e dall'insufficienza delle entrate prevedibili a fronte delle perdite che dovevano essere rilevate insieme ad una partecipazione. Non si può perciò escludere che le trattative tra Kirch e i terzi interessati siano fallite perché, in passato, Kirch non si era mai dichiarato disposto a rinunciare a detenere una partecipazione di maggioranza in DF1. Ora che Kirch, come dimostra il progetto di concentrazione notificato, è disposto ad accontentarsi di un controllo congiunto, nuove trattative con terzi sulla base di una partecipazione paritetica 50/50 potrebbero avere esito positivo. In queste condizioni, secondo la Commissione non è stato dimostrato a sufficienza che sia assolutamente da escludere l'acquisizione della totalità o di parti essenziali di DF1 da parte di imprese diverse da Premiere.
76. Le parti non hanno dimostrato la sussistenza di alcuna delle tre condizioni che la Commissione, nella decisione Kali+Salz, aveva indicato come necessarie per ammettere l'eccezione dell'assenza di nesso causale. La concentrazione progettata è quindi anche causa del monopolio di Premiere sul mercato della televisione a pagamento e del conseguente deterioramento della struttura della concorrenza sul mercato. Anche se Kirch ponesse effettivamente termine all'attività di DF1, le conseguenze negative sulla concorrenza sarebbero minori che in caso di realizzazione della concentrazione, perché Kirch non trasferirebbe il patrimonio di DF1 e la totalità dei suoi diritti di trasmissione in pay-tv a Premiere. Conseguentemente operatori di pay-tv concorrenti avrebbero la possibilità di entrare sul mercato procurandosi i diritti di trasmissione di Kirch e di entrare quindi in concorrenza con Premiere.

¹³ Citata alla nota 12.

c) Interrelazioni tra televisione a pagamento e televisione ad accesso gratuito

1) Struttura del mercato della televisione ad accesso gratuito (free tv)

77. Il mercato della televisione ad accesso gratuito in Germania è caratterizzato dalla presenza delle emittenti di diritto pubblico ARD e ZDF da un lato e da un più largo numero di emittenti televisive private dall'altro. I programmi televisivi privati sono essenzialmente concentrati in due "famiglie di emittenti". Da una parte vi sono le emittenti partecipate da CLT-UFA; dall'altra, quelle partecipate da Kirch o che a causa di altri fattori sono comunque da ascrivere alla sfera d'influenza di Kirch.

i) Partecipazioni delle parti

78. CLT-UFA detiene le seguenti partecipazioni in emittenti di free tv in Germania:

RTL	89%
RTL2	34,4%
VOX	24,9%
Super RTL	50%

Si deve presumere che CLT-UFA eserciti un controllo congiunto sulle emittenti nelle quali detiene una partecipazione di minoranza.

79. Kirch detiene le seguenti partecipazioni in emittenti di free tv in Germania:

SAT1	43%
DFS	100%

(Al Bundeskartellamt è stata notificata l'intenzione di acquistare un ulteriore 16% di SAT1).

Anche in questo caso si deve presumere che Kirch eserciti attualmente perlomeno un controllo congiunto su SAT1.

80. Oltre a ciò il signor Thomas Kirch, figlio del proprietario di Kirch, detiene le seguenti partecipazioni:

PRO7	60%
Kabel1	60%

Tra PRO7 e Kirch esistono relazioni anche al di là del rapporto di parentela tra i rispettivi proprietari ovvero azionisti di maggioranza. Esistono infatti anche rapporti d'affari di lunga data, visto che si stima che PRO7 copra fino al [40-60%] del suo fabbisogno di programmi approvvigionandosi presso Kirch.

ii) Quote di ascolto

81. Le quote di ascolto (share) detenute dalle emittenti tedesche di free tv nel 1996 erano le seguenti:

Emittenti di diritto pubblico:

ARD (primo programma)	14,8%
ARD (terzi programmi)	10,1%
ZDF	14,4%

Totale	39,3%
--------	-------

Emittenti nella sfera d'influenza di CLT-UFA:

RTL	17,0%
RTL2	4,5%
VOX	3,6%
Super RTL	2,1%

Totale	27,2%
--------	-------

Emittenti nella sfera d'influenza di Kirch:

SAT1	13,2%
PRO7	9,5%
Kabel1	3,6%
DSF	1,3%
Totale	27,6%

Altre emittenti	5,9%.
-----------------	-------

82. Da quanto sopra risulta che le emittenti di diritto pubblico hanno una quota di pubblico del 40% circa mentre quella delle emittenti private si aggira intorno al 60%. Il settore delle emittenti private è quasi completamente suddiviso tra le due famiglie di emittenti di CLT-UFA e di Kirch, ognuna delle quali ha una posizione altrettanto forte.

iii) Quote detenute sul mercato della pubblicità televisiva

83. Secondo dati forniti dalle parti sulla base dei fatturati pubblicitari lordi, le singole emittenti detenevano le seguenti quote del mercato tedesco della pubblicità in televisione:

Emittenti di diritto pubblico:

ARD (complessivamente)	4,4%
ZDF	4,4%
Totale	8,8%

Emittenti nella sfera d'influenza di CLT-UFA:

RTL	29,9%
RTL2	5,5%
VOX	2,8%
Super RTL	1,0%
Totale	39,2%

Emittenti nella sfera d'influenza di Kirch:

SAT1	24,1%
PRO7	21,8%
Kabel1	3,0%
DSF	1,8%
Totale	50,7%

Altre emittenti 1,3%.

(Un quadro identico, con qualche piccola variazione, si ottiene procedendo al calcolo delle quote di mercato sulla base delle entrate pubblicitarie nette).

84. Da questa ripartizione delle quote di mercato risulta una situazione delle emittenti di diritto pubblico assai diversa da quella esistente sotto il profilo delle quote di ascolto. Mentre possono contare su una quota del 40% circa dei telespettatori, le emittenti pubbliche detengono una quota del mercato della pubblicità televisiva inferiore al 10%. La ragione di questo fenomeno dovrebbe risiedere soprattutto nel fatto che le emittenti di diritto pubblico, in virtù della legislazione sui media, devono limitarsi a dedicare alla pubblicità solo 20 minuti al giorno, da trasmettere esclusivamente prima delle ore 20.00. Le emittenti private possono invece trasmettere pubblicità per un tempo che va fino al 15% della durata quotidiana delle trasmissioni. Esse possono in particolare trasmettere pubblicità anche nel "prime time" dopo le ore 20.00.
85. Le emittenti di diritto pubblico si finanziano quindi essenzialmente con i proventi del canone, che ammontano a circa 7 miliardi di DEM all'anno. Questa somma corrisponde all'incirca al fatturato pubblicitario netto realizzato dall'insieme di tutte le emittenti televisive sul mercato tedesco della pubblicità televisiva.
86. Le due famiglie di emittenti di CLT-UFA e Kirch si aggiudicano insieme circa il 90% delle entrate pubblicitarie della televisione tedesca; la posizione di Kirch, con il 50%

circa, è un po' più forte di quella di CLT-UFA con il 40% circa. Le entrate pubblicitarie sono concentrate nelle mani del leader di mercato RTL nonché delle emittenti SAT1 e PRO7. Queste tre emittenti raggiungono insieme una quota di mercato del 76%.

2) Ulteriore rafforzamento della posizione dominante di Premiere sul mercato della pay-tv

87. La pay-tv e la free tv costituiscono, come già spiegato, due mercati distinti. Tuttavia tra i due mercati esistono relazioni reciproche. Quanto più varia e attraente è l'offerta di programmi delle emittenti ad accesso gratuito, tanto minore è l'incentivo per i telespettatori a sottoscrivere in più un abbonamento alla televisione a pagamento. Questa interrelazione è comprovata dalla lentezza, in confronto alla Francia o al Regno Unito, dello sviluppo della pay-tv in Germania, che dovrebbe essere dovuta soprattutto all'abbondanza dell'offerta di televisione ad accesso gratuito in tale paese.
88. L'attrattiva di un'emittente dipende in modo decisivo dai programmi per i quali detiene i diritti. Se un'emittente ha una posizione di primo piano nella televisione a pagamento e nella televisione ad accesso gratuito e in più detiene i diritti sui programmi più importanti per la free tv e la pay-tv, si trova nelle condizioni di gestire l'interrelazione tra i due tipi di televisione. Dopo la realizzazione della concentrazione progettata CLT-UFA e Kirch si troverebbero appunto in una simile posizione.

i) Vi è da attendersi che CLT-UFA e Kirch cercheranno ogni volta di acquistare allo stesso tempo i diritti di pay-tv e di free tv.

89. Nel corso del procedimento le parti hanno dichiarato che i diritti di pay-tv e di free tv sarebbero stati in linea di massima acquistati separatamente. Se Premiere avrebbe provveduto all'acquisto dei diritti di pay-tv, l'attività di acquisto di programmi di CLT-UFA e Kirch sarebbe rimasta limitata al settore della free tv. Solo in casi eccezionali i diritti di pay-tv e di free tv sarebbero stati acquistati congiuntamente da una delle imprese interessate.
90. Dopo notizie di stampa che, facendo riferimento a documenti interni di Bertelsmann, rivelavano l'intenzione di coordinare pay-tv e free tv, Bertelsmann ha corretto le sue dichiarazioni originarie. In una presa di posizione pubblica Bertelsmann ha ammesso che si mirava ad una cooperazione tra emittenti di free tv facenti capo a CLT-UFA e Premiere, in quanto utile dal punto di vista imprenditoriale. In questa cooperazione rientrerebbe anche l'acquisto dei diritti. Analogamente, poco tempo dopo, il dr. Dornemann, membro del comitato direttivo di Bertelsmann competente per il settore televisivo, ha illustrato in un'intervista¹⁴ i vantaggi dell'acquisto combinato dei diritti di free tv e pay-tv.
91. Un'azione coordinata di CLT-UFA e Premiere per l'acquisto dei diritti sui programmi appare effettivamente come la strategia più probabile dal punto di vista imprenditoriale. CLT-UFA dispone con Premiere e le emittenti di free tv della sua famiglia di emittenti di tutta la catena per lo sfruttamento dei diritti sui programmi, ossia diritti di pay-per-view, pay-tv, prima visione televisiva in free tv, seconda visione televisiva in free tv. Sarebbe perciò naturale acquistare i diritti per l'intera catena di utilizzazione. CLT-UFA verrebbe così messa in condizioni di sfruttare in modo strategicamente ottimale i diritti. Ad esempio i diritti sullo sport possono essere utilizzati in modo da trasmettere gli avvenimenti più importanti in pay-tv (ad esempio le finali dei campionati

¹⁴ Süddeutsche Zeitung del 25.2.1998, pag. 2.

di calcio), mentre gli eventi meno importanti possono essere offerti in free tv. Per i diritti sui film, l'intervallo tra la trasmissione in pay-tv e le finestre per la prima e la seconda visione in free tv può ad esempio essere determinato in base ad una strategia unitaria.

92. È vero che attualmente i diritti, in particolare quelli sui film delle Majors di Hollywood, vengono solo parzialmente venduti in pacchetti comprendenti i diritti a tutti gli stadi di utilizzazione. La situazione potrebbe però mutare se i produttori si trovassero di fronte, sul lato della domanda, operatori in grado di sfruttare l'intera catena dei diritti. Inoltre il potere di contrattazione che risulterebbe dalla combinazione, sul lato della domanda, dell'elevato fabbisogno di programmi del pacchetto di canali digitali di Premiere con le emittenti di free tv di CLT-UFA potrebbe indurre i detentori dei diritti a vendere pacchetti comprendenti sia la pay-tv che la free tv.
93. Se dunque le dichiarazioni di Bertelsmann sull'acquisto combinato di diritti di pay-tv e free tv appaiono plausibili, non si vede motivo perché Kirch non dovrebbe perseguire la medesima strategia. Kirch dispone allo stesso modo di CLT-UFA di una famiglia di emittenti e, a concentrazione avvenuta, in quanto socio detentore del controllo congiunto di Premiere, dell'unica piattaforma di televisione a pagamento esistente in Germania. È dunque da attendersi che Kirch tenterà di realizzare acquisti combinati di diritti di pay-tv e free tv.
94. Il prezzo dei diritti in pay-tv viene normalmente fissato in funzione del numero degli abbonati, garantendo però un determinato numero minimo di abbonati. Con il crescere del numero degli abbonati di Premiere, l'importanza economica dei diritti di pay-tv rispetto ai diritti di free tv aumenterà, ed aumenterà anche la loro importanza strategica per le attività televisive di CLT-UFA e Kirch nel loro insieme. Poiché Premiere viene gestita congiuntamente da CLT-UFA e Kirch, non sarebbe sensato che CLT-UFA e Kirch continuassero ad acquistare in ogni caso separatamente i diritti di pay-tv e free tv, qualora le attività di pay-tv assumessero un'importanza sempre crescente rispetto a quelle di free tv. Ma questo è appunto ciò che dovrebbe avvenire, almeno stando al piano aziendale di Premiere concordato nell'accordo di consorzio. Secondo tale documento il fatturato netto di Premiere [...]

ii) CLT-UFA e Kirch sono in condizione di seguire, sulle loro emittenti di free tv, strategie di programmazione che facciano guadagnare abbonati alla pay-tv di Premiere Digital.

95. Le parti hanno ripetutamente dichiarato che lo sviluppo di Premiere per farne una piattaforma per la pay-tv digitale avrebbe richiesto ingenti investimenti. Nella già citata intervista con la *Süddeutsche Zeitung*¹⁵ il dr. Dornemann, membro del comitato direttivo di Bertelsmann, ha indicato a titolo di previsione un ammontare di investimenti pari a 13,5 miliardi di DEM fino all'anno 2007 e perdite di avviamento di 2,5 miliardi di DEM. È evidente che CLT-UFA e Kirch avranno tutto l'interesse a far aumentare al massimo il numero degli abbonati di Premiere. Data l'interrelazione illustrata sopra tra pay-tv e free tv, un coordinamento della programmazione di Premiere e delle famiglie di emittenti di free tv di CLT-UFA e Kirch potrebbe dare un contributo essenziale alla realizzazione di questo obiettivo.
96. Si tratterebbe innanzitutto di rendere complementari la programmazione di Premiere e delle emittenti di free tv. Ad esempio si può, come già detto, organizzare la trasmissione

¹⁵ Vedi nota 14.

di manifestazioni sportive in modo tale da destare l'interesse dei telespettatori con avvenimenti meno importanti in free tv (per esempio gironi eliminatori dei campionati di calcio) per poi trasmettere i momenti culminanti (finali) in pay-tv o pay-per-view. Per quanto riguarda le attività televisive di Bertelsmann una simile complementarità della programmazione è stata resa più facile dalla fusione nel 1997 di CLT ed UFA. Ormai tutte le attività televisive sono infatti riunite sotto l'insegna di CLT-UFA, che detiene ora una partecipazione di maggioranza nella più importante emittente di free tv, RTL.

97. Inoltre esiste almeno nel medio termine - con il crescere dell'importanza della pay-tv - un interesse di CLT-UFA e Kirch a limitare la forza di attrazione delle emittenti di free tv in modo da indurre il massimo numero di telespettatori a sottoscrivere un abbonamento alla pay-tv. Una strategia simile sarebbe normalmente esposta al rischio di comprare l'aumento del numero degli abbonati al prezzo di un calo delle entrate pubblicitarie. Questo rischio, nel caso in esame, esiste tuttavia solo in misura limitata. Come detto sopra, il campo delle emittenti di free tv è suddiviso quasi esclusivamente tra le due famiglie di emittenti facenti capo rispettivamente a CLT-UFA e Kirch (che hanno insieme una quota di circa il 92% degli spettatori delle televisioni private). Una strategia concordata di CLT-UFA e Kirch per ridurre l'attrazione della free tv potrebbe quindi solo provocare spostamenti degli investimenti pubblicitari verso le emittenti di diritto pubblico. Poiché tali emittenti non possono però estendere, a causa delle limitazioni della pubblicità che sono loro imposte dalla legge, i loro spazi pubblicitari e, in particolare, non possono trasmettere pubblicità nel "prime time", la possibilità di trasferimento degli introiti pubblicitari alle emittenti di diritto pubblico è estremamente limitata.
98. Qualora le emittenti di televisione ad accesso gratuito di CLT-UFA e Kirch dovessero diventare tutte insieme meno attraenti, è quindi prevedibile che si verificherebbe una rilevante perdita di entrate pubblicitarie solo se gli inserzionisti, vedendo calare il numero dei telespettatori, trasferissero in misura rilevante i loro stanziamenti pubblicitari dalla televisione ad altri media, e soprattutto verso la stampa. Ci si può attendere che ciò si verifichi solo in caso di un crollo drammatico del numero di telespettatori. I minuti di ascolto delle emittenti private in Germania sono aumentati del 15% circa tra il 1993 e il 1996. Nello stesso periodo di tempo i fatturati pubblicitari ai prezzi del 1993 sono cresciuti del 35%. Questo conferma che il numero dei telespettatori e l'intensità della pubblicità televisiva non sono necessariamente correlati tra loro. Inoltre va considerato che alla perdita di entrate pubblicitarie per CLT-UFA e Kirch si contrapporrebbe un guadagno nella più lucrativa pay-tv.

3) Conclusione

99. Il prevedibile acquisto combinato di diritti di pay-tv e free tv e la prevedibile complementarità della programmazione contribuiranno ad un ulteriore rafforzamento della posizione dominante di Premiere sul mercato della pay-tv.

d) Conclusioni

100. Per i motivi suesposti è da presumersi che la concentrazione progettata porterà ad una posizione dominante duratura di Premiere sul mercato della televisione a pagamento in Germania. Il prevedibile acquisto combinato di diritti di pay-tv e free tv e la prevedibile complementarità della programmazione contribuiranno ad un ulteriore rafforzamento della posizione dominante di Premiere sul mercato della pay-tv.

101. Sarebbe da attendersi che Premiere acquisterebbe una posizione dominante destinata a durare anche nel caso in cui si presupponesse l'esistenza di un mercato delle trasmissioni di pay-tv comprendente tutto il territorio di lingua tedesca. Per questo mercato varrebbero sostanzialmente le stesse considerazioni formulate per il mercato tedesco. Vi è tuttavia una differenza: in Austria, diversamente che in Germania, le reti cablate sono esclusivamente nelle mani di operatori privati. Mentre in Germania, per via della frammentazione dell'attività di distribuzione televisiva via cavo e della posizione di Telekom di operatore praticamente unico di reti di distribuzione al livello di rete 3, i cablodistributori privati, indipendentemente dal problema dell'accesso a contenuti di richiamo, non sono in grado di offrire una piattaforma di programmi alternativa a quella di Premiere, in Austria almeno i maggiori operatori privati di televisione via cavo sarebbero teoricamente in grado di creare una piattaforma di programmi alternativa, sia pure limitata alla loro regione. Visto che però Premiere in Germania è riuscita ad imporre contro Telekom il modello di trasporto via cavo, è presumibile che Premiere rifiuterebbe anche nel resto del territorio di lingua tedesca di far commercializzare i suoi programmi dai cablodistributori. Ciò sarebbe in linea con la strategia seguita finora da Premiere per i suoi programmi analogici. Fino ad oggi Premiere non ha consentito la commercializzazione diretta in Austria dei suoi programmi da parte di operatori di televisione via cavo. Nell'autunno del 1997 Premiere aveva sì rinunciato all'esigenza di una commercializzazione in proprio e si era mostrata pronta a lasciare ad un grande cablodistributore austriaco il programma Premiere analogico. Poco prima che il contratto fosse concluso, però, Premiere ha ritirato la sua offerta. È quindi presumibile, in definitiva, che Premiere, a concentrazione avvenuta, sarà e rimarrà la sola piattaforma di programmi e di commercializzazione anche sull'insieme del territorio di lingua tedesca, poiché nessuna altra impresa disporrà delle risorse di programmi necessarie per costituire una piattaforma di programmi e Bertelsmann e Kirch controllano l'infrastruttura dei decodificatori.

3. Mercato dei servizi tecnici per la pay-tv

a) Posizione di monopolio di BetaDigital e Telekom

102. La concentrazione conferirà a BetaDigital una posizione di monopolio di lungo termine nell'ambito dei servizi tecnici nel settore della trasmissione via satellite. A seguito della parallela concentrazione tra Deutsche Telekom e BetaResearch, Telekom acquisirà il monopolio della gestione del controllo d'accesso nel settore della trasmissione via cavo.

103. BetaDigital è già attualmente l'unico fornitore di servizi tecnici per la trasmissione di segnali digitali via satellite. Le parti hanno dichiarato che anche Bertelsmann presterebbe, su scala limitata, servizi tecnici per la pay-tv tramite Cologne Broadcasting Center GmbH. Le parti non hanno tuttavia fornito alcuna precisazione circa tali attività.

104. A concentrazione avvenuta Telekom sarà inoltre l'unico fornitore di servizi tecnici per la trasmissione di segnali digitali sulle reti cablate. CLT-UFA, Kirch e Telekom hanno stabilito nell'accordo di ristrutturazione di BetaResearch che Telekom utilizzerà esclusivamente la tecnologia di accesso Beta basata sul decodificatore d-box per la prestazione di servizi tecnici per la trasmissione di programmi TV digitali sulle sue reti cablate a banda larga.

b) Carattere duraturo della posizione dominante

105. BetaDigital acquisirà un monopolio di lungo termine sul mercato dei servizi tecnici per la trasmissione di dati digitali, quanto meno nel settore della trasmissione via satellite.

Anche nel settore della trasmissione via cavo Telekom resterà prevedibilmente l'unico fornitore di servizi tecnici per la trasmissione di pay-tv sulle reti cablate in Germania e deterrà pertanto anch'essa una posizione di monopolio di lungo termine. Questa valutazione si basa sulle considerazioni esposte in appresso.

i) A seguito della concentrazione la tecnologia d-box diverrà di fatto lo standard digitale nel territorio di lingua tedesca.

106. La televisione a pagamento presuppone un'infrastruttura tecnica particolare che può essere creata dal fornitore di pay-tv ovvero da un terzo, di solito un gestore di rete cablata. La struttura delle reti cablate in Germania non consente agli operatori privati di reti cablate di creare da soli l'infrastruttura tecnica necessaria per la trasmissione della pay-tv, in quanto le "isole cablate" che essi gestiscono sono per lo più troppo piccole per giustificare le spese di investimento che dovrebbero sostenere per mettere a punto una propria tecnica di accesso condizionato ed una base alternativa di decodificatori per la pay-tv. Inoltre i cablodistributori privati controllano solo alcune parti dei livelli di rete 3 e 4 interessati dalla diffusione della televisione via cavo. Al livello 3, che corrisponde alla rete di distribuzione che va dalla "testa di rete", dove il segnale digitale del programma viene ricevuto ed immesso nelle reti cablate, fino al limite della proprietà privata delle singole abitazioni servite, la maggior parte delle reti è di proprietà di Telekom. Pertanto i gestori privati di reti cablate potrebbero creare un'infrastruttura tecnica alternativa per la trasmissione di pay-tv soltanto con la partecipazione di Telekom.

107. Dopo la concentrazione Premiere trasmetterà televisione digitale sulla base della tecnologia e del decodificatore d-box. Telekom offrirà i servizi tecnici per la pay-tv nel settore della trasmissione via cavo sulla base della tecnologia di accesso Beta e del decodificatore d-box. In tal modo le imprese che sarebbero destinate a creare ciascuna un'infrastruttura per la televisione digitale ed a fornire i relativi servizi si sono accordate sulla scelta della tecnologia di accesso Beta sulla base del decodificatore d-box. Si deve pertanto supporre che nel territorio di lingua tedesca non esisterà nel prossimo futuro alcuna piattaforma tecnica alternativa per la televisione digitale.

ii) Il monopolio di Premiere come piattaforma di programmazione impedisce nel lungo periodo l'introduzione di una tecnologia alternativa.

108. L'installazione di un'infrastruttura tecnica alternativa per la trasmissione di pay-tv richiederebbe investimenti elevati. Tuttavia i potenziali fornitori sarebbero disposti ad apportare i capitali necessari soltanto in presenza di adeguate possibilità di successo sul mercato. Ciò presupporrebbe che in Germania si potesse inserire un altro fornitore di pay-tv il quale potesse creare, autonomamente o attraverso terzi, una propria piattaforma tecnica sulla base di una tecnologia alternativa di accesso. Come spiegato precedentemente, tuttavia, l'ingresso sul mercato di un altro fornitore di pay-tv è improbabile, data l'attuale posizione privilegiata di Premiere in termini di abbonati ed in particolare di accesso alle risorse di programmi.

109. Inoltre una tecnologia di accesso e di decodifica alternativa si potrebbe realizzare ugualmente soltanto nel settore della trasmissione via satellite, in quanto CLT-UFA, Kirch e Telekom hanno già convenuto nell'accordo di ristrutturazione che Telekom utilizzerà esclusivamente la tecnologia di accesso Beta sulla base del decodificatore d-box nella prestazione di servizi tecnici per la trasmissione di programmi tv digitali sulle sue reti cablate a banda larga. In tal modo anche qualsiasi potenziale fornitore di

pay-tv nonché di servizi ad accesso condizionato nel settore delle reti cablate di Telekom sarebbe comunque costretto ad utilizzare, tramite Telekom, la tecnologia di accesso Beta ed il decodificatore d-box.

iii) Qualunque potenziale fornitore di un sistema di controllo di accesso dipenderà dalla politica di BetaResearch in materia di licenze.

110. BetaResearch è il titolare del diritto di licenza del sistema di accesso condizionato utilizzato nella d-box. Le parti hanno dichiarato che per ragioni di sicurezza viene sviluppato un sistema di accesso condizionato su base proprietaria. Anche altri fornitori di pay-tv con esperienza nel mercato della televisione a pagamento, come Canal+ e BSKyB, preferiscono l'impiego di sistemi di accesso condizionato di tipo proprietario per assicurare una migliore protezione della sicurezza della trasmissione dei dati. Conformemente allo standard DVB esistono due possibilità per evitare che uno spettatore abbonato a diverse emittenti di pay-tv con diversi sistemi di accesso condizionato sia costretto ad utilizzare diversi decodificatori, vale a dire la tecnologia "Simulcrypt" e la cosiddetta "interfaccia comune" (in appresso "CI").
111. L'interfaccia comune consente l'uso di un solo decodificatore per i più diversi sistemi di accesso condizionato, il che significa che qualsiasi terzo fornitore di pay-tv e di servizi tecnici può utilizzare un sistema di accesso condizionato sulla base del decodificatore disponibile. Contrariamente alla tecnologia "Simulcrypt", il terzo operatore non deve stipulare, con l'impresa che ha installato la base, un accordo relativo al collegamento del sistema di accesso del terzo al sistema di accesso condizionato del decodificatore di tipo proprietario. In caso di impiego di un sistema di accesso condizionato proprietario è essenziale che l'accesso a tale sistema sia garantito senza alcuna discriminazione. Ciò presuppone, secondo la Commissione, che il titolare del diritto di licenza per la tecnologia di decodifica possa prendere le proprie decisioni commerciali senza subire l'influenza di un fornitore di programmi. Nella fattispecie tale autonomia non esiste, dato che BetaResearch è controllata in maggioranza da imprese che hanno propri interessi da difendere in qualità di fornitori di programmi.
112. Considerato che tutti i fornitori esistenti e potenziali di televisione digitale a pagamento e Telekom, in qualità di fornitore di servizi tecnici nel settore della distribuzione via cavo, si sono accordati sull'uso della tecnologia di accesso Beta e del decodificatore d-box, è escluso che in Germania si possa installare una base di decodificatori alternativa. Qualsiasi potenziale fornitore di servizi ad accesso condizionato dovrebbe pertanto utilizzare anche il decodificatore d-box. Il d-box funziona con un sistema di codifica che si trova al suo interno (su base proprietaria) sviluppato da BetaResearch. I potenziali fornitori di servizi tecnici per pay-tv dipendono pertanto dalla concessione di una licenza per la tecnologia di accesso Beta da parte di BetaResearch. Ciò vale sia per la trasmissione via satellite sia per la trasmissione via cavo. BetaResearch non dovrebbe tuttavia avere alcun interesse economico ad esporre BetaDigital o Telekom, che detiene una partecipazione nel suo capitale, alla concorrenza sul mercato dei servizi tecnici per la pay-tv, concedendo licenze per lo sfruttamento del sistema di accesso condizionato nel settore della trasmissione via satellite e via cavo. In tal modo BetaResearch potrebbe impedire ad altri fornitori di servizi l'accesso al mercato tramite la politica perseguita in materia di concessione di licenze.

iv) Il controllo dell'infrastruttura di decodifica conferisce a Bertelsmann/Kirch il controllo delle diverse applicazioni basate sulla d-box.

113. Grazie ad un'interfaccia di programma applicativo (in appresso "API") i terzi che desiderano creare applicazioni proprie hanno accesso al sistema operativo del decodificatore. Un esempio tipico di questo tipo di applicazioni è la guida elettronica dei programmi (EPG) che fa apparire sullo schermo i programmi disponibili sotto forma di menu. Allo stato attuale ancora non esiste una versione ufficiale del decodificatore d-box dotato di interfaccia con il sistema operativo. Di conseguenza i terzi che vogliono utilizzare le proprie applicazioni sul d-box dovrebbero farle mettere a punto da BetaResearch nel codice sorgente del sistema operativo.
114. Le parti hanno dichiarato che BetaResearch metterà a punto un'API per il d-box e che l'interfaccia sarà messa a disposizione del pubblico entro la fine del 1998. Non è stata ancora fornita alcuna informazione sulla politica che verrà seguita in materia di licenze ed in particolare sull'entità del canone per l'uso dell'API. Pertanto allo stato attuale è impossibile valutare se rispetto all'API di altri fornitori quali OpenTV o MediaHighway l'API di BetaResearch sarà offerta alle normali condizioni del mercato. Si può tuttavia presumere che data l'imminenza del lancio della d-box l'API di cui sarà dotato non potrà che avere una funzionalità limitata. Questa ipotesi è confortata dal fatto che dopo aver introdotto la loro API sul mercato, gli altri fornitori l'hanno migliorata continuamente nel corso degli anni per garantire l'uso completo delle funzioni della tecnologia di decodifica e favorire pertanto lo sviluppo di applicazioni complesse.
115. Secondo le parti, l'API della d-box prevederà due possibilità per l'attuazione di applicazioni. Nel primo caso l'applicazione viene attuata con l'aiuto delle funzioni dell'API, ovvero essa funziona direttamente a livello dell'API ("native applications"). Una siffatta applicazione può funzionare soltanto sul d-box. Su tutti gli altri sistemi l'applicazione non funzionerebbe. Nel secondo caso l'API è dotata di una "virtual machine" (in appresso "VM") che trasforma le funzioni specifiche dell'API in funzioni indipendenti. In questo modo lo sviluppo e l'attivazione di un'applicazione è possibile indipendentemente dall'API. Le parti hanno sostenuto che i lavori in sede di DVB per la definizione delle specifiche di un'API standardizzata che funziona come una VM dovrebbero prevedibilmente concludersi entro la metà del 1998. BetaResearch potrebbe allora dare il via allo sviluppo del prodotto, che potrebbe richiedere altri sei-nove mesi.
116. Finché non sarà disponibile un'API standardizzata, l'API della d-box consentirà di utilizzare soltanto applicazioni su base proprietaria, il che significa che per la creazione delle proprie applicazioni è necessaria una licenza dell'API. Le parti affermano inoltre che in futuro le funzioni dell'API potranno essere ampliate qualora i licenziatari lo desiderino. In tal caso questi ultimi sarebbero tuttavia tenuti ad indicare dettagliatamente per quale ragione deve essere prevista una determinata funzione. BetaResearch deciderà successivamente se aggiungere o meno tale funzione. Si può presumere che saranno aggiunte solo funzioni che presentano un interesse per BetaResearch ovvero per le imprese che la controllano. L'eventuale inclusione della funzione richiesta comporterà costi che saranno parzialmente o integralmente a carico del licenziatario, il quale non avrà alcuna possibilità di scelta in quanto BetaResearch è l'unico titolare del diritto di licenza per l'API della d-box. Inoltre il licenziatario non ha alcuna possibilità di influire sulla sollecita esecuzione dei lavori di sviluppo presso BetaResearch. In questo contesto vi è già motivo di dubitare che BetaResearch manterrà sufficienti capacità di sviluppo da adibire a progetti da attuare su richiesta dei licenziatari. Infatti BetaResearch dovrà tener conto soprattutto delle scadenze previste per la commercializzazione di nuove versioni dell'API e investire le sue risorse per rispettarle e non per la sollecita esecuzione di altri lavori di sviluppo a favore di licenziatari in concorrenza con Premiere.

117. Inoltre l'API della d-box, almeno inizialmente, non disporrà, contrariamente ad altri sistemi già commercializzati, di assistenza e strumenti di programmazione che consentono di realizzare in modo rapido ed economico applicazioni complesse, autonomamente o tramite prestatori di servizi esterni. In questo modo i licenziatari dell'API della d-box saranno costretti ad affidare tutti i lavori di sviluppo di applicazioni a BetaResearch, in quanto solo questa impresa sarà in grado di mettere a punto applicazioni complesse. L'alternativa di realizzare direttamente l'applicazione è esclusa per un licenziatario già per ragioni di costo e soprattutto per via della mancanza di conoscenze specifiche sull'API della d-box.

c) Conclusione

118. Per i motivi predetti la concentrazione progettata darà luogo prevedibilmente ad una posizione dominante durevole di BetaDigital sul mercato dei servizi tecnici per la pay-tv nel settore della trasmissione via satellite e, a causa del controllo dell'infrastruttura dei decodificatori da parte di Bertelsmann e Kirch, ad un ulteriore rafforzamento della posizione dominante di Premiere sul mercato della televisione a pagamento. La posizione dominante di Premiere sul mercato della pay-tv darà inoltre luogo ad un ulteriore rafforzamento della posizione dominante di BetaDigital sul mercato dei servizi tecnici per la pay-tv trasmessa via satellite nell'area di lingua tedesca. Se si ritiene che i servizi tecnici per la trasmissione via satellite e via cavo costituiscono un solo mercato, la concentrazione progettata, unitamente alla parallela concentrazione Deutsche Telekom/BetaResearch, creerà un duopolio in posizione dominante sul mercato di lingua tedesca. Né BetaDigital né Telekom saranno esposte ad una concorrenza effettiva su questo mercato. Dato l'uso di una tecnologia comune ed il legame societario tra loro esistente tramite BetaResearch, è improbabile che vi sarà concorrenza tra BetaDigital e Telekom.

VI. EVOLUZIONE DEL PROGRESSO TECNICO ED ECONOMICO

119. Le parti sostengono che solo mettendo in comune le risorse di Bertelsmann e Kirch è possibile allestire l'infrastruttura necessaria affinché la televisione digitale possa affermarsi. La predisposizione di una base di decodificatori comporterebbe un costo pari a circa [500-1.000] DEM per ciascuna famiglia abbonata, vale a dire costi pari a circa [1,5-10] miliardi di DEM nell'ipotesi di [3-10] milioni di abbonati in dieci anni. A tali costi andrebbero ad aggiungersi ulteriori investimenti per [50-300] milioni di DEM per la costituzione del centro di trasmissione digitale e per la tecnologia di accesso condizionato. Vanno infine considerati anche gli investimenti relativi ai programmi, che nei prossimi anni dovrebbero ammontare a svariati miliardi di DEM. Tuttavia, una volta allestita un'infrastruttura digitale grazie agli investimenti realizzati dalle parti, altri operatori sarebbero in grado di offrire tutta una serie di servizi accessori con una spesa relativamente contenuta, tanto più che con l'affermarsi della televisione a pagamento digitale i telespettatori saranno sempre meno restii a pagare un supplemento per avere accesso a nuovi canali.

120. Queste affermazioni delle parti sollevano notevoli perplessità già sul piano dei fatti. È effettivamente probabile che, quantomeno nei primi anni della televisione digitale, gli utenti tenderanno a noleggiare piuttosto che acquistare i decodificatori necessari, i quali dovranno pertanto essere prefinanziati. I costi di tale operazione non possono tuttavia essere dell'ordine di grandezza menzionato dalle parti. Attualmente il canone di locazione di una d-box ammonta a circa [10-30] DEM. Nell'allegato 2c dell'accordo tra CLT-UFA e Taurus, il prezzo di acquisto di una d-box Nokia tra l'agosto 1995 ed il

dicembre 1999 viene stimato pari a circa [400-1.000] DEM. Considerando canoni di locazione mensili di [10-30] DEM ([100-400] DEM l'anno), il prezzo d'acquisto da prefinanziare verrebbe ammortizzato già dopo [1-5] anni. È solo durante tale periodo che dovrebbero essere sostenute spese per interessi, le quali tenderebbero comunque a ridursi con l'aumento del numero di riscossioni del canone. Dopo [1-5] anni, il canone percepito per la locazione di un decodificatore costituirebbe già un profitto. Questa ipotesi appare confermata dal piano aziendale di Premiere del 7 novembre 1997 [...], dove alla voce "finanziamenti necessari per i decodificatori" figurano per il 1998 costi pari a [100-200] milioni di DEM, che diminuiscono progressivamente per arrivare a [10-30] milioni di DEM nel 2002. I costi per il periodo di cinque anni considerato ammontano quindi, nell'ipotesi di [2-5] milioni di abbonati, a [200-500] milioni di DEM. Evidentemente, nell'indicare i costi relativi alla base di decodificatori, le parti hanno omesso di prendere in considerazione i canoni di locazione. Ad ogni modo, tali costi non sono dell'ordine di grandezza indicato dalle parti.

121. Sebbene Bertelsmann e Kirch sostengano di essere le sole a poter offrire, insieme, una gamma di programmi sufficientemente interessanti per garantire il successo della televisione digitale, non hanno fornito prove tangibili a sostegno di tale affermazione. Di fatto, questa situazione si produrrebbe se, da un lato, Kirch decidesse di riservare esclusivamente a Premiere le sue risorse di programmi ed in particolare i diritti sui programmi di maggiore richiamo (premium) e, dall'altro, a causa di una simile politica di isolamento, dovesse trovarsi in difficoltà economiche a causa degli ingenti impegni finanziari assunti con gli output deals conclusi. Tuttavia, una situazione del genere, che si prospettava prima dell'accordo tra Bertelsmann e Kirch, non è necessariamente inevitabile.
122. Infine, per quanto le parti contribuiscano effettivamente al successo della diffusione della televisione digitale grazie all'installazione di una infrastruttura digitale, nonché all'offerta congiunta di programmi interessanti, va osservato, come già esposto in precedenza, che proprio attraverso questa azione comune esse determinano una preclusione del futuro mercato della pay-tv digitale e ne assumono durevolmente il controllo. La concentrazione in esame elimina in tal modo la possibilità che il mercato in oggetto possa svilupparsi all'insegna della concorrenza. Per quanto la concentrazione contribuisca alla diffusione della televisione digitale e quindi al progresso tecnico ed economico, tale contributo non è rilevante sotto il profilo del regolamento sulle concentrazioni. A tale proposito va osservato che il criterio del progresso tecnico ed economico di cui all'articolo 2, paragrafo 1, lettera b) si applica a condizione che non costituisca impedimento alla concorrenza. Inoltre, appare estremamente dubbio che la concentrazione contribuisca effettivamente in senso positivo all'evoluzione del progresso tecnico ed economico. Tenuto conto della preclusione del mercato e del controllo che ne assumerebbero le parti, altri eventuali fornitori di pay-tv digitale e di servizi multimediali non possono infatti svilupparsi liberamente e senza incontrare ostacoli. C'è da temere piuttosto che una simile situazione possa frenare l'evoluzione della televisione digitale e di altri servizi digitali sotto il profilo tecnico ed economico.

VII. IMPEGNI PROPOSTI DALLE PARTI

1. Impegni proposti

123. Con lettere del 28 aprile e del 4 maggio 1998 le parti hanno proposto di assumere una serie di impegni destinati ad ovviare alle obiezioni mosse nei confronti del progetto di

concentrazione. Si illustrano qui di seguito gli elementi essenziali degli impegni proposti.

a) Diritti sui programmi

124. Il 25% dei diritti di trasmissione in pay-tv oggetto degli “output deals” di Kirch e CLT-UFA con le case produttrici di Hollywood [...] verrebbe messo a disposizione di terzi per un determinato periodo. Ogni anno si svolgerebbe una gara per i diritti relativi a due anni dopo. Il 25% dei diritti di ciascuna casa di produzione comprenderebbe sempre il 25% dei diritti di pay-tv per le categorie [...]. Il prezzo dei diritti di pay-tv verrebbe stabilito sulla base dei contratti conclusi con gli “Studios” di Hollywood, vale a dire del prezzo pagato dal maggiore operatore di pay-tv attivo sul mercato in questione. Gli “Studios” stessi non sarebbero ammessi alla gara come acquirenti. L’offerta relativa alla cessione di una scelta del 25% dei diritti di trasmissione in pay-tv facenti parte dei contratti sull’intera produzione è valida per tutto il tempo durante il quale Premiere rimarrà titolare di cinque dei sette “output deals” per i diritti di pay-tv, ma al più tardi fino al 1° gennaio 2003.

b) Struttura dei pacchetti di programmi

125. Premiere liberalizzerebbe la sua offerta di programmi, rinunciando ad imporre l’abbonamento al proprio pacchetto di base come condizione per abbonarsi ai suoi canali cinematografici e sportivi. Questo impegno vale finché non si sia insediata nel mercato una seconda piattaforma dotata di pacchetti di programmi di grande richiamo (“premium”), ma al più tardi fino al 1° gennaio 2003.

c) Operatori di reti cablate

126. I partecipanti alla concentrazione sono pronti a collaborare con gli operatori di reti cablate nell’attività di distribuzione. Questa include, oltre alla ricerca di nuovi clienti, la fornitura di informazioni e servizi ausiliari nel lavoro di commercializzazione. I rapporti con i clienti continuerebbero però a far capo a Premiere. Gli operatori di reti cablate otterrebbero un adeguato compenso finanziario per la loro opera.

d) Diritti di pay-tv e free tv

127. Premiere acquisterebbe per proprio conto i diritti di pay-tv che le occorrono e non acquisterebbe alcun diritto di trasmissione in free tv, in modo che non avvengano acquisti abbinati di diritti di pay-tv e free tv tramite Premiere.

e) BetaResearch

128. Telekom si propone di costituire un comitato di esperti tecnici aperto a tutte le imprese che si occupino di televisione digitale. Le raccomandazioni di tale comitato verrebbero messe in atto sul modello degli accordi già esistenti tra Bertelsmann, Kirch, Telekom, ARD e ZDF. I soci di BetaResearch sono inoltre disposti a lasciare ad imprese terze, tramite una holding intermedia, fino al 25% del capitale sociale. Alle partecipazioni di terzi non sarebbero però collegati diritti di veto, mentre i diritti di veto finora detenuti da Bertelsmann, Kirch e Telekom permarranno. Le parti ribadiscono il ruolo guida di Kirch, in particolare per quanto riguarda la nomina dei dirigenti.

129. BetaResearch concederebbe immediatamente, a richiesta, a chiunque gliela chieda al fine di prestare servizi di decodifica per sé o a favore di terzi, una licenza per il sistema di accesso condizionato (licenza obbligatoria) sulla base di un contratto tipo aperto a tutti. Qualora non si riuscisse a raggiungere un accordo sulle condizioni, e in particolare sui canoni di licenza, sulla loro congruità deciderebbe inappellabilmente un organo arbitrale.

130. BetaResearch si impegna a rendere pubblica, entro la fine del 1998, l'interfaccia API della rete d-box (in appresso "native API") e a sottomettersi alle decisioni di un organo arbitrale in caso di controversia sulla concessione di licenze. Inoltre BetaResearch si impegna ad integrare la "native API" con l'interfaccia che sarà standardizzata dalla DVB, non appena la DVB avrà definito lo standard in questione. BetaResearch riprenderebbe inoltre tutti i futuri standard DVB.

131. BetaResearch concederebbe licenze di produzione a condizioni standardizzate ad ogni produttore interessato e si sottometterebbe al giudizio di un organo arbitrale in caso di controversia sulle condizioni. I decodificatori potrebbero essere offerti sul mercato a condizione di superare un "technical verification test" da parte di BetaResearch. La certificazione dei produttori potrebbe essere effettuata, entro due-tre anni, da terzi indipendenti.

f) BetaDigital

132. Qualora terzi intendessero usufruire dei servizi di BetaDigital e non riuscissero a mettersi d'accordo sulle condizioni, anche BetaDigital si sottometterebbe al giudizio inappellabile di un organo arbitrale.

2. Valutazione

a) Diritti sui programmi

133. È improbabile che un potenziale operatore di pay-tv deciderebbe di entrare sul mercato sulla base del 25% dei diritti di pay-tv compresi negli "output deals" oggetto dell'offerta. Qualsiasi terzo dovrebbe infatti pagare il prezzo valido per Premiere. Poiché questo si fonda sul numero degli abbonati di Premiere (con la garanzia di un numero minimo di abbonati), un nuovo operatore si assumerebbe un rischio assai

rilevante, che crescerebbe costantemente con il probabile rapido aumento del numero degli abbonati della stessa Premiere. Secondo la proposta delle parti un terzo interessato dovrebbe decidere entro una determinata data, ogni anno, quanti diritti intende acquisire per il secondo anno dopo quello in corso. Un terzo potrebbe quindi acquistare oggi solo diritti per l'anno 2000 e non per prima. Ma nel 2000 Premiere, secondo il suo piano aziendale, dovrebbe avere circa [...] milioni di abbonati ed è questa la base sulla quale dovrebbe essere calcolato il prezzo. Un terzo dovrebbe allora pagare circa 2,3 milioni di USD per ogni film. In questo contesto va tenuto presente che le case produttrici di Hollywood sono escluse, nell'impegno proposto, dal novero dei concorrenti al (ri)acquisto dei diritti. In questo modo le parti hanno escluso a priori proprio gli unici compratori potenziali che sarebbero presumibilmente in grado di permettersi di assumere il rischio dell'acquisizione dei diritti. Inoltre l'offerta è limitata nel tempo alla fine dell'anno 2002. I diritti potrebbero quindi di fatto essere ceduti per un periodo di tre anni. Va altresì tenuto presente che l'impegno riguarda esclusivamente gli "output deals" con le "Majors" di Hollywood: i diritti sulle manifestazioni sportive, che accanto ai film di grande richiamo costituiscono un ingrediente di decisiva importanza per un canale "premium", ne sono esclusi. In definitiva l'impegno non è atto ad offrire un'opportunità per la costituzione di una seconda piattaforma di offerta di programmi.

b) Struttura dei pacchetti di programmi

134. Le parti fanno valere che l'ingresso nel mercato di potenziali offerenti di pacchetti di base e di programmi sportivi viene facilitata se gli abbonati non sono costretti, come condizione per ottenere un abbonamento ai canali cinematografici "premium" e sportivi di Premiere, a sottoscrivere innanzitutto un abbonamento al pacchetto di base della stessa Premiere. Questo impegno può effettivamente rendere più agevole, per una piattaforma di programmi alternativa, la conquista di abbonati ad un pacchetto di base in concorrenza con quello di Premiere. Esso non darebbe invece che uno scarso contributo al sorgere stesso di una simile piattaforma alternativa, in quanto questa potrebbe costituirsi solo mettendo insieme dei canali di grande richiamo ("anchor channels").

c) Operatori di reti cablate

135. Le parti hanno offerto solo di collaborare nella distribuzione con gli operatori di reti cablate. Questi continuano perciò a vedersi preclusa la possibilità di una commercializzazione in proprio di Premiere, e quindi l'instaurazione di un rapporto diretto con i clienti, nonché la possibilità di scomposizione e ricomposizione dei pacchetti di programmi. Perché gli operatori di reti cablate potessero costituire una piattaforma di programmi alternativa sarebbe però necessario - oltre ad una collaborazione con Telekom, vista la struttura attuale della rete - almeno che essi avessero il diritto di acquisire i singoli pacchetti di programmi offerti da Premiere, e in particolare i canali cinematografici e sportivi di maggior richiamo, di unirli a canali di terzi e di offrirli in tale forma ai propri clienti via cavo.

d) Diritti di pay-tv e free tv

136. Così come è formulato, l'impegno permette a Premiere di acquistare i diritti occorrenti non solo presso altri fornitori, ma anche da Kirch e CLT-UFA. Sarebbe quindi possibile per Kirch e CLT-UFA acquistare esse stesse diritti di pay-tv e free tv combinati. L'impegno è quindi privo di significato.

e) BetaResearch

137. L'offerta di Telekom di costituire un comitato di esperti tecnici non rappresenta altro che l'apertura a terzi del già esistente comitato di esperti cui partecipano ARD e ZDF. Va tenuto presente che, ai termini dell'accordo con ARD e ZDF, il comitato è chiamato a deliberare in merito alle questioni relative allo sviluppo tecnico, ma non ha il potere di imporre la messa in atto delle proprie raccomandazioni.
138. Con l'offerta a terzi, secondo la proposta delle parti, della possibilità di acquisire una partecipazione in BetaResearch, si potrebbe conseguire una certa trasparenza delle decisioni riguardanti lo sviluppo futuro della tecnologia. Poiché tuttavia la partecipazione di terzi sarebbe limitata al 25% e alla holding intermedia non verrebbe concesso alcun diritto di veto, Bertelsmann e Kirch, in quanto fornitori dominanti di televisione a pagamento, e Telekom, in quanto operatore dominante di reti cablate, manterrebbero il controllo congiunto di BetaResearch e quindi il controllo dell'evoluzione tecnica.
139. L'introduzione di una licenza obbligatoria per il sistema di controllo dell'accesso e di una procedura arbitrale per la risoluzione delle controversie sulle condizioni, e in particolare sui canoni di licenza, potrebbe in qualche misura contribuire a far sì che i terzi vengano trattati senza discriminazioni nella concessione di licenze. Questo impegno non altera però in alcun modo il fatto che lo sviluppo della tecnologia per la quale vengono concesse le licenze è controllato da Bertelsmann, Kirch e Telekom. Per quanto riguarda l'obbligo di BetaResearch di rendere pubblica, entro la fine del 1998, l'interfaccia API della rete di d-box e di sottomettersi ad un organo arbitrale in caso di controversie sulla concessione di licenze, nonché di integrare nell'interfaccia che sarà standardizzata dalla DVB, non appena questa sarà stata definita, la "native API", si tratta essenzialmente dell'esplicitazione per iscritto di qualcosa che le parti avevano già dichiarato essere nelle loro intenzioni. L'impegno di BetaResearch a concedere licenze di produzione a condizioni standardizzate ad ogni produttore interessato e di sottomettersi al giudizio di un organo arbitrale in caso di controversia sulle condizioni può certo contribuire all'instaurazione di una concorrenza tra produttori di decodificatori; rimane tuttavia inalterato il fatto che Bertelsmann e Kirch, quali fornitori di televisione a pagamento in posizione dominante, e Telekom, quale fornitore dominante di reti cablate, controllano lo sviluppo della tecnologia dei decodificatori.

f) BetaDigital

140. L'impegno di BetaDigital di attenersi anch'essa alle decisioni inappellabili di un organo arbitrale in caso di controversia sulle condizioni non altera per nulla il fatto che BetaDigital deterrà una duratura posizione di monopolio sul mercato dei servizi tecnici per la pay-tv via satellite.

g) Valutazione complessiva

141. Con gli impegni proposti le parti assicurano sotto il profilo tecnico una certa trasparenza e l'accesso alla tecnologia della d-box. Le parti non sono però disposte a rinunciare al controllo esclusivo che esercitano su detta tecnologia e specialmente sul suo sviluppo futuro. Gli impegni proposti non sono neppure atti ad offrire opportunità realistiche di costituzione di una piattaforma alternativa di offerta di programmi e di commercializzazione nel settore della pay-tv. Premiere continuerà ad essere in grado di dettare le condizioni per l'ingresso sul mercato di terzi. Al tempo stesso, senza la possibilità di una piattaforma alternativa di programmi, gli impegni offerti per quanto

riguarda gli aspetti tecnici, almeno per quanto concerne la concessione di licenze per il sistema di controllo dell'accesso, perdono ulteriormente valore, in quanto senza una seconda piattaforma di programmi non ci si può neppure attendere che possa essere creata una piattaforma tecnica alternativa.

3. Ulteriori impegni proposti

142. Il 13 maggio 1998 le parti hanno integrato e ampliato gli impegni offerti in precedenza come segue:

a) Operatori di reti cablate

143. Oltre alla collaborazione nella distribuzione già offerta, Premiere concederebbe agli operatori di reti cablate, a determinate condizioni, il diritto di commercializzare i suoi programmi e quindi la possibilità di instaurare un rapporto diretto con i clienti. I produttori di programmi per free tv, pay-tv e pay-per-view sono tuttavia esclusi per principio dalla partecipazione alla commercializzazione. Questa non avverrebbe in esclusiva, vale a dire che Premiere e gli operatori di reti cablate si troverebbero in concorrenza tra loro nella commercializzazione di Premiere presso i clienti. I dati dei clienti acquisiti dai cablodistributori dovrebbero però essere messi a disposizione di Premiere affinché questa possa inserirli nel suo SMS, in modo da poter proporre anche a tali clienti offerte e servizi supplementari (quali il pay-per-view) e trasmettere loro le informazioni generali destinate alla clientela. È esclusa la commercializzazione da parte di operatori di reti cablate delle offerte di pay-per-view di Premiere.

144. I cablodistributori devono offrire pacchetti della stessa composizione di quelli di Premiere. Non è consentita la scomposizione dei programmi all'interno dei singoli pacchetti e neppure della struttura dei pacchetti di Premiere nel suo complesso. Gli operatori di reti cablate possono invece commercializzare nel contempo pacchetti di programmi e singoli programmi di altri produttori. A seguito della rinuncia di Premiere all'abbinamento del pacchetto di base con i pacchetti "premium" (cfr. punto 125), i clienti dei cablodistributori avrebbero la possibilità di abbonarsi, oltre che alle combinazioni di pacchetti di Premiere, anche ad un pacchetto di base proprio del cablodistributore stesso. L'acquisto di tale pacchetto non può però costituire una condizione per ottenere un abbonamento ai programmi di Premiere. Il prezzo dei pacchetti di Premiere per gli operatori di reti cablate verrebbe fissato sulla base del prezzo di vendita praticato da Premiere sul mercato via cavo, deducendo i costi risparmiati per aver affidato a terzi la commercializzazione. I cablodistributori devono offrire decodificatori d-box a noleggio identici a quelli di Premiere e attingere, fino ad esaurimento, al contingente di decodificatori Nokia (un milione di pezzi).

145. I cablodistributori non devono abusare della libertà loro concessa nell'offerta dei programmi via cavo per limitare la commercializzazione dei programmi di Premiere sotto il profilo della capacità: sono cioè tenuti ad assumersi la commercializzazione dell'intera gamma di pacchetti di Premiere. In caso contrario Premiere non ha l'obbligo di cederne la commercializzazione. In caso di strozzature di capacità, Premiere e gli operatori di reti cablate sono tenuti a conformarsi alle direttive degli organismi dei Länder competenti per i media ovvero a mettersi d'accordo su un'altra procedura obiettiva per l'assegnazione delle capacità.

b) Reti cablate

146. Il 20 maggio 1998 Telekom ha inoltre dichiarato che avrebbe tenuto a disposizione di un eventuale terzo fornitore di programmi due canali digitali sull'iperbanda al più tardi fino al 31 dicembre 1999. Telekom è inoltre pronta ad ampliare, in collaborazione con gli operatori di reti di livello 4, la capacità dei cavi sulla banda IV, ma solo laddove è possibile un rifinanziamento da parte dei cablodistributori (reti di livello 3 e 4).

c) BetaResearch

147. Per quanto riguarda l'offerta di una partecipazione in BetaResearch a terzi, tramite una holding intermedia (cfr. punto 128), tutti i soci (ossia Bertelsmann, Kirch, Telekom e la holding intermedia) devono avere gli stessi diritti. Per la determinazione della maggioranza in caso di voto valgono le disposizioni di legge (nessun quorum particolare). I diritti speciali riconosciuti finora ai singoli soci sono soppressi.

4. Valutazione

a) Operatori di reti cablate

148. I nuovi impegni proposti dalle parti non sono atti a creare le condizioni per il sorgere di una piattaforma alternativa di offerta e di commercializzazione di programmi, come pure di una piattaforma tecnica alternativa nel settore della distribuzione via cavo. Nella loro lettera di accompagnamento le parti stesse affermano che "i partner per una messa in atto economicamente redditizia di queste forme di commercializzazione non esistono attualmente nel mercato tedesco ovvero, almeno in passato, non si sono dimostrati affatto disposti a compiere gli investimenti necessari per la realizzazione delle infrastrutture corrispondenti". In realtà, data l'attuale struttura delle reti cablate, non è possibile per gli operatori privati di reti cablate costituire una propria piattaforma di offerta e di commercializzazione di programmi e una propria piattaforma tecnica.

149. Come illustrato al punto 63, gli operatori privati di reti cablate sono in grande maggioranza attivi solo al livello di rete 4 (cablaggio delle abitazioni, isole cablate). Le reti di livello 3 (distribuzione dalle stazioni di testa fino ai confini delle proprietà private) sono quasi tutte di proprietà della Telekom. Attualmente i cablodistributori privati dipendono quindi, di norma, dai servizi a monte di Telekom al livello di rete 3. Ma la creazione di una piattaforma alternativa dei cablodistributori privati è impossibile senza l'uso del livello di rete 3. A causa della frammentazione della rete cablata tedesca e della posizione di Telekom di gestore praticamente unico delle reti di distribuzione di livello 3, gli operatori privati di reti cablate sono quindi al momento attuale nell'impossibilità di offrire una piattaforma di programmi alternativa in concorrenza con Premiere.

150. Nel corso del presente procedimento Telekom non si è mostrata disposta a instaurare una collaborazione con i cablodistributori privati per la costituzione di una piattaforma cablata alternativa o almeno a cedere loro l'uso del livello di rete 3. Telekom ha sì dichiarato in data 22 maggio 1998, rispondendo ad una domanda su come si potesse superare la separazione tra i livelli di rete 3 e 4, che coloro (fornitori di programmi, operatori di reti di livello 4) che avessero voluto fruire delle prestazioni di Telekom per una piattaforma cablata digitale e una piattaforma di commercializzazione digitale avrebbero potuto concludere con la Telekom stessa appositi contratti. Qualora gli operatori di reti di livello 4 lo desiderassero, la separazione tecnica e di gestione tra livello 3 e livello 4 avrebbe potuto essere superata anche attraverso la combinazione delle prestazioni di operatori di livello 3 e 4. Queste dichiarazioni sono però rimaste così vaghe e generiche da non poter costituire una base sufficiente per attendersi che la

separazione tra i livelli di rete 3 e 4 possa essere superata fino a permettere la costituzione di una piattaforma di offerta e di commercializzazione di programmi da parte degli operatori del livello 4. In particolare, per quanto riguarda la prospettata combinazione delle prestazioni di operatori dei livelli 3 e 4, non è stato spiegato quali sarebbero le prestazioni rispettive di Telekom e degli operatori di livello 4 e con quali modalità tecniche ed economiche tale combinazione potrebbe diventare effettivamente operativa. Rimane del tutto indefinito se gli operatori di livello 4 avrebbero un proprio accesso al livello 3 e in particolare se avrebbero la possibilità di gestire un sistema ad accesso condizionato e come ciò potrebbe essere reso tecnicamente possibile. Sulla base delle dichiarazioni di Telekom, quindi, si deve continuare a presupporre che in ultima analisi Telekom intenda prestare i servizi tecnici necessari solo in proprio e che gli operatori del livello 4 continuerebbero a dipendere dalla Telekom stessa. Ciò significa anche, in particolare, che sarebbe preclusa la costituzione di una piattaforma tecnica alternativa, poiché la gestione del sistema di accesso condizionato nella rete cablata rimarrebbe a Telekom. È quindi altamente probabile che il superamento della separazione tra i livelli di rete 3 e 4 sarebbe realizzabile solo dopo la ristrutturazione e la privatizzazione delle reti cablate di Telekom, qualora esse, una volta scorporate, venissero gestite da società regionali con la partecipazione dei cablodistributori privati. Telekom non ha rilasciato però alcuna dichiarazione vincolante in merito alla data e alla forma dell'eventuale ristrutturazione. La ristrutturazione e la privatizzazione avranno quindi prevedibilmente luogo solo in un momento in cui il vantaggio di Premiere, grazie al patrimonio di abbonati che sarà riuscita a costituirsi, sarà così grande che piattaforme alternative potrebbero solo difficilmente affermarsi sul mercato.

151. Inoltre, sulla base degli impegni proposti i cablodistributori non sarebbero neppure in grado di offrire programmi in pay-tv con le stesse possibilità concorrenziali di Premiere. Infatti essi non potrebbero proporsi come fornitori di programmi di pay-tv ed offrire, ad esempio, programmi regionali da loro prodotti: essi potrebbero offrire programmi supplementari solo commercializzando canali di terzi. Inoltre essi non potrebbero né commercializzare le offerte di pay-per-view di Premiere né offrire una propria scelta di programmi in pay-per-view, mentre è proprio attraverso l'offerta di pay-per-view, visto che i diritti per questa modalità di trasmissione non sono venduti in esclusiva, che potrebbe più facilmente essere organizzata una pay-tv autonoma. Infine, i pacchetti di Premiere dovrebbero essere offerti tali e quali, il che renderebbe i cablodistributori completamente dipendenti dalla stessa Premiere per quanto riguarda il parametro essenziale costituito dalla scelta della composizione dei pacchetti.
152. Gli operatori di reti cablate dovrebbero inoltre mettere a disposizione di Premiere i dati dei loro clienti, senza alcuna contropartita da parte di Premiere. La comunicazione dei dati dei clienti è tuttavia una prassi del tutto insolita nel settore, che assicura a Premiere un notevole vantaggio competitivo. Il calcolo del prezzo, effettuato deducendo dal prezzo di vendita di Premiere i costi risparmiati grazie alla commercializzazione da parte di terzi, racchiude in sé il pericolo che i programmi di Premiere non possano essere commercializzati a condizioni redditizie dai cablodistributori. Rimane del tutto imprecisato chi sarebbe chiamato a determinare l'ammontare dei costi risparmiati e secondo quali criteri questi sarebbero definiti.

b) Reti cablate

153. Il fatto che due canali digitali nell'iperbanda vengano riservati all'utilizzazione da parte di potenziali terzi fornitori di programmi può sì contribuire in teoria, grazie alla capacità aggiuntiva che verrebbe in tal modo messa a disposizione, alla concorrenza sotto il

profilo dell'offerta di programmi. Una simile misura non è però di per sé idonea ad aprire una reale possibilità di creazione di una piattaforma alternativa di programmi sulle reti cablate. Sembra straordinariamente difficile costituire tale piattaforma nell'arco di un anno e mezzo soltanto. Del resto i cablodistributori privati, se vogliono commercializzare Premiere, non sono autorizzati ad offrire propri programmi di pay-tv e dovrebbero quindi limitarsi a commercializzare canali di terzi: le loro possibilità di costituire una piattaforma di programmi che occupi i due canali sono perciò fortemente ridotte. D'altra parte un fornitore di programmi che volesse costituire una piattaforma sulla base del 25% dei diritti di pay-tv offerti non potrebbe usufruire di tali diritti prima del 2000. Egli dovrebbe inoltre, se volesse utilizzare i due canali, sottoscrivere un contratto decennale, pur avendo accesso solo fino alla fine del 2002 al 25% dei diritti di pay-tv provenienti dagli output deals offerto dalle parti. La messa a disposizione di capacità aggiuntive prospettata da Telekom attraverso l'ampliamento della banda IV non trova riscontro in preparativi concreti ed è da considerare quindi solo come una generica dichiarazione d'intenti.

c) BetaResearch

154. L'impegno a riconoscere gli stessi diritti a tutti i soci di BetaResearch, compresa la holding intermedia che riunirebbe i terzi, potrebbe essere in linea di principio idoneo a risolvere il problema del controllo della tecnologia da parte dei fornitori di programmi. Se il diritto di veto dei gestori di pay-tv CLT-UFA e Kirch viene soppresso e tutti i soci hanno gli stessi diritti, negli organi sociali sono possibili, sotto il profilo formale, maggioranze diverse. Va tuttavia considerato che il numero dei soci di BetaResearch sarebbe limitato a quattro, visto che i terzi potrebbero acquisire una partecipazione solo tramite la holding intermedia. Una decisione a maggioranza potrebbe dunque essere presa solo con il consenso di almeno tre dei quattro soci. Ciò significa che CLT-UFA e Kirch insieme sarebbero sempre in grado di bloccare una deliberazione e conserverebbero la possibilità di imporre insieme i loro interessi, impedendo la presa di una decisione a loro sgradita. La holding intermedia dei terzi potrebbe far valere i propri interessi nei confronti dei gestori di pay-tv CLT-UFA e Kirch unicamente alleandosi con Telekom, in modo da votare di concerto contro CLT-UFA e Kirch e bloccare così qualunque decisione a maggioranza. Sembra però naturale che Telekom, visto che presterà servizi tecnici per la pay-tv sulla base della tecnologia d-box, avrà più interessi in comune con CLT-UFA e Kirch piuttosto che con la holding intermedia dei terzi. Se ne deduce che le possibilità di CLT-UFA e Kirch, come fornitori di pay-tv in posizione dominante, e di Telekom, come operatore dominante di reti cablate, di controllare insieme la tecnologia e la sua ulteriore evoluzione sarebbero sì limitate sotto il profilo formale, ma continuerebbero a sussistere immutate in pratica.

d) Valutazione complessiva

155. Da quanto precede risulta che gli impegni proposti non sono sufficienti, anche nella loro versione ampliata, per risolvere i problemi esistenti sotto il profilo della concorrenza. Tali impegni non sono infatti idonei ad offrire una possibilità realistica di costituzione di una piattaforma alternativa di offerta e di commercializzazione di programmi via cavo da parte dei cablodistributori privati. Ciò significa al tempo stesso che è esclusa la nascita di una piattaforma tecnica alternativa sulle reti cablate, dato che Telekom rimarrebbe l'unico gestore del sistema di accesso condizionato sul cavo. È vero che l'allargamento a terzi della cerchia dei soci di BetaResearch, con la contestuale soppressione dei diritti di veto e dei diritti speciali riconosciuti ai soci attuali, rappresenta una concessione importante, poiché in tal modo verrebbe modificato l'assetto strutturale che garantisce il controllo della tecnologia e del suo ulteriore sviluppo. Ma poiché l'impossibilità di una piattaforma alternativa di offerta di programmi rende impossibile anche la nascita di una piattaforma tecnica alternativa, l'impegno proposto per quanto riguarda BetaResearch non è sufficiente, neppure in combinazione con gli impegni già proposti in precedenza dalle parti in materia di licenza del sistema di accesso condizionato, API e licenza di produzione, ad evitare una posizione dominante duratura di Telekom sul mercato della prestazione di servizi tecnici per la pay-tv sulle reti cablate e un rafforzamento duraturo della sua posizione dominante sul mercato delle reti cablate, a danno dei cablodistributori privati.

VIII. CONCLUSIONE

156. Per i motivi suesposti, è da ritenere che il progetto di concentrazione in oggetto determini la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante con il risultato di ostacolare una concorrenza effettiva in una parte sostanziale del mercato comunitario. La concentrazione deve pertanto essere dichiarata incompatibile con il mercato comune a norma dell'articolo 8, paragrafo 2 del regolamento sulle concentrazioni.

HA ADOTTATO LA PRESENTE DECISIONE:

Articolo 1

La concentrazione notificata, consistente nell'assunzione del controllo congiunto, da parte delle imprese CLT-UFA S.A. e Taurus Beteiligungs-GmbH & Co. KG, delle imprese Premiere Medien GmbH & Co. KG, BetaDigital Gesellschaft für digitale Fernsehdieste mbH e BetaResearch Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen mbH è dichiarata incompatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE.

Articolo 2

Sono destinatarie della presente decisione:

CLT-UFA S.A.
Boulevard Pierre Frieden, 45
L-2850 Luxembourg

Taurus Beteiligungs-GmbH & Co. KG (KirchGruppe)
Robert-Bürkle-Strasse 2
D-85737 Ismaning

Fatto a Bruxelles, il 27 maggio 1998

Per la Commissione

Karel VAN MIERT
Membro della Commissione