



COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

Brussel, 2 april 2003

C (2003) 1082 definitief

OPENBARE VERSIE

**BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE
van 2 april 2003**

**waarbij een concentratie verenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke
markt en de EER-Overeenkomst**

(Zaak nr. COMP/M. 2876 – Newscorp / Telepiù)

(Slechts de tekst in de Engelse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en met name op artikel 57, lid 2, onder a),

Gelet op Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen¹, laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1310/97², en met name op artikel 8, lid 2,

Gelet op de beschikking van de Commissie van 29 december 2002 om in de onderhavige zaak de procedure in te leiden,

Na de betrokken ondernemingen in de gelegenheid te hebben gesteld hun standpunt ten aanzien van de punten van bezwaar van de Commissie kenbaar te maken,

Gezien het advies van het Adviescomité voor concentraties³,

1 PB L 395 van 30.12.1989, blz. 1. Verordening gerectificeerd in PB L 257 van 21.9.1990, blz. 13.

2 PB L 180 van 9.7.1997, blz. 1.

Gezien het eindverslag van de raadadviseur-auditeur in deze zaak⁴,

OVERWEGENDE HETGEEN VOLGT:

1. Op 16 oktober 2002 ontving de Commissie een aanmelding overeenkomstig artikel 4 van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad (hierna “de concentratieverordening”) van een voorgenomen concentratie waarbij de Australische onderneming The News Corporation Limited (hierna “*Newscorp*”), door middel van de aankoop van aandelen, via een speciaal daarvoor opgericht bedrijf, de exclusieve zeggenschap verkrijgt in de zin van artikel 3 van de concentratieverordening over de Italiaanse betaaltelevisiebedrijven Telepiù Spa en Stream Spa (hierna respectievelijk “*Telepiù*” en “*Stream*”). *Telepiù* en *Stream* zullen hun activiteiten samenbrengen in een gecombineerd betaaltelevisieplatform met rechtstreekse huisaansluitingen (Direct-to-Home, DTH) via satellietverbinding. Telecom Italia S.p.A. (het Italiaanse telecombedrijf, hierna “Telecom Italia”) verkrijgt een minderheidsbelang (19,9%) in het nieuwe gecombineerde betaaltelevisieplatform.
2. Na onderzoek van de aanmelding en de reeks toezeggingen die door *Newscorp* op 31 oktober 2002 werden gedaan, kwam de Commissie op 29 november 2002 tot de conclusie dat de aangemelde transactie binnen het toepassingsgebied van de concentratieverordening valt en aanleiding geeft tot ernstige twijfels omtrent de verenigbaarheid daarvan met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst. De Commissie heeft derhalve overeenkomstig artikel 6, lid 1, onder c), van de concentratieverordening besloten om de procedure in te leiden.
3. Op 14 januari 2003 overhandigde *Newscorp* een nieuwe reeks toezeggingen.
4. Op 5 en 6 maart 2003 is een hoorzitting gehouden.
5. Op 13 maart 2003 heeft *Newscorp* een definitieve reeks toezeggingen overhandigd.
6. Op 20 maart 2003 werd het ontwerp van de onderhavige beschikking door het Adviescomité besproken.

I DE PARTIJEN

7. *Newscorp* is een mediabedrijf dat actief is in de VS, Canada, Europa, Australië, Latijns-Amerika en de Stille Oceaan. De activiteiten van *Newscorp* beslaan de productie en distributie van bioscoopfilms en televisieprogramma's, televisie-uitzendingen via satelliet en kabel, de uitgifte van kranten, tijdschriften en boeken, de productie en distributie van producten en diensten op het gebied van promotie en reclame, de ontwikkeling van digitale uitzendingen, de ontwikkeling van systemen voor voorwaardelijke toegang en abonneebeheer en het ontwikkelen en distribueren van on-line-programmering.

3 PB C ..., van 200. , blz.

4 PB C ..., van 200. , blz.

8. *Telepiù* is sinds 1991 actief als een analoog betaaltelevisieplatform. Sinds 1996 is *Telepiù* eveneens actief als aanbieder van betaaltelevisie via digitale satelliet (DTH) en, in mindere mate, via de kabel. Op technische testbasis verzorgt *Telepiù* in een paar gebieden op het Italiaanse grondgebied ook digitale aardse televisie (DTT). Sinds 1997 heeft Vivendi Universal S.A. de volledige zeggenschap over *Telepiù*. *Telepiù* ontplooit haar activiteiten voornamelijk via haar dochterondernemingen. Met name Europa T.V. S.p.A. en Prima TV S.p.A. zijn verantwoordelijk voor de redactionele activiteiten van de *Telepiù*-kanalen en voor het aankopen van televisierechten voor sportevenementen en films. Zij zijn, respectievelijk, houder van een vergunning voor analoge aardse uitzendingen en een vergunning voor digitale satellietuitzendingen. Omega TV S.p.A. is verantwoordelijk voor de eigen programmaproducties en voor het beheer van het digitale pay-per-view satellietaanbod van *Telepiù*. Atena Servizi S.p.A. verzorgt de technisch-administratieve dienstverlening voor het digitale platform en koopt de uitzendrechten aan voor de door derden geproduceerde kanalen die worden aangeboden op een dergelijk platform. Tot slot is TeleCare S.p.A., een bedrijf waarover Atena Servizi de zeggenschap heeft, verantwoordelijk voor het callcenter.
9. *Stream* kreeg in 1993 rechtspersoonlijkheid en begon in 1998 met haar werkzaamheden als betaaltelevisieplatform in Italië, waarbij gebruik werd gemaakt van DTH-uitzending. Tussen 1993 en 1997 functioneerde *Stream* slechts als een dienstverlener die betaaltelevisieprogramma's distribueerde voor andere bedrijven. Op dit moment is *Stream* alleen actief in digitale technologie, waarbij zij haar signalen via de satelliet en, in mindere mate, via de kabel verzendt. Tot halverwege het jaar 2000 was de deelneming in *Stream* als volgt: Telecom Italia (35%), *Newscorp* (35%), Cecchi Gori Groep FINMAVI S.p.A. (CGG) (18%) en S.D.S. – Società Diritti Sportivi S.r.l. (SDS) (12%). Na autorisatie door de Commissie⁵ hebben *Newscorp* en Telecom Italia sinds de tweede helft van het jaar 2000 gezamenlijk op fifty-fiftybasis de zeggenschap over *Stream* en worden hierbij gesteund door een aandeelhoudersovereenkomst.

II DE CONCENTRATIE

10. Door de voorgenomen concentratie verkrijgt *Newscorp* de exclusieve zeggenschap over *Telepiù* en *Stream* teneinde deze bedrijven te combineren. Te dien einde hebben *Newscorp* en Telecom Italia op 1 oktober 2002 een "overeenkomst tot aankoop van aandelen" gesloten met Vivendi Universal S.A., Groep Canal+ S.A. en Canal+ Europe B.V. (hierna gezamenlijk de "Vivendi-groep" genoemd), waardoor *Newscorp* 100% van de aandelen in *Telepiù* verwerft via een speciaal daarvoor in het leven geroepen organisatie die volledig in eigendom is van *Stream*.

⁵ Zaak nr. COMP/M.1978 Telecom Italia/News Television/Stream van 29.6.2000, gepubliceerd op de website van de Commissie: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

11. Tegelijkertijd hebben *Newscorp* en Telecom Italia een “kaderovereenkomst” gesloten, krachtens welke zij zijn overeengekomen om: (i) de financiering van *Stream* voor hun rekening te nemen; (ii) hun belangen en respectieve rol in *Stream* opnieuw te bepalen en, via *Stream*, het kapitaal te verstrekken voor en rechtspersoonlijkheid te verlenen aan een voor 100% bij *Stream* in eigendom zijnde dochteronderneming, die als speciaal daarvoor in het leven geroepen organisatie de verwerving van *Telepiù* zal uitvoeren, en (iii) hun toekomstige relatie als aandeelhouders in *Stream* en de daarmee samenhangende deelname in de speciaal daarvoor in het leven geroepen organisatie te regelen. Deze transacties zullen worden gevolgd door de oprichting van een gecombineerd DTH-betaaltelevisieplatform, waarin de activiteiten van *Stream* en *Telepiù* worden samengebracht.
12. Tot slot regelt de bij de kaderovereenkomst gevoegde “aandeelhoudersovereenkomst” de relatie tussen *Newscorp* en Telecom Italia als aandeelhouders in *Stream*.
13. Telecom Italia verwerft een deelname van 19,9% in het gecombineerde platform en *Newscorp* verwerft een deelname van 80,1%. Het is mogelijk dat andere investeerders met enkel een financieel belang toetreden tot de aandeelhoudersstructuur. In de overeenkomst tot aankoop van aandelen wordt vermeld dat deze potentiële andere investeerders, noch individueel noch gezamenlijk met anderen, zeggenschap kunnen verwerven over het gecombineerde platform, dat wil zeggen dat zij geen enkele invloed kunnen uitoefenen op het vaststellen van het bedrijfsbeleid en ook geen deel kunnen hebben aan de benoeming van het bestuur.
14. Hoewel de exclusieve zeggenschap is gebaseerd op verschillende overeenkomsten, dient de verwerving ervan over *Stream* en *Telepiù* door *Newscorp* te worden gezien als één enkele concentratie die uitsluitend wordt uitgevoerd met de bedoeling om *Newscorp* de exclusieve zeggenschap te laten verwerven over het gecombineerde platform. De voorgenomen transactie is derhalve een concentratie in de zin van artikel 3, lid 1, onder b), van de concentratieverordening.
15. De voorgenomen transactie is een ontwikkeling van activiteiten die de Italiaanse Antitrust Autoriteit (de “IAA”)⁶ in 2002 in detail heeft onderzocht. In het kader van die activiteiten zou de Vivendi-groep, in tegenstelling tot de onderhavige transactie, de exclusieve zeggenschap hebben verworven over het Italiaanse DTH-betaaltelevisieplatform, dat voortvloeit uit de combinatie van *Stream* en *Telepiù*. In dat scenario waren Telecom Italia en *Newscorp* de “verkopende partij”, terwijl Telecom Italia in de onderhavige zaak een contact onderhoudt met het gecombineerde platform. De IAA heeft zich uitgesproken over die transactie in een beschikking van 13 mei 2002, waarbij een reeks voorwaarden werd opgelegd die in grote lijnen overeenstemden met de toezeggingen die door de partijen zijn gedaan tijdens de eerste fase van het onderzoek van de Commissie. Vervolgens heeft de Vivendi-groep zich teruggetrokken uit de transactie.

III COMMUNAUTAIRE DIMENSIE

⁶ Beschikking van de Italiaanse Antitrust Autoriteit (“IAA”) van 13 mei 2002 (zaak C/5109).

16. De betrokken ondernemingen hebben samen een totale wereldwijde omzet van meer dan 5 000 miljoen EUR (*Newscorp* [...] * EUR in juni 2002, *Stream* [...] * EUR in 2001, *Telepiù* [...] * EUR in 2001). Binnen de Gemeenschap heeft elk van minstens twee van de betrokken ondernemingen een totale omzet van meer dan 250 miljoen EUR (*Newscorp* [...] * EUR in juni 2002 en *Telepiù* [...] * EUR in 2001, terwijl *Stream* in 2001 [...] * EUR heeft gerealiseerd). De partijen behalen niet meer dan twee derde van hun omzet binnen één en dezelfde lidstaat (*Newscorp* realiseert twee derde van haar omzet binnen de Gemeenschap in het Verenigd Koninkrijk, *Stream* en *Telepiù* in Italië). De transactie heeft derhalve een communautaire dimensie in de zin van artikel 1, lid 2, van de concentratieverordening.

IV BEOORDELING OP GROND VAN ARTIKEL 2 VAN DE CONCENTRATIEVERORDENING

A. DE RELEVANTE PRODUCT- EN GEOGRAFISCHE MARKTEN

17. De concentratie heeft gevolgen voor een aantal markten op het grondgebied van Italië.

1. BETAALTELEVISIEMARKT

Productmarkt

18. *Newscorp* is van mening dat de voorgenomen transactie moet worden beoordeeld in de context van de totale markt voor televisie-uitzendingen in Italië, met inbegrip van zowel de diensten voor betaaltelevisie als die voor vrij toegankelijke televisie. De partijen hebben aangevoerd dat de Commissie de interactie tussen deze twee segmenten in eerdere beschikkingen heeft erkend⁷. *Newscorp* beweert dat er, met betrekking tot de Italiaanse markt, gronden kunnen zijn voor de Commissie om te concluderen dat tot de relevante productmarkt zowel de diensten voor betaaltelevisie als die voor vrij toegankelijke televisie behoren. Voorts voert *Newscorp* aan dat de kracht van de aanbieders van vrij toegankelijke televisie - in het specifieke geval van Italië - daadwerkelijk een beperking is voor de exploitanten van betaaltelevisie.

* Gedeelten van deze tekst zijn bewerkt om te voorkomen dat vertrouwelijke informatie wordt bekendgemaakt. Deze gedeelten staan tussen vierkante haken en zijn aangegeven met een asterisk.

⁷ Beschikkingen van de Commissie van 10 september 1991, zaak IV/M.110, *ABC/Generale des Eaux/Canal+/W.H. Smith TV*, overweging 11, en van 20 september 1995, zaak M.553, *RTL/Veronica/Endemol*, overweging 20. De genoemde beschikkingen zijn gepubliceerd op de website van de Commissie: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

19. Het uitgebreide marktonderzoek dat in de onderhavige zaak is uitgevoerd heeft aangetoond dat in Italië zowel door klanten als aanbieders een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie. Het onderzoek had betrekking op aanbieders van vrij toegankelijke televisie-uitzendingen, aanbieders van kanalen, voetbalclubs en consumentenorganisaties. Een samenvatting van de belangrijkste onderwerpen die in het marktonderzoek aan de orde zijn gesteld, wordt in de overwegingen hierna gepresenteerd.

Aanbieders van vrij toegankelijke televisie-uitzendingen

20. Het feit dat vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie afzonderlijke markten vormen wordt zowel door grotere (aanbieders op nationaal) als door de overgrote meerderheid van kleinere exploitanten (aanbieders op regionaal of lokaal) van vrij toegankelijke televisie-uitzendingen erkend. Bijna alle ondervraagde aanbieders onderkennen dat de door betaaltelevisie aangeboden inhoud en programmering niet dezelfde zijn als die van vrij toegankelijke televisie. Hierdoor verschillen de twee diensten duidelijk qua aantrekkingskracht op de eindgebruikers. Met betrekking tot de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde kunnen de exploitanten van betaaltelevisie bovendien niet op korte termijn overschakelen op vrij toegankelijke televisie-uitzendingen en omgekeerd, zonder dat dit aanzienlijke extra kosten of risico's met zich meebrengt, omdat de bedrijfsmodellen van de twee soorten aanbieders verschillend zijn⁸. Vrij toegankelijke televisie is met name grotendeels afhankelijk van inkomsten uit reclame of publieke middelen (overheidsbijdragen), terwijl betaaltelevisie afhankelijk is van inkomsten uit abonnementsgelden (en in veel mindere mate – in Italië ongeveer 5% – uit reclame).
21. Terwijl “het publiek” (of het kijkers-“aandeel”) de parameter is voor de beoordeling van het succes van vrij toegankelijke televisie (met in het achterhoofd het mogelijke bereik voor reclame), is voor betaaltelevisie het aantal abonnees de belangrijkste parameter. De respondenten hebben ook aangegeven dat voor een bepaalde soort inhoud, bijvoorbeeld sport en met name voetbal, betaaltelevisie een alomvattend aanbod van evenementen kan verzorgen, zelfs gelijktijdig. Dit zich over meerdere kanalen uitstrekkende aanbod is onvergelijkbaar superieur ten opzichte van hetgeen beschikbaar is voor kijkers van vrij toegankelijke televisie, die hoogstens naar één evenement tegelijkertijd kunnen kijken, zoals bijvoorbeeld naar een voetbalwedstrijd. Derhalve zijn de diensten voor betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie vanuit het perspectief van de consument op dit moment niet volledig uitwisselbaar. Enkele aanbieders van vrij toegankelijke televisie hebben er namelijk op gewezen dat de kijkers van betaaltelevisie doorgaans interesse hebben voor een specifieke programmering, bijvoorbeeld sport en films, die alleen beschikbaar is via betaaltelevisie.

⁸ Zie bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, 97/C 372/03, paragraaf 20. Onder korte termijn dient te worden verstaan “een periode waarvoor geen aanzienlijke aanpassing van de bestaande materiële en immateriële activa vereist is.”

22. Bovendien hebben een aantal vooraanstaande aanbieders van vrij toegankelijke televisie verklaard dat, ongeacht of er een bepaalde mate van interactie tussen betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie is, de aanbieders van inhoud hun inkomsten gewoonlijk vergroten door een duidelijk onderscheid aan te brengen in de “verkooppakketten” tussen vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie. Dit draagt er ongetwijfeld toe bij dat er sprake is van afzonderlijke markten.

Aanbieders van kanalen

23. Vergelijkbare standpunten zijn naar voren gebracht door een aanzienlijk aantal aanbieders van kanalen, die hebben verklaard dat betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie tot afzonderlijke markten behoren.
24. Verschillen in de kenmerkende inkomstenmodellen tussen de twee soorten aanbieders dragen ertoe bij dat ze vanuit de aanbodzijde bezien in verschillende concurrerende scenario's moeten worden geplaatst. Ook is geconstateerd dat, terwijl er met betrekking tot betaaltelevisie een rechtstreekse economische relatie is tussen de aanbieders en de kijkers (door middel van het “abonnementsgeld”), dit niet het geval is voor vrij toegankelijke televisie, waar een economische relatie bestaat tussen de aanbieder en de adverteerders. Gelet op hun respectieve programmering kan de relatie tussen de twee soorten televisie vanuit het standpunt van de eindgebruikers bovendien eerder worden gekwalificeerd als “aanvullend” dan als “alternatief”.
25. Gelet op de aanbodzijde van thematische kanaalproducenten hebben de respondenten verklaard dat alleen de aanbieders van betaaltelevisie worden beschouwd als potentiële kopers van inhoud, terwijl de exploitanten van vrij toegankelijke televisie nauwelijks een passend alternatief vertegenwoordigen.
26. Toch huldigen sommige respondenten het standpunt dat alle aanbieders concurreren op een wereldwijde detailhandelsmarkt voor kijkers en op een wereldwijde groothandelsmarkt voor de aankoop van programmamateriaal. In dit opzicht is gesteld dat er “wat betreft de aankoop van zogenaamde “catalogus”-films (films die door betaaltelevisiekkanalen zonder aantrekkelijke inhoud worden uitgezonden) sprake is van concurrentie tussen vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie.” Toen echter bepaalde specifieke inhoudelijke elementen moesten worden vastgesteld, erkende een derde dat “er in het algemeen tussen exploitanten van betaaltelevisie en exploitanten van vrij toegankelijke televisie geen concurrentie is bij de aankoop/verkoop van kanalen en programma's”. Een andere respondent stelde dat, in alle gevallen – zelfs als betaal- en vrij toegankelijke televisie afzonderlijke markten vormen - “deze beide afhankelijk zijn van dezelfde bronnen voor programma's”, wat op zijn beurt “betekent dat prijzen en voorwaarden waarover in het ene segment wordt onderhandeld van invloed zijn op het andere segment”.

27. Derden hebben benadrukt dat de twee markten wezenlijk verschillen vanwege vier elementen: (a) een bedrijfsmodel waardoor de twee producten verschillen vanuit de aanbodzijde bezien, (b) de omvang, (c) de inhoud en (d) de programmering. Als we de eerste drie elementen - die reeds zijn besproken - buiten beschouwing laten, is het wat betreft de programmering van belang te benadrukken dat vrij toegankelijke televisie dagelijks en wekelijks een vaste “programmering” heeft. Betaaltelevisie (met name thematische kanalen die worden aangeboden via betaaltelevisieplatforms) heeft daarentegen een programmering die verschillende “herhalingen” van dezelfde inhoud/hetzelfde programma mogelijk maakt op verschillende momenten tijdens dezelfde dag en week. Dit betekent dat kijkers van betaaltelevisie (op een betaalkanaal) op verschillende momenten van dezelfde dag alsook tijdens dezelfde week naar het programma van hun keuze kunnen kijken.
28. De respondenten hebben echter erkend dat de aanwezigheid van het grote aantal vrij toegankelijke aardse televisieaansluitingen in Italië van invloed is op de mate waarin de diensten voor betaaltelevisie op de markt zijn doorgedrongen en, tot op zekere hoogte, van het vermogen van aanbieders van inhoud om hun producten via betaaltelevisieplatforms te distribueren.

Voetbalclubs

29. Vooral voetbalclubs zijn nauw verbonden met betaaltelevisie, omdat zij voor hun inkomsten voor een groot deel afhankelijk zijn van de verkoop van hun uitzendrechten aan de exploitanten van betaaltelevisie. Dit is met name relevant in Italië. In feite heeft de overgrote meerderheid van de Italiaanse voetbalclubs (de clubs behorend tot serie A en serie B) verklaard dat er een duidelijk onderscheid is tussen de markten van betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie en dat vrij toegankelijke televisie niet rechtstreeks op dezelfde markt concurreert als betaaltelevisie. Het verschil is gebaseerd op vier belangrijke elementen: (a) technologische verschillen, (b) de vergunnings/autorisatieregeling die nodig is om in de sector te kunnen opereren, (c) de relatie met de eindgebruikers en (d) het verschillende financieringssysteem waarop de twee soorten televisie zijn gebaseerd. Deze fundamentele verschillen moeten vervolgens worden gecombineerd met de belangrijkste verschillen op het gebied van “productaanbod” die kenmerkend zijn voor de twee markten.
30. Vanuit de aanbodzijde is gesteld dat vrij toegankelijke televisie niet concurreert met betaaltelevisie bij het verwerven van de relevante exclusieve rechten, omdat er gedurende het hele jaar directe uitzendingen zijn van wedstrijden (bijvoorbeeld de Italiaanse competitie, serie A of serie B), terwijl er tot op bepaalde hoogte sprake is van concurrentie bij vriendschappelijke wedstrijden, hoogtepunten of andere producten. De meerderheid van de voetbalclubs lijkt “voetbal” te beschouwen als een uniek product dat grotendeels is gericht op de exploitatie ervan door betaaltelevisie. Er kunnen wat dit betreft uitzonderingen zijn (bijvoorbeeld hoogtepunten of uitgestelde wedstrijden), die laten zien dat er ook voor vrij toegankelijke televisie enige ruimte is om met voetbal verband houdende producten te exploiteren, maar die situaties komen slechts sporadisch voor en zijn van ondergeschikt belang.
31. Omdat de houders van de rechten (de voetbalclubs), het product (de voetbalwedstrijd) en het doel (de consumenten) uiteindelijk dezelfde zijn, hebben enkele respondenten in dit verband verklaard dat er - ongeacht de modaliteit van de uitzending (gecodeerd of ongecodeerd) - iets voor valt te zeggen dat betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie

op dezelfde markt concurreren. Echter gelet op (a) het feit dat betaaltelevisieplatforms de mogelijkheid hebben om verschillende wedstrijden op hetzelfde moment uit te zenden, en (b) het feit dat voetbalclubs, vooral middelgrote en kleine clubs, hun rechten liever verkopen aan betaaltelevisie om het stadionbezoek op peil te houden, alsmede (c) de kenmerken en het marktgedrag van de meeste aanbieders van rechten met betrekking tot voetbal evenementen, kan worden geconcludeerd dat er een duidelijk verschil is met betrekking tot de producten waarvoor het uitbrengen van een offerte mogelijk en passend is.

Consumentenorganisaties

32. Er zijn vragen gesteld aan de relevante Italiaanse consumentenorganisaties (Adusbef, Aduc, Altroconsumo, Codacons, Confconsumatori, Federconsumatori). De respondenten verklaarden dat het - ongeacht de aanwezigheid van concurrentiedruk tussen vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie vanwege het feit dat Italië beschikt over een omvangrijk netwerk van vrij toegankelijke televisie met een belangrijke reeks programma's - toch onwaarschijnlijk is dat een verhoging van het abonnementsgeld met 5-10% voor een betaaltelevisieplatform tot gevolg zal hebben dat de consumenten een bestaand abonnement "omzetten" en beëindigen of afzien van een abonnement⁹.
33. Dit komt voornamelijk omdat de betaaltelevisieabonnee gewoonlijk verschilt van een kijker van vrij toegankelijke televisie. Consumenten die zich willen abonneren worden gedreven door een dusdanig groot interesse voor specifieke thema's (zoals sport, films of muziek) dat het traditionele algemene vrij toegankelijke televisieaanbod niet tegemoet komt aan deze interesses. In dit verband is verklaard dat de beslissing om een abonnement te nemen vaak een emotionele beslissing is als gevolg van de aantrekkingskracht van de inhoud die wordt aangeboden door betaaltelevisie, zoals bijvoorbeeld voetbalwedstrijden van de favoriete nationale club. Dit kenmerk lijkt de grenzen te vervagen tussen de consument die gebruikmaakt van de diensten van betaaltelevisie en de "supporter" of fan van een specifieke club, sport of inhoud.

Bijkomende elementen

34. Het marktonderzoek heeft de nadruk gelegd op een aantal andere elementen die pleiten voor een onderscheid tussen de markten van vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie.
35. Het eerste element heeft betrekking op het verschil in de hardware die nodig is om gebruik te kunnen maken van betaaltelevisie en die niet nodig is om gebruik te kunnen maken van vrij toegankelijke televisie. Een consument van betaaltelevisie heeft een decoder nodig (een zogenaamde "set-topbox" of STB) om het televisiesignaal te kunnen decoderen. De STB moet worden gekocht of gehuurd om deze samen met een normaal televisietoestel te kunnen gebruiken. De STB is een hardwareonderdeel dat een consument van vrij toegankelijke televisie niet nodig heeft voor analoge aardse televisie-

⁹ In dit verband is de "ontevredenheidsratio" de mate van ontevredenheid van consumenten over het betaaltelevisieaanbod. De antwoorden geven aan dat een stijging van 15-20% eerder tot gevolg zal hebben dat mensen hun abonnement "omzetten".

uitzendingen. Het verschil in de hardwarevereisten is met name in Italië van belang omdat er op dit moment geen digitale aardse televisie (DTT) commercieel beschikbaar is. Het is niet uitgesloten dat dit verschil in de toekomst minder relevant wordt, omdat “aardse” televisietoestellen op het moment dat DTT wordt ingevoerd eveneens over een decoder zullen moeten beschikken om het digitale signaal te kunnen ontvangen. De plannen van de Italiaanse regering met betrekking tot de invoering van DTT richten zich echter op eind 2006 (in tegenstelling tot andere landen zoals Spanje of het Verenigd Koninkrijk¹⁰, waar de digitale aardse wijze van uitzenden reeds operationeel is). Bovendien duiden de meest recente marktramingen erop dat de omschakeling van analoge televisie in Italië zelfs op een nog later tijdstip zal plaatsvinden.

36. Bovendien is de specifieke functionaliteit die digitale technologie biedt - en die op dit moment alleen via betaaltelevisie ter beschikking staat van de consument - ook relevant. Los van de mogelijkheid om verschillende evenementen via een veelvoud aan kanalen op hetzelfde moment te laten zien, biedt betaaltelevisie in Italië een heel scala aan extra toepassingen die alleen mogelijk zijn door digitale technologie. Duidelijke voorbeelden hiervan zijn onder andere elektronische programmagidsen (Electronic Programme Guides, EPG's) en interactiviteit. Kijkers van sportevenementen kunnen naar eigen believen hun beeld instellen en bijvoorbeeld overschakelen tussen de verschillende camera's die een Formule 1 Grand Prix filmen (van de camera die zich bijvoorbeeld in een wagen bevindt naar een andere camera, of naar de pitstop), een doelpunt herhalen tijdens een voetbalwedstrijd of, om een strafschot te kunnen bekijken, overschakelen naar een camera die aan de binnenkant van het doel is geïnstalleerd.
37. Alle beschreven elementen duiden erop dat vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie in Italië op dit moment nog steeds duidelijk gescheiden markten zijn, ondanks een ontegenzeggelijk aanwezige interactie tussen de twee markten. Het is duidelijk dat, hoe aantrekkelijker het aanbod van een exploitant van vrij toegankelijke televisie is, des te kleiner de stimulans voor een kijker is om een abonnement op betaaltelevisie te nemen. Dit is met name relevant in landen zoals Italië waar vrij toegankelijke televisie een grote keuze aan kanalen biedt, waarvan er enkele een inhoud hebben die als aantrekkelijk kan worden beschouwd. In dit verband betekent vrij toegankelijke televisie ongetwijfeld een zekere beperking voor betaaltelevisie.
38. Niettemin is de cruciale vraag of deze beperking sterk genoeg is zodat vrij toegankelijke televisie een substituut kan zijn voor betaaltelevisie. In dit verband is de aantrekkelijkheid van het aanbod van de exploitanten van vrij toegankelijke televisie per definitie afhankelijk van de inhoud die de kijkers wordt geboden. Zoals blijkt uit het marktonderzoek zijn de programma's die momenteel in Italië als aantrekkelijke programma's worden beschouwd (met name succesvolle recente films en sport, vooral voetbal) alleen beschikbaar voor en via exploitanten van betaaltelevisie. Enerzijds hebben voetbalclubs een sterke neiging om hun uitzendrechten alleen te verkopen aan exploitanten van betaaltelevisie. Anderzijds verkopen de belangrijkste filmproducenten hun uitzendrechten voor een bepaalde film in het kader van een “window-schema”, dat erin voorziet dat het “window” voor betaaltelevisie voorafgaat aan het “window” voor vrij toegankelijke televisie. Tot op heden zijn aanbieders van inhoud niet genegen om het window-uitzendschema ten gunste van betaaltelevisie los te laten. Dit zou immers betekenen dat zij afzien van een extra inkomstenbron. Zolang dit bedrijfsmodel in tact

¹⁰ In dit verband wordt erop gewezen dat tot halverwege 2002 in Spanje Quiero TV werd uitgezonden als betaaltelevisie-uitzending via DTT. In het Verenigd Koninkrijk verzorgt ITV uitzendingen via DTT.

blijft, kan vrij toegankelijke televisie niet concurreren met betaaltelevisie waar het gaat om het uitzenden van succesvolle recente films onmiddellijk na de thuisvideo-“windows”. Momenteel is er in Italië derhalve een duidelijk verschil ten aanzien van de aantrekkelijke inhoud die vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie kunnen aanbieden en, nog belangrijker, ten aanzien van het tijdstip waarop die inhoud wordt uitgezonden.

39. De huidige situatie sluit echter niet uit dat het onderscheid tussen de twee markten in de toekomst niet steeds verder zal vervagen, om redenen die onder meer samenhangen met de ontwikkeling van technologie in het algemeen en verdere digitalisering in Italië. De toekomstige introductie van DTT zal zeker veranderingen teweegbrengen in het televisielandschap van Italië. Bovendien zal de algemene convergentietrend tussen verschillende audiovisuele media enerzijds en convergentie tussen media en telecommunicatie anderzijds waarschijnlijk de verschillende manieren waarop amusement en informatie worden aangeboden aan de consument en de manieren waarop de consument daarvan kan genieten nader tot elkaar brengen.

Eerdere beschikkingen van de Commissie

40. De conclusies van het marktonderzoek in de onderhavige zaak zijn vergelijkbaar met de relevante marktdefinities die in eerdere zaken door de Commissie en door mededingingsautoriteiten van andere lidstaten zijn vastgesteld¹¹. De Commissie huldigde eerder het standpunt dat er een gescheiden markt voor betaaltelevisie is, zonder een onderscheid aan te brengen tussen aardse uitzendingen, uitzendingen via satelliet en kabel of andere transmissiewijzen. Die markt wordt gefinancierd door abonnementsgelden en, in mindere mate, reclamegelden en verschilt van de markt voor vrij toegankelijke televisie, die wordt gefinancierd door reclamegelden en/of overheidsbijdragen¹².

¹¹ Zie bijvoorbeeld voor het Verenigd Koninkrijk de beschikking in de zaak NTL/CWC, <http://www.competition-commission.org.uk/fulltext/437c2.pdf>, voor Italië de beschikking van de IAA, als genoemd in voetnoot 6 hierboven, ten aanzien van de fusie van de Groep Canal+/Stream, van 13 mei 2002, en voor Spanje de beschikking van de Spaanse regering in de zaak Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital, van 29 november 2002.

¹² Zaak nr. COMP JV 37 *BskyB/Kirch Pay TV*, zaak IV M. 993 *Bertelsmann/Kirch/Première*, zaak COMP M. 2211 *Universal Studio Networks/De Facto 829 (NTL) Studio Channel Ltd*, zaak COMP JV 57-TPS, zaak COMP M. 2845 *Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital*. In enkele van deze beschikkingen werd aangegeven dat de noodzaak voor kijkers om te beschikken over een decoder een ander kenmerk van betaaltelevisie is. In deze context moet erop worden gewezen dat het gebruik van ‘set-topboxen’ momenteel ook nodig is voor digitale aardse televisie en voor vrij toegankelijke televisie via satelliet. Al deze beschikkingen zijn gepubliceerd op de website van de Commissie: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

41. Terwijl er in het geval van vrij toegankelijke televisie alleen een commerciële relatie is tussen de aanbieder van programma's en de reclame-industrie, is er in het geval van betaaltelevisie ook een rechtstreekse commerciële relatie tussen de aanbieder van programma's en de kijker als abonnee. De marketing van betaaltelevisie vindt dus plaats via een netwerk van distributeurs of door middel van verkoopteams. Een abonneebeheerssysteem is essentieel en de exploitant van betaaltelevisie heeft technologie voor voorwaardelijke toegang (CAS) nodig, zodat de toegang tot zijn diensten tot betalende abonnees kan worden beperkt.
42. De concurrentievoorwaarden voor vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie verschillen eveneens. Terwijl de relatie tussen publieksaandeel en de reclametarieven de belangrijkste parameter is bij vrij toegankelijke televisie, is de relatie tussen de vormgeving van programma's en het aantal abonnementen de belangrijkste factor bij betaaltelevisie. Het feit dat abonnees bereid zijn om een aanzienlijke bijdrage te betalen voor betaaltelevisie maakt duidelijk dat betaaltelevisie een ander product is met een duidelijk doel.
43. Wat de andere diensten betreft die met betaaltelevisie in verband staan, heeft de Commissie eerder twee andere potentiële markten vastgesteld: pay-per-view-diensten¹³ en digitale interactieve televisiediensten¹⁴. Laatstgenoemde diensten worden gezien als verbonden met en een aanvulling op betaaltelevisie. Wat bepaalde diensten zoals "pay-per-view" (PPV), "near-video-on demand" (nVoD) en "video-on-demand" (VoD) betreft, heeft het marktonderzoek duidelijk gemaakt dat deze voor dit moment kunnen worden beschouwd als segmenten binnen de betaaltelevisiemarkt¹⁵.

Televisiekanalen, met name DTH-betaalkanalen

44. Er is sprake van een zekere overeenkomst tussen betaaltelevisiekanalen voor speciale doelen (waarvan de marketing in sommige lidstaten afzonderlijk plaatsvindt¹⁶) en betaaltelevisieplatforms. Individuele kanalen kunnen niet worden vergeleken met het betaaltelevisieaanbod op meerdere kanalen zoals dat van *Stream* en *Telepiù*, die hun abonnees de mogelijkheid bieden om een pakket kanalen af te nemen met een "basis-" en een "aantrekkelijk" inhoud (assortiment). Desondanks is volgens informatie die tijdens het marktonderzoek is verstrekt, in beide gevallen (DTH-kanalen en betaaltelevisieaanbod op meerdere kanalen) sprake van een rechtstreekse commerciële relatie tussen de aanbieder van programma's en de kijker als abonnee. Beide vormen

¹³ Zaak nr. COMP M. 2211 *Universal Studio Networks/De Facto 829 (NTL) Studio Channel Ltd.* Beschikking van de Commissie van 20.12.2000, gepubliceerd op de website van de Commissie: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

¹⁴ Zaak nr. COMP JV 37 *BskyB/Kirch Pay TV*, beschikking van de Commissie van 2.3.2000, gepubliceerd op de website van de Commissie: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

¹⁵ Pay-per-view is een andere dienst waarbij de klant behalve voor een televisieabonnement ook op productbasis moet betalen voor een product om daarnaar te kunnen kijken (bijvoorbeeld een film of een sportevenement). Video-on-demand en near-video-on-demand zijn verschillende modaliteiten op grond waarvan klanten van betaaltelevisie op individuele basis toegang hebben tot video-inhoud.

¹⁶ Dit lijkt bijvoorbeeld het geval te zijn in het Verenigd Koninkrijk ten aanzien van "Channel 4".

worden op de markt gebracht via een netwerk van distributeurs of door middel van verkoopteams. Een abonneebeheerssysteem is essentieel en voor beide vormen is technologie voor conditionele toegang (CAS) nodig, zodat de toegang tot de diensten tot betalende abonnees kan worden beperkt.

45. Met betrekking tot de onderhavige zaak is de Commissie tot de slotsom gekomen dat onafhankelijke DTH-kanalen in de toekomst op de Italiaanse markt concurrentiedruk kunnen uitoefenen op betaaltelevisieplatforms met een aanbod op meerdere kanalen, zoals *Stream* en *Telepù*, vooral als deze een aantrekkelijke inhoud hebben (recente films, sport en voetbalwedstrijden).
46. Het is in ieder geval niet nodig om te bepalen of betaaltelevisiekanalen eventueel een afzonderlijke productmarkt vormen binnen de algemene markt voor betaaltelevisiediensten, aangezien de concentratie zou leiden tot versterking van een machtspositie ongeacht de gehanteerde definitie van een productmarkt.

Conclusie

47. In het licht van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat het marktonderzoek heeft aangetoond dat, hoewel er sprake is van een dynamische interactie tussen vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie die van invloed is op de doorbraak en het succes van betaaltelevisie, er op dit moment in Italië twee afzonderlijke markten zijn, hetgeen overeenkomt met de bevindingen van eerdere onderzoeken van de Commissie in deze sector.

Geografische markt

48. Hoewel programma's in een aantal nichemarkten in heel Europa worden uitgezonden, vindt het televisieaanbod in het algemeen nog steeds op nationale markten plaats. Zoals de Commissie reeds in verschillende eerdere beschikkingen¹⁷ heeft vastgesteld, zijn de televisiemarkten ofwel nationaal van aard ofwel hebben ze betrekking op een homogeen taalgebied. Dit is voornamelijk het gevolg van de verschillende nationale wettelijke bepalingen, de taalbarrières, de culturele factoren en de verschillende vigerende concurrentievoorwaarden in de afzonderlijke lidstaten. Die geografische marktdefinitie is in de onderhavige zaak bevestigd, met een specifieke verwijzing naar de betaaltelevisiemarkt. Derhalve zijn de grenzen van de productmarkt voor de thans in geding zijnde transactie beperkt tot het grondgebied van Italië.

2. UPSTREAM-MARKTEN (MET BETREKKING TOT BETAALTELEVISIE)

Aankoop van audiovisuele televisie-inhoud (algemene overwegingen)

¹⁷ Zaak nr. COMP JV 37 *BskyB/Kirch Pay TV*, zaak IV M. 993 *Bertelsmann/Kirch/Première*, beschikking van de Commissie van 27.5.1998, Publicatieblad L 053 van 27.2.1999, blz. 0001 – 0030. Zaak nr. COMP M. 2845 *Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital*, beschikking van de Commissie van 14.8.2002, gepubliceerd op de website van de Commissie: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

49. De onderhavige transactie heeft invloed op de sector audiovisuele inhoud. Binnen die markt opereren *Stream* en *Telepù* in Italië voornamelijk als inkopers van uitzendrechten¹⁸. Audiovisuele inhoud heeft betrekking op een aantal heterogene amusementproducten. Bij deze producten gaat het in alle gevallen om films, televisieprogramma's in alle genres (bijvoorbeeld televisiefilms, drama, komedies, documentaires, quiz-, spelletjes- en nieuwsprogramma's), sportevenementen en algemene en thematische kanalen ("audiovisuele inhoud").
50. Wanneer omroeporganisaties hun programmering – en meer in het algemeen hun "aanbod" – samenstellen, moeten ze rekening houden met verschillende soorten audiovisuele inhoud. Omdat variatie van de televisie-inhoud volgens *Newscorp* essentieel is voor een succesvol betaaltelevisieplatform, moet het verwerven van televisie-inhoud als geheel als een afzonderlijke markt worden beschouwd.
51. In dit opzicht laten de bevindingen van de Commissie zien dat, hoewel het juist is dat omroeporganisaties - met name betaaltelevisieplatforms - een gevarieerde televisie-inhoud moeten kopen, die inhoud vanuit de vraagzijde bezien, dat wil zeggen vanuit het perspectief van de omroeporganisatie, niet vervangbaar is (een speelfilm en een televisieprogramma hebben, wat de aantrekkelijkheid voor de consument betreft, niet dezelfde waarde).
52. Vanuit de aanbodzijde bezien worden de rechten op televisie-inhoud in het kader van verschillende prijsstellingstructuren verhandeld en hebben deze niet dezelfde economische waarde. Bovendien zijn de aanbieders van specifieke programma's niet in staat om programma's met een andere inhoud te produceren. In eerdere beschikkingen heeft de Commissie het standpunt ingenomen dat er op het gebied van televisie-inhoud ten minste de volgende markten zijn¹⁹: (a) aantrekkelijke films, (b) voetbal evenementen die regelmatig plaatsvinden (ieder jaar) en waaraan de nationale teams deelnemen, (c) voetbal evenementen die niet regelmatig plaatsvinden en waaraan de nationale teams deelnemen, (d) overige sporten, (e) thematische en algemene televisiekanalen en (f) televisieprogramma's. Van de rechten die in (a), (b), (c) en (d) worden genoemd, is in het verleden zowel vanuit de aanbodzijde (verkoop door de eigenaren van de rechten) als vanuit de vraagzijde (aankoop van exclusieve rechten) een afweging gemaakt.
53. Hoewel vrij toegankelijke televisie en betaaltelevisie bij het verwerven van de hierboven genoemde televisie-inhoud theoretisch gezien met elkaar concurreren, zijn er echter ook inhoudscategorieën die alleen worden aangekocht door betaaltelevisie, onder meer met het oog op (i) de prijzen daarvan en de bepalingen van de onderliggende contracten (recente films worden bijvoorbeeld alleen verkocht aan betaaltelevisie teneinde extra inkomsten te verwerven uit de daarop volgende verkoop aan vrij toegankelijke televisie) (ii) de capaciteit om verschillende wedstrijden op hetzelfde moment uit te zenden - in het specifieke geval van voetbal evenementen - en het feit dat de meeste voetbalclubs

¹⁸ Fox (een bedrijf dat deel uitmaakt van de Newscorp Groep) is vooral actief op het gebied van de ontwikkeling, productie en wereldwijde distributie van speelfilms en televisiekanalen. In Italië levert het bedrijf enkele van die producten, met name amusement op filmgebied.

¹⁹ Zie met name COMP M. 553 *RTL/Veronica/Endemol*, COMP M. 2050 *Vivendi/CANAL+/Seagram*, zaak 37.576 *UEFA's Broadcasting Regulations*, COMP M. 2211 *Universal Studio Networks/De facto (NTL) Studio Channel Ltd*, COMP JV 57 *TPS*, COMP M. 2845 *Sogecable/Canalsatellite Digital/Via Digital*. Zie de website van de Commissie: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

(met name de kleine en middelgrote clubs) het niet interessant vinden om hun rechten voor dezelfde prijs als aan betaaltelevisie te verkopen aan vrij toegankelijke televisie (die gemakkelijk toegankelijk is voor alle televisiekijkers), omdat een dergelijk verkoopbeleid tot gevolg zou hebben dat het stadionbezoek afneemt.

54. Dit betekent dat dit dure type inhoud gewoonlijk niet kan worden bekeken op vrij toegankelijke televisie. Vooral de rechten voor recente aantrekkelijke films en voor de meeste regelmatig plaatsvindende voetbal evenementen waaraan de nationale teams deelnemen (namelijk de Italiaanse competitie) worden doorgaans op exclusieve basis verworven door exploitanten van betaaltelevisie en zijn de belangrijkste factor (de “drijvende krachten”) op grond waarvan de consument een abonnement neemt op een bepaald betaaltelevisiekanaal/platform. Hoewel andere inhoudstypen ook belangrijk zijn als afronding van het betaaltelevisieassortiment, zijn dat geen noodzakelijke “drijvende krachten” voor de inhoud.

Productmarkten

55. De markten die worden beïnvloed door de onderhavige transactie doordat de concentratie met betrekking tot de vraagzijde (de aankoop van de rechten) een machtspositie in het leven roept of versterkt, zijn de volgende: (a) exclusieve rechten op aantrekkelijke films, (b) exclusieve rechten op voetbal evenementen die elk jaar plaatsvinden en waaraan nationale teams deelnemen (voornamelijk de nationale competitie, nationale bekerwedstrijden, de UEFA-Cup en de UEFA Champions League), (c) exclusieve rechten op andere sportevenementen, (d) de aankoop van televisiekanalen.

a) Rechten op aantrekkelijke films

56. De Commissie heeft eerder de aankoopactiviteiten voor televisie-uitzendrechten verdeeld in verschillende markten naar gelang van de aard van de inhoud²⁰. Met name in de op een concentratie betrekking hebbende zaak *Vivendi/CANAL+/Seagram*²¹ concludeerde de Commissie dat de aankoop van uitzendrechten voor speelfilms een afzonderlijke markt is, die moet worden onderscheiden van de markt voor televisieprogramma's.
57. Met name met betrekking tot de exploitanten van betaaltelevisie wordt in de *Vivendi/CANAL+/Seagram*-beschikking aangegeven dat “deze rechten vanuit de vraagzijde bezien voor de exploitanten van betaaltelevisie niet uitwisselbaar zijn. De reden hiervan is dat speelfilms en televisieprogramma's gelet op hun aantrekkelijkheid

²⁰ De algemene kwestie is ter sprake gebracht, maar niet opgelost in de bovengenoemde beschikking-TPS van 3.3.1999 (overweging 34) en is vervolgens beslist in de bovengenoemde concentratiebeschikking van 13.10.2000 in de zaak COMP M.2050 *Vivendi/CANAL+/Seagram*. Zie ook, wat betreft de aanwezigheid van een afzonderlijke markt voor het verwerven van televisierechten met betrekking tot voetbal evenementen die regelmatig in de loop van een jaar plaatsvinden, de mededeling van punten van bezwaar in zaak COMP/C.2/37.398, gezamenlijke verkoop van televisierechten aan de UEFA Champions League op een exclusieve basis [persbericht IP/01/1043 van 20.7.2001], “*Commissie opent procedure tegen UEFA in zaak van verkoop TV-rechten UEFA Champions League*” en de achtergrondnotitie [MEMO/01/271 van 20/7/2001] en zaak COMP M. 2845 *Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital*.

²¹ Zie de hierboven vermelde beschikking van 13.10.2000, zaak COMP M. 2050 *Vivendi/CANAL+/Seagram*.

voor de consument niet dezelfde waarde hebben. Vanuit de aanbodzijde gezien, worden deze rechten onder verschillende prijsstellingstructuren verhandeld en hebben de rechten niet dezelfde economische waarde.” Op deze markt “hebben de zogenaamde Hollywood Majors Studios zowel kwantitatief als kwalitatief een zeer sterke positie, omdat zij de belangrijkste bron van succesvolle speelfilms zijn”.

58. Meer recent²² heeft de Commissie aangegeven dat de relevante markt voor films voornamelijk bestaat uit “succesvolle films”, die in het algemeen overeenkomen met de films die door de grote Amerikaanse filmstudio’s (de zogenaamde Hollywood Majors) worden geproduceerd. De films die aan betaaltelevisie worden verkocht bevatten rechten voor de zogenaamde "betaalperiodes" ("pay-per-view", "near-video-on-demand", "video-on-demand"), "eerste window"- en "tweede window"-vertoning²³.
59. Het *eerste window* is de eerste periode dat aantrekkelijke films na de betaalperiodes beschikbaar zijn voor betaaltelevisie. Een exploitant voor betaaltelevisie die geen *eerste window*-rechten op films heeft, kan alleen "oudere" aantrekkelijke films aanbieden die reeds eerder door betaaltelevisie zijn uitgezonden, het zogenaamde *tweede window*. Uit eerdere onderzoeken van de Commissie²⁴ blijkt dat de consument niet van mening is dat tweede window-films wat de nieuwigheid betreft uitwisselbaar zijn met eerste window-films. Bovendien is het vanuit aanbodzijde gezien niet mogelijk om een eerste window-film te vervangen door een tweede window-film. In Frankrijk, waar de verkoop van deze rechten gescheiden plaatsvindt, ligt de prijsstelling van de vergoeding voor het tweede window op 5% tot 25%²⁵ van de vergoeding voor het eerste window. Het commerciële exploitatiesysteem van exploitanten van betaaltelevisie varieert eveneens: terwijl eerste window-films gewoonlijk worden uitgezonden door aantrekkelijke kanalen, worden tweede window-films doorgaans uitgezonden door gespecialiseerde filmkanalen.

²² Zaak nr. COMP M. 2845 *Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital*.

²³ In het algemeen worden speelfilms voor betaaltelevisie via een verschillend tijdschema en verschillende windows vertoond. Na een tijdsperiode dat de films in de bioscoop worden vertoond (6-8 maanden) en de verhuur en/of verkoop van video's (4-6 maanden) bereiken de films de betaaltelevisieconsumenten via een pay-per-view-periode (gewoonlijk een periode van 3 maanden). Daarna kunnen films worden vrijgegeven voor de eerste window (doorgaans een periode van 6 maanden) en voor de tweede window (gewoonlijk een periode van 6 maanden). Uiteindelijk gaan de films deel uitmaken van de catalogus van de Majors en komen ze beschikbaar voor de vrij toegankelijke televisiemarkt.

²⁴ Zaak nr. COMP M. 2050 *Vivendi/Canal+/Seagram*, beschikking van 13.10.2000, zaak COMP M. 2845 *Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital*, beschikking van 14.8.2002, gepubliceerd op de website van de Commissie: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

²⁵ Zie zaak COM M. 2050 *Vivendi/Canal+/Seagram*, overweging 19.

60. Tot op heden is in het specifieke geval van Italië het verschil tussen het eerste en tweede window in de huidige commerciële praktijk niet veelbetekenend of relevant. Volgens *Newscorp* heeft geen van de voorheen bestaande betaaltelevisieplatforms een specifieke interesse getoond aangaande het verwerven van rechten voor de tweede release ten behoeve van betaaltelevisie. Meer in het bijzonder zijn er voor betaaltelevisie geen specifieke rechten voor de tweede release gekocht of verkocht in het kader van de outputdeals²⁶ die de Italiaanse exploitanten van betaaltelevisie met de Majors en de belangrijkste nationale filmproducenten hebben gesloten. Desondanks heeft *Telepiù* voor een aantal films voorkooprechten voor het tweede window en kunnen in andere gevallen rechten voor het tweede window vanwege holdback-rechten niet worden verkocht aan derden vóór de vertoning via vrij toegankelijke televisie. Bovendien is het in de toekomst mogelijk om de rechten voor het tweede window in Italië op de markt te brengen.
61. Het marktonderzoek heeft grotendeels bevestigd dat aantrekkelijke speelfilms voor exploitanten van betaaltelevisie een zelfstandige “drijvende kracht” zijn. Bovendien zijn de aanbodstructuur, de kenmerken van dit soort inhoud en de prijsstellingvoorwaarden zodanig, dat het verwerven van exclusieve uitzendrechten voor aantrekkelijke speelfilms kan worden beschouwd als een productmarkt die afgescheiden is van andere markten waar inhoud wordt gekocht.

Geografisch bereik

62. In een aantal beschikkingen heeft de Commissie gesteld dat de geografische markt een nationaal of, in bepaalde gevallen, een regionaal karakter heeft²⁷. Hoewel de meeste rechten afkomstig zijn uit de Verenigde Staten (van de zogenaamde Hollywood Majors) en er geen enkele belemmering voor de exploitanten is om tegelijkertijd rechten te verwerven voor meer dan één grondgebied, worden de uitzendrechten voornamelijk per land verdeeld en verkocht of, ten hoogste, per taalgebied en wordt de prijs zodanig gestructureerd dat de economische waarde van de contracten afhankelijk is van het specifieke grondgebied waarvoor de rechten worden aangekocht. Vanwege de beperkingen die bij het verdelen van de rechten worden opgelegd, heeft het geografische bereik van de markt derhalve een nationaal karakter of is beperkt tot een bepaald taalgebied.
63. In Italië beperken de licenties voor uitzendrechten zich tot het Italiaanse nationale grondgebied. In de onderhavige zaak is het geografische bereik van de markt dus nationaal.

²⁶ De uitzendrechten voor betaaltelevisie (met name de rechten die worden verleend door grotere producenten) worden vaak verkregen via zogenaamde outputdeals. Dit gebeurt gewoonlijk via outputdeal-overeenkomsten op grond waarvan een filmproducent de hele of het grootste deel van de in zijn studio vervaardigde productie aan een bepaalde exploitant verkoopt. Met betrekking tot outputdeals voor betaaltelevisie kopen de exploitanten van betaaltelevisie de window voor televisie-uitzending die komt na thuisvideo en, indien beschikbaar, pay-per-view en video-on-demand. In die gevallen kan dezelfde film ook vallen onder een andere uitzend-window. Bij de prijsstelling van deze contracten wordt rekening gehouden met de bezoekersaantallen van de films tijdens de vertoning in de bioscoop. Gewoonlijk kopen exploitanten van vrij toegankelijke televisie de hieropvolgende uitzend-window die doorgaans wordt aangeduid als window voor vrij toegankelijke televisie.

²⁷ Zaak nr. COMP M. 2050 *Vivendi/Canal+/Seagram*, zaak COMP M. 2845 *Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital*.

b) Uitzendrechten voor voetbalevenementen

64. In eerdere zaken²⁸ heeft de Commissie vastgesteld dat er een afzonderlijke markt is voor het verwerven van exclusieve uitzendrechten voor *voetbalevenementen die regelmatig elk jaar plaatsvinden en waaraan nationale teams deelnemen* (de nationale competitie, voornamelijk de eerste divisie en de bekerwedstrijden, de UEFA Champions league en de UEFA-Cup). Vrij toegankelijke televisie neemt deel aan de biedprocedure voor de rechten op de Champions league en de UEFA-Cup.
65. Deze markt kan worden onderscheiden van het verwerven van de uitzendrechten voor *voetbalevenementen die niet regelmatig plaatsvinden en waaraan nationale teams deelnemen*, zoals de Wereldbeker of het Europees kampioenschap, die door verschillende organisaties worden verkocht. Vrij toegankelijke televisie neemt tot op zekere hoogte deel aan de biedprocedure voor deze rechten. Deze bevindingen zijn door het marktonderzoek in de onderhavige zaak bevestigd.
66. Ten behoeve van de onderhavige zaak is de betrokken markt die van het verwerven van exclusieve uitzendrechten voor *voetbalevenementen die regelmatig elk jaar plaatsvinden en waaraan nationale teams deelnemen* (de nationale competitie, voornamelijk de eerste divisie en de bekerwedstrijden, de UEFA Champions League en de UEFA-Cup). Het marktonderzoek heeft duidelijk aangetoond dat dit type voetbalinhoud een zelfstandige “drijvende kracht” voor de exploitanten van betaaltelevisie is. Gelet op de kenmerken van dit type inhoud en de prijsstellingvoorwaarden (die duidelijk hoger liggen dan die voor andere regelmatig plaatsvindende sportevenementen waaraan nationale teams deelnemen), kan het verwerven van de exclusieve uitzendrechten voor deze regelmatig plaatsvindende voetbalevenementen waaraan nationale teams deelnemen, bovendien worden beschouwd als een afzonderlijke productmarkt die duidelijk kan worden onderscheiden van andere markten waar programma’s worden aangekocht.

Geografisch bereik

67. De UEFA-uitzendregels zijn een weerspiegeling van het feit dat de markt voor uitzendrechten van voetbalevenementen een nationaal karakter heeft, aangezien die uitzendrechten in het algemeen per land worden verkocht, zelfs in het geval van pan-Europese evenementen zoals de UEFA-Cup en de UEFA Champions league. Met betrekking tot de uitzendrechten van de nationale competitie en de nationale bekerwedstrijden impliceert het specifieke karakter van het product – op grond van culturele factoren gekoppeld aan de vraag en de nationale voorkeuren - dat het geografische bereik overeenkomt met het land waar de wedstrijden worden gespeeld. In Italië kopen Italiaanse omroeporganisaties de exclusieve uitzendrechten met betrekking tot voetbalevenementen die jaarlijks worden gespeeld en waaraan Italiaanse teams deelnemen. Bovendien worden de rechten voor de Italiaanse competitie en de Italiaanse bekerwedstrijden in Italië geëxploiteerd.
68. Zoals in eerdere beschikkingen heeft het geografisch bereik van de markt in de onderhavige zaak derhalve een nationaal karakter, dat wil zeggen is beperkt tot Italië.

²⁸ Zaak nr. 37.576- *UEFA-uitzendrechten*, zaak COMP M. 2483 *Canal+/RTL/GJCD/JV*, zaak COMP M. 2845 *Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital*.

c) Rechten op andere sportevenementen

69. Tot op heden heeft de Commissie geen standpunt ingenomen met betrekking tot de vraag of de markt voor het verwerven van exclusieve rechten voor andere sportwedstrijden dan de twee hierboven in overwegingen 64 en 65 genoemde voetbalmarkten kan worden opgedeeld in verschillende markten.
70. Niettemin blijkt uit het marktonderzoek dat, ook al vormt deze inhoud geen belangrijke drijvende kracht voor het nemen van een abonnement op betaaltelevisie, die inhoud toch erg belangrijk is voor exploitanten van betaaltelevisie, voorzover het gaat om evenementen die de interesse van veel eindgebruikers kunnen wekken (zoals bijvoorbeeld belangrijke tennistoernooien, bokswedstrijden, golf en motorraces). Bovendien wijzen de kenmerken van dit type inhoud en de prijsstellingvoorwaarden erop dat het verwerven van exclusieve uitzendrechten voor deze sportevenementen kan worden beschouwd als een afzonderlijke productmarkt die kan worden onderscheiden van andere markten waar programma's worden aangekocht.
71. Aangezien de concentratie - ongeacht de definities voor alternatieve productmarkten – zal leiden tot het in het leven roepen of versterken van een machtspositie, is het ten behoeve van de onderhavige zaak niet nodig om een besluit te nemen over de vraag of de relevante markten, wat het verwerven van uitzendrechten door televisie-exploitanten betreft, in verschillende markten moeten worden onderverdeeld op basis van de afzonderlijke sporten.

Geografisch bereik

72. Met betrekking tot bepaalde sportevenementen worden de rechten op een exclusieve basis voor het hele Europese grondgebied verworven en vervolgens, ongeacht de technische wijze van uitzending, per land doorverkocht. Deze belangrijke sportevenementen, zoals de Olympische Spelen, hebben vanuit het perspectief van de kijkers een pan-Europees belang. Een ander voorbeeld van sportrechten die op pan-Europese basis worden verkocht, zijn de sportrechten die worden verworven door het Eurosport-kanaal, dat in heel Europa uitzendt.
73. Gezien het feit dat het grootste deel van de door omroeporganisaties aangekochte sportrechten tot een bepaald land of taalgebied is beperkt, kan echter worden geconcludeerd dat de markt voor het verwerven van uit te zenden sportrechten nog steeds een nationaal karakter heeft of zich beperkt tot een taalgebied.

d) Televisiekanalen

74. In de onderhavige zaak heeft het marktonderzoek bevestigd dat de exploitatie van betaaltelevisiekanalen die onafhankelijk worden op de markt worden gebracht, met name op DTH-platforms, concurrentiedruk voor betaaltelevisieplatforms kan zijn. Televisiekanalen kunnen ook door betaaltelevisieplatforms worden gekocht om een onderdeel te gaan uitmaken van hun "assortiment" en ze zijn, zoals de Commissie reeds in eerdere zaken heeft vastgesteld²⁹, belangrijk zijn voor het samenstellen van diensten

²⁹ Zaak IV/36.237-TPS, PB L 90 van 2.4.1999, blz. 6.

voor betaaltelevisie en vormen een afzonderlijke productmarkt³⁰. Aantrekkelijke kanalen worden gewoonlijk geproduceerd door betaaltelevisies met een aantrekkelijke inhoud (sport en speelfilms), die daaraan voorafgaand zijn aangekocht van de oorspronkelijke houders van de rechten. Ook bleek uit het marktonderzoek dat, zelfs als voor het nemen van een abonnement op betaaltelevisie alleen de aantrekkelijke kanalen een belangrijke drijvende kracht zijn, de andere kanalen voor exploitanten van betaaltelevisie evengoed erg belangrijk zijn, voorzover die verschillende soorten kanalen (algemeen en thematisch) eraan bijdragen dat het assortiment van betaaltelevisie voor de eindgebruikers aantrekkelijk is.

75. Met betrekking tot televisiekanalen wordt de aanbodzijde vertegenwoordigd door leveranciers die op zichzelf staande evenementen of programma's kopen (in het algemeen op een niet-exclusieve basis) en deze samenvoegen tot een pakket dat wordt doorverkocht aan omroeporganisaties. Dit typerende aanbod, de kenmerken van het type inhoud dat wordt aangeboden en de prijsstellingvoorwaarden (lagere uurprijs in vergelijking tot de exclusieve inhoud) betekent dat televisiekanalen kunnen worden beschouwd als een afzonderlijke productmarkt die kan worden onderscheiden van andere markten waar programma's worden aangekocht.
76. Aangezien de concentratie - ongeacht de definities voor alternatieve productmarkten - een monopsonistische situatie in het leven roept, is het ten behoeve van de onderhavige zaak niet nodig om een besluit te nemen over de vraag of de relevante markten, wat het op zichzelf staande kanaal betreft (met een algemene of thematische programmering, zoals bijvoorbeeld sport-, kinder- en nieuwsprogramma's), in verschillende markten moeten worden onderverdeeld.

Geografisch bereik

77. Met betrekking tot het geografisch bereik wordt het verwerven van deze kanalen meestal bepaald door de culturele en sociologische achtergrond van het land waarbinnen het betaaltelevisieplatform opereert en lijkt het erop dat het verwerven van die kanalen doorgaans sterk wordt beïnvloed door en gebonden is aan het grondgebied van de afzonderlijke landen. Derhalve heeft iedere potentiële alternatieve productmarkt noodzakelijkerwijs een nationale dimensie. Die nationale dimensie wordt in het geval van Italië bevestigd: de aanbieders hebben, gebaseerd op en aangepast aan de Italiaanse voorkeur, specifieke thematische kanalen in het leven geroepen en de distributie vindt op nationaal niveau plaats.

B. EFFECTEN VAN DE CONCENTRATIE

78. De fusie zal leiden tot aanzienlijke horizontale overlappingsen op een aantal markten die verticale verbanden hebben.

1. DE ITALIAANSE MARKT VOOR BETAALTELEVISIE

³⁰ COMP M. 2845 *Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital*.

1.1 Algemene overwegingen

79. De Italiaanse betaaltelevisiemarkt wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van twee exploitanten: *Telepiù* en *Stream*. Vooral sinds de start van de DTH-diensten in 1996 is de omvang van de Italiaanse markt voor betaaltelevisiediensten, zowel wat betreft de waarde als de omvang (aantal abonnementen), aanzienlijk gegroeid. De tabellen hieronder tonen een door de partijen verstrekte raming van de marktomvang over de jaren 1999 tot 2001 voor de horizontaal betrokken markt. In die raming is de groei duidelijk zichtbaar (in de drie referentie jaren +80,8% voor wat de waarde betreft en +36,1% wat het aantal abonnementen betreft).

Tabel 1

MARKTOMVANG

Waarde (uitgedrukt in 1 000 EUR)

	1999	2000	2001
Reclame	[...]*	[...]*	[...]*
Abonnementen	[...]*	[...]*	[...]*
Totaal	[...]*	[...]*	[...]*

Bron: formulier-CO

Tabel 2

Omvang (aantal abonnementen)

1999	2000	2001
[...]*	[...]*	[...]*

Bron: formulier-CO

80. Er zij aan herinnerd dat *Telepiù* (de over te nemen onderneming) voorafgaand aan de fusie op de Italiaanse betaaltelevisiemarkt reeds een machtspositie bekleedde.

81. In 2001 beschikte *Telepiù*, wat abonnementen betreft, over een marktaandeel van [60-70]*% en, wat waarde betreft, over een marktaandeel van [65-75]*%. *Stream* had, wat abonnementen betreft, een marktaandeel van [30-40]*% en, wat waarde betreft, een marktaandeel van [25-35]*%. Bovendien beschikte *Telepiù* in november 2002, wat abonnementen betreft, over een marktaandeel van [65-75]*% (*Stream* had [25-35]*%) en, wat inkomsten betreft, over een marktaandeel van ongeveer [70-80]*%. Met betrekking tot de drie referentie jaren wordt in de tabellen hieronder wat betreft waarde, aantal abonnementen (omvang) en daarmee samenhangende marktaandelen een overzicht gegeven van de positie van *Stream* en *Telepiù* voorafgaand aan de fusie.

Tabel 3

MARKTPOSITIE van Telepiù en Stream voorafgaand aan de fusie

Waarde (uitgedrukt in 1 000 EUR)

	1999	2000	2001
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*
Totaal	[...]*	[...]*	[...]*

Bron: formulier-CO

Tabel 4

Omvang (aantal abonnementen)

	1999	2000	2001
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*
Totaal	[...]*	[...]*	[...]*

Bron: formulier-CO

Tabel 5

Marktaandeel (waarde/omvang)

	1999		2000		2001	
	Waarde	Omvang	Waarde	Omvang	Waarde	Omvang
Telepiù	[85-95]*%	[70-80]*%	[75-85]*%	[65-75]*%	[65-75]*%	[60-70]*%
Stream	[5-15]*%	[20-30]*%	[15-25]*%	[25-35]*%	[25-35]*%	[30-40]*%
Totaal	100%	100%	100%	100%	100%	100%

Bron: formulier-CO

1.2 Overwegingen inzake de kosten op de Italiaanse betaaltelevisiemarkt

82. Zowel in Italië als in de hele EER wordt de betaaltelevisiemarkt gekenmerkt door het zeer hoge kostenniveaus voor de platforms. De kostenstructuur van een exploitant van betaaltelevisie wordt voor een aanzienlijk deel bepaald door de last van de programmeringsrechten en door het niveau van de kosten voor het werven van abonnees (uitgaven voor marketing en promotieactiviteiten). Het grootste deel van de operationele kostenbasis bestaat uit programmeringskosten, die met name in de afgelopen paar jaar - zowel absoluut als relatief gezien - een erg hoog niveau hebben bereikt in het kostenplaatje van de Italiaanse betaaltelevisieplatforms.
83. Deze uitzend- of programmeringskosten zijn vooral het gevolg van de noodzaak om “aantrekkelijke” inhoud aan te kopen (met name voetbal evenementen en films, maar bijvoorbeeld ook andere sporten), waardoor het mogelijk wordt om kijkers aan te trekken die een stabiel aantal abonnementen voor betaaltelevisiediensten (of pay-per-view) opleveren. Volgens documenten die de partijen hebben ingediend, zijn deze kosten “voorspelbaar voor de middellange termijn, vanwege de looptijd van de overeenkomsten met de aanbieders van inhoud”. Tot op zekere hoogte kunnen deze kosten dan ook worden beschouwd als vaste of onvermijdelijke kosten voor de platforms. “Met de aanbieders van inhoud wordt doorgaans per abonnee over deze rechten onderhandeld, waarbij het vaak gaat om een minimumbedrag of abonneegaranties. Zodra het minimale aantal abonnees is behaald, worden deze kosten volledig variabel”.
84. Hoewel deze kosten afhankelijk van het analytische boekhoudstelsel van het bedrijf kunnen worden beschouwd als vaste of als variabele kosten, lijken ze steeds een

behoorlijk zware last op de platforms te leggen. Dit is met name het geval in Italië, waar het niveau waarop de betaaltelevisiediensten zijn doorgedrongen, lager is dan in andere EER-landen. Als gevolg daarvan zijn de klantenbasis en de inkomsten, op grond waarvan het mogelijk is om die kosten te amortiseren, meer beperkt.

85. Deze kosten worden onder andere bepaald door exclusieve langetermijncontracten met aanbieders van aantrekkelijke inhoud. Hierbij gaat het vaak om het verwerven van exclusieve uitzendrechten, niet alleen voor de betaaltelevisie en pay-per-view, maar ook voor near-video-on-demand en video-on-demand. Hiertoe behoren ook bepaalde vormen van bescherming (holdback-rechten, negatieve exclusieve rechten en dergelijke) met betrekking tot de mogelijkheid voor derden om dezelfde inhoud te verwerven en uit te zenden via andere bestaande en toekomstige manieren van overdracht (kabel, internet, UMTS³¹, etc.). Bovendien worden contracten met de aanbieders van inhoud in het algemeen zodanig gestructureerd dat een aanzienlijk deel van de door de exploitant van betaaltelevisie te betalen vergoeding wordt berekend in de vorm van een “gegarandeerd minimumbedrag” dat direct of indirect is gekoppeld aan een hypothetisch minimumaantal abonnees van het betaaltelevisieplatform. Indien het aantal abonnees dat hypothetisch aantal overschrijdt, stijgt de door de exploitant van betaaltelevisie aan de aanbieder van inhoud te betalen vergoeding dienovereenkomstig.
86. Sinds het begin van betaaltelevisie in Italië in 1991 en na de start van *Stream* in 1998 zijn deze uitzendrechten omhooggeschoten. Zoals blijkt uit de door *Newscorp* ingediende gegevens heeft deze factor de winstgevendheid van de concurrerende platforms aanzienlijk beïnvloed.
87. De aanmeldende partij heeft gemeld (in de documenten die in de loop van de procedure zijn ingediend) dat *Telepiù* en *Stream* in de periode 1991-2001 zware verliezen hebben geleden. De tabel hieronder laat met name de financiële verliezen zien die de twee platforms in de periode van 1998 tot 2001 hebben geleden.

Tabel 6

NETTOVERLIEZEN (in miljoen EUR)			
	Telepiù	Stream	Totaal
1998	[...]*	-	[...]*
1999	[...]*	[...]*	[...]*
2000	[...]*	[...]*	[...]*
2001	[...]*	[...]*	[...]*
Tezamen over de jaren 1998-2001	[...]*	[...]*	[...]*

Bron: bewerking van de gegevens van het formulier-CO

88. In haar diepgaande onderzoek naar de eerdere fusie (die vervolgens niet doorging), waarbij de Vivendi-groep de zeggenschap over *Stream* zou hebben verkregen, concludeerde de IAA dat de programmeringskosten ongeveer [55-65]*% waren van de totale kosten van de exploitanten van DTH-betaltelevisie³².

³¹ Universal Mobile Telecommunications System.

³² Beschikking van de Italiaanse Antitrust Autoriteit (“IAA”) van 13 mei 2002, overweging 33 (zaak C/5109).

1.3 Kosten voor het verwerven van filmrechten

89. Zowel *Stream* als *Telepiù* hebben een behoorlijke hoeveelheid rechten voor “aantrekkelijke” films van de Amerikaanse Majors en in mindere mate van Italiaanse filmproducenten aangekocht. De totale waarde van de aankoop (per platform) over de afgelopen vier jaar wordt in de tabel hieronder getoond.

Tabel 7

AANTREKKELIJKE FILMS

Waarde (uitgedrukt in 1 000 EUR)

	1999	2000	2001	2002
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Totaal	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*

Bron: bewerking van door de partijen verstrekte gegevens

90. Van 1999 tot 2002 vertegenwoordigden de bovenstaande kosten gemiddeld iets minder dan [5-15]*% van de totale kosten voor *Telepiù* en ongeveer [0-10]*% voor *Stream*.

1.4 Kosten voor voetbalrechten

91. Zowel *Stream* als *Telepiù* hebben een zeer grote hoeveelheid sportrechten aangekocht van Italiaanse voetbalclubs voor het uitzenden van evenementen waaraan Italiaanse teams deelnemen en die verband houden met de Italiaanse serie A, serie B, Coppa Italia, de Champions Leagues en de UEFA-Cup. In de tabel hieronder wordt de totale waarde van die aangekochte rechten over de afgelopen vier jaar getoond, uitgedrukt in kosten voor de platforms.

Tabel 8

VOETBALEVENEMENTEN

Waarde (uitgedrukt in 1 000 EUR)

	1999	2000	2001	2002
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Totaal	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*

Bron: bewerking van door de partijen verstrekte gegevens

92. Van 2000 tot 2002 vertegenwoordigden de bovenstaande kosten gemiddeld [40-50]*% van de totale kosten voor *Stream* en [20-30]*% voor *Telepiù*.

1.5 Kosten van de rechten voor andere sporten

93. Zowel *Stream* als *Telepiù* hebben een zeer grote hoeveelheid sportrechten aangekocht op het gebied van andere sportevenementen zoals Formule 1-races, belangrijke tennistoernooien (Grand Slam) of evenementen waaraan Italiaanse teams of spelers deelnemen. In de tabel hieronder wordt de totale waarde van die aangekochte rechten (uitgedrukt in kosten voor de platforms) over de afgelopen drie jaar getoond.

Tabel 9

ANDERE SPORTEVENEMENTEN

Waarde (uitgedrukt in 1 000 EUR)

	1999	2000	2001
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*
Totaal	[...]*	[...]*	[...]*

Bron: bewerking van door de partijen verstrekte gegevens

94. Van 1999 tot 2001 vertegenwoordigden de bovenstaande kosten gemiddeld iets meer dan [0-10]*% van de totale kosten voor *Telepiù* en ongeveer [0-10]*% voor *Stream*.

1.6 Kosten voor het verwerven van kanalen

95. Zowel *Stream* als *Telepiù* hebben een zeer grote hoeveelheid rechten op kanalen aangekocht om in hun assortiment of als alternatief in hun programmering op te nemen. In de tabel hieronder wordt de totale waarde van deze aangekochte rechten over de afgelopen vier jaar getoond, uitgedrukt in kosten voor de platforms. Vergeleken met de rest van de programmeringsrechten zijn de aankoopkosten van deze rechten ook behoorlijk omvangrijk, ook al kunnen deze programma's niet als "aantrekkelijk" worden beschouwd. Wanneer echter rekening wordt gehouden met de hoeveelheid via kanalen aangekochte uitzendingen vergeleken met de hoeveelheid via film- en sportrechten aangekochte uitzendingen, zijn de uurkosten voor kanalen aanzienlijk lager dan de kosten voor andere programmeringsrechten. Desondanks dragen de kanalen bij aan het vergroten van de totale aantrekkelijkheid van een betaaltelevisieplatform voor de eindgebruikers.

Tabel 10

KANALEN

Waarde (uitgedrukt in 1 000 EUR)

	1999	2000	2001	2002
Telepiù	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Stream	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*
Totaal	[...]*	[...]*	[...]*	[...]*

Bron: bewerking van door de partijen verstrekte gegevens

96. In 2001-2002 vertegenwoordigden de bovenstaande kosten gemiddeld [10-20]*% van de totale kosten voor *Telepiù* en [10-20]*% voor *Stream*.

1.7 Kosten van de totale programmeringsrechten

97. In het algemeen wordt de inkomstenmarge van ieder van de twee platforms aanzienlijk uitgehold door de aankoop van programmeringsrechten. Recente gegevens lijken echter te duiden op een verbetering van de relevante ratio's. De ratio "totale programmeringskosten" / "totale inkomsten uit abonnementen" is voor *Telepiù* gedaald van [85-95]*% (in 2001) naar [75-85]*% (in 2002), en voor *Stream* van [135-145]*% (in 2001) naar [135-145]*% (in 2002).

98. Het bovenstaande lijkt erop te wijzen dat de relatie tussen kosten en inkomsten van de platforms niet langer onbeheersbaar is. Bovendien worden de economische en financiële problemen waarmee de beide DTH-platforms op de betaaltelevisiemarkt in Italië worden geconfronteerd tot op zekere hoogte verminderd dankzij de voortdurende inspanningen om piraterij te bestrijden. In de laatste maanden van 2002 heeft dit voor *Telepiù* geleid tot een toename van het aantal abonnementen met ongeveer 150 000.

2. IN HET LEVEN ROEPEN OF VERSTERKEN VAN EEN MACHTSPOSITIE OP DE ITALIAANSE BETAALTELEVISIEMARKT

2.1 Horizontale effecten (aanbod van betaaltelevisiediensten)

99. De betaaltelevisiemarkt is de totale markt voor betaaltelevisiediensten waarbij het op dit moment gaat om diensten zoals betaaltelevisie (in de strikte zin van het woord), pay-per-view, video-on-demand en near-video-on-demand. Betaaltelevisiediensten kunnen via verschillende manieren van overdracht worden geleverd, namelijk digitale aardse televisie (ook bekend als DTT), kabel of satelliet (ook bekend als DTH). Analoge aardse uitzendingen zijn in technologisch opzicht veel minder geschikt voor ondersteuning van de simultane overdracht van een groot aantal kanalen, programma's en sportevenementen, die typerend zijn voor een betaaltelevisieassortiment.

100. De Italiaanse betaaltelevisiemarkt beperkt zich momenteel voornamelijk tot overdracht per satelliet (DTH), waarbij zowel *Stream* als *Telepiù* actief zijn. *Telepiù* heeft nog steeds een aantal abonnees voor haar oorspronkelijke analoge diensten (de erfenis van het begin van het tijdperk van betaaltelevisie die via analoge aardse verbindingen plaatsvond), terwijl de kabel slechts marginaal is ontwikkeld (via de exploitant e.Biscom) en digitale aardse televisie (DTT) zich in de experimentele fase bevindt.

2.1 (a) Mededingingsscenario: kabel en DTH

101. Op deze markt is *Telepiù* de dominante speler, met een marktaandeel van [65-75]*% wat het aantal abonnees betreft ([...]* in november 2002) en naar verwachting [70-80]*% wat inkomsten betreft. Op de markt is *Stream* momenteel de enige actieve concurrent met [...]* abonnees (in november 2002). De partijen voeren aan dat de concurrentieomgeving van Italië ruimte biedt voor verdere groei van kabelexploitanten zoals e.Biscom, die beschikt over een netwerk voor het leveren van televisiediensten waarmee bijna 1 miljoen huishoudens kan worden bereikt.
102. Wat kabelexploitanten betreft, levert e.Biscom momenteel alleen *video-on-demand* en *interactieve televisiediensten* aan [10 000 – 20 000] abonnees. Om klanten te kunnen bereiken in een beperkt aantal grote steden in Italië verwezenlijkt het bedrijf volgens het bedrijfsplan van e.Biscom bovendien een eigen vezeloptisch kabelnetwerk. Bovendien verzorgt e.Biscom via haar kabelnetwerk de overdracht van het betaaltelevisieaanbod van *Telepiù* en *Stream*, maar de eigendom van het klantenbestand, de verkoopvoorwaarden en de klantenservice berusten bij *Stream* en *Telepiù*.
103. Zoals de Commissie in een mededeling van punten van bezwaar aan *Newscorp* verwoordde, zal er na de fusie nauwelijks nog sprake zijn van enige concurrentie op de Italiaanse betaaltelevisiemarkt. De concurrentiedruk waarmee kabelexploitanten in Italië het gecombineerde platform zullen confronteren zal minimaal zijn. In openbare conferenties en presentaties voor de zakenwereld heeft *Newscorp* zelfs verklaard dat de gefuseerde eenheid in Italië “niet zal worden geconfronteerd met concurrentie van de kabel”³³. Bovendien is door derden gesteld dat de kosten voor een kabelaansluiting relatief gezien hoger zijn dan op andere markten.
104. Ingevolge de Italiaanse regelgeving moeten - met betrekking tot DTH - de systemen voor voorwaardelijke toegang (conditional access systems, CAS) onder eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden voor derden en onder “simulcrypt”-verplichtingen toegankelijk zijn³⁴. Vanwege de hieronder uiteengezette redenen (de noodzaak voor iedere potentiële DTH-concurrent om CAS van *Newscorp* te verwerven of om simulcrypt-overeenkomsten met *Newscorp* te sluiten en het bij *Newscorp* in eigendom zijnde DTH-platform), kan er echter na de fusie redelijkerwijs geen daadwerkelijke concurrentie worden verwacht op het gebied van DTH, tenzij er aanvullende garanties worden gesteld.

2.1 (b) Vooruitzichten voor de ontwikkeling van DTT

³³ Zie bijvoorbeeld de “News Corporation Goldman Sachs”-mediaconferentie van 1 oktober 2000 <http://www.newscorp.com/investor/presentations.html>.

³⁴ Decreti legislativi approvati dal Consiglio dei Ministri del 30 aprile 1999, per l'attuazione della direttiva comunitaria 95/47/CE concernente dei segnali televisivi. Decreto legislativo 17 maggio 1999. Attuazione della direttiva 95/47/CE in materia di emissione di segnali televisivi ref: GURI n° 145, 23/06/1999. Legge 78 29.3.1999, Delibera AGCOM 216/00.

105. Wat DTT betreft, zijn de voorwaarden voor een mogelijke toetreding tot de markt op redelijke termijn onduidelijk. De Italiaanse regering heeft bepaald dat 31 december 2006 de einddatum is voor de overschakeling van analoge naar digitale televisie. Volgens het door de Commissie uitgevoerde marktonderzoek zal de overgang echter naar alle waarschijnlijkheid later plaatsvinden. In haar witboek inzake digitale aardse televisie van 8 november 2000 heeft de AGCOM (de Italiaanse regelgevende autoriteit voor de communicatiesector) gewezen op de moeilijkheden met betrekking tot frequenties voor omroeporganisaties en set-topboxen. De AGCOM heeft de Italiaanse overheid aanbevolen om voor alle huishoudens een digitale decoder te subsidiëren.
106. Volgens een door de Commissie gepubliceerd onderzoek³⁵ – waarnaar door derden wordt verwezen – moeten voor het verwezenlijken van de verwachte voordelen van DTT de volgende hindernissen worden overwonnen: (i) exploitanten moeten investeren in het verbeteren van de uitzendnetwerken, (ii) om DTT te ontvangen moeten consumenten alle huidige analoge ontvangers (televisietoestellen en videorecorders) uitrusten met een convertor of een decoder en/of deze geleidelijk vervangen door geïntegreerde digitale ontvangers, (iii) de regelstations moeten de nationale frequenties aanpassen zodat simultaan uitzendingen kunnen plaatsvinden.
107. Derden hebben eveneens aangegeven dat DTT-exploitanten met technische problemen worden geconfronteerd. Zij hebben erop gewezen dat DTT-technologie vaak niet voorspelbaar genoeg is en dat het vanwege het relatief beperkte uitzendvermogen niet absoluut zeker is dat een decoder het signaal in een bepaald gebied werkelijk ontvangt³⁶. Derden hebben benadrukt dat er in Europa geen voorbeeld is van succesvolle DTT-betaaltelevisie. Derden stellen dat, los van de aantrekkelijke inhoud, de uitgebreide keuze met betrekking tot de aangeboden kanalen voor de consument nog steeds een van de belangrijkste redenen is om te betalen voor betaaltelevisie. Indien dit juist is, kan een exploitant van DTT-betaltelevisie met een beperkte bandbreedte niet concurreren met het aantal kanalen dat momenteel door *Telepiù* en *Stream* wordt aangeboden.
108. Vanuit het oogpunt van een exploitant van betaaltelevisie is de duurzaamheid van het DTT-uitzendmechanisme ten opzichte van andere uitzendmechanismen van twee factoren afhankelijk: ten eerste de huidige ontvangstinfrastructuur, dat wil zeggen het aantal huishoudens en ontvangers dat gebruikmaakt van aardse ontvangst; ten tweede de uitzendkosten via DTT in vergelijking met die van kabel- en digitale satelliettelevisie. De vaste uitzendkosten van DTT-uitzendingen in het hele land zijn veel hoger dan die van satellietuitzendingen. Volgens het hierboven genoemde onderzoek bedragen de jaarlijkse kosten van digitale uitzendingen via satelliet ongeveer 0,5 miljoen EUR, terwijl de kosten van DTT-uitzendingen in het hele land 5 miljoen EUR zijn. Derden hebben er eveneens op gewezen dat het concurrentievermogen, de aantrekkelijkheid en de bruikbaarheid van het DTT-uitzendmechanisme voor commerciële spelers niet is bewezen en dat, zolang bij het bevorderen van betaaltelevisie de variëteit aan kanalen een bepalende factor blijft, DTH een inherent voordeel heeft in vergelijking met DTT en het leeuwenaandeel van de betaaltelevisiemarkt in Italië zal behouden.

³⁵ Digitale omschakeling op het gebied van televisie-uitzendingen – eindverslag van 12 april 2002 van BIPE, Adviserend onderzoek voor de Europese Commissie. Gepubliceerd door DG Informatiemaatschappij.

³⁶ Dit lijkt echter alleen het geval te zijn voor oudere toepassingen van DTT-technologie, die zijn gebaseerd op onrealistische dekkingveronderstellingen.

109. In dit verband moet echter niet worden vergeten dat de belangrijkste drijvende kracht voor het nemen van een abonnement op betaaltelevisie niet zozeer de variëteit van de aangeboden kanalen is (vooral in het geval van Italië met een aanzienlijk aantal vrij toegankelijke kanalen), maar veeleer de aantrekkelijke inhoud (aantrekkelijke films en sport, met name nationale voetbalwedstrijden). Er is op gewezen dat een DTT-assortiment uit 30 kanalen kan bestaan, vergeleken met de 300 kanalen die via een satellietplatform kunnen worden bekeken. In dit verband zijn er, volgens het betoog van een derde, in Sicilië en in de provincie La Spezia praktijktests met betrekking tot DTT uitgevoerd. Het geregistreerde percentage mensen dat van plan is aan het einde van de testperiode een abonnement te nemen was extreem laag en kan een afschrikkende werking hebben op een mogelijke aanbieder om met de exploitatie van DTT te beginnen.
110. Gelet op het bovenstaande kan niet met een voldoende mate van zekerheid worden vastgesteld of en wanneer de DTT-platform(s) in de nabije toekomst een effectieve concurrentiedruk zal c. q. zullen vormen ten aanzien van de gefuseerde eenheid.

2.1 (c) Vermeende concurrentiedruk door vrij toegankelijke televisie

111. *Newscorp* voert aan dat de kracht van de aanbieders van vrij toegankelijke televisie in Italië daadwerkelijk druk uitoefent op de exploitanten van betaaltelevisie. *Newscorp* is van mening dat de Italiaanse vrij toegankelijke programmering - zowel op nationaal als op lokaal niveau - een uniek gevarieerd en aantrekkelijk aanbod biedt. Volgens *Newscorp* is deze concurrentiedruk voor de exploitanten van betaaltelevisie in Italië een ernstige belemmering, die verder gaat dan slechts "interactie" of "een relatie", zoals de Commissie in het verleden heeft erkend. In dit opzicht heeft de aanmeldende partij gesteld dat er met betrekking tot het vrij toegankelijke aanbod in Italië 12 nationale omroeporganisaties, 50 kanalen via DTH en ruwweg 700 lokale omroeporganisaties zijn.
112. Hoewel er sprake kan zijn van een bepaalde mate van concurrentiedruk door vrij toegankelijke televisie (zoals ook in andere landen zoals Duitsland het geval is) bevestigt het door de Commissie in de onderhavige zaak verzamelde bewijs in ieder geval de conclusie dat betaaltelevisie een goed te onderscheiden product met extra gebruiksmogelijkheden is. Deze conclusie wordt ondersteund door het feit dat aantrekkelijke eerste window-films en de meeste voetbalwedstrijden waaraan nationale teams deelnemen, alleen bekeken kunnen worden door consumenten van betaaltelevisie en dat abonnees bereid zijn om voor betaaltelevisiediensten een aanzienlijk bedrag te betalen.

113. De gemiddelde inkomsten per abonnee waren bijvoorbeeld in 2001 [...] EUR voor *Telepiù* en [...] EUR voor *Stream*, terwijl de jaarlijkse bijdrage (een verplichte belasting) voor publieke vrij toegankelijke televisie (RAI) voor het jaar 2003 97,10 EUR is. Bovendien kan gratis worden gekeken naar de drie nationale televisiekanalen van Mediaset. Met betrekking tot lokale vrij toegankelijke kanalen stelde een vertegenwoordiger van een samenwerkingsverband van vrij toegankelijke televisiezenders tijdens de op 5 en 6 maart gehouden hoorzitting, dat de totale omzet van de 608 regionale en lokale Italiaanse kanalen die onderdeel uitmaken van dat samenwerkingsverband slechts [40-50]*% van de omzet van *Telepiù* bedraagt. Deze omstandigheden benadrukken onder andere dat de concurrentiedruk die wordt teweeggebracht door de exploitanten van vrij toegankelijke televisie ten aanzien van het betaaltelevisieplatform momenteel nogal beperkt is.

2.1.(d) Conclusie

114. Gelet op het bovenstaande zal de concentratie ertoe leiden dat er een bijna-monopolie op de betaaltelevisiemarkt in Italië tot stand wordt gebracht.

2.2 Verticale effecten (technische diensten voor betaaltelevisie: CAS en technisch platform)

115. Voor de werking van betaaltelevisie is een speciale technische infrastructuur nodig om de televisiesignalen te coderen en deze te decoderen voor de geautoriseerde kijker. Deze infrastructuur bestaat uit een systeem voor voorwaardelijke toegang (conditional access system, "CAS") en een decoder (ook set-topbox ("STB") genoemd).

116. In eerdere beschikkingen heeft de Commissie onderzoek gedaan naar de potentiële aanwezigheid van een productmarkt voor het op grote schaal voorzien in technische diensten voor betaaltelevisie³⁷. "Bij deze diensten gaat het hoofdzakelijk om het beschikbaar stellen van decoderkastjes, diensten op het gebied van voorwaardelijke toegang, met inbegrip van "smart cards" en abonneebeheerdiensten. Ook diensten betreffende de toegang tot de elektronische programmagids en het schrijven van toepassingen die verenigbaar zijn met de in de decoderkastjes vervatte toepassingsprogrammaverbinding, kunnen eventueel hiertoe worden gerekend. Bovendien is voor de levering van interactieve televisiediensten ook een systeem nodig waarmee financiële transacties in een veilige omgeving kunnen worden verricht³⁸".

2.2 (a) Systeem voor voorwaardelijke toegang (CAS)

³⁷ Zie de zaken IV/M.993 Bertelsmann/Kirch/Premiere, en IV/36 539 British Interactive Broadcasting/Open, PB L 312 van 6.12.1999, blz. 1, overweging 30.

³⁸ Zie zaak British Interactive Broadcasting/Open, IV/36.539.

117. Een CAS is een technologie die het mogelijk maakt voor netwerkexploitanten en omroeporganisaties om het digitale transmissiesignaal³⁹ te coderen/vervormen en vervolgens via een satelliet, kabel of aardse systeem uit te zenden naar de STB. Wanneer het digitale signaal de STB bereikt, genereert een smartcard⁴⁰ die deel uitmaakt van de CAS, het wachtwoord dat nodig is om het uitzendesignaal te decoderen en te ontcijferen, zodat abonnees met de vereiste toegangsrechten naar de programma's kunnen kijken.
118. Vanwege een meerderheidsbelang van ongeveer 80% in NDS, een licentieverstrekker voor systemen voor voorwaardelijke toegang, is *NewsCorp* momenteel aanwezig aan de aanbodzijde van de sector die het systeem voor voorwaardelijke toegang aanbiedt. Meer in het bijzonder is NDS een aanbieder van voorwaardelijke toegang en daaraan gerelateerde producten en diensten ten behoeve van het beheer, de controle en veilige distributie van amusement en informatie voor televisie. De gecombineerde eenheid zal derhalve verticaal worden geïntegreerd in NDS, waardoor de gecombineerde eenheid zelf over een eigen CAS-technologie beschikt (Videoguard genaamd).
119. In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat de betaaltelevisiesector tot op heden door een sterke verticale integratie wordt gekenmerkt. Diverse technische diensten voor betaaltelevisie (en met name het aanbieden van CAS) worden tot dusver binnen het eigen bedrijf geleverd⁴¹. In 2001 namen in Italië twee exploitanten (Canal+ Technologies en NDS), die verticaal zijn geïntegreerd in de Vivendi-groep en in de *NewsCorp*-groep, respectievelijk meer dan [80-90]*% van het totale CAS-aanbod voor exploitanten van betaaltelevisie voor hun rekening (in het restant wordt voorzien door het bedrijf Irdeto).
120. De Commissie heeft er in de aan *NewsCorp* gezonden mededeling van punten van bezwaar op gewezen dat het zeer waarschijnlijk is dat het gecombineerde platform in de nabije toekomst voor slechts één CAS zal kiezen, en wel de CAS Videoguard van NDS. Er zijn namelijk sterke redenen voor het gecombineerde platform om voor deze strategie te kiezen: ten eerste het meerderheidsbelang van *NewsCorp* in NDS, de licentiegever van Videoguard; en ten tweede de strategie die wordt gevolgd door *NewsCorp* en door andere verticaal geïntegreerde exploitanten van betaaltelevisies, om de in het eigen bedrijf geproduceerde CAS te gebruiken. Zowel *Stream* als *Telepiù* gingen namelijk van start met gebruikmaking van de door Irdeto geproduceerde technologie, maar zijn vervolgens overgestapt op de in hun eigen bedrijf geproduceerde CAS (respectievelijk Videoguard, geproduceerd door NDS en Mediaguard, geproduceerd door Canal+ Technologies).

³⁹ De gegevens die gecodeerd worden uitgezonden bevatten televisiesignalen en andere gegevens, zoals informatie over de programma's of programmapakketten waarop men is geabonneerd, alsmede het recht van de betaaltelevisieabonnees om de programma's te ontvangen.

⁴⁰ Een smartcard is een minicomputer met een microprocessor, geheugen en intern besturingssysteem, die wordt gebruikt als een beveiligingsbarrière, die toegang verleent of weigert tot een bepaalde dienst.

⁴¹ De twee grootste leveranciers van CAS op EER-niveau zijn NDS (deel uitmakend van de *NewsCorp*-groep) en Canal+ Technologies (dat deel uitmaakte van de Vivendi-groep en in september 2002 aan de Thomson Multimedia Groep is verkocht).

121. In deze context wordt in het door de Commissie uitgevoerde marktonderzoek gewezen op de specifieke bezwaren met betrekking tot technische diensten voor betaaltelevisie en met name ten aanzien van systemen voor voorwaardelijke toegang, ongeacht of er afzonderlijke productmarkten kunnen worden vastgesteld voor CAS, STB en andere technische diensten voor betaaltelevisie⁴². Deze bezwaren werden zowel geuit door sommige aanbieders van CAS als door sommige potentiële nieuwkomers op de betaaltelevisiemarkten (via satelliet). Die bezwaren kunnen als volgt worden samengevat: ten eerste de waarschijnlijkheid dat de nieuwe eenheid potentiële nieuwkomers onder onredelijke voorwaarden toegang tot de NDS-technologie voor CAS zal verlenen; ten tweede de waarschijnlijkheid dat de nieuwe eenheid de markttoetreding van alternatieve betaaltelevisieplatforms met een ander CAS-systeem dan dat van NDS kan verhinderen, hetgeen tot een feitelijk monopolie leidt omdat NDS het enige in Italië gebruikte CAS zou worden.
122. Wat het eerste bezwaar betreft, is aangevoerd dat *Newscorp* na de concentratie zal kunnen verhinderen dat potentiële nieuwkomers op de betaaltelevisiemarkt van Italië een Videoguard-licentie verwerven, of in ieder geval onredelijke voorwaarden zal kunnen verbinden aan het verwerven van die licentie. Vanwege de aanwezigheid van de in Richtlijn 95/47⁴³ opgenomen toegangsregels kan de bezorgdheid wat dit betreft evenwel worden afgezwakt, omdat de genoemde richtlijn bepaalt dat toegang tot CAS moet worden verleend op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden. Deze bepaling is overgenomen in de nieuwe Toegangsrichtlijn 2002/19/EG⁴⁴, die tegen 24 juli 2003 moet worden omgezet.
123. Ten aanzien van het tweede bezwaar is gesteld dat nieuwkomers kunnen besluiten om een andere CAS te gebruiken dan die waarvoor NDS licenties verstrekt en die wordt gebruikt door de gecombineerde eenheid. In dit geval zou *Newscorp* haar medewerking moeten verlenen om een simulcrypt-systeem te ontwikkelen om de door NDS gebruikte CAS compatibel te maken met de door de nieuwkomer gebruikte CAS. De Italiaanse regelgeving⁴⁵ voorziet in simulcrypt-verplichtingen die noodzakelijk zijn opdat de verschillende CAS naast elkaar kunnen worden gebruikt.
124. In het marktonderzoek wordt echter aangevoerd dat de Italiaanse regelgeving waarschijnlijk niet voldoende is om de voorwaarden te scheppen die het voor nieuwe exploitanten van betaaltelevisie mogelijk maken om ongehinderd gebruik te kunnen maken van een andere CAS dan die van NDS. Het is kennelijk moeilijk om simulcrypt-

⁴² Zoals vermeld in eerdere zaken heeft de Commissie onderzoek gedaan naar CAS in de context van een bredere markt voor technische diensten voor betaaltelevisie. In de zaak *British Interactive Broadcasting/Open*, IV/36.539, PB L 312 van 6.12.1999, blz. 1, overweging 32, was de Commissie reeds van mening dat er beperktere productmarkten kunnen bestaan vanwege de verschillende vaardigheden en technologieën die ten grondslag liggen aan elk van de afzonderlijke technische diensten voor betaaltelevisie.

⁴³ Richtlijn 95/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 inzake het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen. Publicatieblad L 281 van 23.11.1995, blz. 51.

⁴⁴ Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn). Publicatieblad L 108 van 24.4.2002, blz. 7.

⁴⁵ AGCOM (Italiaanse communicatieautoriteit), beschikking nr. 216/00/CONS.

verplichtingen in een kort tijdbestek uit te voeren⁴⁶, en het is voor een nieuwkomer dus een veel realistischere optie om een licentie te nemen op de NDS-technologie. In het marktonderzoek ging een aantal ondervraagden zo ver dat zij stelden dat de NDS-technologie een soort “essentiële faciliteit” voor de Italiaanse betaaltelevisiemarkt is.

125. Gelet op de verticale integratie van NDS in de bedrijfsstructuur van de nieuwe eenheid en op het feit dat zij over een eigen CAS-technologie beschikt, concludeert de Commissie in het licht van de hierboven beschreven resultaten van het marktonderzoek dat het zeer waarschijnlijk is dat de gecombineerde eenheid na de transactie gebruik zal maken van één enkele CAS. Aangezien niet wordt verwacht dat er kort na de fusie een nieuw DTH-televisieplatform zal toetreden, zal er – als het gecombineerde platform besluit om alleen gebruik te maken van de NDS-technologie (wat rationeel gezien te verwachten is) – in Italië slechts één CAS zijn en is de toegang tot deze CAS afhankelijk van *Newscorp*. Bovendien is de ontwikkeling van een simulcrypt ten behoeve van de toepassing van een alternatieve CAS volledig afhankelijk van de medewerking van *Newscorp*.
126. Dit zijn factoren die de reeds hoge barrières voor toetreding tot de Italiaanse betaaltelevisiemarkt aanzienlijk zullen verhogen en verder zullen bijdragen aan het versterken van een machtspositie van de gecombineerde eenheid op de betaaltelevisiemarkt.
127. In haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar voerde *Newscorp* aan dat de Commissie niet had geconcludeerd dat het waarschijnlijke gebruik van één enkele CAS door het gecombineerde platform op zichzelf kan worden aangemerkt als in strijd met de mededinging, terwijl “het feit dat de transactie barrières voor toetreding “kan” verhogen, niet voldoende is om een verbod te rechtvaardigen”⁴⁷.
128. Bovendien voerde *Newscorp* aan niet over de mogelijkheden te beschikken om nieuwe toetredingen te verhinderen. In deze context citeert *Newscorp* de beschikking van de Commissie in de zaak - *Telia/Sonera*⁴⁸ waar werd vastgesteld dat "bij de beoordeling of [een kwestie van verticale verhindering] substantieel is, het noodzakelijk is om niet alleen vast te stellen dat de gefuseerde eenheid een prikkel zal ondervinden om hindernissen op te werpen, maar ook of de gefuseerde eenheid de mogelijkheid zal hebben om dat te doen en of de gefuseerde eenheid een wezenlijke invloed zal hebben op de mededinging in de desbetreffende markt”⁴⁹.
129. Volgens de analyse van de Commissie beperkt het effect van de transactie zich niet tot het verhogen van barrières voor toetreding, maar ontstaat er een monopolie met betrekking tot DTH-betaltelevisie in Italië. Vanwege deze monopolistische situatie in de “downstream”-betaaltelevisiemarkt en het bezitten van een eigen systeem voor

⁴⁶ De effectieve uitvoering van simulcrypt tussen Telepiù en Stream nam twee jaar in beslag en de twee exploitanten kregen tweemaal een boete opgelegd door de Italiaanse communicatieautoriteit (AGCOM) omdat ze hun verplichtingen niet nakwamen.

⁴⁷ Paragraaf 5.1.3 van het verweer van *Newscorp*.

⁴⁸ Paragraaf 5.1.5 van het verweer van *Newscorp*.

⁴⁹ Zaak nr. COMP/M. 2803 *Telia/Sonera*, overweging 91, beschikking van 10.7.2002, zie de website van de Commissie: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

voorwaardelijke toegang – dat waarschijnlijk het “standaard”-CAS wordt – zal *NewsCorp* niet alleen een prikkel ondervinden om een uitsluitingsstrategie na te streven of de kosten voor concurrenten te verhogen (teneinde hen van de markt uit te sluiten en haar monopolistische positie op het gebied van DTH te handhaven), maar zal *NewsCorp* daartoe in feite ook de mogelijkheid hebben.

130. Alle potentiële concurrenten die zich via satelliet (DTH) op de Italiaanse betaaltelevisiemarkt willen begeven, zullen ofwel een licentie van een van de dochterondernemingen van *NewsCorp* (dat wil zeggen NDS) moeten verkrijgen voor de toegang tot Videoguard-CAS, ofwel de medewerking van *NewsCorp* moeten verkrijgen om de simulcrypt-overeenkomst te kunnen uitvoeren. Vooral op grond van ervaringen uit het verleden blijkt dat dit aanleiding kan leiden tot een “moeilijk” proces, en bewezen is dat het bereiken van dergelijke overeenkomsten nogal langdurig, tijdsverslindend en moeilijk is, zelfs tussen twee gevestigde concurrenten, zoals *Stream* en *Telepiù* dat in het verleden waren.
131. Bij het ontbreken van corrigerende maatregelen zal *NewsCorp* zich in ieder geval in een positie bevinden om een potentiële toegang tot DTH te verhinderen, of om voor concurrenten de kosten met betrekking tot CAS te verhogen. De Commissie beoordeelt deze factoren niet los van elkaar, maar ze moeten worden gezien in het perspectief van de algehele concurrentieverstorende effecten die door de transactie worden teweeggebracht. In deze context is de omstandigheid dat, als gevolg van de operatie, de barrières voor toetreding met betrekking tot DTH verder zullen worden verhoogd – onder andere door het zeer waarschijnlijke gebruik door de gecombineerde eenheid van één enkele eigen CAS – in een monopolistische situatie (op het gebied van DTH) een verzwarend element dat de machtspositie van het gecombineerde platform op de Italiaanse betaaltelevisiemarkt verder versterkt.
132. Verder heeft *NewsCorp* betoogd dat er geen oorzakelijk verband is tussen de transactie en het vermeende schadelijk effect voor de mededinging. Aangezien *NewsCorp* al voor 50% een Italiaanse exploitant van betaaltelevisie voor 50% in handen heeft, is er reeds een prikkel voorhanden om de barrières voor toetreding tot de Italiaanse betaaltelevisiemarkt te verhogen en die situatie wordt niet door de transactie veroorzaakt.
133. De Commissie is het niet eens met dit standpunt. Het feit dat een DTH-monopolist over een eigen CAS beschikt is een factor die op zichzelf de barrières voor toetreding tot de downstream-betaltelevisiemarkt verhoogt. De prikkel van *NewsCorp* om de barrières voor toetreding te verhogen is een rechtstreeks gevolg van de transactie, die deze monopolistische situatie met betrekking tot DTH-betaltelevisie teweegbrengt. Op basis van de resultaten van het marktonderzoek kan bovendien redelijkerwijs worden verwacht dat de beschreven situatie in de nabije toekomst niet snel zal veranderen.

2.2 (b) Technisch platform

134. *Stream* en *Telepiù* zullen een gemeenschappelijk technisch platform ontwikkelen via welk zij hun programma's via satelliet zullen distribueren. Een technisch platform kan worden omschreven als het systeem dat de voorwaardelijke toegang en het aanbod van de daarop betrekking hebbende technische diensten controleert. Het technisch platform decodeert de door de programma-aanbieder uitgezonden signalen en zendt deze signalen via de set-topbox door naar de abonnees.

135. Betoogd is dat - vanwege de grote investeringen die nodig zijn om een DTH-platform op te zetten - de op DTH gebaseerde vrij toegankelijke en betaalsatellietkanalen van derden via het gecombineerde platform van de nieuwe eenheid zullen moeten worden gedistribueerd. Technische diensten die *Newscorp* via het platform kan leveren, zijn: beheer van de voorwaardelijke toegang, overdracht via de decoders en opname in de vooraf vastgestelde dienstenlijst (automatische afstemming), digitalisering en versleuteling, opwaartse transmissie naar de satelliet en met name toegang tot de elektronische programmagids (Electronic Programme Guide, EPG).
136. EPG is een televisiegids met het programma-aanbod. Het is een onmisbaar instrument omdat er door het grotere programma-aanbod van digitale televisie meer keuzemogelijkheden zijn. De informatie ten behoeve van de EPG is afkomstig van omroeporganisaties en wordt door de EPG-software getoond. Het menu maakt het voor de gebruiker mogelijk om te zoeken naar een bepaald programmatype, zoals films, komedies en kinderprogramma's, of om enkel te zoeken aan de hand van een programmanummer of een bepaald tijdstip. Zonder EPG is het voor gebruikers uitermate moeilijk om systematisch en moeiteloos het specifieke kanaal te vinden waarnaar zij op zoek zijn.
137. Toegang tot het platform is een essentieel element om nieuwe toetredingen tot de betaaltelevisiemarkt te faciliteren en het mogelijk te maken dat betaal- en vrij toegankelijke kanalen via DTH worden uitgezonden. Als gevolg van de fusie zullen DTH-kanalen niet langer kunnen kiezen tussen twee alternatieve platforms.
138. Door haar zeggenschap over het platform zal *Newscorp* de prikkel ondervinden en de mogelijkheid hebben om toegang te weigeren of barrières te verhogen om kanalen te consolideren (bijvoorbeeld door hun positie in de EPG systematisch te wijzigen), of om met betrekking tot de digitale satellietkanalen (vrij toegankelijke en betaal-DTH) onredelijke of discriminerende voorwaarden op te leggen. Op dit moment is er geen adequaat regelgevingskader dat deze problemen efficiënt en snel kan oplossen. Het mogelijke gedrag dat hierboven is beschreven, kan dus bijdragen tot versterking van de monopoliepositie van de nieuwe eenheid op de betaaltelevisiemarkt.
139. In haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar⁵⁰ van de Commissie stelt *Newscorp* niet de intentie te hebben om de EPG te manipuleren. In feite werd aangevoerd dat de gefuseerde groep de stimulus heeft om haar abonnees hoogwaardige diensten te leveren. De gefuseerde groep zou vooral ongepast handelen jegens haar abonnees indien de indeling van de kanalen in de elektronische programmagids regelmatig zou worden omgewisseld. Wat dit betreft is de Commissie van oordeel dat de stimulus voor de gecombineerde groep om de kanalen van derden een stabiele positie in de EPG te verschaffen teniet zal worden gedaan door de stimulus om de loyaliteit van de kijker voor haar eigen kanalen te winnen, hetgeen blijkt uit het gedrag van *Stream* in het verleden⁵¹.

⁵⁰ Zie paragraaf 5.1.15 van het verweer van *Newscorp*.

⁵¹ De positie van *Digitaly* in de EPG van *Stream* is in de afgelopen paar jaar bijvoorbeeld viermaal gewijzigd.

2.3 Conclusie

140. Op grond van het voorgaande wordt geconcludeerd dat de concentratie een machtspositie op de Italiaanse betaaltelevisiemarkt blijvend versterkt. De gefuseerde eenheid beschikt over een monopolie met betrekking tot de DTH-transmissiewijze en zal alle mogelijkheden en economische motieven hebben om feitelijke en potentiële concurrenten, die via dezelfde en/of andere transmissiewijzen willen toetreden tot de markt, te hinderen door de kosten van concurrenten te verhogen en de barrières voor toetreding verder te verhogen. Hoewel wat dit betreft de bestaande regelgeving de bezorgdheid ten aanzien van de mededinging enigszins vermindert, zal het gebruik van een standaard (NDS) voor diensten voor voorwaardelijke toegang ten behoeve van het gehele satellietplatform – ongeacht mogelijke ellenlange simulcrypt-overeenkomsten die moeten worden gesloten – potentiële DTH-nieuwkomers vanuit technologisch oogpunt waarschijnlijk volledig afhankelijk maken van de gecombineerde eenheid. Bovendien beschikt *Newscorp* door de zeggenschap over het technische platform over de mogelijkheid en het motief om de standaard te bepalen voor het geaccepteerde concurrentieniveau “van het platform onderling”. Deze elementen zijn zodanig dat de monopoliepositie van *Newscorp* met betrekking tot de DTH-transmissiewijzen - ondanks de toepasselijke regelgeving - aanzienlijk zal bijdragen tot de versterking van de quasi-monopolistische situatie op de totale betaaltelevisiemarkt, welke situatie zich enige tijd na de concentratie als gevolg van de operatie zal voordoen.
141. In de reactie op de mededeling van punten van bezwaar heeft⁵² *Newscorp* erop gewezen dat de Commissie tekort is geschoten in haar verplichting om vast te stellen dat het meer dan waarschijnlijk is dat *Newscorp* zich zo zal gaan gedragen. *Newscorp* wijst erop dat het Gerecht van eerste aanleg in de zaak *Tetra Laval BV/Commissie*⁵³ van oordeel was dat de bewijslast bestaat uit een voldoende mate van waarschijnlijkheid en dat het Gerecht de benadering van de Commissie heeft verworpen (namelijk dat een mogelijk schadelijk effect voor de mededinging voldoende was om een verbod te rechtvaardigen).
142. In dit verband stelt de Commissie dat in de genoemde uitspraak de voldoende mate van waarschijnlijkheid tegen de benadering van de Commissie gebaseerd was op (i) het ontbreken van enig vermoeden van een collectieve machtspositie⁵⁴ en (ii) het noodzakelijk vertrouwen op een prospectieve analyse van toekomstig rationeel gedrag als basis voor een conclusie dat er sprake is van een machtspositie. In de onderhavige zaak wordt aan geen van beide voorwaarden voldaan. Met betrekking tot de eerste voorwaarde (ontbreken van enig vermoeden van een collectieve machtspositie) kan niet serieus worden bestreden dat de fusie in feite zal leiden tot het in het leven roepen van een quasi-monopolistische situatie op de betaaltelevisiemarkt. Met betrekking tot de tweede voorwaarde (noodzakelijk vertrouwen op een prospectieve analyse van toekomstig rationeel gedrag) is de analyse die voor de onderhavige zaak is uitgevoerd, gebaseerd op een situatie die zich onmiddellijk na de fusie zal voordoen (in het leven roepen van een quasi-monopolie).

⁵² Paragraaf 5.1.11 van het verweer van *Newscorp*.

⁵³ Zaak T-5/02.

⁵⁴ Cfr. rechtsoverweging 142 van het arrest-*Tetra Laval*.

143. Op basis van het tijdens de procedure verkregen bewijs en gelet op de aard van de horizontale overlappingsen die door de concentratie teweeg worden gebracht, is de Commissie derhalve van oordeel dat er voldoende bewijs is om te concluderen dat het gecombineerde platform in de nabije toekomst zal beschikken over de noodzakelijke prikkels en de feitelijke mogelijkheid om het hierboven beschreven gedrag te vertonen, en als gevolg daarvan uiteindelijk een aanzienlijke invloed zal hebben op de mededinging in de relevante markt.

3. IN HET LEVEN ROEPEN OF VERSTERKEN VAN EEN MACHTSPOSITIE OP DE AANKOOPMARKTEN

3.1 Horizontale effecten in de betrokken upstream-markten (verwerving van inhoud)

3.1 (a) Verwerving van exclusieve uitzendrechten op aantrekkelijke films

144. *Telepiù* (de over te nemen onderneming) heeft reeds een machtspositie op de markt voor de verwerving van exclusieve rechten op aantrekkelijke films (in 2001 door *Telepiù* aangekochte films vertegenwoordigen ongeveer [85-95]*% van de totale opbrengst van de films die met exclusieve rechten zijn verkocht aan alle omroeporganisaties, [85-95]*% wat waarde betreft⁵⁵ en [50-60]*%⁵⁶ wat het aantal films betreft). In 2001 zijn de resterende rechten aangekocht door *Stream*, met uitzondering van vier Italiaanse films waarvan de eerste window-rechten zijn aangekocht door La 7 (vrij toegankelijke televisie waarover Telecom Italia de zeggenschap heeft).

145. De rechten van *Telepiù* en *Stream* worden in de onderstaande tabellen getoond:

⁵⁵ Van het totale bedrag dat in Italië wordt betaald voor rechten op aantrekkelijke films.

⁵⁶ Deze daling in het marktaandeel met betrekking tot het volume is het gevolg van het feit dat *Telepiù* de meeste films heeft die door American Majors zijn geproduceerd, die het duurst zijn en het best worden bekeken in de bioscoop.

Tabel 11

TELEPIÙ*Amerikaanse Majors*

Naam	1e window	2e window	PPV	VoD	nVoD	expiratie
Buena Vista (Walt Disney)						
Columbia						
Dreamwork s						
Paramount						
MGM						
T.C. Fox						
Warner Bros						

Bron: formulier-CO

Tabel 12

Italiaanse filmproducenten

Naam	Betaaltelevisie	PPV	VoD	NVoD	expiratie
Medusa					
Eagle Picture					
Fandango					
Lucky Red					
Mediatrade					

Bron: formulier-CO

146. *Telepiù* heeft in 2002 ook contracten gesloten met Eyescreen, Nexo en andere aanbieders.

STREAM*Amerikaanse Majors*

147. Volgens de informatie die de partijen in het formulier-CO hebben verstrekt, is *Stream* tot 31 augustus 2002 in het bezit van de exclusieve rechten van Universal voor PPV en nVoD. Universal heeft een optie verleend voor automatische verlenging met nog eens 5 jaar.

Tabel 13

Italiaanse filmproducenten

Naam	betaaltelevisie	PPV	VoD	nVoD	expiratie/ soort contract
Cecchi Gori					
Clemi					57
Istituto Luce					
Lady Film					
Mikado					
Raitrade					
Tangram					
Palomar					
Eyescreeen					
Lantia					
CDE					
Veradia					
Cattleya					

Bron: formulier-CO

148. Daarnaast heeft *Stream* diverse contracten gesloten met Filmauro, Videofilm VCKappa en Key Films (distributiemaatschappijen) voor een aantal Italiaanse en niet-Italiaanse films. In 2002 had *Stream* ook een aantal nogal “kleine” contracten met andere aanbieders (Minerva, Pasodoble, Romagnosi en Teodora).
149. Alle door zowel *Stream* als *Telepiù* met hun wederpartijen gesloten contracten bevatten de exclusieve rechten voor alle transmissiewijzen (aards, satelliet, kabel, etc.). Gecombineerd vertegenwoordigen deze [75-85]*% van de totale opbrengst van de bioscoopvertoning in 2001⁵⁸ en feitelijk [90-100]*% van de exclusieve rechten die door betaaltelevisie zijn verworven. Zoals reeds eerder is aangegeven, heeft *Telepiù* een marktaandeel van [85-95]*% en heeft *Stream* een marktaandeel van ongeveer [5-15]*% (gebaseerd op de opbrengst) van films die zijn gekocht/verkocht met exclusieve rechten. Het vrij toegankelijke televisiestation “La 7” (eigendom van Telecom Italia) kocht in 2001 de eerste window-rechten voor vier Italiaanse films. La 7 heeft echter geen exclusieve contracten voor het eerste window met Hollywood Majors gesloten.

⁵⁷ [...]*

⁵⁸ Met uitzondering van vier Italiaanse films waarvoor eerste window-rechten zijn aangekocht door La 7, was in 2001 bijna 19% van de opbrengst afkomstig van films waarvoor geen exclusieve rechten waren aangekocht of op de markt gebracht.

150. Na de aankoop van *Telepiù* door *Stream* en de uitbreiding met klanten in Italië zal de fusie, wat het verwerven van exclusieve rechten op films betreft, een quasi-monopolistische situatie tot gevolg hebben (monopsonie). La 7 heeft een onbeduidend aantal eerste window-rechten op Italiaanse films aangekocht. In dit verband wordt erop gewezen dat de eigenaren van de rechten, vooral de Hollywood Majors, in de toekomst waarschijnlijk geen eerste en tweede window-rechten zullen verkopen aan vrij toegankelijke televisiestations. Zoals hierboven reeds is uiteengezet, worden filmrechten minstens vijf of zes keer verkocht (vertoning in de bioscoop, video, pay-per-view en video-on-demand, eerste window, tweede window en catalogusfilms). Alleen de laatste categorie wordt aangekocht door vrij toegankelijke televisiestations. Indien de eigenaren van de rechten de eerste window-films zes maanden na vertoning in de bioscoop zouden verkopen aan vrij toegankelijke televisiestations (die toegankelijk zijn voor alle kijkers), zou dit de inkomsten van de filmproducenten aanzienlijk ondermijnen.
151. Bij het ontbreken van corrigerende maatregelen verhindert deze monopsonistische situatie dat de inhoud toegankelijk is voor derden (ook op het gebied van andere dan DTH-transmissiewijzen). Dit betekent dat de beschikbare inhoud en de keuzemogelijkheden voor de consument waarschijnlijk worden beperkt.
152. Bovendien zullen de partijen de toegankelijkheid tot de inhoud verder kunnen verminderen door het uitoefenen van holdback-rechten en voorkooprechten ten aanzien van tweede window-films, zoals wordt beoogd in de huidige contracten van *Telepiù* met de meeste Majors (zie tabel 11 hierboven). Als hier niets aan wordt gedaan, zal dit potentiële nieuwkomers op de markt daadwerkelijk belemmeren bij hun streven zich als “marginale” of tweedeklas concurrent een marktpositie te verwerven. Bovendien zullen deze beschermingsrechten die de partijen ter beschikking staan in feite de tweede window-rechten wegdrücken van de markt, hetgeen een aantasting is van het welbevinden van de consument en diens vrijheid om te kunnen kiezen tegen welke prijs en op welk moment hij de betaaltelevisieproducten wil “gebruiken”.
153. Gelet op het bovenstaande en met inachtneming van de looptijd van de huidige contracten zal de concentratie tot gevolg hebben dat voor een aantal jaren wordt voorkomen dat potentiële concurrenten op het gebied van betaaltelevisie toegang hebben tot, en dus niet in staat zijn tot het uitzenden van, deze inhoud op betaaltelevisie.
154. In haar reactie op de mededeling van punten van bezwaar⁵⁹ heeft *Newscorp* aangevoerd dat de transactie de huidige situatie niet zou wijzigen, aangezien “de door *Stream* en *Telepiù* gesloten contracten voor het aankopen van rechten reeds vigeren en niet door de fusie worden beïnvloed. Voorzover het netwerk van contracten de waarschijnlijkheid van toetreding beïnvloedt, wordt dat niet door de fusie veroorzaakt”. Volgens de partijen blijkt daaruit dat er geen causaal verband is tussen de fusie en een potentieel schadelijk effect op de mededinging. In dit verband verwijst *Newscorp* naar paragraaf 10 van de ontwerp-mededeling betreffende horizontale fusies⁶⁰, waarin wordt aangegeven dat “de Commissie de mededingingssituatie die uit de fusie zou voortvloeien [vergelijkt] met die welke zou optreden zonder fusie”.

⁵⁹ Paragraaf 6.1.3 van het verweer van *Newscorp*.

⁶⁰ http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/final_draft_en.pdf.

155. Vóór de fusie waren er in feite twee exploitanten van betaaltelevisie, die konden concurreren bij het verwerven van inhoud. Na de fusie zal “het netwerk van contracten” in het bezit zijn van één enkele exploitant, die – bij het ontbreken van corrigerende maatregelen – in veel grotere mate dan in het geval van twee concurrerende kopers, de voorwaarden van de markten ten aanzien van de eigenaren van de rechten zal kunnen bepalen. Doorslaggevend is dat de quasi-monopsonist zich dankzij de duidelijk grotere onderhandelingskracht in de situatie bevindt dat hij de contractuele betrekkingen met aanbieders van inhoud kan “afstemmen” op zijn behoeften met de bedoeling om potentiële concurrentie van nieuwkomers op de markt te verhinderen. In het licht van deze overwegingen lijkt het argument van partijen dat er na de fusie “eerder meer dan minder rechten beschikbaar zijn voor andere kopers”, omdat de partijen hun vraag zullen reduceren, ongegrond.
156. Ook wijst *Newscorp* erop⁶¹ dat een nieuwkomer op de markt vanaf 2004 dezelfde rechten kan verwerven als *Stream* thans heeft en daartoe een contract met MGM kan sluiten. Het is niet juist dat de Commissie ervan uitgaat dat het MGM-contract zal worden verlengd. In dit verband is de Commissie van mening dat het in de eerste plaats niet zeker is dat er na de fusie in 2004 een nieuwe concurrent zal toetreden tot de Italiaanse markt en dat het in de tweede plaats, gelet op alle bewijzen en andere relevante factoren, waarschijnlijk is dat MGM en TC Fox gebruik zullen maken van het eenzijdige verlengingsrecht. Wat dit betreft is het veelzeggend dat de Hollywood Majors in het verleden - ondanks de aanwezigheid van twee alternatieve platforms - steeds gebruik hebben gemaakt van dat recht. Columbia en Paramount hebben in 2002 gebruikgemaakt van hun recht om het contract met *Telepiù* te verlengen en Universal heeft onlangs van dat recht gebruikgemaakt met betrekking tot *Stream*. De economische context maakt derhalve de stelling van *Newscorp* vanuit historisch perspectief onwaarschijnlijk.

3.1 (b) Verwerving van sportinhoud in het algemeen

Wettelijk kader

157. Ingevolge artikel 3, onder a), van de gewijzigde Richtlijn “Televisie zonder grenzen”⁶² kan iedere lidstaat maatregelen treffen om ervoor te zorgen dat onder zijn bevoegdheid vallende omroeporganisaties evenementen die door die lidstaat van aanzienlijk belang voor de samenleving worden geacht, niet op een exclusieve basis en in gecodeerde vorm uitzenden. Een bepaling van die strekking is te vinden in de Italiaanse uitvoeringsmaatregel van maart 1999⁶³. Deze bepalingen zijn bedoeld om het voor een aanzienlijk deel (meer dan 90%) van het Italiaanse publiek mogelijk te maken

⁶¹ Paragraaf 6.1.4 van het verweer van *Newscorp*.

⁶² Richtlijn 89/552/EEG van de Raad van 3 oktober 1989 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten (PB L 298 van 17.10.1989, blz. 23) als gewijzigd bij Richtlijn 97/36/EG van het Europees Parlement en de Raad, PB L 202 van 30.7.1997, blz. 60.

⁶³ Wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van televisie-omroepactiviteiten, PB C 277 van 30.9.1999. http://europa.eu.int/eur-lex/en/consleg/pdf/1989/en_1989L0552_do_001.pdf

om de bedoelde evenementen via vrij toegankelijke televisie te volgen, zonder extra kosten te maken voor het kopen van technische apparatuur.

158. De bedoelde evenementen zijn voor Italië: (a) de Olympische zomer- en winterspelen, (b) het wereldkampioenschap voetbal en alle wedstrijden waaraan het Italiaanse nationale team deelneemt (een volledige rechtstreekse uitzending), (c) de finale van het Europese voetbalkampioenschap en alle wedstrijden waaraan het Italiaanse nationale team deelneemt (een volledige rechtstreekse uitzending), (d) alle officiële competitiewedstrijden waaraan het Italiaanse nationale team deelneemt, zowel thuis- als uitwedstrijden, (e) de finale en de halve finale van de Champions League en de UEFA-Cup waaraan een Italiaans team deelneemt, (f) de wielerronde van Italië (Giro d'Italia) en (g) de Italiaanse Grand Prix van de Formule Een. Daarnaast behoudt de Italiaanse Communicatieautoriteit (AGCOM) zich het recht voor om de lijst op een bepaald moment te wijzigen, met name om de volgende evenementen daaraan toe te voegen: (a) basketbalfinales, wereldkampioenschappen waterpolo en volleybal waaraan het Italiaanse nationale team deelneemt, (b) de finale en halve finales van de Davis Cup waaraan het Italiaanse nationale team deelneemt en (c) het wereldkampioenschap wielrennen op de weg. Bovendien behoudt de Italiaanse Communicatieautoriteit zich het recht voor om de lijst twee jaar na de inwerkingtreding van haar beslissing aan te passen. Voor de Italiaanse markt lijkt de verplichting om de “bedoelde evenementen” vrij toegankelijk uit te zenden een daling van de aankoop prijs van de uitzendrechten voor die evenementen tot gevolg te hebben.

3.1 (c) Verwerving van exclusieve uitzendrechten voor voetbal evenementen die regelmatig plaatsvinden (ieder jaar) en waaraan nationale teams deelnemen

159. Het gecombineerde marktaandeel van de partijen vertegenwoordigt [80-90]*% wat waarde betreft (*Stream* [35-45]*%, *Telepiù* [35-45]*%) en [90-100]*% wat het aantal wedstrijden betreft (*Stream* [35-45]*%, *Telepiù* [50-60]*%). Ingevolge de nationale Italiaanse wet (wet nr. 78/99) mag geen enkel DTH-platform meer dan 60% van de totale voetbalrechten in bezit hebben. Deze regel is echter niet van toepassing op het scenario dat er slechts één DTH-platform is (dat wil zeggen na de fusie), op voorwaarde dat de looptijd van de contracten op grond waarvan de exclusieve rechten zijn verworven niet langer is dan drie jaar.
160. De Italiaanse voetbalclubs uit serie A en serie B waarvan *Stream* de exclusieve rechten heeft zijn: Bologna, Lecce, SDS srl⁶⁴ en Napoli (tot [...]*), Brescia, Chievo Verona, Empoli, Modena en Siena (tot [...]*). Deze rechten vertegenwoordigen [45-55]*% van de wedstrijden uit serie A. Daarnaast heeft *Stream* voor het seizoen 2002/2003 de exclusieve rechten voor de UEFA Champions League.
161. De voetbalclubs uit serie A en serie B waarvan *Telepiù* de exclusieve rechten heeft zijn: Atalanta, Como, Messina, Perugia, Piacenza, Reggina en Torino (tot [...]*), Inter, Bari, Juventus, Milan, Cagliari, (tot [...]*). Deze rechten vertegenwoordigen [45-55]*% van de wedstrijden uit serie A.
162. Voor het verwerven van de exclusieve rechten voor voetbal evenementen die regelmatig plaatsvinden en waaraan nationale teams deelnemen, zal de fusie leiden tot

⁶⁴ Roma, Lazio, Parma.

een quasi-monopsonistische situatie⁶⁵ van de nieuwe eenheid. De exclusieve rechten bevatten altijd de rechtstreekse en niet-rechtstreekse uitzending van evenementen via betaaltelevisie en PPV, alsook als bescherming de garantie dat die evenementen niet rechtstreeks worden uitgezonden via vrij toegankelijke televisie en soms ook via video-on-demand, UMTS en internet. Doorslaggevend is dat de quasi-monopsonist – net als bij filmrechten en als gevolg van zijn grotere onderhandelingskracht – de contractuele betrekkingen met aanbieders van inhoud zal kunnen “afstemmen” op zijn behoefte en doelstelling om de toetreding van nieuwkomers tot de markt te verhinderen.

3.1.(d) Verwerving van exclusieve uitzendrechten voor andere sportevenementen

163. Naast Formule 1-autoraces, die in Italië erg populair zijn, hebben *Stream* en *Telepiù* de exclusieve rechten voor een groot aantal sportevenementen. Met betrekking tot de Formule 1 zijn de rechten van de exploitanten van exploitanten van betaaltelevisie (de enige exploitanten die deze Formule 1-races via satelliet uitzenden) niet exclusief omdat RAI (vrij toegankelijke televisie) de Formule 1 in een analoge aardse modaliteit op het Italiaanse grondgebied uitzendt.
164. Volgens de informatie die partijen via het in oktober 2002 ingediende formulier-CO hebben verstrekt, heeft *Telepiù* de exclusieve rechten voor de volgende sportevenementen: golf (PGA Tour 2002, Ryder Cup, Open Italia⁶⁶ en Augusta nationaal tot [...]*, British Open, US Golf Association en US PGA tot [...]*), tennis (Roland Garros⁶⁷ en US Open⁶⁸ tot [...]*, Australian Open, tot [...]*), basketbal (NCAA, NBA en ULEB Euroleague tot [...]*, diverse FIBA tot [...]*) Motonautic (UIM F1 powerbootraces tot [...]*), volleybal (Lega pallavolo serie A voor vrouwen voor [...]*), rugby (Lega Italiana voor [...]*, Trinitation 2002 [...]*), boksen (Tyson tegen Lewis tot [...]*⁶⁹), American football (NFL-seizoenen tot [...]*), autoraces (Le Mans 2002, 24 uur van Spa tot [...]*) etc.
165. *Stream* heeft de exclusieve rechten voor de volgende evenementen: diverse sporten volgens een met Espn Inc. gesloten contract tot [...]*, golf (PGA Tour [...]* PGA Europese Tour 2002/2003 tot februari 2004) en tennis (Tennis Masters Series, WTA Rome en Wimbledon tot [...]*).

⁶⁵ Zoals hierboven reeds is uiteengezet, verkopen voetbalclubs – met name de middelgrote en kleine clubs – hun rechten liever niet aan vrij toegankelijke televisiestations, omdat betaaltelevisieplatforms de mogelijkheid hebben om verschillende wedstrijden tegelijkertijd uit te zenden en om te voorkomen dat het stadionbezoek afneemt. Vrij toegankelijke televisiestations concurreren alleen met betrekking tot het verwerven van rechten voor de UEFA-Cup, de UEFA Champions League en Coppa Italia.

⁶⁶ Alleen de rechten op rechtstreekse uitzendingen.

⁶⁷ Met betrekking tot Eurosport gaat het niet om de exclusieve rechten voor Roland Garros mits Eurosport wedstrijden na de kwartfinale in een andere taal dan het Italiaans uitzendt.

⁶⁸ Met betrekking tot Eurosport gaat het niet om de exclusieve rechten voor de US Open mits Eurosport wedstrijden na de kwartfinale in een andere taal dan het Italiaans uitzendt.

⁶⁹ Alleen de rechten op rechtstreekse uitzendingen.

166. Indien sport in het algemeen, met uitzondering van nationale voetbalwedstrijden, zou worden beschouwd als een afzonderlijke markt, zou de transactie er zeker toe leiden dat bij het verwerven van exclusieve rechten voor sportevenementen een machtspositie zou ontstaan. Indien individuele sporten zouden worden beschouwd als afzonderlijke markten, zou de transactie leiden tot versterking van een machtspositie op het gebied van golf en tennis. Volgens de aanmeldende partij is het marktaandeel van *Stream* voor de uitzendrechten van andere sportevenementen dan nationale voetbalwedstrijden momenteel [35-45]*% en dat van *Telepiù* [30-40]*%. Andere omroeporganisaties die bij het verwerven van die rechten als concurrenten van *Stream* en *Telepiù* kunnen worden beschouwd beschikken over een marktaandeel van [20-30]*%.
167. In dit verband zijn de volgende grote sportevenementen in 2001 op een exclusieve basis uitgezonden via vrij toegankelijke televisie: wielrennen (Giro d'Italia en andere internationale wedstrijden), atletiek (de belangrijkste internationale wedstrijden), boksen (Italiaanse en Europese titelwedstrijden), rugby (wedstrijden gespeeld door het Italiaanse nationale team en het zeslandentoernooi), motorraces (het gehele wereldkampioenschap motorraces), zeilen (Louis Vuitton-cup, Amerika-cup), de Olympische zomer- en winterspelen.
168. De voorgenomen transactie zal de koopkracht van de nieuwe eenheid vergroten en de positie van die eenheid in vergelijking met de situatie voorafgaand aan de fusie versterken. Potentiële televisieconcurrenten zullen niet de mogelijkheid hebben om de exclusieve rechten te verwerven voor de meeste belangrijke sportevenementen die plaatsvinden in [...]*. Doorslaggevend is dat de quasi-monopsonist - als gevolg van zijn grotere onderhandelingskracht - de contractuele betrekkingen met aanbieders van inhoud zal kunnen “afstemmen” op zijn behoefte en doelstelling om de toetreding van nieuwkomers tot de markt te verhinderen, bijvoorbeeld door het afdwingen van een lange looptijd of door het verwerven van exclusieve rechten of beschermingsrechten voor andere dan DTH-transmissiewijzen.

3.1.(e) Televisiekanalen

169. In tegenstelling tot aantrekkelijke films en voetbalevenementen wordt een groot aantal kanalen niet op een exclusieve basis verworven. Met andere woorden, betaaltelevisieconcurrenten kunnen hetzelfde kanaal verwerven en uitzenden.
170. *Stream* heeft exclusieve rechten voor de volgende kanalen: Duel TV, Comedy Life, National Geographic, MT Channel, Roma Channel, Fox Kids, CFN-CNBC en Music Choice. Daarnaast beschikt *Stream* over acht eigen productiekanalen voor films, reizen, nieuws, taal, reality-programma's, muziek en sport.
171. *Telepiù* heeft exclusieve rechten voor Marco Polo, Disney Channel, Canal Jimmy, Raisat Ragazzi, Raisat show, Raisat fiction, Raisat Gambero Rosso, Raisat Art, Raisat Cinema, Happy Channel, Raisat Album, Planete, Cinecinema I en II, Cineclassics, INN, Bloomberg, ESPN Classic Sport, Eurosport News, TV5, Multimusica, Matchmusic, Rock TV, Classica, Milan Channel en Inter Channel. Ook *Telepiù* heeft een aantal eigen productiekanalen voor films (aantrekkelijke kanalen en PPV) en sport (PPV).
172. De meeste kanalen die op een exclusieve basis worden verworven (met uitzondering van aantrekkelijke sport/filmkanalen die gewoonlijk door de partijen worden geproduceerd), worden gekenmerkt door een programmering op basis van een niet-

exclusieve inhoud. Met uitzondering van aantrekkelijke kanalen is het bijgevolg voor potentiële concurrenten mogelijk om kanalen te verwerven en te produceren.

173. De bezorgdheid ten aanzien van de mededinging vloeit in het geval van televisiekanalen voort uit het feit dat de fusie bij het verwerven van kanalen zal leiden tot een monopsonistische situatie (100%) in Italië, tenzij er een andere concurrent toetreedt tot de markt (en dat zal niet gebeuren indien de toegang tot aantrekkelijke inhoud niet kan worden gegarandeerd). Vanwege het ontbreken van alternatieve platforms als tegenwicht tegen de gecombineerde eenheid zal de onderhandelingspositie van met name de kleinere onafhankelijke aanbieders van kanalen na de fusie dus worden verzwakt. Dit kan op indirecte wijze het welbevinden van de consument schaden, indien de gefuseerde eenheid mocht besluiten om te stoppen met het aankopen van rechten voor televisiekanalen of om op een dusdanige wijze gebruik te maken van zijn monopsonistische macht dat sommige aanbieders van televisiekanalen de markt vanwege onhoudbare economische omstandigheden verlaten. Indien die situatie zich voordoet, wordt de consument geconfronteerd met een buitengewoon gereduceerde productvariëteit en keuzevrijheid. Deze nadelige gevolgen voor de consument kunnen alleen worden ondervangen door voorwaarden te creëren die het mogelijk maken om deze kanalen (vrij toegankelijk of tegen betaling) via DTH uit te zenden, ook zonder dat deze zijn verworven door het gefuseerde platform.

3.2 Conclusie inzake de horizontale effecten op de betrokken upstream-markten (verwerving van inhoud)

174. In haar reactie op de mededeling van punten van bezwaar heeft *Newscorp* met betrekking tot het verwerven van rechten op inhoud in het algemeen betoogd dat “er geen monopsonie is: er is sprake van concurrentie tussen exploitanten van betaaltelevisie en vrij toegankelijke televisie bij het verwerven van rechten en naar verwachting zal de concurrentie van andere exploitanten van betaaltelevisie toenemen”. Volgens *Newscorp* is de markt voor inhoud een “biedmarkt”.
175. De Commissie is het hier niet mee eens. Hoewel de aankoop van programma-inhoud in het algemeen tot op zekere hoogte kan worden beschouwd als een biedmarkt, vanwege de eigen aard en kenmerken van de te onderscheiden submarkten, is het “bieden” in werkelijkheid toegankelijk voor een beperkt aantal exploitanten met bepaalde kenmerken.
176. Wat betreft het verwerven van het eerste (en tenminste in theorie het tweede) window voor rechten op aantrekkelijke speelfilms, is het “bieden” beperkt tot exploitanten van betaaltelevisie vanwege het bedrijfsmodel van de Studio’s⁷⁰, dat wil zeggen, de onderverdeling in windows. In werkelijkheid wordt het exploitanten van vrij toegankelijke televisie onmogelijk gemaakt om die rechten in concurrentie met exploitanten van betaaltelevisie aan te kopen.

⁷⁰ In dit document wordt met het woord “Studio’s” zowel de Hollywood Majors als de Italiaanse filmproducenten bedoeld.

177. Een vergelijkbare situatie van “beperkt bieden” doet zich in feite voor met betrekking tot het verwerven van de meeste rechten voor voetbalevenementen die regelmatig plaatsvinden (ieder jaar) en waaraan nationale teams deelnemen, namelijk de kampioenschappen van serie A en serie B. Zoals reeds is aangegeven, kwam uit het marktonderzoek duidelijk naar voren dat eigenaren van rechten (voetbalclubs) de rechten liever verkopen aan exploitanten van betaaltelevisie dan aan de vrij toegankelijke televisie, teneinde negatieve gevolgen voor het stadionbezoek te voorkomen (de andere hoofdbron van inkomsten). Het lijkt er wederom op dat de exploitanten van vrij toegankelijke televisie bij het verwerven van die rechten in feite niet echt met de exploitanten van betaaltelevisie concurreren.
178. Tot slot lijken de biedomstandigheden met betrekking tot de rechten voor andere sportevenementen (bijvoorbeeld tennis en golf) meer open te zijn, hoewel de twee huidige exploitanten van betaaltelevisie bij het verwerven van de exclusieve rechten voor deze sportevenementen in feite reeds over een machtspositie (en het gecombineerde platform zal) beschikken. Dit illustreert nog eens dat de meeste exclusieve rechten – ongeacht waarvoor – aangekocht worden door exploitanten van betaaltelevisie, zelfs als de eigenaren van de rechten ingevolge hun bedrijfsmodel geen enkele reden hebben om de voorkeur te geven aan betaaltelevisie in plaats van aan vrij toegankelijke televisie. Daarmee wordt ook de bewijswaarde ondermijnd van de argumenten die de bij de fusie betrokken partijen hebben aangevoerd met betrekking tot de toekomstige marktsituatie en het potentiële gedrag van de gefuseerde eenheid en haar potentiële concurrenten.

4. ALGEMENE CONCLUSIES INZAKE DE HORIZONTALE EN VERTICALE EFFECTEN VAN DE CONCENTRATIE OP DE BETROKKEN MARKTEN

179. Op basis van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat:

4.1 Newscorp zal het alleenrecht hebben als aanbieder van betaaltelevisie in Italië

180. *Stream* en *Telepiù* zijn momenteel de enige aanbieders van betaaltelevisie in Italië. Hoewel e.Biscom, DTT-omroeporganisaties en DTH-kanalen of een alternatief DTH-platform in de toekomst mogelijk concurrentiedruk kunnen uitoefenen, is er onvoldoende garantie dat potentiële concurrenten toegang zullen hebben tot aantrekkelijke inhoud (met name aantrekkelijke films van de Hollywood Majors en voetbalwedstrijden van nationale teams). Deze specifieke inhoud is essentieel voor het overleven van een exploitant van betaaltelevisie en zal niet beschikbaar zijn op de markt.

4.2 Newscorp zal toegang hebben tot de meest aantrekkelijke en meest uitgebreide inhoud

181. Toegang tot aantrekkelijke inhoud, hoofdzakelijk recente films en voetbalevenementen maar ook andere sportevenementen, is essentieel voor het succesvol functioneren van betaaltelevisie. Deze inhoud spoort potentiële consumenten aan om een abonnement te nemen. De toegang tot tweede window-films en niet rechtstreeks uitgezonden sportevenementen is ook belangrijk voor potentiële concurrenten die geïnteresseerd zijn in de oprichting van een alternatief platform.

182. Zoals hierboven reeds is aangeduid, heeft het onderzoek van de Commissie aangetoond dat het gecombineerde platform toegang zal hebben tot een in Italië ongeëvenaard programma-aanbod. Indien MGM en TC Fox gebruikmaken van het eenzijdige verlengingsrecht, zal een deel van de essentiële inhoud - namelijk films van de Majors, een inhoud "die voor betaaltelevisie een drijvende kracht is" - bovendien niet op redelijke termijn op de markt beschikbaar zijn (tot eind [...]*).

4.3 Geen enkele andere onderneming zal beschikken over de inhoud die essentieel is om een alternatieve betaaltelevisiezender in het leven te roepen

183. Toegang tot rechten is voor betaaltelevisie zelfs nog belangrijker dan voor vrij toegankelijke televisie. Om het voor de consument aantrekkelijk te maken om zich te abonneren, of om bepaalde producties op een pay-per-view-basis af te nemen, is een bepaald specifiek type inhoud van doorslaggevende betekenis. Om aantrekkelijk genoeg te zijn moet een betaaltelevisiepakket bestaan uit een combinatie van rechten op aantrekkelijke films via het eerste window, of tenminste het tweede window, en rechten op populaire sportevenementen. Dit is met name het geval in Italië, waar - zoals aangegeven door *Newscorp* - ieder huishouden met een televisie een groot aantal vrij toegankelijke kanalen kan ontvangen.

4.3.1 Uitsluitingseffecten

184. Er is slechts een beperkt aanbod van aantrekkelijke programma's (recente films en voetbalrechten). Bovendien is het een algemene regel dat de uitzendrechten voor aantrekkelijke inhoud (met name aantrekkelijke films van de Hollywood Majors) worden verleend op basis van exclusieve langetermijncontracten. Gedurende de looptijd van de bestaande contracten heeft geen enkele andere aanbieder toegang tot het programma-aanbod van het gecombineerde platform. Daarnaast zijn voetbalrechten uitermate duur en de aankoop van die rechten brengt een groot financieel risico met zich mee. Potentiële concurrenten zullen derhalve niet een succesvol alternatief betaaltelevisieplatform kunnen oprichten. Met betrekking tot andere transmissiewijzen beschikt de enige bestaande kabelexploitant (e.Biscom) over de capaciteit om een zeer beperkt aantal huishoudens te bereiken en potentiële DTT-concurrenten zullen alleen op middellange termijn operationeel zijn.

185. Ook is het niet waarschijnlijk dat de situatie zal veranderen zodra de huidige contracten met betrekking tot de rechten van betaaltelevisie zijn verlopen. In theorie kunnen betaaltelevisiediensten in Italië in potentie worden aangeboden door alternatieve DTH-exploitanten, kabelexploitanten zoals e.Biscom en DTT-exploitanten. Zoals hierboven is aangegeven, zullen de met de Hollywood Majors gesloten outputdeals eind [...]* expireren (indien MGM en TC Fox gebruikmaken van hun recht op verlenging). Hoewel de contracten met de aanbieders van sportrechten op een eerder tijdstip expireren, moeten potentiële concurrenten het aanbod van het gecombineerde platform met betrekking tot deze rechten evenaren. Op dit moment lijken de kansen voor potentiële concurrenten om een aantrekkelijk betaaltelevisiepakket te kunnen aanbieden, erg gering te zijn.

186. Met het oog op zijn marktpositie zal het gecombineerde platform tegen die tijd goed gevestigd zijn. De concurrenten zullen slechts geringe mogelijkheden hebben om een behoorlijke hoeveelheid aantrekkelijke uitzendrechten voor betaaltelevisie te bemachtigen. Om uitzendrechten te kunnen bemachtigen is het erg belangrijk om toegang te hebben tot kijkers, in de vorm van een vaste abonneebasis. De prijzen van de rechten voor betaaltelevisie worden gewoonlijk vastgesteld in samenhang met het aantal abonnees, met inachtneming van een bepaald minimum. Dit is zeker het geval bij de outputdeals met de Hollywood Majors. Aangezien naar verwachting de abonneebasis van het gecombineerde platform in de komende jaren het grootst zal zijn, betekent dit dat de verkoop van rechten aan *Newscorp* een veel hogere prijs oplevert dan de verkoop aan een nieuwkomer. Voor een nieuwkomer zou het sluiten van outputdeals - in ieder geval voor eerste window-films - bovendien een aanzienlijk financieel risico met zich meebrengen. Zonder het gegarandeerde aantal te kunnen behalen zou de nieuwkomer een minimum abonneebasis moeten garanderen die gelijk is aan de minimum abonneebasis die *Newscorp* garandeert. Vergeleken met potentiële nieuwkomers heeft *Newscorp* een concurrentievoordeel bij de onderhandelingen over contracten voor een aantrekkelijke inhoud, ook al zouden deze potentiële concurrenten beschikken over de financiële middelen om rechten aan te kopen van een of twee Majors.
187. De Commissie heeft derhalve geconcludeerd dat de contracten, waardoor de gefuseerde eenheid beschikt over exclusieve rechten van de Studio's, een potentiële toetreding tot de markt zullen verhinderen.
188. Zoals hierboven is uiteengezet, kunnen rechten voor aantrekkelijke speelfilms ten behoeve van betaaltelevisie bovendien worden aangekocht in verschillende formules (zogenaamde windows), afhankelijk van het tijdstip van de toegestane vertoning. Hoe dichter dat tijdstip is gelegen bij het tijdstip van een bioscoopvertoning, des te waardevoller is het window en dus de aantrekkelijke inhoud. De rechten voor het tweede window worden gewoonlijk gewaardeerd op een fractie van de betaaltelevisierechten voor het eerste window. Vanwege het prijsverschil en het verschillende moment van uitzenden kan redelijkerwijs worden gesteld dat eerste en tweede window-rechten op aantrekkelijke speelfilms in feite verschillende producten zijn.
189. Als gevolg van de outputdeals met de Studio's beschikt *Telepiú* over een aantal exclusieve rechten voor eerste window-speelfilms. Op basis van dezelfde outputdeals met de meeste Majors beschikt *Telepiú* ook over beschermingsrechten (bijvoorbeeld holdback-rechten) voor tweede window-rechten, zodat daadwerkelijk wordt voorkomen dat het product "tweede window-speelfilms" ooit op de markt komt door een soort "black-out"-periode te creëren.
190. Deze "beschermingsrechten" of black-outrechten zijn niet alleen bedoeld om (a) te verhinderen dat potentiële nieuwkomers op de markt toegang hebben tot een goedkopere aantrekkelijke inhoud, maar hebben ook tot gevolg dat (b) de consument het recht wordt ontnomen om te kiezen op welk moment en tegen welke prijs hij naar betaaltelevisieproducten wil kijken.

191. Indien - met betrekking tot marktuitsluiting - bij de onderhandelingen met de Studio's (met name de Majors) tweede window-rechten beschikbaar zouden zijn, zou een potentiële nieuwe exploitant van betaaltelevisie de mogelijkheid hebben om tegen een lagere financiële investering en minder risico's tot de markt en toe te treden enige tijd na de gefuseerde eenheid een goedkopere aantrekkelijke inhoud kunnen aanbieden. Uit voorbeelden van andere nationale markten in de Gemeenschap blijkt dat er op de betaaltelevisiemarkt concurrentie kan ontstaan afkomstig van (in ieder geval in het begin) kleinere en minder prestigieuze exploitanten⁷¹. Het uitsluitingseffect van de beschermingsrechten, waarover een actieve (bijna-monopolistische/monopsonistische) exploitant van betaaltelevisie ten opzichte van potentiële nieuwkomers op de markt beschikt, is onbetwistbaar. Uitsluiting van de markt is namelijk de wezenlijke doelstelling van dergelijke beschermingsrechten.
192. Met betrekking tot het door de uitoefening van dergelijke beschermingsrechten beperken van de keuze van de consument, ontnemt een betaaltelevisie-exploitant de consument zijn fundamentele recht op het maken van een keuze. Er zijn grote verschillen op alle markten en met betrekking tot alle producten ten aanzien van de voorkeur van de consument, de prijsgevoeligheid en de behoeften. Indien er nimmer toegang zou zijn tot tweede window-speelfilms, zou de consument die toegang wil hebben tot betaaltelevisieproducten gedwongen zijn gebruik te maken van een scenario met "een op alle omstandigheden toepasselijke formule" op het tijdstip (eerste window) en tegen de prijs die is vastgesteld door de exploitant van betaaltelevisie.
193. Daarentegen heeft de consument bij het ontbreken van beschermingsrechten, die de markt daadwerkelijk onthouden van tweede window-speelfilms, de mogelijkheid om te kiezen tussen "eersteklas" exploitanten van betaaltelevisie, die aantrekkelijke speelfilms aanbieden op een tijdstip dat dichterbij ligt bij het tijdstip van een bioscoopvertoning en tegen een hogere (abonnements)-prijs, en "tweedeklas" exploitanten, die dezelfde inhoud aanbieden tegen een lagere prijs maar wel op een tijdstip dat verder is verwijderd van het tijdstip van een bioscoopvertoning. In dit scenario berust het recht om te opteren voor de geprefereerde vorm van gebruik van betaaltelevisiediensten geheel bij de consument.
194. Mocht de nieuwe eenheid beslissen om zelf tweede window-rechten te kopen voor uitzending op het gecombineerde platform, in plaats van de toegang tot die rechten eenvoudigweg te blokkeren voor potentiële concurrenten, dan zouden die rechten nog steeds niet beschikbaar zijn voor potentiële nieuwkomers op de markt. Dit zou echter het gevolg zijn van commerciële transacties tussen het gecombineerde platform en een of meer Studio's, en niet van de black-outbepalingen. In ieder geval zou de tweede window-inhoud uiteindelijk de markt bereiken, zij het via het aanbod van de bijna-monopolist.
195. Derhalve wordt geconcludeerd dat beschermingsrechten of black-outrechten tot doel en gevolg hebben dat een potentiële toetreding tot de markt wordt uitgesloten. Hierdoor wordt schade berokkend aan de consument, omdat wordt verhinderd dat zowel potentiële concurrenten als potentiële consumenten van betaaltelevisie toegang hebben tot aantrekkelijke inhoud.

⁷¹ Tweede window-rechten worden in Frankrijk geëxploiteerd door TPS, die een belangrijke concurrent van Canal+ is geworden, en in België, door Cinenova.

196. Tot slot moet een potentiële concurrent - in het geval van voetbalevenementen die regelmatig plaatsvinden en waaraan nationale teams deelnemen - om die rechten te kunnen verwerven, ook een bod doen dat passend is in vergelijking met dat van het gecombineerde platform. Vergeleken met andere rechten is het belang van de prijs van deze rechten ten opzichte van de totale kosten uitermate groot. Voor een nieuwkomer op de markt is het financiële risico bij het sluiten van contracten met voetbalclubs veel groter dan voor het gecombineerde platform.
197. Zonder corrigerende maatregelen is het derhalve onwaarschijnlijk dat e.Biscom of een andere potentiële concurrent (op het gebied van DTH of van DTT) een volledig ontwikkeld alternatief programmaplatform met een gelijkwaardig bereik zal kunnen oprichten, en wel om de volgende redenen:
- (a) ze beschikken niet over de exclusieve rechten op aantrekkelijke inhoud,
 - (b) de meeste rechten (met name rechten voor de speelfilms van de Hollywood Majors) zullen een aantal jaren niet beschikbaar zijn op de markt,
 - (c) veel voetbalrechten en sportrechten voor belangrijke evenementen zullen de komende jaren niet beschikbaar zijn,
 - (d) het financiële risico dat een nieuwkomer op de markt loopt wanneer hij de exclusieve rechten voor voetbalevenementen koopt, is een extra drempel voor toetreding tot de markt.

4.4 Newscorp zal de "bewaker" zijn van een instrument (Videoguard CAS) dat de toetreding faciliteert ten behoeve van alternatieve DTH-betaalexploitanten en van een infrastructuur (het platform) dat de voorwaarden voor uitzending via betaal- en vrij toegankelijke satelliettelevisiekanalen kan verlichten

198. In beginsel hebben de exploitanten van DTH-betaaltelevisie de keuze tussen het opbouwen van hun eigen infrastructuur of het aanbieden van hun programma's via toegang tot een bestaand platform. Onder de huidige omstandigheden lijkt het opzetten van een nieuwe infrastructuur echter in het gunstigste geval een theoretisch alternatief, dat zeer zeker niet ter beschikking staat van exploitanten die zonder een toereikend programma-aanbod geen aantrekkelijk pakket kunnen aanbieden. Een buitenstaander zal doorgaans in staat zijn om gemakkelijker toegang te krijgen tot een bestaand platform, indien hij de keuze heeft tussen verschillende elkaar beconcurrerende platforms. Voorafgaand aan de voorgenomen transactie was het in Italië mogelijk om een dergelijke keuze te maken. Bij het ontbreken van een alternatief platform in Italië zullen potentiële DTH-concurrenten op de Italiaanse markt of vrij toegankelijke kanalen die hun eigen kanalen willen aanbieden aan abonnees van het gecombineerde platform, in de toekomst echter afhankelijk zijn van de toegang tot het platform van *Newscorp*.

199. Dit betekent dat iedere exploitant van DTH-betaaltelevisie die geen alternatieve infrastructuur kan opzetten en ieder vrij toegankelijk kanaal dat uitzendt via digitale satelliet en de abonnees van het gecombineerde platform wil bereiken, verplicht is om zijn kanalen via het platform van *NewsCorp* uit te zenden. Bij het ontbreken van corrigerende maatregelen verkrijgt *NewsCorp* dus een grote mate van zeggenschap over de activiteiten van deze concurrenten en kan *NewsCorp* tot op zekere hoogte de voorwaarden bepalen op grond waarvan andere exploitanten van DTH-betaaltelevisie met *NewsCorp* kunnen concurreren of de voorwaarden waaronder zijn abonnees toegang hebben tot vrij toegankelijke digitale satellietkanalen.
200. *NewsCorp* zal de toegang tot haar platform kunnen weigeren of onredelijke of discriminerende voorwaarden kunnen opleggen.
201. Bovendien heeft ieder alternatief betaaltelevisieplatform dat wil toetreden tot de Italiaanse markt een CAS nodig om gecodeerde programma's te kunnen uitzenden. Zoals hierboven is aangegeven, is *NewsCorp* de eigenaar van de NDS-CAS (Videoguard). Hoewel de hierover bestaande bezorgdheid ten dele wordt weggenomen en verzacht door de in Richtlijn 95/47/EG⁷² en Richtlijn 2002/19/EG⁷³ opgenomen toegangsregels, zijn derden van mening dat de toegang tot de technologie van NDS kan worden belemmerd tenzij *NewsCorp* zich verplicht om die regels na te leven en er een passende en effectieve wijze van conflictbeslechting komt. Indien dat niet gebeurt, zullen er langdurige conflicten over prijzen ontstaan, waardoor tegelijkertijd de mogelijkheid tot concurreren wordt ondermijnd. Daarnaast kan het gebruik van een andere CAS door een nieuwkomer naar alle waarschijnlijkheid een extra hindernis zijn voor toetreding tot de markt - ondanks de simulcrypt-verplichtingen die de Italiaanse wet bij de omzetting van Richtlijn 95/47/EG heeft ingesteld - omdat voor de effectieve toepassing van die simulcrypt-verplichtingen in het verleden zo'n twee jaar nodig was en die effectieve toepassing uitermate duur kan zijn.
202. Bij het ontbreken van corrigerende maatregelen zal het gefuseerde platform de kosten van concurrenten dus kunnen verhogen, doordat het gefuseerde platform de zeggenschap heeft over de toegang van derden tot de DTH-diensten van het platform en tot de CAS.
203. Voor een nieuwe DTH-omroeporganisatie, die geen alternatieve infrastructuur kan opzetten, is de mogelijkheid om operationeel te worden derhalve afhankelijk van de goede wil van *NewsCorp* om geen barrières op te werpen bij het verlenen van toegang tot de diensten van haar platform. Om daadwerkelijk te kunnen concurreren met *NewsCorp* is een nieuwe DTH-omroeporganisatie bovendien van *NewsCorp* afhankelijk voor het verlenen van een licentie voor haar NDS-CAS of het tijdig voldoen aan haar simulcrypt-verplichtingen onder doorzichtige en niet-discriminerende voorwaarden.

4.5 Duur van de machtspositie

⁷² Richtlijn 95/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 inzake het gebruik van normen voor het uitzenden van televisiesignalen. Publicatieblad L 281 van 23.11.1995, blz. 51.

⁷³ Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en de bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn). Publicatieblad L 108 van 24.04.2002, blz. 7.

204. Uit al het bewijs blijkt dat het hoogst onwaarschijnlijk is dat een alternatieve concurrent ongeacht de transmissiewijze in de nabije toekomst daadwerkelijk met de partijen zal kunnen concurreren. De enig potentiële concurrent die momenteel in het kabelsegment op de markt is, e.Biscom, heeft in de nabije toekomst slechts de capaciteit om 1 miljoen huishoudens te bereiken (5% van de Italiaanse huishoudens), terwijl de satelliet de capaciteit heeft om praktisch alle Italiaanse huishoudens te bereiken. Anderzijds zal DTT in Italië, overeenkomstig de overheidsplannen, naar verwachting pas begin 2007 operationeel worden. Het onderzoek van de Commissie heeft echter duidelijk gemaakt dat dit waarschijnlijk niet het geval zal zijn en dat rekening moet worden gehouden met een langer tijdspad. Tot slot zal geen enkel alternatief DTH-platform kunnen toetreden tot de markt indien de toegang tot inhoud en technische faciliteiten niet wordt gegarandeerd. Dienovereenkomstig kan de Commissie op redelijke en overtuigende gronden concluderen dat *Newscorp* als gevolg van de transactie voor een aanzienlijke tijd in de nabije toekomst de enige exploitant van betaaltelevisie in Italië zal blijven, hetgeen zeer waarschijnlijk een substantieel effectieve concurrentie in de weg zal staan.

V TOEPASSING VAN HET CONCEPT “REDDINGSFUSIE”

205. Tot op heden heeft de Commissie slechts tweemaal een concentratiebeschikking gegeven op basis van het concept “reddingsfusie” (beter bekend als “failing company defence”), en wel in de zaak *Kali und Salz/MKD/Treuhand*⁷⁴ (hierna “*Kali und Salz*”) en in de beschikking *BASF/ Eurodiol/ Pantochim*⁷⁵. In *Kali und Salz* waren de door de Commissie vastgestelde voorwaarden voor de toepassing van het begrip “reddingsfusie” zijn: (a) de overgenomen onderneming zal zonder die overname door een andere onderneming op korte termijn de markt verlaten; (b) er bestaat geen andere overnameoplossing waardoor de mededinging in mindere mate wordt aangetast, (c) de overnemende onderneming zal het marktaandeel van de overgenomen onderneming verwerven, wanneer deze laatste de markt verlaat.

206. In zijn arrest in de zaak *Kali und Salz*⁷⁶ (31 maart 1998) was het Hof van Justitie de mening toegedaan dat een concentratie kan worden beschouwd als een reddingsfusie indien de verslechtering van de mededingingsstructuur na de concentratie zich op dezelfde wijze zou voordoen zonder die concentratie. Volgens het Hof van Justitie⁷⁷ “*is dit criterium (de overnemende onderneming verwerft het marktaandeel van de overgenomen onderneming) eigenlijk ingevoerd om te waarborgen, dat het bestaan van een oorzakelijk verband tussen de concentratie en de verslechtering van de mededingingsstructuur van de markt enkel kan worden uitgesloten ingeval de*

⁷⁴ Beschikking van de Commissie van 14 december 1993 inzake een procedure op grond van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad (zaak IV/M.308 - Kali + Salz/MdK/Treuhand), Publicatieblad L 186 van 21.7.1994, blz. 0038 - 0056.

⁷⁵ Zaak nr. COMP M. 2314, BASF/Eurodiol/Pantochim, beschikking van 11.7.2001, PB L 132 van 17.2.2002, blz. 45, eveneens gepubliceerd op de website van de Commissie: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

⁷⁶ Gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, Frankrijk/Commissie.

⁷⁷ Punt 115 en volgende van de uitspraak in de samengevoegde zaken C-68/94 en C-30/95.

verslechtering van de mededingingsstructuur na de concentratie zich op dezelfde wijze zou voordoen zonder die concentratie. Hieruit volgt, dat het criterium van de opslorping van de marktaandeelen, ook al is de Commissie zelf van mening dat het niet volstaat om uit te sluiten dat de concentratie nadelig is voor de mededinging, bijdraagt tot het verzekeren van de neutraliteit van de concentratie ten opzichte van de verslechtering van de mededingingsstructuur van de markt, hetgeen in overeenstemming is met het in artikel 2, lid 2, van de verordening besloten liggende begrip oorzakelijk verband".

207. In haar beschikking in de zaak *BASF/ Eurodiol/ Pantochim* gaf de Commissie aan dat de door het Hof van Justitie gehanteerde benadering ruimer is dan de criteria die in de beschikking van de Commissie in de zaak *Kali und Salz* werden uiteengezet. Volgens het Hof van Justitie kan het bestaan van een oorzakelijk verband tussen de concentratie en de verslechtering van de mededingingsstructuur van de markt worden uitgesloten en kan dus een concentratie alleen worden beschouwd als een reddingsfusie indien de verslechtering van de mededingingsstructuur na de concentratie zich op dezelfde wijze zou voordoen zonder die concentratie, dit wil zeggen, zelfs indien men de concentratie had verboden. Ingevolge de beschikking in de zaak *BASF/ Eurodiol/ Pantochim* vereist het concept van de "reddingsfusie" algemeen gesproken dat de over te nemen ondernemingen als "failliete bedrijven" kunnen worden beschouwd en dat de concentratie niet de oorzaak is van de verslechtering van de mededingingsstructuur. Voor de toepassing van de reddingsfusie moeten dus twee voorwaarden zijn vervuld:

(a) de overgenomen onderneming zou zonder de overname door een andere onderneming op korte termijn van de markt verdwijnen, en

(b) er is geen andere overnameoplossing waardoor de mededinging minder wordt aangetast.

208. Door deze twee criteria wordt de mogelijkheid van een overname door derden van de activa van de betrokken ondernemingen in geval van hun faillissement echter niet volledig uitgesloten. Indien deze activa zouden worden overgenomen door concurrenten in de loop van de faillissementsprocedure, zou dit dezelfde economische gevolgen hebben als wanneer de failliete bedrijven zelf worden overgenomen door een andere koper. De Commissie heeft in die specifieke zaak dus besloten dat naast de eerste twee ook moet worden vastgesteld dat:

(c) de over te nemen activa zonder de concentratie onvermijdelijk van de markt zouden verdwijnen.

209. Hoe dan ook vereist de toepassing van het concept "reddingsfusie" dat de verslechtering van de mededingingsstructuur door de concentratie op zijn minst niet erger is dan zonder die concentratie.

210. In haar antwoord op de op de mededeling van punten van bezwaar voerde *Newscorp* aan dat in de onderhavige zaak wordt voldaan aan de voorwaarden van een "failing company defence", namelijk dat *Telepiù* zich zonder de concentratie in een positie zou bevinden die kan worden vergeleken met die van het gecombineerde platform na de fusie en dat de activa van *Stream* hoe dan ook onvermijdelijk van de markt zouden verdwijnen.

211. Alvorens deze bewering te onderzoeken moet worden vermeld dat *Newscorp* betoogt dat *Stream* - waarover *Newscorp* en Telecom Italia momenteel gezamenlijk de zeggenschap hebben - de "failliete onderneming" is die zonder de fusie van de markt zou

verdwijnen. De in het geding zijnde transactie is in feite een combinatie van een wijziging van gezamenlijke zeggenschap naar exclusieve zeggenschap over *Stream* door *Newscorp*, een van de moedermaatschappijen van *Stream*, en de fusie van *Stream* met een andere onderneming (*Telepiù*). Aangezien *Stream* een afzonderlijke "divisie" is van één "onderneming", *Newscorp*, roept deze fusie de vraag op of de "failing company defence" van toepassing is wanneer de overnemende onderneming financieel gezond is, maar een van haar failliete divisies een concentratie aangaat met een andere eenheid.

212. Zoals de Commissie heeft aangegeven in haar beschikking in de zaak-*Rewe/Meinl*⁷⁸, een zaak waar sprake is van een "failing-division defence" en niet van een "failing-company defence", berust bij de ondernemingen die zich daarop beroepen de bewijslast voor het ontbreken van een causaal verband tussen de concentratie en het ontstaan of versterken van een machtspositie. Anders zou elke concentratie waarbij het om een zogenaamd onrendabel bedrijfsonderdeel gaat, bij de juridische beoordeling van de concentratie kunnen worden gerechtvaardigd door de bewering, dat zonder die concentratie de bedrijfswerkzaamheden op dit gebied zullen worden gestaakt. De zaak-*Rewe/Meinl* had betrekking op een bedrijfsonderdeel van de *Meinl*-groep dat werd overgenomen door *Rewe*. Het belang om het ontbreken van een causaal verband te bewijzen, is zelfs nog groter in het geval van een vermeende "failliete divisie", die feitelijk de overnemende onderneming is. Tot slot kan redelijkerwijs worden aangevoerd dat het mogelijk is dat de aankopende groep strategische redenen heeft om zijn failliete divisie in leven te houden, zelfs indien de concentratie zou worden verboden.

a) *De failliete onderneming zou gedwongen zijn van de markt te verdwijnen indien deze niet wordt overgenomen door een andere onderneming*

213. *Newscorp* voert aan dat *Stream* momenteel een "failliete onderneming" is, die zonder de fusie van de markt zal verdwijnen omdat de economische en bedrijfsmatige logica voorschrijft dat het aandeelhoudersbesluit over het faillissement van *Stream* is gebaseerd op een vergelijking van de (negatieve) netto contante waarde (net present value, "NPV") van de toekomstige kasstromen (vóór schuldaflossing) ingeval het bedrijf doorgaat, met de (mogelijk negatieve) NPV in geval van faillissement. Indien de NPV die met het faillissement is verbonden groter is dan de NPV als het bedrijf "doorgaat", is het rationeel om te kiezen voor een faillissement, omdat er geen realistische vooruitzichten zijn dat *Stream* als een zelfstandige eenheid winstgevend kan worden. Volgens *Newscorp* zijn de kosten van bedrijfsbeëindiging waarmee *Newscorp* en met name Telecom Italia thans worden geconfronteerd aanzienlijk lager dan de "kosten om het bedrijf voort te zetten" en heeft *Stream* de markt enkel nog niet verlaten vanwege het vooruitzicht op het sluiten van de thans in het geding zijnde transactie. Diverse derden hebben echter aangevoerd dat het aantal abonnees en de hiermee corresponderende inkomsten aanzienlijk zouden stijgen met een betere bedrijfsleiding en een grotere inspanning om piraterij effectief te bestrijden.

⁷⁸ Beschikking van de Commissie van 3 februari 1999 in een procedure volgens Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad (zaak IV/M.1221 - *Rewe/Meinl*), PB L 274 van 23.10.1999 blz. 1 – 22.

214. In de onderhavige transactie is degene die de exclusieve zeggenschap over de failliete onderneming verwerft één van haar moedermaatschappijen, die ook de exclusieve zeggenschap over een andere onderneming (*Telepiù*) verwerft. Hoewel *Stream* een zelfstandige rechtspersoon is, lijkt er geen twijfel over te bestaan dat een complete onderneming (d.w.z. *Newscorp*) van de markt verdwijnt. *Newscorp* fungeert als een holdingmaatschappij en *Stream* is slechts verantwoordelijk voor een deel van de bedrijfsactiviteiten en dochtermaatschappijen van de *Newscorp*-groep. Het verdwijnen van *Stream* van de Italiaanse markt voor betaaltelevisie zou bijgevolg plaatsvinden in de vorm van een managementbeslissing, waarbij een bedrijfsactiviteit wordt opgegeven die zich niet heeft ontwikkeld volgens de verwachtingen van de directie van de onderneming.
215. Het is ook belangrijk om te vermelden dat de partijen dit argument in een erg laat stadium hebben ingebracht. Ten tijde van de aanmelding is dit argument namelijk niet vermeld. Hiermee worden de twijfels ten aanzien van de bewijswaarde van het argument van de partijen, dat er sinds de aanmelding geen enkele fundamentele verandering heeft plaatsgevonden, verder vergroot.

b) Er is geen andere overnameoplossing waardoor de concurrentie minder wordt aangetast

216. *Newscorp* voert aan dat - bij het ontbreken van wezenlijke synergie - iedere potentiële koper wordt geconfronteerd met een situatie die vergelijkbaar is met die waarin *Newscorp* en Telecom Italia zich bevinden. Aangezien *Newscorp* en Telecom Italia als huidige aandeelhouders over betere informatie omtrent de situatie van het bedrijf beschikken, is het bovendien waarschijnlijk dat een andere koper met grotere onzekerheid ten aanzien van de toekomstige winstgevendheid wordt geconfronteerd. Er is geen realistisch vooruitzicht op een andere overnameoplossing waardoor de concurrentie minder wordt aangetast. Het is immers moeilijk voorstelbaar dat iemand beschikt over een synergie die groot genoeg is om de financiële vooruitzichten van *Stream* als vermeld in de ramingen van JPMorgan⁷⁹, aanmerkelijk te wijzigen. Toen de verkoop aan *Newscorp* in mei-juni 2002 werd afgerond, waren er ook geen andere potentiële kopers die hebben geprobeerd om *Telepiù* van de Vivendi-groep te kopen. In dit verband vermeldt JPMorgan dat er, volgens hen, door andere potentiële kopers geen formeel bod is uitgebracht op *Telepiù* of *Stream*, en dit ondanks het feit dat de transactieonderhandelingen in 2001 en 2002 openbaar waren gemaakt en bekend werd dat *Newscorp* tijdens de langdurige onderhandelingen de prijs naar beneden had weten te krijgen. Ook waren er geen andere potentiële kopers die hebben geprobeerd *Stream* te kopen van *Newscorp* toen de verkoop aan de Vivendi-groep een feit was.

⁷⁹ Document gehecht aan het verweer van *Newscorp*. Deskundigenverslag inzake de financiële levensvatbaarheid van *Stream* SpA. Naar verluidt laten deze documenten zien, dat *Stream* in de nabije toekomst niet financieel levensvatbaar is als zelfstandig bedrijf en dat *Stream*, zonder de verdere financiering van haar twee aandeelhouders, in de eerste helft van 2003 failliet zou gaan.

217. Uit de door de Commissie gevolgde redenering in de beschikking in de zaak *Kali und Salz* blijkt duidelijk dat volgens de Commissie de bewijslast - dat er behalve de overnemende onderneming geen andere potentiële koper is - berust bij de partij die zich daarop beroept. Het argument van *Newscorp* kan geen ontheffing van die bewijslast zijn. Afgezien van enkele pogingen om louter financiële investeerders voor *Stream* te vinden, heeft *Newscorp* niet aangegeven met welke potentiële kopers (behalve de Vivendi-groep voor *Stream* en *Newscorp* voor *Telepiù*) *Newscorp* en de Vivendi-groep hebben onderhandeld om hun respectieve ondernemingen in Italië te verkopen, en ook niet wat de reden was waarom die onderhandelingen zijn mislukt. De enige poging om het meerderheidsbelang in *Stream* te verkopen, is gedaan door Telecom Italia⁸⁰. Noch *Stream* noch de Vivendi-groep hebben actief geprobeerd een andere oplossing te vinden, zodat de concurrentie minder zou worden aangetast, dan de fusie van de twee ondernemingen. Volgens de informatie die de Commissie ter beschikking staat, hebben *Newscorp* en Telecom Italia nimmer een openbaar bod laten uitbrengen op *Stream*.

c) De over te nemen activa zouden zonder de concentratie onvermijdelijk van de markt verdwijnen of de overnemende onderneming zou het marktaandeel van de overgenomen onderneming verwerven

218. Volgens *Newscorp* zouden de over te nemen activa onvermijdelijk van de markt verdwijnen. *Stream* beschikt momenteel over twee belangrijke activa waarvan de toekomstige bestemming grote invloed heeft op de concurrentiesituatie, namelijk het abonneebestand en de rechten op inhoud waarover *Stream* momenteel beschikt. Aangezien er geen ander satellietplatform is en de kabel alleen in een beperkt aantal gebieden beschikbaar is, zullen de DTH-abonnees van *Stream* waarschijnlijk overgaan naar *Telepiù*. Wat betreft de rechten van *Stream* op aantrekkelijke inhoud, voert *Newscorp* aan dat deze waarschijnlijk worden overgenomen door *Telepiù*. Na het faillissement van *Stream* vallen de rechten terug aan de houders van de rechten, die de rechten dan weer kunnen verkopen.

219. Volgens *Newscorp* is het het meest waarschijnlijk dat *Telepiù* deze rechten verkrijgt (bijvoorbeeld vergeleken met e.Biscom of de concurrerende exploitanten van vrij toegankelijke televisie). Desondanks kan redelijkerwijs worden aangevoerd dat in ieder geval een deel van de inhoud (bijvoorbeeld de rechten op de Champions League of op tennis) niet per definitie door *Telepiù* zal worden overgenomen. Zoals hierboven is aangegeven, kunnen omroeporganisaties die vrij toegankelijke televisie en omroeporganisaties die betaaltelevisie uitzenden, althans tot op zekere hoogte concurreren om deze rechten te verwerven, en zouden ze zich bij het uitbrengen van een bod op deze rechten in een betere positie bevinden indien de financiële situatie van *Telepiù* zwakker zou zijn dan die van het gecombineerde platform na de fusie. *Newscorp* heeft geen enkele aanwijzing gegeven over een potentiële overname door *Telepiù* of andere ondernemingen van andere activa van *Stream*, zoals handelsmerken en distributienetwerken.

⁸⁰ Volgens beweringen van Telecom Italia tijdens de op 5 en 6 maart 2003 gehouden hoorzitting heeft Telecom Italia in 2001 mandaat verleend aan een financiële instelling om haar aandeel in *Stream* te verkopen.

220. Aangezien in de onderhavige zaak aan geen van de eerste twee voorwaarden is voldaan, is het echter niet nodig om een definitief standpunt in te nemen over de vraag of in de onderhavige zaak is voldaan aan de derde voorwaarde (de over te nemen activa verdwijnen onvermijdelijk van de markt).

d) Conclusie.

221. De Commissie is derhalve van mening dat *Newscorp* niet heeft kunnen aantonen dat er geen causaal verband is tussen de concentratie en het effect op de mededinging omdat de mededingingsomstandigheden ook zonder de desbetreffende concentratie naar verwachting in vergelijkbare of identieke mate zullen verslechteren. Het risico dat *Stream* van de markt verdwijnt, is echter - indien dat werkelijkheid zou worden - een factor waarmee rekening moet worden gehouden bij het onderzoek naar deze fusie. De Commissie is verder van mening dat een goedkeuring van de fusie waaraan passende voorwaarden worden verbonden voor de consument gunstiger is dan een verstoring van de markt als gevolg van een mogelijke sluiting van *Stream*.

VI TOEZEGGINGEN

222. Op 13 maart 2003 heeft *Newscorp* overeenkomstig artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening een aangepaste reeks toezeggingen ingediend (hierna “toezeggingen” of “verbintenissen” genoemd), teneinde toestemming voor de fusie te verkrijgen. De verplichtingen zijn beschreven in de bijlage bij de onderhavige beschikking en vormen een integraal onderdeel van deze beschikking.

223. De verplichtingen die *Newscorp* heeft voorgesteld, bouwen voort op de corrigerende maatregelen die op 31 oktober 2002 en op 14 januari 2003 bij de Commissie zijn ingediend. Na haar onderzoek en op basis van de marktanalyse van de twee bovengenoemde reeksen toezeggingen heeft de Commissie geconcludeerd dat de ingediende toezeggingen niet voldoende waren om de door de operatie ontstane bezorgdheid omtrent de mededinging weg te nemen. Derhalve heeft de Commissie een mededeling ingevolge artikel 18 van de concentratieverordening uitgevaardigd.

224. De Commissie is van mening dat de door de concentratie veroorzaakte mededingingsbezwaren genoegzaam wordt aangepakt en weggenomen door de op 13 maart 2003 ingediende verplichtingen.

1 Samenvatting van de verplichtingen die Newscorp op 13 maart 2003 heeft aangeboden

225. De door *Newscorp* op 13 maart 2003 aangeboden verplichtingen hebben betrekking op het volgende:

- a) Het recht van filmstudio's en voetbalclubs om zonder boete eenzijdig de met *Stream* en *Telepiù* gesloten contracten te beëindigen.
- b) *Newscorp* doet afstand van de exclusieve rechten met betrekking tot andere dan DTH-televisieplatforms (aards, kabel, UMTS, internet, etc.). Bovendien doen de partijen afstand van de beschermingsrechten met betrekking tot andere dan DTH-transmissiewijzen.
- c) *Newscorp* doet op alle platforms afstand van de exclusieve rechten op pay-per-view, video-on-demand en near-video-on-demand.

Toekomstige exclusieve contracten

- d) *Newscorp* zal geen contracten met voetbalclubs en met filmstudio's sluiten die een looptijd hebben van meer dan respectievelijk twee jaar en drie jaar. De met deze contracten verbonden exclusiviteit heeft alleen betrekking op DTH-transmissie en is niet van toepassing op andere transmissiewijzen (bijvoorbeeld aards, kabel, UMTS en internet). Bovendien doen de partijen afstand van de beschermingsrechten met betrekking tot andere dan DTH-transmissiewijzen. Met betrekking tot voetbalrechten en wereldwijde sportevenementen krijgen de contractpartners het recht om de contracten per jaar eenzijdig te beëindigen.
- e) *Newscorp* zal geen beschermingsrechten verwerven voor DTH en doet op alle platforms afstand van de exclusieve rechten voor pay-per-view, video-on-demand en near-video-on-demand.
- f) *Newscorp* zal - via toekomstige contracten of nieuwe onderhandelingen over de voorwaarden van de bestaande contracten - geen beschermingsrechten of black-outrechten verwerven met betrekking tot DTH.

Betrekkingen met concurrenten/derden: groothandelaanbod en toegang tot het platform en de technische diensten.

- g) *Newscorp* biedt derden, op ongebundelde en niet-exclusieve basis, het recht om op andere dan DTH-platforms aantrekkelijke inhoud te distribueren als en voor zolang het gecombineerde platform die aantrekkelijke inhoud aanbiedt aan zijn detailhandelklanten. Een dergelijk aanbod wordt gedaan op basis van het "retail minus"-beginsel.
- h) *Newscorp* verleent derden en potentiële nieuwkomers op de DTH-markt toegang tot haar platform en tot de interface voor het applicatieprogramma (application program interface, API) overeenkomstig een op kosten gebaseerde niet-discriminerende formule uitgaande van: de rechtstreeks toe te schrijven kosten van de diensten, een aandeel van de relevante technische kosten (vaste en algemene kosten) en een redelijk rendement over een passende periode. Bij de levering van toegangsdiensten zal het gecombineerde platform geen ongelijke voorwaarden toepassen op gelijkwaardige transacties.
- i) *Newscorp* zal bewerkstelligen dat NDS derden op basis van redelijke en niet-discriminerende prijzen een licentie verleent voor haar systeem voor voorwaardelijke toegang (CAS).

- j) *Newscorp* spant zich in om zo spoedig als dat redelijkerwijs mogelijk is in Italië simulcrypt-overeenkomsten te sluiten en in ieder geval binnen 9 maanden na het schriftelijke verzoek daartoe van een geïnteresseerde derde.

Afstoting van het DTT-bedrijf en toezegging niet te starten met DTT-activiteiten.

- k) Afstoting van de digitale en analoge aardse uitzend-bedrijfsactiva van *Telepiù* en de verplichting om noch als netwerk noch als detailhandelaar verdere DTT-activiteiten te ondernemen. Met het oog op de voortzetting van de activiteiten van de afgestoten onderneming moeten de frequenties worden overgenomen door een onderneming die bereid is om - nadat Italië is overgeschakeld van analoge naar digitale aardse televisie-uitzendingen - betaaltelevisie-uitzendingen of meerdere kanalen in haar bedrijfsplan op te nemen.

Arbitrage

- l) *Newscorp* heeft een arbitrageprocedure voorgesteld om de effectiviteit van de verplichtingen te garanderen. Dit arbitragesysteem heeft onder andere betrekking op de jurisdictie van AGCOM inzake aangelegenheden die behoren tot haar bevoegdheid in het kader van de Italiaanse wetgeving, inclusief het groothandelaanbod.

Duur van de toezeggingen

- m) De verplichtingen expireren uiterlijk op 31 december 2011, tenzij de Commissie - op verzoek van *Newscorp* of het gecombineerde platform - besluit om de duur ervan te bekorten op grond van het feit dat de mededingingsomstandigheden de voortzetting van die verplichtingen niet langer rechtvaardigen.

2 Beoordeling van de verplichtingen

226. In het licht van het marktonderzoek en de marktanalyses van de reeksen verplichtingen die *Newscorp* achtereenvolgens heeft ingediend, is de Commissie van mening dat de definitieve toezeggingen voldoende zijn om de door de aangemelde operatie ontstane bezorgdheid omtrent de mededinging weg te nemen.

2.1 Algemene opmerkingen

227. De nieuwe eenheid zal een monopolistische positie hebben op de betaaltelevisiemarkt en een quasi-monopsonistische positie op de markten voor het verwerven van televisiekanalen, aantrekkelijke films, rechten van nationale voetbalclubs en televisiekanalen en een machtspositie bij het verwerven van andere sporten, die worden beschouwd als “wereldwijde” sportevenementen en niet zijn opgenomen in de Italiaanse wetgeving ter uitvoering van de Richtlijn “Televisie zonder grenzen”.

228. De grootste kracht en het onderliggende einddoel van een pakket corrigerende maatregelen moet zijn het creëren van de voorwaarden die echte concurrentie laten voortbestaan en/of potentiële concurrentie laten ontstaan. In een zaak als de onderhavige moet deze doelstelling worden bereikt door het verlagen van de barrières om toe te treden tot de betrokken markten en door het creëren van concurrentievoorwaarden die effectief werken als een disciplinerende en beperkende factor ten aanzien van een dominante speler. Met dat einddoel in gedachten is het door *Newscorp* voorgestelde pakket corrigerende maatregelen ontworpen en opgesteld.

2.2 *Toegang tot inhoud (paragraaf 1-7 van de tekst met verplichtingen)*

229. Met betrekking tot toegang tot inhoud worden omvang en duur van de bij het gecombineerde platform in bezit zijnde exclusiviteitsrechten in grote mate teruggebracht, zodat die rechten op een regelmatige (in het geval van DTH-rechten) of permanente (in het geval van niet-DTH-rechten) basis kunnen worden aangevochten. Bovendien wordt de aantrekkelijke inhoud, die via DTH door het gecombineerde platform wordt uitgezonden, tegen groothandelprijzen via het groothandelaanbod volledig beschikbaar gesteld aan niet-DTH-platforms. Bovendien zal *Newscorp* - via toekomstige contracten of nieuwe onderhandelingen over de voorwaarden van de bestaande contracten - geen beschermingsrechten of black-outrechten verwerven met betrekking tot DTH.

2.2.1 *Lopende exclusieve contracten:*

230. Met betrekking tot voetbalrechten betekent de door *Newscorp* ingediende toezegging dat het gecombineerde platform de houders van de rechten met ingang van het seizoen 2003-2004 een eenzijdig beëindigingsrecht verleent. Reeds met ingang van het komende seizoen bevordert deze bepaling de betwistbaarheid van aantrekkelijke voetbalinhoud. Hierdoor worden de kansen voor een potentiële concurrent vergroot indien deze wil toetreden tot de betaaltelevisiemarkt.

231. *Newscorp* heeft ook toegezegd afstand te zullen doen van de exclusiviteits- en andere beschermingsrechten voor niet-DTH-transmissie van voetbal- en andere sportevenementen. Hierdoor wordt het voor exploitanten die via andere transmissiewijzen concurreren (bijvoorbeeld kabel, internet en UMTS) mogelijk om rechtstreeks en onmiddellijk toegang te hebben tot aantrekkelijke sportinhoud.

232. Met betrekking tot speelfilmrechten heeft *Newscorp* toegezegd afstand te zullen doen van de exclusiviteits- en andere beschermingsrechten voor niet-DTH-transmissie. Hierdoor wordt het voor exploitanten die via andere transmissiewijzen concurreren (bijvoorbeeld kabel, internet en UMTS) mogelijk om rechtstreeks en onmiddellijk toegang te hebben tot aantrekkelijke speelfilm inhoud. Bovendien krijgen de contractspartners die overeenkomsten hebben gesloten met het gecombineerde platform het recht om hun contract eenzijdig te beëindigen. Gelet op de aanzienlijke looptijd van de huidige outputdeals die met de Studio's (zowel de Hollywood Majors als de Italiaanse filmproducenten) zijn gesloten, zal het eenzijdige beëindigingsrecht de betwistbaarheid van rechten voor aantrekkelijke speelfilms vergroten ten gunste van potentiële nieuwkomers op de betaaltelevisiemarkt, zelfs met betrekking tot DTH-transmissie. De verplichting om een groothandelaanbod te doen (zie hieronder) gekoppeld aan het

eenzijdige beëindigingsrecht van de filmproducenten (de Studio's), zal de beschikbaarheid van aantrekkelijke inhoud zo veel als mogelijk vergroten zonder volledig afbreuk te doen aan de lopende contractuele verplichtingen van de fuserende partijen en de filmproducenten jegens elkaar. De verplichting lijkt derhalve zowel adequaat als proportioneel te zijn.

2.2.2 Toekomstige exclusieve contracten

233. De toezeggingen met betrekking tot de voetbalrechten – namelijk dat de looptijd van de in de toekomst met de voetbalclubs te sluiten exclusieve contracten voor DTH-transmissie wordt beperkt tot twee jaar en dat aan de eigenaren van voetbalrechten een eenzijdig beëindigingsrecht wordt verleend - zijn effectief, omdat daardoor ten aanzien van aantrekkelijke voetbalinhoud met regelmatige tussenpozen mededinging plaatsvindt op de markt.
234. Met betrekking tot de rechten op speelfilms wordt een beperking van de looptijd van toekomstige exclusieve contracten voor DTH-transmissie toegepast op de door het gecombineerde platform met de Studio's (zowel Hollywood Majors als Italiaanse filmproducenten) gesloten outputdeals. De looptijd van de toekomstige outputdeals met de Studio's zal hooguit drie jaar zijn.
235. Gelet op de resultaten van de marktanalyses is een beperking van de maximale looptijd van de contracten met de eigenaren van voetbalrechten met twee jaar, vergeleken met de drie jaar voor contracten met de Studio's, passend. Terwijl binnen de Studio's alle Hollywood Majors unaniem de voorkeur gaven aan geen beperking, of in ieder geval de langst mogelijke looptijd van hun contracten met het gecombineerde platform, namen de voetbalclubs erg uiteenlopende standpunten in: enkele clubs pleitten voor een maximale looptijd van een jaar, terwijl enkele andere clubs pleitten voor een langere looptijd. Vanwege deze uiteenlopende standpunten en voorkeuren - waardoor de eigenaardigheid van het bedrijfsmodel van de voetbalclubs lijkt te worden benadrukt vergeleken met dat van de Studio's - is de Commissie van mening dat een maximale looptijd van twee jaar, in lijn met de voorwaarde die vorig jaar door de Italiaanse Mededingingsautoriteit in de "modelzaak" is opgelegd, passend is. In tegenstelling tot de Studio's krijgen de voetbalclubs bovendien ook een eenzijdig beëindigingsrecht, ook voor toekomstige contracten. Een dergelijk beëindigingsrecht is een passende toezegging omdat het daardoor mogelijk wordt om tijdens de onderhandelingen met het gecombineerde platform volledig rekening te houden met de werkelijke waarde van de rechten van iedere specifieke club (ieder voetbalseizoen kan deze waarde onderhevig zijn aan drastische wijzigingen als gevolg van de behaalde resultaten).
236. Met betrekking tot de rechten op speelfilms heeft *Newscorp* toegezegd geen exclusiviteits- en andere rechten te verwerven voor niet-DTH-transmissiewijzen. Hierdoor wordt het voor exploitanten die concurreren op andere platforms (bijvoorbeeld kabel, internet en UMTS) mogelijk om directe toegang te hebben tot aantrekkelijke speelfilminhoud.
237. Met betrekking tot toekomstige overeenkomsten met de Studio's heeft *Newscorp* zich ook verplicht geen exclusieve rechten en andere beschermingsrechten voor pay-per-view, video-on-demand en/of near-video-on-demand te verwerven.

238. Daarnaast heeft *Newscorp* ook toegezegd om in het geval van nieuwe onderhandelingen over de huidige contracten niet te streven naar beschermingsrechten voor DTH-betaaltelevisie.

2.2.2.1 Proportionaliteit van de toezegging met betrekking tot de looptijd van toekomstige contracten met de Studio's

239. Zoals hierboven met betrekking tot de rechten op speelfilms reeds is vermeld, wordt de looptijd van toekomstige exclusieve DTH-overeenkomsten met de Studio's beperkt tot maximaal drie jaar. Een verkorte looptijd van outputdeals met filmproducenten zal de uitsluiting van de aankoopmarkt voor rechten op speelfilms aanzienlijk verminderen ten gunste van potentiële nieuwkomers op de betaaltelevisiemarkt. Het erkende grote belang dat aantrekkelijke films hebben als "drijvende kracht" voor het nemen van een abonnement op betaaltelevisie betekent dat een potentiële nieuwkomer gemakkelijk kan worden uitgesloten van de markt indien aantrekkelijke speelfilms buiten zijn bereik worden gehouden. Een dergelijk uitsluitingseffect zal onvermijdelijk voortvloeien uit het cumulatieve effect van langetermijnovereenkomsten die de dominante marktspeler met alle belangrijke filmproducenten heeft gesloten. Die langetermijnovereenkomsten zijn van toepassing op het grootste deel van de output van deze producenten, ongeacht of een dergelijk initiatief van de dominante marktspeler, of van de filmproducenten of van beiden uitgaat. Zolang een exclusieve aankoopovereenkomst voortduurt, wordt alleen al de mogelijkheid van een bod door een andere koper door de overeenkomst zelf uitgesloten. Vanwege het cumulatieve effect van verschillende overeenkomsten wordt het uitsluitingseffect in de onderhavige zaak uitgebreid tot een uitermate groot vastliggend marktaandeel van een zeer belangrijke aanbodmarkt. Onder deze omstandigheden is de looptijd van de overeenkomsten dus een erg belangrijke parameter. Indien het gecombineerde platform ook in de toekomst met deze filmproducenten langetermijnovereenkomsten mag sluiten (bijvoorbeeld doordat toestemming wordt gegeven om de huidige contracten te vernieuwen met voorwaarden die 10 jaar gelden), worden de vooruitzichten op toetreding tot de betaaltelevisiemarkt simpelweg tenietgedaan en wordt de mogelijkheid om te concurreren dus uitgesloten. Bovendien wordt deze looptijd van drie jaar proportioneel geacht omdat dat in lijn is met de normale industriemaatstaven voor contracten die in het verleden met Italiaanse filmproducenten werden gesloten.

240. Indien de looptijd van de bovengenoemde exclusieve overeenkomsten daarentegen wordt beperkt tot een redelijk maximum, heeft de potentiële koper de mogelijkheid om iedere studio regelmatig en vaker een aanbod te doen. Daardoor zal met betrekking tot het verwerven van rechten voor aantrekkelijke speelfilms de concurrentie aan de aankoopzijde verbeteren. In het licht van de kenmerken van de relevante aankoopmarkt verschaft een maximale looptijd van drie jaar voldoende flexibiliteit om te kunnen concurreren, zonder de mogelijkheid voor aanbieders van inhoud te ondermijnen om voor een bepaalde periode de verkoop van hun rechten veilig te stellen. Hoewel dit korter is dan de huidige termijnen, is een periode van drie jaar nog lang genoeg om eventueel bij de aanbodzijde aanwezige gerechtvaardigde technische of commerciële bezorgdheid weg te nemen.

241. Geïnteresseerde derden hebben aangevoerd dat de Studio's als alternatief voor het bekorten van de looptijd van de outputdeals een eenzijdig beëindigingsrecht moeten krijgen met betrekking tot toekomstige overeenkomsten. Na zorgvuldige afweging heeft de Commissie geconcludeerd dat een dergelijke oplossing de betwistbaarheid van rechten voor aantrekkelijke speelfilms niet even effectief zou vergroten als het bekorten van de looptijd van outputdeals zou doen. Bovendien zou dat eenzijdige beëindigingsrecht door een onevenredige verschuiving in de onderhandelingspositie ten gunste van de Studio's enkele ongewenste effecten teweeg kunnen brengen, hetgeen uiteindelijk schadelijk zal zijn voor potentiële nieuwkomers op de markt.
242. Argumenten met betrekking tot de monopsonistische macht die het gecombineerde platform uitoefent op de markt waar rechten worden aangekocht, moeten zorgvuldig worden afgezet – ten aanzien van rechten op speelfilms – tegen het feit dat die monopsonistische macht alleen kan blijven bestaan als en voor zolang de Studio's (met name de Hollywood Majors) vasthouden aan hun huidige marketingmodel dat is gebaseerd op een onderverdeling in “windows”. Als gevolg van die onderverdeling kunnen omroeporganisaties die vrij toegankelijke televisie uitzenden alleen op de rechten voor een bepaalde film bieden nadat het “window voor betaaltelevisie” volledig is benut door de exploitanten van betaaltelevisie. Zodra de houders van rechten ertoe overgaan om omroeporganisaties die vrij toegankelijke televisie uitzenden op hetzelfde moment als exploitanten van betaaltelevisie te laten bieden op filmrechten – dat wil zeggen wanneer het onderscheid wordt opgeheven tussen een “window voor vrij toegankelijke televisie” en een “window voor betaaltelevisie” – zal de monopsonistische macht van het gecombineerde platform noodzakelijkerwijs verdwijnen. Dit is vooral het geval in landen als Italië waar vrij toegankelijke televisie - hoewel die nog steeds overeenkomt met een afzonderlijke betrokken markt - ontegenzeggelijk een bepaalde wisselwerking met betaaltelevisie laat zien (zoals eerder werd erkend), en waar belangrijke omroepgroepen beschikken over aanzienlijke financiële middelen. De Studio's beschikken derhalve reeds over een krachtig instrument dat zij naar eigen goeddunken kunnen toepassen ter compensatie van een toekomstige monopsonistische machtspositie van het gecombineerde platform.
243. Ten tweede zou het onrealistisch zijn om alleen op een louter eenzijdig beëindigingsrecht van de Studio's te vertrouwen om een einde te maken aan de bezorgdheid met betrekking tot een uitsluitingseffect. Een eenzijdig beëindigingsrecht biedt geen mogelijkheden voor echte volledig nieuwe onderhandelingen tussen de aanbieder en de potentiële kopers. De aanbieder krijgt daarentegen de mogelijkheid om automatisch alle oorspronkelijke contractuele voorwaarden met de huidige koper te verlengen. In de context van de outputdeals met betrekking tot filmrechten voor betaaltelevisie zou dit bijzonder zorgwekkend zijn, aangezien er diverse factoren zijn die ertoe kunnen leiden dat de Studio's de voorkeur geven aan de huidige situatie. De outputdeals met betrekking tot filmrechten voor betaaltelevisie voorzien in een groot aantal commerciële voorwaarden, zoals bijvoorbeeld de vaststelling van vergoedingen die afhankelijk kan zijn van verschillende technische parameters. Deze parameters zijn bijvoorbeeld de indeling van de films aan de hand van hun succes, een bedrag ineens en/of variabele prijzen zoals de zogenaamde “Cent Per Subscriber” (CPS), het aantal abonnees (dat afhankelijk kan zijn van een nauwkeurige berekeningsmethode), een minimumbedrag of een prijslimiet. Andere belangrijke aspecten zijn bijvoorbeeld de looptijd, de films waarop de overeenkomst betrekking heeft, de omvang en de kenmerken van de producten die de licentiehouder ieder jaar en/of tijdens de gehele licentieperiode moet afnemen, het aantal vertoningen, data waarop de films beschikbaar komen, veiligheidsmaatregelen, betalingsvoorwaarden en garanties. Indien de marktsituatie verandert - en zoals blijkt uit ervaringen uit het verleden is het

waarschijnlijk dat dit in de loop van de tijd zal gebeuren -, kan elk van de vele belangrijke aspecten voor de Studio's een mogelijke drijfveer zijn om de huidige situatie zo lang mogelijk te handhaven. Hoe sterker die inertie, des te groter het uitsluitingseffect, ondanks het theoretische bestaan van een eenzijdig beëindigingrecht.

244. Ten derde zou een potentiële nieuwkomer die wil toetreden tot de markt vanwege de totale onzekerheid met betrekking tot het moment waarop een bepaalde studio ervoor kiest om zijn contract met het gecombineerde platform eenzijdig te beëindigen, zijn toetreding tot de markt - met name vanuit financieel oogpunt - niet goed kunnen voorbereiden. In het geval van een vaststaande expiratedatum zou die toetreding tot de markt beter kunnen worden gepland. Om tot de markt te kunnen toetreden heeft een potentiële nieuwkomer namelijk een minimum aantal aantrekkelijke films nodig. Met betrekking tot deze beperking zou de onderhandelingspositie van een nieuwkomer op de markt erg zwak zijn in het geval van een louter eenzijdig beëindigingrecht. De nieuwkomer zou met iedere studio afzonderlijk moeten praten en onderhandelen, waarbij hij wordt geconfronteerd met een wederpartij die zich ervan bewust is dat de andere Studio's lopende langetermijncontracten hebben en dat er derhalve geen rechten terstond beschikbaar zijn. Dit is nog een reden waarom een reeks vastgestelde periodieke expiratedata, als gevolg waarvan verschillende Studio's regelmatig en min of meer gelijktijdig op zoek gaan naar kopers, meer effectief en bevredigend is. Bovendien liggen de expiratedata van de huidige contracten van de helft van de Hollywood Majors die voorzien in de vraag van de fuserende partijen niet meer dan drie maanden uit elkaar. Indien het gecombineerde platform gelijktijdige expiratedata overeenkomt, betekent dit dat de nieuwe contracten die uiteindelijk met het gecombineerde platform worden gesloten waarschijnlijk tenminste op dicht bij elkaar liggende data, zo niet tegelijkertijd expireren.
245. Tot slot is het een feit dat de meeste, zo niet alle, monopolistische/monopsonistische omroeporganisaties van betaaltelevisie in het verleden outputdeals hebben gesloten met een erg lange looptijd. Dit was met name in 1996 het geval met *Telepiù*. Dit maakt duidelijk dat het een te simpele weergave is die de werkelijkheid van de markt niet op de juiste wijze laat zien, indien de looptijd wordt beschouwd als een kwestie van een uitgesproken verticaal conflict, waarbij de koper tegen het belang van de aanbieder in noodzakelijkerwijs streeft naar het verkorten van de looptijd van het contract.

2.3 Aantrekkelijk groothandelaanbod (paragraaf 10 van de tekst met verplichtingen)

246. Het groothandelaanbod is bedoeld om het voor concurrenten van de nieuwe eenheid, die op andere dan DTH-platforms opereren, mogelijk te maken om zich te handhaven op of toe te treden tot de Italiaanse betaaltelevisiemarkt. De achterliggende gedachte is dat een dergelijk groothandelaanbod de barrières om toe te treden tot de betaaltelevisiemarkt zal verlagen, doordat exploitanten van niet-DTH-betaaltelevisie toegang krijgen tot aantrekkelijke inhoud, waarvan de rechtstreekse aankoop anders voor hen te duur zou zijn of die ontoegankelijk is als gevolg van langlopende exclusiviteitsovereenkomsten die zijn gesloten door de huidige spelers en de aanbieders van inhoud. Bepaalde inhoud (voornamelijk, maar niet alleen voetbal en films) wordt beschouwd als "drijvende kracht voor het nemen van een abonnement" en is om die reden van groot belang voor de succesvolle exploitatie van betaaltelevisie.

247. Tijdens de door de Commissie uitgevoerde marktanalyses werd uit opmerkingen van derden duidelijk dat deze specifieke toezegging, zoals die in eerste instantie was geformuleerd, vijf vragen oproept: (a) de omvang van het begrip “aantrekkelijke inhoud”, (b) de contractuele beschikbaarheid van de noodzakelijke rechten om een groothandelaanbod te kunnen doen aan andere dan DTH-platforms, (c) de mogelijke bundeling van producten, (d) de vaststelling van de groothandelprijs van het aanbod volgens het beginsel “detailprijs met korting”, (e) de beschikbaarheid van het groothandelaanbod voor alle geïnteresseerde derden.
248. Wat de omvang van het begrip “aantrekkelijke inhoud” betreft, is ingevolge de verplichting thans een groothandelaanbod vereist dat betrekking heeft op de gehele aantrekkelijke inhoud die het gecombineerde platform uitzendt, ook indien die inhoud via een basiskanaal of basispakket wordt uitgezonden. Bovendien is het groothandelaanbod op alle betaaltelevisiemodaliteiten van toepassing. Dit betekent dat derde exploitanten in het kader van die modaliteiten ook pay-per-view en/of video-on-demand kunnen aanbieden met betrekking tot de door het gecombineerde platform uit te zenden aantrekkelijke inhoud.
249. Met betrekking tot de contractuele beschikbaarheid van de noodzakelijke rechten om een groothandelaanbod te kunnen doen, heeft *Newscorp* een toezegging gedaan waaraan een “clausule met een inspanningverplichting” is verbonden betreffende de verwerving van de noodzakelijke niet-DTH-rechten ten behoeve van het groothandelaanbod. In het geval dat het gecombineerde platform er, ondanks redelijke inspanningen, niet in is geslaagd om de rechten te verwerven om via niet-DTH-betaltelevisie een bepaalde inhoud uit te zenden, die wel via DTH mag worden uitgezonden, zal het gecombineerde platform alle redelijke stappen ondernemen om een volledig pakket met inhoud aan te bieden in het kader van het aantrekkelijke groothandelaanbod, inclusief het aanbieden van een adequate alternatieve inhoud.
250. Wat de mogelijke bundeling van producten betreft, voorziet de verplichting thans expliciet in het op ongebundelde basis aanbieden van een groothandelaanbod. Dit betekent dat een licentiehouder de mogelijkheid heeft om alleen met betrekking tot aantrekkelijke inhoud te profiteren van een groothandelaanbod, zonder te hoeven betalen voor, of op een bepaalde manier de kosten te dragen van, basisinhoud.
251. Met betrekking tot de vaststelling van de prijs voor het groothandelaanbod volgens het beginsel “detailprijs met korting”, zijn in de verplichting naar tevredenheid de fundamentele beginselen vastgelegd zonder overmatige beperking van de bevoegdheid van de toetsende autoriteit met betrekking tot het uitvoeren van een bepaalde toets, teneinde te onderzoeken of mogelijk sprake is van een margebeperkende of een andere mededingingbeperkende uitoefening van de machtspositie op de markt. Bovendien wordt voorzien in gescheiden rekeningen tussen de groothandel- en detailhandelactiviteiten van het gecombineerde platform, gekoppeld aan kostentoerekening die dient te worden uitgevoerd overeenkomstig het beginsel van oorzaak en gevolg. Dit maakt het onder andere mogelijk om de vermijdbare kosten te bepalen bij het berekenen van de groothandelprijs.

252. Met betrekking tot de in de toekomst in te voeren kortingsstructuur (de zogenaamde “kortingskaart”) verplicht *Newscorp* zich om geen onderscheid te maken tussen haar eigen detailhandelactiviteiten en de activiteiten van derde detaillisten en ook niet tussen derde detaillisten onderling. Met name wordt voorkomen dat het gecombineerde platform een kortingsstructuur ontwerpt die tot gevolg heeft dat alleen zijn eigen detailhandelactiviteiten profiteren van het hoogste kortingstarief dat door zijn groothandelactiviteiten beschikbaar is, ten nadele van derde detaillisten.
253. In het licht van het bovenstaande wordt geconcludeerd dat het mechanisme van het groothandelaanbod evenals het daarin vervatte “detailprijs met korting”-beginsel, als toereikende instrumenten kunnen worden beschouwd om de bezorgdheid weg te nemen die met betrekking tot toegang van niet-DTH-exploitanten tot de betaaltelevisiemarkt is ontstaan wat betreft de toegang tot aantrekkelijke inhoud en wat betreft de onrechtmatige uitoefening van een machtspositie op de markt.

2.4 *DTT en afstoting van frequenties (paragraaf 9 Deel I en het volledig Deel III van de tekst met verplichtingen)*

254. Het afstoten door *Newscorp* van haar aardse uitzendactiviteiten moet de uitbreiding van haar sterke positie met betrekking tot DTH tot andere technische platforms voorkomen en een potentiële concurrent op het gebied van betaaltelevisie, voorzover mogelijk, de gelegenheid geven actief te worden. Dat is de basis van de laatste verplichting die *Newscorp* op zich heeft genomen. Door het afstoten komen zowel analoge als digitale frequenties vrij die door andere exploitanten kunnen worden benut. In dit verband worden digitale frequenties geacht van bijzonder belang te zijn vanwege de functionaliteit die door de digitale technologie mogelijk wordt gemaakt.
255. Als een logische aanvulling op de verplichting tot afstoting verplicht *Newscorp* zich noch als netwerkexploitant noch als detaillist DTT-activiteiten te zullen verrichten, waardoor het voor andere exploitanten mogelijk wordt zich op dit gebied te ontplooiën.
256. Tegen deze achtergrond lijkt de verplichting om aardse frequenties af te stoten en zich niet bezig te houden met DTT-activiteiten voldoende om gunstige omstandigheden te creëren ten behoeve van een potentiële toetreding tot de markt door andere exploitanten. Bovendien wordt door het feit dat de geschikte koper van de aardse frequenties en van de afgestoten activiteiten een bedrijf moet zijn dat bereid is om - na de omschakeling in Italië van analoge naar digitale aardse televisie-uitzendingen - de betaaltelevisie-uitzendingen van een of meer kanalen op te nemen in zijn bedrijfsplan, gegarandeerd dat ook door de DTT-transmissiewijzen concurrentiedruk zal worden uitgeoefend op het gecombineerde platform.

2.5 *Toegang tot het platform (paragraaf 11 van de tekst met verplichtingen)*

257. Toegang tot het platform en tot de technische diensten die nodig zijn om te kunnen functioneren is een middel om te bereiken dat ook tussen de platforms sprake is van feitelijke concurrentie. Bij de door *Newscorp* ingediende toezeggingen gaat het om verregaande verplichtingen waardoor toegang tot het gecombineerde platform wordt geboden teneinde een situatie te creëren die het mogelijk maakt dat er daadwerkelijk kan worden geconcurrereerd.

258. In het licht van het bovenstaande wordt het voor nieuwkomers gemakkelijker om toe te treden tot de betaaltelevisiemarkt en wordt het voor vrij toegankelijke kanalen mogelijk om via DTH uitgezonden te worden. Bovendien compenseren de door *Newscorp* aangeboden toezeggingen de bezorgdheid met betrekking tot de mededinging, die voortvloeit uit de onmogelijkheid voor derden om toegang te verkrijgen tot twee alternatieve concurrerende platforms, zoals die vóór de fusie beschikbaar waren (het platform van *Stream* en van *Telepiù*).

2.6 *Geschillenbeslechting / arbitrage (paragraaf 15 van de tekst met verplichtingen)*

259. De toezeggingen die zijn gedaan hebben in grote mate betrekking op gedrag. Een effectief controlesysteem is derhalve van groot belang. De voorgestelde toezeggingen voorzien in een effectief controlesysteem. De toezeggingen voorzien met name in een mechanisme om conflicten op te lossen dat enerzijds betrekking heeft op een particulier arbitragesysteem en anderzijds op de jurisdictie van de Italiaanse Communicatieautoriteit over belangrijke zaken zoals toegang tot het platform en het groothandelaanbod.

2.7 *De duur van de verplichtingen is tot uiterlijk 31 december 2011*

260. De Commissie is van mening dat de voorgestelde duur van de toezeggingen voldoende garanties biedt om een daadwerkelijke mededinging te herstellen.

3 *Conclusie inzake de door Newscorp aangeboden verplichtingen*

261. In het licht van het voorgaande is de Commissie van mening dat de door *Newscorp* voorgestelde verplichtingen, gelet op de specifieke kenmerken van deze concentratie, voldoende zijn om de vastgestelde concurrentieverstorende effecten op de betrokken markten weg te nemen.

VII **SAMENHANG MET TELECOM ITALIA**

I. **INLEIDENDE OVERWEGINGEN**

262. Overeenkomstig de “aandeelhoudersovereenkomst” (zie overweging 12 hierboven) met *Newscorp* beschikt Telecom Italia over een minderheidsbelang in de gecombineerde eenheid (19,9%), benoemt Telecom Italia een lid van de raad van bestuur (zolang Telecom Italia beschikt over ten minste [0-10]*% van het geplaatst stemgerechtigd kapitaal van de gefuseerde eenheid) en beschikt Telecom Italia over een aantal rechten met betrekking tot de bescherming van haar investeringen in het platform (wijziging van de statuten, aanpassing van het ondernemingsdoel, verhogen/verlagen van het kapitaal, uitgifte van effecten, dividendbeleid, liquidatierechten en specifieke rechten met betrekking tot de mogelijkheid van een beursgang (IPO, initial public offer) of verkoop van de gefuseerde eenheid door *Newscorp*).

263. Ondanks het minderheidsbelang van Telecom Italia zou het onrealistisch zijn om de investering van de Italiaanse telecomaandbieder “slechts” als een financiële investering te beschouwen. Dit is deels gebaseerd op het feit dat Telecom Italia zich reeds rechtstreeks bezighoudt met aardse uitzendactiviteiten (via twee vrij toegankelijke televisiezenders: La 7 en MTV).
264. Bovendien neemt Telecom Italia overeenkomstig de “kaderovereenkomst” (zie overweging 11 hierboven) samen met *Newscorp* deel aan de tussentijdse (voorafgaand aan de fusie) financiering van *Stream* (voorafgaand aan het sluiten van de concentratietransactie), door middel van pro-rata aandeelhoudersleningen voor een bedrag van hooguit (voor beide partijen tezamen) [...] EUR*. Telecom Italia kan worden verzocht eenzelfde hoeveelheid bij te dragen aan de verliezen waarmee *Stream* in de tussentijd wordt geconfronteerd, eveneens door het verstrekken van aanvullende financiering. Na afronding van de acquisitie zal Telecom Italia, samen met *Newscorp*, deelnemen aan de financiering van het gecombineerde platform, door middel van statutaire kapitaalbijdragen naar verhouding van haar deelneming, voor een bedrag van hooguit (voor beide partijen tezamen) [...] EUR*. Het belang en de betekenis van de investering van Telecom Italia in de onderhavige transactie en derhalve in het gecombineerde platform is dus duidelijk⁸¹.

⁸¹ Zie artikel II, lid 2.2 (Financiering) en artikel IV, lid 4.1 (Financiering van het gecombineerde platform) van de Kaderovereenkomst.

265. De deelname en financiële steun van Telecom Italia wordt beschouwd als een belangrijk element voor het besluit van *NewsCorp* om de zeggenschap over het gecombineerde platform te verwerven. Hoewel dit door Telecom Italia wordt betwist in haar schriftelijke opmerkingen naar aanleiding van de mededeling van punten van bezwaar⁸², is dit element in de verklaringen van de aanmeldende partij tijdens de hoorzitting duidelijk bevestigd.
266. Verder is er op het eerste gezicht inderdaad een duidelijk industrieel, commercieel en strategisch model dat als resultaat van de transactie tussen het gefuseerde satellietplatform en Telecom Italia kan worden uitgevoerd. In dit verband is het van belang op te merken dat er een snelle convergentie plaatsvindt tussen de telecom- en mediamarkten, die voorheen duidelijk van elkaar konden worden onderscheiden. Dit onderscheid vervaagt steeds meer door de technologische ontwikkeling, die op haar beurt weer een aanzet is voor nieuwe bedrijfsstrategieën en modellen, gericht op commerciële exploitatie van de nieuwe mogelijkheden die door een dergelijke convergentie teweeg worden gebracht.
267. Het marktonderzoek heeft duidelijk gemaakt dat er specifieke bezorgdheid is in verband met het mogelijke belang dat het gecombineerde platform heeft om Telecom Italia als zijn bevoorrechte partner op de telecommarkten te kiezen. Derden hebben aangevoerd dat dit er al in het begin toe kan bijdragen dat de werkelijke/potentiële concurrentiebeperking die daaruit voortkomt, wordt geneutraliseerd, hetgeen er mogelijk toe leidt dat beide partijen elkaar wederzijds versterkende strategieën/gedrag gaan ontwikkelen met betrekking tot de markten waarop de genoemde convergentie plaatsvindt.
268. Verder is er bezorgdheid geuit met betrekking tot het feit dat de samenhang tussen Telecom Italia en het gecombineerde platform uiteindelijk leidt tot een consolidatie of versterking van een machtspositie van Telecom Italia op de volgende markten: (a) toegang tot internet, met name tot breedband, en (b) vaste telefonie. Bij de algehele beoordeling van de transactie moet ook het waarschijnlijke effect worden meegewogen dat de samenhang tussen Telecom Italia en het gecombineerde platform na de concentratie in de nabije toekomst op de bovengenoemde telecommarkten kan hebben.

II. JURISDICTIE VAN DE COMMISSIE VOOR DE BEOORDELING VAN DE EFFECTEN VAN HET MINDERHEIDSBELANG VAN TELECOM ITALIA OP DE BETROKKEN MARKTEN IN HET KADER VAN DE CONCENTRATIEVERORDENING

269. In haar reactie op de mededeling van punten van bezwaar heeft *NewsCorp* niet bestreden dat de Commissie gerechtigd is om in het kader van de concentratieverordening een beoordeling uit te voeren van de positie van de minderheidsaandeelhouder Telecom Italia als potentiële concurrent van het gecombineerde platform op de betaaltelevisiemarkt. Desondanks heeft *NewsCorp* gesteld dat de concentratieverordening de Commissie niet de bevoegdheid verleent om een transactie te verbieden, om reden dat die transactie een machtspositie van een derde creëert of versterkt, dat wil zeggen, een eenheid die zelf geen onderneming is waarop de

⁸² Zie paragraaf 4 van de schriftelijke opmerkingen van Telecom Italia als reactie op de niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar van de Europese Commissie overeenkomstig Verordening (EG) nr. 447/98 van de Raad betreffende de aanmeldingen, de termijnen en het horen van betrokkenen en derden overeenkomstig de concentratieverordening.

transactie betrekking heeft (Telecom Italia)⁸³. *Newscorp* herinnert echter ook aan een aantal beschikkingen van de Commissie, waarin de Commissie in het kader van de concentratieverordening onderzoek heeft gedaan naar een machtspositie van derden ten aanzien van de in het geding zijnde concentratie. Tot slot voert *Newscorp* aan dat in theorie “de Commissie duidelijk gelijk heeft dat een dergelijke transactie een machtspositie van een derde kan creëren of versterken en dus het welbevinden van de consument kan schaden”⁸⁴.

270. Zoals *Newscorp* erkent, heeft de Commissie met name in *Exxon/Mobil*⁸⁵ geconcludeerd dat een transactie in het kader van de concentratieverordening kan worden verboden indien door die transactie een machtspositie van een derde of derden wordt gecreëerd of versterkt (d.w.z. een machtspositie die niet wordt ingenomen door de bij de concentratie betrokken ondernemingen), en wel om de volgende redenen: “*het verdient vermelding dat in artikel 2, lid 3, van de concentratieverordening wordt gesteld dat een concentratie die een machtspositie creëert of versterkt onverenigbaar moet worden verklaard met de gemeenschappelijke markt. Met andere woorden, artikel 2, lid 3, beperkt zich dus niet tot het verbieden van activiteiten die aanleiding geven tot het creëren of versterken van een machtspositie van een of meerdere bij de concentratie betrokken partijen – zie ook overwegingen 1, 5 en 7 van de considerans van de Verordening ... De Commissie is van mening dat het creëren of versterken van een machtspositie door een derde niet buiten de toepassing van artikel 2, lid 3, van de concentratieverordening valt.*”

271. In *Exxon/Mobil* heeft de Commissie de bovenstaande beginselen toegepast op basis van onder andere de redenering in twee arresten, namelijk die van het Hof van Justitie in *Kali und Salz*⁸⁶ en die van het Gerecht van eerste aanleg in *Gencor/Commissie*⁸⁷.

272. In *Grupo Villar Mir / EnBW / Hidroeléctrica del Cantábrico*⁸⁸ oordeelde de Commissie dat de gemeenschappelijke machtspositie van twee elektriciteitsbedrijven die niet bij de transactie betrokken waren door de fusie zou worden versterkt. Evenzo oordeelde de Commissie in *EnBW / EDP / Cajastur / Hidrocantábrico*⁸⁹ dat de

⁸³ Paragraaf 7.1.1 van het verweer van *Newscorp*.

⁸⁴ Paragraaf 7.3.5 van het verweer van *Newscorp*.

⁸⁵ Zaak IV/M.1383, overwegingen 225 tot 229.

⁸⁶ Gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, Frankrijk en anderen/Commissie [1998] Jurispr. I-1375. In rechtsoverweging 171 werd door het Hof gesteld: “een concentratie die een machtspositie van de betrokken partijen samen met een derde bij de concentratie in het leven roept of versterkt, kan onverenigbaar blijken met het door het Verdrag beoogde regime van niet-vervalste mededinging. Het doel van deze verordening zou derhalve slechts ten dele worden bereikt wanneer wordt aangenomen, dat alleen de concentraties die een machtspositie van de partijen bij de concentratie in het leven roepen of versterken, onder de verordening vallen. Aan deze verordening zou daardoor een niet onaanzienlijk deel van haar nuttig effect worden ontnomen zonder dat de algemene opzet van de communautaire regeling betreffende de controle op concentraties dit gebiedt.”

⁸⁷ Zaak T-102/96 *Gencor/Commissie*, Jurispr. 1999, blz. II-753.

⁸⁸ Zaak nr. COMP/M.2434.

⁸⁹ Zaak nr. COMP/M.2684, overwegingen 33 en 37.

verwerving van de gezamenlijke zeggenschap over het Spaanse nutsbedrijf Hidrocarbónico door EnBW, EDP en Cajastur, de bestaande gemeenschappelijke machtspositie van Endesa en Iberdrola zou versterken (geen van beide was betrokken bij de aangemelde concentratie). In die beschikking oordeelde de Commissie dat EDF, dat de gezamenlijke zeggenschap heeft over EnBW, als gevolg van de transactie niet langer de voorheen aanwezige beweegredenen heeft om de capaciteit van de elektriciteitsverbinding tussen Frankrijk en Spanje uit te breiden, waardoor de belangrijkste potentiële onafhankelijke Spaanse concurrent op het gebied van de elektriciteitsproductie van dit moment (EDF zelf) van de markt verdwijnt en de isolatie van de Spaanse elektriciteitsmarkt ten opzichte van andere Europese elektrische systemen buiten het Iberisch Schiereiland blijft voortbestaan⁹⁰.

273. In haar schriftelijke opmerkingen heeft Telecom Italia betoogd dat, aangezien de Commissie heeft erkend dat Telecom Italia geen meerderheidsbelang in het gecombineerde platform heeft en geen bij de concentratie “betrokken onderneming” in de zin van de concentratieverordening is, de Commissie haar *bevoegdheden zou overschrijden* indien zij naar aanleiding van de transactie zoals die is uiteengezet, onder de paraplu van de concentratieverordening de mogelijk nadelige effecten op de verschillende in het geding zijnde markten (zowel de Italiaanse betaaltelevisiemarkt als de Italiaanse markten voor telecomdiensten) zou onderzoeken, die het gevolg zijn van het aanzienlijke minderheidsbelang van Telecom Italia in het gecombineerde platform⁹¹.
274. Telecom Italia voert met name aan dat “indien de huidige transactie in twee afzonderlijke fases zou zijn gestructureerd en het niet-meerderheidsbelang van Telecom Italia in het gecombineerde platform op een later moment zou worden verkregen, die wijze van verwerven niet onder het toepassingsgebied van de concentratieverordening zou vallen en de Commissie uiteindelijk verplicht zou zijn om met gebruik van artikel 81 of artikel 82 van het EG-verdrag te onderzoeken of er concurrentieproblemen zullen ontstaan. De door de Commissie in de onderhavige zaak gekozen benadering heeft derhalve tot gevolg dat economisch gelijkwaardige transacties verschillend worden behandeld”⁹².
275. In haar schriftelijke standpunt voert Telecom Italia aan dat “de versterking van de machtspositie van Telecom Italia, zo die zich al voordoet, alsdan het gevolg is van haar minderheidsbelang in het gecombineerde platform en niet van de concentratie zelf”⁹³. Zodoende erkent Telecom Italia impliciet het bestaan van een oorzakelijk verband, dat in ieder geval bestaat tussen haar minderheidsbelang en de mogelijke nadelige effecten daarvan op de verschillende markten, die door dat minderheids-“belang” teweeg worden gebracht. Desondanks lijkt Telecom Italia haar deelname in het gecombineerde platform nog steeds te beschouwen als een operatie die onafhankelijk is van de transactie die de concentratie teweegbrengt.

⁹⁰ Zie overweging 33 in de zaak COMP/M. 2684. De transactie werd uiteindelijk goedgekeurd nadat EDF en de exploitant van het Franse elektriciteitsnet, EDF/RTE, hadden toegezegd om alle noodzakelijke stappen te ondernemen om de commerciële capaciteit van de koppellijn tussen Frankrijk en Spanje van circa 1.100 MW te verhogen naar circa 4.000 MW.

⁹¹ Zie paragraaf 5 en met name paragraaf 9 tot 13 van de genoemde schriftelijke opmerkingen.

⁹² Paragraaf 14 van de schriftelijke opmerkingen.

⁹³ Paragraaf 16 van de schriftelijke opmerkingen.

276. De Commissie is van mening dat de juridische argumenten die Telecom Italia aanvoert onjuist zijn. In de door *Newscorp* aangemelde overeenkomsten neemt Telecom Italia deel aan de fusie met een kapitaaldeelname van 19,9% en dat is het feitelijke gegeven dat juridisch relevant is voor het onderzoek naar de aangemelde fusie, niet de louter hypothetische argumenten die Telecom Italia naar voren heeft gebracht. Zoals duidelijk werd tijdens de hoorzitting, kan het minderheidsbelang van Telecom Italia bovendien worden beschouwd als een “structureel onderdeel” van de aangemelde transactie en is dat minderheidsbelang duidelijk niet uitwisselbaar met een mogelijk te verwerven minderheidsbelang van Telecom Italia in het gecombineerde platform op een later tijdstip, d.w.z. na de fusie. Tijdens de hoorzitting verklaarde *Newscorp* bovendien dat de fusie zonder dit minderheidsbelang niet zou hebben plaatsgevonden in de vorm zoals die aan de Commissie was gemeld.
277. Het is erg gekunsteld om aan te voeren dat een essentieel onderdeel van de transactie die de concentratie teweegbrengt “kan worden weggesneden”. Het beschikbare bewijs suggereert eveneens dat het speculatief is om het verwerven van een minderheidsbelang te presenteren als een op zichzelf staande transactie die Telecom Italia na de fusie zou kunnen sluiten.
278. Overeenkomstig de jurisprudentie van het Hof van Justitie in *Kali und Salz* is de Commissie van mening dat een beschikking in het kader van de concentratieverordening betrekking dient te hebben op een transactie die een volledige concentratie teweegbrengt, met inbegrip van een minderheidsbelang. Telecom Italia ziet niet in dat de transactie dusdanig is gestructureerd dat Telecom Italia in het gecombineerde platform een minderheidsbelang behoudt. Toch is noch de aanmeldende partij noch Telecom Italia erin geslaagd aan te tonen dat de transactie, zonder de deelname van Telecom Italia, zou zijn voorgenomen en gerealiseerd. Daarentegen is - ook tijdens de hoorzitting - duidelijk geworden dat de deelname van Telecom Italia essentieel is om de transactie te kunnen doorzetten.
279. De feitelijke en juridische situatie die het gevolg is van de aangemelde transactie, geeft de Commissie de bevoegdheid om de effecten van de in het geding zijnde transactie te onderzoeken en te beoordelen (inclusief het minderheidsbelang) op alle betrokken markten waar deze de in artikel 2 van de concentratieverordening beschreven nadelige effecten teweeg zou kunnen brengen. Telecom Italia lijkt niet te betwisten dat er een “causaal verband” bestaat tussen haar minderheidsbelang en de mogelijke versterking van haar machtspositie op de telecommarkten. Om de hierboven beschreven redenen is de Commissie van mening dat het minderheidsbelang van Telecom Italia een integraal onderdeel is van de transactie die de concentratie teweegbrengt.
280. Bovendien heeft de Commissie in een recente zaak die ingevolge artikel 9 van de concentratieverordening werd doorverwezen door de Spaanse mededingingsautoriteit, *Sogecable/ Canalsatélite Digital/Vía Digital*⁹⁴, in dit verband onderzoek gedaan naar de fusie tussen de twee satellietplatforms in Spanje⁹⁵ (Sogecable, waarover de bedrijven

⁹⁴ M.COMP/2845 *Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital*, beschikking van de Commissie van 14.8.2002. Zie de website van de Commissie: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>.

⁹⁵ COMP/M.2845. In die zaak gaat het om het verwerven van de gezamenlijke zeggenschap over het gecombineerde Spaanse satellietplatform (voortvloeiend uit de integratie van Sogecable met Vía Digital) door Promotora de Informaciones SA (Prisa) en Group Canal+. In die onderneming zou Telefónica de positie van een aanzienlijke minderheidsaandeelhouder bekleden, echter zonder deel te nemen aan de gezamenlijke zeggenschap over de gefuseerde eenheid.

Promotora de Informaciones SA (“Prisa”) en Group Canal+ SA (“Group Canal+”) de zeggenschap hebben en Vía Digital, waarover Telefónica SA (“Telefónica”) de zeggenschap heeft), in een gecombineerd platform waarover Prisa en Group Canal+ gezamenlijk de zeggenschap zouden hebben. De Commissie oordeelde dat er, als gevolg van de concentratie, wat de mededinging betreft ook bezorgdheid zou zijn over de positie van een bedrijf (Telefónica), dat met betrekking tot bepaalde markten (telecommarkten) die niet rechtstreeks gevolgen ondervinden van de concentratie, geen meerderheidsbelang heeft in de onderneming⁹⁶.

281. Voorzover de nadelige gevolgen als beschreven in artikel 2 van de concentratieverordening voortvloeien uit de transactie (die een volledige) concentratie teweegbrengt, concludeert de Commissie dat zij bevoegd is om haar beoordeling vanuit het oogpunt van de mededinging uit te voeren en om te reageren op de beweringen en argumenten van derden tijdens het onderzoek en de hoorzitting.

III. BEOORDELING KRACHTENS ARTIKEL 2 VAN DE CONCENTRATIEVERORDENING

A HORIZONTALE EFFECTEN MET BETREKKING TOT DE ITALIAANSE BETAALTELEVISIEMARKT

1. Opheffing van de concurrentiebeperking voor het gecombineerde platform

1.1 Algemene overwegingen

282. De transactie en de samenhang tussen Telecom Italia en het monopolistische betaaltelevisieplatform moeten worden beoordeeld vanuit het perspectief van de mogelijke horizontale effecten die daarvan het gevolg kunnen zijn voor de betaaltelevisiemarkt zelf (met name de diensten voor pay-per-view en video-on-demand), en die op hun beurt weer een nadelig effect zullen hebben op de mededinging in bepaalde telecommarkten.

283. Allereerst is het belangrijk eraan te herinneren dat het in de onderhavige zaak uitgevoerde marktonderzoek duidelijk heeft gemaakt dat bepaalde diensten, met betrekking tot de betaaltelevisiediensten, zoals “pay-per-view” (PPV), “near-video-on-demand” (nVoD) en “video-on-demand” (VoD) kunnen worden beschouwd als segmenten binnen de totale betaaltelevisiemarkt⁹⁷.

284. De aan de fusie voorafgaande situatie en het in de onderhavige zaak uitgevoerde marktonderzoek hebben het belang getoond dat Telecom Italia heeft met betrekking tot betaaltelevisiediensten en/of haar belang met betrekking tot het gebruik van bepaalde

⁹⁶ Zie in de genoemde concentratiebeschikking Sogecable de overwegingen 96, 100, 102 betreffende de markt voor internettoegang in Spanje, en de overwegingen 106-109 betreffende de markt voor vaste telefoonverbindingen in Spanje.

⁹⁷ Pay-per-view is een dienst waarbij de klant als aanvulling op het betalen van een televisieabonnement, op basis van afzonderlijke producten moet betalen om naar de inhoud te kunnen kijken (bijv. een film of een sportevenement). Video-on-demand en near-video-on-demand zijn voor klanten van betaaltelevisie verschillende modaliteiten om op individuele basis toegang te hebben tot video-inhoud.

aantrekkelijke inhoud via haar eigen transmissiewijzen, zelfs in de hypothese dat dit gebeurt om zich te richten op één of enkele betaaltelevisiesegmenten (video-on-demand en pay-per-view).

285. In dit opzicht is door derden verondersteld dat het belang van Telecom Italia (en haar aanwezigheid in de raad van bestuur van het gecombineerde platform) eerder een stimulans zou zijn voor Telecom Italia om - hetzij via haar “stopgezette” kabelnetwerk, of via haar eigen xDSL-breedbandinfrastructuur - een bijdrage te leveren aan het versterken van het platform dan om daarmee op de betaaltelevisiemarkt te concurreren. Deze strategische keuze zou geloofwaardig lijken in het licht van de doelstelling van Telecom Italia om de verliezen terug te verdienen die in de afgelopen jaren zijn geleden in de gezamenlijk met *NewsCorp* gevoerde onderneming *Stream*. Tegelijkertijd zou *NewsCorp* er belang bij hebben gehad om Telecom Italia binnen de nieuwe eenheid te houden, teneinde de aanzienlijke financiële steun van Telecom Italia veilig te stellen.
286. Van de belangrijkste argumenten die in de loop van de procedure naar voren zijn gebracht, werd niet alleen de nadruk gelegd op het feit dat het “verband” een convergentie van belangen tussen de twee bedrijven zou creëren, maar ook op het feit dat beide partijen daardoor zouden worden gestimuleerd om een wederzijds versterkende gemeenschappelijke strategie/gedrag te ontwikkelen zowel met betrekking tot de “betrokken markt” (betaaltelevisie) als met betrekking tot de markten waarop de media- en telecomconvergentie plaatsvindt (breedbandtoegang tot internet en vaste telefoonverbindingen).

1.2 De argumenten van *NewsCorp*

287. In haar reactie op de mededeling van punten van bezwaar verklaarde *NewsCorp*⁹⁸ dat - vergeleken met de situatie voorafgaand aan de fusie toen Telecom Italia voor de helft eigenaar was van *Stream* - de aanwezigheid van Telecom Italia met een aanzienlijk belang in het gecombineerde platform (in ieder geval via een “deelname zonder zeggenschap”) geen afbreuk doet aan de potentiële stimulans van Telecom Italia om te concurreren op de betaaltelevisiemarkt (door ervoor te kiezen niet weer toe te treden en/of door samen te werken met het gecombineerde platform). Bovendien stelde *NewsCorp* dat het niet juist is om Telecom Italia in de nabije toekomst aan te merken als een serieuze nieuwkomer op de betaaltelevisiemarkt indien echt rekening wordt gehouden met de feitelijke technische beperkingen van xDSL en de UMTS-technologieën met betrekking tot hun vermogen om een passend alternatief te bieden voor DTH, kabel en DTT bij het uitzenden van betaaltelevisiediensten.
288. Bovendien stelt *NewsCorp* dat, in het algemeen (en specifiek met betrekking tot prikkels om een samenwerkingsstrategie tot stand te brengen tussen het gecombineerde platform en Telecom Italia) de toe te passen bewijslast moet voldoen aan de eisen die het Gerecht van eerste aanleg in de zaak *Tetra Laval* heeft vastgelegd⁹⁹. Derhalve voert *NewsCorp* aan dat de Commissie moet aantonen dat “het meer waarschijnlijk is dan niet dat de gefuseerde groep een dergelijke strategie zou aannemen”¹⁰⁰.

⁹⁸ Paragrafen 7.1.1 tot 7.2.12 van het verweer van *NewsCorp*.

⁹⁹ Zaak T-5/02 *Tetra Laval SA/Commissie*, arrest van 25 oktober 2002, rechtsoverwegingen 153 en 251.

¹⁰⁰ Paragraaf 7.2.12 van het verweer van *NewsCorp*.

1.3 Algemeen onderzoek

289. Tegen deze achtergrond heeft de Commissie een grondige analyse uitgevoerd van al het beschikbare bewijsmateriaal en de mogelijke gevolgen van de transactie in verband met de bezorgdheid die tijdens het marktonderzoek is ontstaan ten aanzien van de Italiaanse betaaltelevisiemarkt. De Commissie is tot de conclusie gekomen dat het verzamelde bewijsmateriaal het in dit opzicht niet mogelijk maakt om vast te stellen dat mogelijke nadelige effecten voor de mededinging teweeg worden gebracht door de transactie die de fusie tot stand brengt (d.w.z. inclusief het minderheidsbelang van Telecom Italia)¹⁰¹. De elementen die deze conclusie onderbouwen worden hieronder gedetailleerd uiteengezet.

1.3. A) Prikkel voor het gecombineerde platform om het verband uit te buiten en door middel van positieve discriminatie van Telecom Italia zijn machtspositie op het gebied van betaaltelevisie te versterken

290. Het is waar dat in beginsel het verband tussen de nieuwe eenheid en Telecom Italia in potentie de machtspositie van de nieuwe eenheid op de betaaltelevisiemarkt verder kan versterken. Telecom Italia is de dominante speler op het gebied van xDSL-breedbandtoegang en zal in de toekomst waarschijnlijk ook op het gebied van UMTS een zeer sterke speler zijn. Betaaltelevisiediensten en met name video-inhoud kunnen door middel van diverse transmissiewijzen aan eindgebruikers worden geleverd: DTH, kabel en tot op zekere hoogte reeds vandaag de dag via de xDSL-breedbandtechnologie¹⁰², terwijl DTT in de nabije toekomst operationeel zal zijn. Zoals hierboven is uiteengezet, zal het nieuwe DTH-platform een bijna-monopolist zijn op de betaaltelevisiemarkt. Vanwege het beperkte bereik van het kabelnetwerk van de enige alternatieve exploitant van betaaltelevisie die reeds op de markt actief is, zal de feitelijke concurrentie naar verwachting erg beperkt zijn.

¹⁰¹ Met betrekking tot de toepasselijke standaardbewijslast, zie de gevoegde zaken C-68/94 en C-30/95, *Frankrijk en anderen/Commissie* [1998] Jurispr. I-1375, met name de rechtsoverwegingen 110, 120, 128 en 246.

¹⁰² In de context van internettoegang, verwijst de term 'bandbreedte' naar de snelheid waarmee informatie kan worden overgebracht. Hoe hoger de bandbreedte, hoe groter de snelheid van de lijn, en hoe meer informatie een telecommunicatiesysteem kan overbrengen. Moderne toepassingen binnen internet, en met name video-on-demand, vereisen de transmissie van grote hoeveelheden informatie, en vereisen derhalve een zeer snelle breedbandverbinding om bruikbaar te zijn voor de eindabonnee. Een soort zeer snelle band wordt vertegenwoordigd door de 'xDSL'- (Digital Subscriber Line) technologie. Er zijn verschillende varianten op de DSL-technologie zoals ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), HDSL (High data rate Digital Subscriber Line) en VDSL (Very high rate data Digital Subscriber Line). Ze worden gezamenlijk aangeduid als 'xDSL'-technologieën. Breedbanddiensten kunnen worden aangeboden via de bestaande koperlijnen mits aangehaakt aan zogenaamde 'mogelijk makende' technologieën zoals een van de 'xDSL'- (Digital Subscriber Line) technologieën. De 'xDSL'-technologieën zijn in staat om een koperlijn effectief om te zetten in een zeer snelle digitale lijn, en zo de technische beperkingen van het traditionele plaatselijke circuit bestaande uit koper te overwinnen. In dit opzicht biedt ook kabelnetwerkinfrastructuur voor breedband-internettoegang vergelijkbare prestaties voor de eindgebruikers en kan - vanuit de vraagzijde bezien - worden beschouwd als een goede vervanging voor xDSL-technologieën.

1.3.A.1 Marktonderzoek

291. In dit verband werd tijdens het marktonderzoek benadrukt dat Telecom Italia al op dit moment beschikt over de mogelijkheid om via haar kabel of haar xDSL-breedbandnetwerkdiensten te fungeren als de belangrijkste concurrentiedruk voor de nieuwe eenheid. Derden hebben opgemerkt dat Telecom Italia, vanwege dat verband, niet zal concurreren en ook geen enkele reden heeft om te gaan concurreren met het platform en/of weer toe te treden tot de betaaltelevisiemarkt, ook niet via haar kabelnetwerk¹⁰³ of via ADSL.
292. In het licht hiervan hebben derden in de loop van het marktonderzoek en als reactie op de marktanalyses hun bezorgdheid geuit met betrekking tot de prikkel/het belang van de nieuwe eenheid om haar verband met Telecom Italia uit te buiten en de concurrentiedreiging - die afkomstig is van de dominante speler op het gebied van een van de bestaande alternatieve transmissiewijzen van betaaltelevisiediensten (toegang tot breedbandinternet), die waarschijnlijk ook een sterke speler is op het gebied van de toekomstige transmissiewijzen (UMTS) - hoe dan ook “te neutraliseren”.
293. Gesuggereerd werd dat dit doel om “te neutraliseren” verder had kunnen worden bereikt door Telecom Italia ten opzichte van haar concurrenten op de breedbandinternetmarkt te begunstigen, bijvoorbeeld door de inhoud onder gunstiger voorwaarden (wat betreft prijs, kwaliteit en timing) beschikbaar te stellen aan Telecom Italia. In ruil voor die voorkeursbehandeling en op basis van het verband zou Telecom Italia minder reden kunnen hebben om via haar bestaande activiteiten volledig met het platform te concurreren.

1.3.A.2 Beoordeling van de Commissie

294. Om haar beoordeling uit te voeren heeft de Commissie in het specifieke geval van Italië onder andere een analyse verricht van de stand van zaken van de xDSL-technologieën die over het potentieel beschikken om in de nabije toekomst – als concurrentie van de transmissiewijzen via satelliet - betaaltelevisiediensten aan te bieden. Bovendien heeft de Commissie ook een analyse verricht van de waarschijnlijke prikkels op grond waarvan het gecombineerde platform Telecom Italia vergeleken met haar concurrenten een voorkeursbehandeling kan geven.
295. In het algemeen wegen de bedenkingen van derden niet op tegen de feitelijke bewijzen dat Telecom Italia stopt met alle activiteiten op het gebied van betaaltelevisiediensten en op dit moment geen aanmerkelijk commercieel motief heeft om haar kabelnetwerk weer te activeren en complete betaaltelevisiediensten te gaan aanbieden.

¹⁰³ In feite kan Telecom Italia haar in 1998 onderbroken kabelnetwerkproject weer opstarten. Die mogelijkheid heeft betrekking op de voltooiing van haar bestaande kabelnetwerk in Italië, (het zogenaamde “Socrates-project”), dat in eerste instantie was bedoeld voor het verbinden van [...] miljoen huishoudens met een glasvezel-coax-netwerk (Hyber Fiber Coaxial, HFC network).

296. Wat betreft xDSL-breedbandtoegangstechnologieën (met name ADSL) is het juist dat deze technologie als een alternatief voor DTH in de nabije toekomst abstract gezien kan worden beschouwd als een krachtige transmissiewijze voor betaaltelevisiediensten. De mate van ontwikkeling van ADSL-technologie in Italië vereist echter nog steeds een enorme investering en verbetering van het netwerk¹⁰⁴ alvorens het netwerk een pakket uit te zenden televisiekanalen kan transporteren (d.w.z. transmissie waardoor alle eindgebruikers gelijktijdig kunnen kijken naar rechtstreekse uitzendingen, voetbalwedstrijden of films).
297. Het onderzoek van de Commissie heeft uitgewezen dat Telecom Italia tot op heden voor dit doel geen middelen heeft vastgelegd. Dit sluit de mogelijkheid niet uit dat Telecom Italia besluit om die investeringen in de toekomst te doen. Het was in ieder geval niet mogelijk om tijdens het marktonderzoek voldoende bewijs te verzamelen om te kunnen concluderen dat Telecom Italia reeds een potentiële hertoetreders is op de betaaltelevisiemarkt en dat de “potentiële hertoetreding” in aanzienlijke mate wordt geneutraliseerd door het “verband” met het gecombineerde platform.
298. Met betrekking tot de rechtstreekse en niet-rechtstreekse prikkels voor het gecombineerde platform om Telecom Italia als voorkeurspartner te kiezen in haar rol van mede-eigenaar en vanwege haar medefinanciering (naar een evenredig deel) van het DTH-platform (d.w.z. prikkels die voortvloeien uit het “verband”), maken de voor de in het geding zijnde transactie vastgelegde contractuele bepalingen tussen het platform en Telecom Italia het niet mogelijk een dergelijke conclusie te trekken, d.w.z. dat een voorkeursbehandeling van het gecombineerde platform jegens Telecom Italia wordt gerealiseerd als een rechtstreeks gevolg van de transactie die de fusie teweegbrengt (d.w.z. met inbegrip van het minderheidsbelang).
299. Gelet op het bovenstaande kan niet worden geconcludeerd dat het gecombineerde platform redelijk sterke motieven heeft om Telecom Italia - vanwege de aanwezigheid van Telecom Italia als een minderheidsaandeelhouder - te kiezen als zijn bevoorrechte partner, waardoor de potentiële concurrentiedreiging afkomstig van Telecom Italia wordt geneutraliseerd en zijn machtspositie op de betaaltelevisiemarkt in Italië wordt versterkt.

1.3 B) Prikkel van het gecombineerde platform en Telecom Italia om parallel of gezamenlijk gedrag / strategieën te ontwikkelen, waardoor de resterende omvang van de tussen hen bestaande concurrentiedruk verder wordt beperkt

300. Het is juist dat de transactie en het verband tussen het monopolistische betaaltelevisieplatform en Telecom Italia bij de twee partijen aanzienlijke prikkels teweeg kunnen brengen met betrekking tot de betaaltelevisiemarkt (met name pay-per-view-diensten en video-on-demand), die op hun beurt de mededinging op de telecommarkten ook nadelig kunnen beïnvloeden. Telecom Italia en de gecombineerde eenheid kunnen met name hun activiteiten coördineren met betrekking tot (a) volledige betaaltelevisiediensten en video-on-demand en (b) interactieve multimediasdiensten die voortvloeien uit de mediaconvergentie.

¹⁰⁴ Bijvoorbeeld om de omvang van de huidige netwerkfuncties te vergroten, zowel voor de lange termijn als op plaatselijk niveau.

1.3.B.1 Marktonderzoek

301. Tijdens het marktonderzoek hebben derden de Commissie erop gewezen dat het niet onredelijk zou zijn te verwachten dat het gecombineerde platform zal proberen om het verband met Telecom Italia uit te buiten om toegang te krijgen tot het erg omvangrijke klantenbestand van Telecom Italia, en derhalve zal proberen zijn eigen abonnementenbestand te vergroten, door alle mogelijke voordelen van het verband met Telecom Italia uit te buiten, zo nodig via gezamenlijke commerciële initiatieven. Om die reden kan redelijkerwijs worden verwacht dat zowel Telecom Italia als het gecombineerde platform stilzwijgende of uitdrukkelijke samenwerkingsvormen zullen aangaan.
302. Derden hebben bevestigd dat beide partijen vanwege het verband en de potentiële “neutralisatie” van de concurrentiedreiging een motief kunnen hebben om afspraken te maken, op grond waarvan het gezamenlijk aanbieden/aankopen van producten of diensten voor klanten mogelijk wordt gemaakt op een wijze dat hun respectieve marktpositie wordt verbeterd, doordat ze gebruikmaken van elkaars activa en infrastructuur.
303. Derden hebben gewezen op de potentiële risico’s die voortvloeien uit de mogelijkheid dat beide partijen preferentiële overeenkomsten sluiten voor de distributie van de inhoud van het gecombineerde platform of voor het bundelen van multimedia en/of audiovisuele inhoud met telecomdiensten. Uit de marktanalyse kwam bovendien naar voren dat de nieuwe eenheid en Telecom Italia vanwege hun verband (het minderheidsbelang en de aanwezigheid in de raad van bestuur) een motief en voldoende speelruimte zouden kunnen hebben om te manoeuvreren en meer strategische samenwerkingsverbanden/overeenkomsten aan te gaan, hetgeen een schadelijk effect kan hebben voor potentiële concurrenten van de nieuwe eenheid.
304. Volgens bijna alle derden zou dit er verder toe bijdragen dat het gecombineerde platform en Telecom Italia op de respectieve markten een onbedreigde concurrentiepositie jegens hun concurrenten verkrijgen. Het aannemen van parallel gedrag/strategieën inzake “marktverdeling” wordt binnen de segmenten van de betaaltelevisiemarkt met een respectief belang gemakkelijker en de omvang van de concurrentiedruk wordt aldus verder beperkt, terwijl Telecom Italia bij het ontbreken van het verband nog steeds in de marge van de Italiaanse betaaltelevisiemarkt zou kunnen opereren.

1.3.B.2 De argumenten van Newscorp

305. *Newscorp* heeft verklaard dat de motieven van het gecombineerde platform om na de fusie samen te werken met Telecom Italia niet inhoudelijk worden beïnvloed door de fusie, aangezien het nieuwe platform en Telecom Italia contractueel tot betrokkenheid bij het project zijn verplicht en “het derhalve niet aan de orde is dat het gecombineerde platform streeft naar het behouden van de welwillendheid van Telecom Italia. Verder heeft Telecom Italia geen zeggenschap over het gecombineerde platform en is het dus een rationele strategie van het gecombineerde platform, om alleen samenwerkingsafspraken te maken als dat de meest gunstige strategie is voor het gecombineerde platform zelf”¹⁰⁵.

1.3.B.3 Beoordeling van de Commissie

306. Tegen deze achtergrond heeft de Commissie de bovenstaande argumenten en scenario’s zorgvuldig geanalyseerd, met in gedachten de juridische voorwaarde dat het beschreven nadelige effect voor de mededinging moet worden veroorzaakt door de transactie die de concentratie teweegbrengt. In het licht hiervan wordt door het feitelijke bewijs dat de Commissie tijdens de gehele procedure heeft verzameld niet aangetoond dat – bij het ontbreken van de mogelijkheid voor Telecom Italia om feitelijk een “beslissende invloed” uit te oefenen op het strategische commerciële gedrag van het gecombineerde platform – zowel het platform als Telecom Italia motieven hebben om parallel of gezamenlijk gedrag/strategieën te ontwikkelen die tot gevolg hebben dat vanwege de aangemelde transactie zich risico’s voordoen dat de mededinging in aanzienlijke mate wordt geschaad.

307. Derhalve wordt geconcludeerd dat het marktonderzoek niet voldoende bewijs heeft opgeleverd om te kunnen vaststellen dat de risico’s voor de mededinging zoals die door derden in de loop van de procedure zijn benadrukt, zich in de nabije toekomst zullen voordoen als gevolg van de transactie die de fusie teweegbrengt (d.w.z. inclusief het minderheidsbelang van Telecom Italia in het gecombineerde platform).

2. Conclusie

308. Ook al is het in het licht van de historische achtergrond en de context waarbinnen de aangemelde fusie plaatsvindt niet onredelijk om de mening te zijn toegedaan dat het verband tussen Telecom Italia en het gecombineerde platform (een aanzienlijk minderheidsbelang en lid van de raad van bestuur) een mogelijke bron van potentiële concurrentie opheft, toch kon niet overtuigend worden vastgesteld dat een dergelijk verband verder zal bijdragen aan de versterking van de machtspositie van het gecombineerde platform op de Italiaanse betaaltelevisiemarkt.

B. MARKTEN VOOR TELECOMDIENSTEN WAAR DE CONCENTRATIE EEN MACHTSPOSITIE VAN TELECOM ITALIA KAN VERSTERKEN

¹⁰⁵ Punt 7.2.12 van het verweer van *Newscorp*.

309. In Italië is Telecom Italia onder andere actief als aanbieder van vaste telefoondiensten, mobiele en satelliettelefoondiensten en als aanbieder van internetdiensten, zowel op groothandel- als op detailhandelniveau. Telecom Italia is bovendien actief waar het gaat om het aanbieden van diensten voor het creëren van een website, het verkopen van on-line reclameruimte en het aanbieden van multimediasdiensten. De werkterreinen van Telecom Italia, die met name van belang zijn in de context van de onderhavige concentratie, zijn diensten voor internettoegang en vaste telefonie en houden beide verband met de potentiële aanbieding van multimediasdiensten.
310. In Italië heeft Telecom Italia zowel op de markt van breedbandinternettoegang als op de markt van vaste telefonie een machtspositie.

1. Analyse van de nadelige effecten voor de mededinging op de vastgestelde telecommarkten na de transactie

1.1 Algemene overwegingen

311. Het gecombineerde platform zou beschikken over de exclusieve rechten om belangrijke sportinhoud (zoals, maar niet beperkt tot, voetbal) en speelfilms te kunnen exploiteren. Terwijl deze rechten op de Italiaanse markt tot op heden voornamelijk via satelliet zijn geëxploiteerd, maakt het bestaan van negatieve exclusiviteitsrechten en holdback-bepalingen in de desbetreffende contracten het voor de gecombineerde eenheid mogelijk om het gebruik van die inhoud of een deel daarvan op verschillende transmissieplatforms (bijvoorbeeld internet) te voorkomen. Wat dit betreft dient vermeld te worden dat in de procedure bij de IAA met betrekking tot de niet afgeronde “modelovereenkomst”, waarnaar in overweging 15 wordt verwezen, het gecombineerde platform reeds onder andere de verplichting heeft voorgesteld om afstand te doen van die negatieve exclusiviteitsrechten en holdback-rechten op andere dan DTH-platforms.

1.2 Marktonderzoek

312. Het marktonderzoek heeft bevestigd dat multimediarrechten, zoals de rechten waarover het gecombineerde platform beschikt (vooral voetbal en sportinhoud), geschikt zijn voor exploitatie door middel van andere dan DTH-transmissiewijzen, ongeacht de netwerkinfrastructuur (internet, kabel, satelliet of anderszins). Met name een deel van de inhoud (bijvoorbeeld voetbalevenementen) is ook geschikt voor transmissie via de “streaming” modaliteiten waarbij gebruik wordt gemaakt van xDSL-technologie, zoals de belangrijkste acties uit een voetbalwedstrijd. In dit verband hebben derden in de loop van de procedure betoogd dat Telecom Italia zich met betrekking tot een deel van de inhoud van het gecombineerde platform vanwege haar zekere positie in het gecombineerde platform, in een duidelijk gunstige positie bevindt voor het verkrijgen van bevoorrechte sub-licenties van exclusieve rechten om die via de transmissiewijzen waarover ze beschikt, met name breedbandinternettoegang, te exploiteren. Er is bijvoorbeeld gewezen op het risico dat, indien de “portals” van Telecom Italia die inhoud onder betere voorwaarden (bijvoorbeeld in near-real-time) krijgen dan andere “portals”, andere aanbieders van diensten via internet een duidelijk oneerlijk concurrentienadeel zouden ondervinden.

313. In de bovenstaande context is het juist dat indien zich een meer begunstigende behandeling zou voordoen, de huidige marktmacht van Telecom Italia - die onder andere rechtstreeks voortvloeit uit haar omvangrijk klantenbestand – uiteindelijk kan worden versterkt door haar vermogen om verder te groeien en oude en nieuwe klanten vast te houden door het aanbieden van gebundelde diensten, waaronder diensten voor breedbandinternettoegang, vaste telefonie en multimedia-inhoud (zogenaamd “drievoudig aanbod”). Vergeleken met het veel kleinere klantenbestand van de concurrenten van Telecom Italia, is het enorme klantenbestand van Telecom Italia zowel voor adverteerders als voor aanbieders van inhoud een aantrekkelijk en relevant element.
314. In dit scenario bestaat er een risico dat de concurrenten van Telecom Italia niet opgewassen zijn tegen het mogelijke “drievoudig aanbod” waarover Telecom Italia kan beschikken. Als gevolg daarvan zullen andere exploitanten met een telecomlicentie naar alle waarschijnlijkheid steeds minder aantrekkelijk worden voor adverteerders (en voor aanbieders van inhoud)¹⁰⁶.

1.3 De argumenten van Newscorp

315. Met klem heeft *Newscorp* het feit bestreden dat de transactie de machtspositie versterkt, die Telecom Italia op het gebied van breedbandinternettoegang en vaste telefonie heeft, dankzij de bevoorrechte toegang tot de inhoud van het gecombineerde platform waardoor een ongeëvenaard “drievoudig aanbod” mogelijk is. *Newscorp* heeft daarentegen verklaard dat “het absoluut niet voor de hand ligt dat de andere aandeelhouders in het gecombineerde platform Telecom Italia zouden willen begunstigen [...]”. Het gecombineerde platform heeft geen motief om Telecom Italia bevoorrechtte toegang te verlenen tot welke inhoud dan ook. Telecom Italia heeft geen zeggenschap over het gecombineerde platform, dat bijgevolg zijn eigen commerciële strategie bepaalt. Het gecombineerde platform hoeft niet te streven naar het behouden van de welwillendheid van Telecom Italia want Telecom Italia is contractueel verplicht tot haar investering. Het is dus de rationele strategie van het gecombineerde platform om op gepaste afstand onder normale commerciële voorwaarden aan alle derden, met inbegrip van maar niet beperkt tot Telecom Italia, toegang te verlenen tot zijn inhoud¹⁰⁷.

1.4 De argumenten van Telecom Italia

¹⁰⁶ De concurrenten van Telecom Italia op het gebied van breedbandinternettoegangsdiensden zijn: Fastweb (e.Biscom), Wind, Tiscali, Albacom, Gruppo I.net, MCI Worldcom (met name voor zakelijke klanten). Enkele van deze bedrijven zijn ook concurrenten van Telecom Italia op het gebied van vaste telefoondiensten (Wind-Infostrada, Albacom, Fastweb, Tiscali).

¹⁰⁷ Punt 1.2.7 van het verweer van *Newscorp*.

316. Telecom Italia heeft verklaard dat haar participatie in het gecombineerde platform louter een financiële investering betreft. Volgens Telecom Italia “is er geen industrieel, commercieel of strategisch model dat zij middels haar minderheidsbelang beoogt te realiseren. Reeds in 2000 had Telecom Italia besloten om de betaaltelevisiemarkt te verlaten en na de afronding van de eerder genoemde “modelovereenkomst” (het verwerven van de exclusieve zeggenschap over het gecombineerde platform door de Vivendi-groep) zou Telecom Italia haar totale participatie hebben verkocht. De redenen waarom Telecom Italia een minderheidsbelang behoudt in het gecombineerde platform [...] houden verband de mogelijkheid om een deel van de gedane investeringen terug te krijgen: het is simpelweg een financiële beslissing.”¹⁰⁸

1.5 Beoordeling door de Commissie

317. Tegen deze achtergrond heeft de Commissie de effecten van de transactie grondig geanalyseerd wat betreft de mogelijke bezorgdheid ten aanzien van de mededinging, namelijk de potentiële versterking van een machtspositie van Telecom Italia op de betrokken Italiaanse telecommarkten (breedbandinternettoegang en vaste telefonie).

318. Zoals hierboven is vermeld, heeft de Commissie niet kunnen vaststellen dat het gecombineerde platform jegens Telecom Italia - vergeleken met andere aanbieders van diensten via internet/exploitanten met een telecomlicentie - een meer begunstigende behandeling zou hanteren naar aanleiding van de transactie die de concentratie teweegbrengt (d.w.z. inclusief het minderheidsbelang van Telecom Italia).

1.6 Conclusie

319. Gelet op het voorgaande wordt geconcludeerd dat het in de loop van de procedure verzamelde bewijs niet voldoende is om te kunnen vaststellen dat potentiële nadelige effecten voor de mededinging op de Italiaanse telecommarkten het gevolg zouden zijn van de transactie die de fusie teweegbrengt (d.w.z. inclusief het minderheidsbelang van Telecom Italia).

2. Conclusie betreffende het verband met Telecom Italia

320. De fusie zal niet leiden tot een duurzame versterking van de machtspositie van Telecom Italia met betrekking tot deze telecommunicatiemarkten (breedbandinternettoegang en vaste telefonie), die aan het onderzoek zijn onderworpen vanwege het verband van Telecom Italia met de gecombineerde eenheid.

IV. TOEZEGGINGEN DIE VERBAND HOUDEN MET TELECOM ITALIA

¹⁰⁸ Punt 24 van de opmerkingen van Telecom Italia.

321. Zoals vermeld in overweging 222 hierboven, heeft *Newscorp* op 13 maart 2003 overeenkomstig artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening een herziene reeks verplichtingen ingediend (hierna “toezeggingen” of “verbintenissen” genoemd) teneinde toestemming voor de betrokken fusie te krijgen. Zoals hierboven reeds is vermeld, bouwen deze verplichtingen voort op de corrigerende maatregelen die op 31 oktober 2002 en op 14 januari 2003 bij de Commissie zijn ingediend.
322. Een deel van de door *Newscorp* voorgestelde verplichtingen betreft de betrekkingen tussen het gecombineerde platform en Telecom Italia.

1. *Samenvatting van de door Newscorp op 13 maart 2003 aangeboden verplichtingen met betrekking tot Telecom Italia (paragraaf 13 van de tekst met verplichtingen)*

323. De door *Newscorp* aangeboden verplichtingen inzake haar betrekkingen met Telecom Italia voorzien in het volgende:
- a). *Newscorp* brengt geen gezamenlijk aanbod uit met Telecom Italia teneinde diensten voor betaaltelevisie en breedbandinternettoegang te combineren, *Newscorp* discrimineert niet ten gunste van Telecom Italia met betrekking tot het verlenen van sublicenties voor audiovisuele inhoud, *Newscorp* zal haar klanten er niet toe bewegen hun interactieve diensten via Telecom Italia te laten verlopen en *Newscorp* zal zonder voorafgaande toestemming van de Commissie geen strategische overeenkomsten sluiten met Telecom Italia.
- b). De toezeggingen betreffende Telecom Italia blijven van kracht zolang Telecom Italia beschikt over een aandelendeelname van minimaal vijf procent en zitting heeft in de raad van bestuur van het gecombineerde platform.

2. *Beoordeling van de verplichtingen met betrekking tot Telecom Italia*

324. In het licht van de bovenstaande bevindingen en conclusies neemt de Commissie nota van de door *Newscorp* aangeboden verplichtingen inzake haar betrekkingen met Telecom Italia. Deze verplichtingen vormen echter geen voorwaarden of verplichtingen van de onderhavige beschikking.

VIII CONCLUSIE

325. Om de hierboven beschreven redenen wordt geconcludeerd dat - onder voorbehoud dat wordt voldaan aan de door *Newscorp* aangegane verbintenissen – door de voorgestelde concentratie geen machtspositie in het leven wordt geroepen of versterkt op de markt waarop diensten voor betaaltelevisie worden aangeboden, en op de markten waarop exclusieve rechten worden verworven voor aantrekkelijke speelfilms, voor voetbalevenementen die jaarlijks worden gespeeld en waaraan nationale teams deelnemen, voor overige sportevenementen, alsmede op de markt voor televisiekanalen, waardoor de daadwerkelijke mededinging aanzienlijk wordt belemmerd op de gemeenschappelijke markt of een belangrijk deel daarvan. Onder voorbehoud dat wordt

voldaan aan de in de bijlage beschreven verplichtingen moet de concentratie derhalve krachtens artikel 8, lid 2, van de concentratieverordening en artikel 57 van de EER-Overeenkomst verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden verklaard,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

De aangemelde transactie, waardoor The News Corporation Limited ("*NewsCorp*") de exclusieve zeggenschap verkrijgt over de ondernemingen Telepiù Spa en Stream Spa, wordt verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst.

Artikel 2

Artikel 1 is afhankelijk van de volledige nakoming door *NewsCorp* van de in de bijlage beschreven verplichtingen, met uitzondering van punt 13 van Deel II.

Artikel 3

Deze beschikking is gericht tot:

The News Corporation Limited
1211 Avenue des Americas
New York, NY 10036

Voor de Commissie

Mario MONTI

Lid van de Commissie

BIJLAGE I

De volledige originele tekst van de in de artikel 2 bedoelde voorwaarden en verplichtingen kan worden geraadpleegd op de onderstaande website van de Commissie:

http://europa.eu.int/comm/competition/index_en.html