



KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER

Bruxelles, den 27. maj 1998

K(1998) 1439 endelig udg. - DA

KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 27. maj 1998

om en procedure i henhold til

Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89

(Sag nr. IV/M.993 - Bertelsmann/Kirch/Premiere)

(Kun den tyske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

KOMMISSIONENS BESLUTNING
af 27. maj 1998
om en procedure i henhold til
Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89
(Sag nr. IV/M.993 - Bertelsmann/Kirch/Premiere)

(Kun den tyske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR -

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,

under henvisning til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, særlig artikel 57, stk. 2, litra a),

under henvisning til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser¹, ændret ved forordning (EF) nr. 1310/97², særlig artikel 8, stk. 3,

under henvisning til Kommissionens beslutning af 22. januar 1998 om at indlede procedure i denne sag,

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

efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Kontrol med Fusioner og Virksomhedsovertagelser³, og

UD FRA FØLGENDE BETRAGTNINGER:

1. Den 1. december 1997 modtog Kommissionen efter artikel 4 i forordning (EØF) nr. 4064/89 (herefter benævnt "fusionsforordningen") anmeldelse af en fusionsplan gående ud på, at CLT-UFA S.A. (herefter benævnt "CLT-UFA") og Taurus Beteiligungs-GmbH & Co. KG (herefter benævnt "Taurus") som omhandlet i fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b), erhverver fælles kontrol med Premiere Medien GmbH & Co. KG (herefter benævnt "Premiere"), BetaDigital Gesellschaft für digitale Fernsehdienste mbH (herefter benævnt "BetaDigital") og BetaResearch Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen mbH (herefter benævnt "BetaResearch"). Den planlagte fusion skal gennemføres ved erhvervelse af kapitalandele.

¹ EFT L 395 af 30.12.1989, s. 1 (berigtiget i EFT L 257 af 21.9.1990, s. 13).

² EFT L 180 af 9.7.1997, s. 1.

³ EFT C

2. Den 15. december 1997 beordrede Kommissionen ved beslutning truffet efter fusionsforordningens artikel 7, stk. 2, og artikel 18, stk. 2, gennemførelsen af den anmeldte fusion stillet i bero, indtil der var vedtaget en endelig beslutning i sagen.
3. Ved brev af 22. december 1997 meddelte Tyskland jf. fusionsforordningens artikel 9, stk. 2, Kommissionen, at fusionen truede med at skabe eller styrke en dominerende stilling, hvorved den effektive konkurrence ville blive betydeligt hæmmet på seks markeder i Tyskland, der hver især udgjorde et særskilt geografisk marked som omhandlet i fusionsforordningens artikel 9, stk. 7.
4. Kommissionen besluttede den 22. januar 1998 at indlede procedure i denne sag i henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c), og EØS-aftalens artikel 57.
5. Udkastet til den foreliggende beslutning blev drøftet i det rådgivende udvalg den 6. maj og den 25. maj 1998.

I. PARTERNE

6. Bertelsmann AG (herefter benævnt "Bertelsmann") er det overordnede moderselskab i den største tyske mediekoncern. Bertelsmann-koncernen er primært aktiv inden for bog- og bladforlagsvirksomhed, bogklubber, trykkerivirksomhed samt musikforlags- og musikoptagelsesvirksomhed og har desuden interesser i den private tv-sektor. CLT-UFA er et joint venture mellem Bertelsmann og Audiofina S.A., hvori moderselskaberne har samlet deres europæiske tv-aktiviteter. Hertil hører også interesserne i Premiere.
7. Taurus er et holdingselskab i Kirch-koncernen (herefter benævnt "Kirch"). Kirch er den største udbyder af spillefilm og underholdningsprogrammer til tv i Tyskland og er også aktiv i den private tv-sektor. Koncernen opererer primært i Tyskland.

II. TRANSAKTIONEN

8. Det tyske betalings-tv-selskab Premiere ejes i dag af CLT-UFA og Canal+ S.A. (herefter benævnt "Canal+") med hver 37,5% og Kirch med 25%. Det er meningen, at Canal+ skal træde ud af Premiere, hvorefter CLT-UFA og Kirch øger deres andel i Premiere til 50% hver. Samtidig vil Kirch nedlægge sin egen digitale betalings-tv-kanal DF1 og overføre DF1-aktiverne til Premiere. Desuden vil Kirch overføre sin sportskanal DSF til Premiere og stille sine rettigheder inden for betalings-tv og pay-per-view til rådighed for Premiere i form af en underlicens mod [.....]⁴. Det er meningen, at Premiere skal fungere som program- og markedsføringsplatform inden for digitalt betalings-tv ved brug af den d-box-teknologi, som Kirch stiller til rådighed for Premiere, og som er baseret på et lukket krypteringssystem. Med henblik herpå skal Premiere samle egen- og/eller fremmedproducerede tv-programmer i programpakker og markedsføre dem. Endvidere skal Premiere varetage abonnentadministrationen ("subscriber

⁴ Slettet i den offentliggjorte udgave. Af fortrolighedshensyn er alle oplysninger angående bl.a. markedsandele og omsætning i det følgende angivet ved talintervaller i skarp parentes ([.....]). Tekstafsnit med fortrolige oplysninger er ligeledes erstattet af [.....].

management services"= SMS) ikke alene for Premiere Digital, men også for andre programudbydere. Premiere skal udvikle den dekoderinfrastruktur ("set top box"), der er nødvendig for modtagelse af digitalt tv. Desuden skal Premiere også varetage adgangsstyringen ("conditional access") for satellittransmitteret digital tv.

9. CLT-UFA overtager samtidig 50% af kapitalen i BetaDigital, som for øjeblikket er et helejet datterselskab i Kirch-koncernen. BetaDigital driver et sendecenter for digital-tv via satellit og skal i fremtiden levere tjenester inden for bearbejdning og transmission, herunder kryptering, videokompression, multiplexing og uplink til satellitten, såvel til Premiere som til andre. BetaDigital står i dag for uplink til satellitten for DSF og Pro 7 samt [.....].
10. CLT-UFA overtager desuden 50% af kapitalen i BetaResearch, som også i dag er et helejet datterselskab i Kirch-koncernen. BetaResearch er indehaver af eksklusive og ikke-tidsbegrænsede licenser for Tyskland, Østrig og den tysktalende del af Schweiz på beta-krypteringsteknologien til kryptering af programmer på basis af d-box-dekoderen. Licensgiveren til adgangsstyringsteknologien er DigCo B.V., hvoraf 50% ejes af Kirch og de øvrige 50% af Irdeto B.V., der tilhører den sydafrikanske MIH-gruppe. BetaResearch beskæftiger sig med udvikling af dekodersoftware og skal videreudvikle krypterings- og driftssoftware til d-box-teknologien. Det er meningen, at der skal gives licens på denne teknologi til Premiere, Deutsche Telekom AG (herefter benævnt "Telekom") og andre programudbydere og dekoderproducenter. BetaResearch vil desuden selv fremstille adgangsstyringsmoduler (herefter benævnt "CA-moduler") og smartcards til salg til d-box-producenter. Endvidere udfører BetaResearch også ordre- og projektudvikling for andre og har allerede fået ordrer fra [.....].
11. Telekom har ved en "aftale om en programudbyderneutral kabelplatform for digital-tv" sluttet sig til aftalen mellem Kirch og Bertelsmann om beta-adgangsteknologien baseret på d-box-dekoderen. Telekom skal på grundlag heraf udvikle en teknisk platform til digital transmission af betalings-tv-programmer gennem sit kabelnet. Telekom har til hensigt at erhverve interesser i BetaResearch for at sikre sig de fornødne rettigheder til beta-adgangsteknologien baseret på d-box-dekoderen. Denne transaktion behandles i sag IV/M.1027 - Deutsche Telekom/BetaResearch. Selv om begge transaktioner rent formelt udgør selvstændige fusioner og derfor også er blevet anmeldt hver for sig, er de rent materielt snævert indbyrdes forbundet. For tilsammen skal de to transaktioner danne grundlaget for indførelsen af digital-tv i Tyskland.

III. FUSION

12. Premiere er i dag et selskab, der kontrolleres af CLT-UFA, Kirch og Canal+ i forening, da alle tre har vetoret i markedsrelevante anliggender. Den anmeldte transaktion vil føre til en ændring af disse ejerforhold. Efter at Canal+ har trukket sig ud af Premiere, vil CLT-UFA og Kirch have 50% af kapitalen hver og således kontrollere Premiere i forening, idet alle strategiske forretningsbeslutninger herefter må træffes af CLT-UFA og Kirch i gensidig forståelse. Samtidig vil Kirch overføre betydelige markedsrelevante aktiver til Premiere i form af DF1-aktiverne og sportskanalen DSF samt rettigheder inden for betalings-tv og pay-

per-view. Tilførslen af Kirchs aktiviteter inden for digital-tv vil resultere i en betydelig udvidelse af Premieres aktiviteter.

13. Premiere vil på varigt grundlag varetage alle de funktioner, der normalt varetages af selvstændige økonomiske enheder, og kan desuden ikke antages at ville resultere i nogen samordning af CLT-UFA's og Kirchs konkurrenceadfærd. Premiere vil også fremover udbyde betalings-tv i Tyskland og ved siden af de hidtil mest udbredte analoge betalings-tv-programmer udbygge det digitale betalings-tv, både som programudbyder og som program- og markedsføringsplatform. Premiere opererer ganske vist i dag på grundlag af Taurus' rettigheder til transmission af betalings-tv. Men efter udløbet af de kontrakter, Taurus har indgået med rettighedshaverne, vil Premiere også erhverve betalings-tv-rettigheder fra andre, bl.a. også fra [.....]. Efter fusionens gennemførelse vil Kirch og CLT-UFA/Bertelsmann kun operere på markedet for betalings-tv og rettigheder til transmission af betalings-tv via deres interesser i Premiere. CLT-UFA's og Kirchs forøgelse af deres ejerandel i Premiere efter Canal+'s udtræden samtidig med udbygningen af Premiere til en digital program- og markedsføringsplatform udgør derfor en fusion efter fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b).
14. CLT-UFA og Kirch får hver 50% af BetaDigitals kapital og kommer dermed til at udøve fælles kontrol med virksomheden. BetaDigital vil på varigt grundlag varetage alle de funktioner, der normalt varetages af selvstændige økonomiske enheder, og vil desuden ikke resultere i nogen samordning af CLT-UFA's og Kirchs konkurrenceadfærd. BetaDigital leverer ganske vist i dag størsteparten af sine tekniske tjenester til virksomheder, der er forbundet med CLT-UFA og Kirch. Det er imidlertid meningen, at BetaDigital også skal levere tekniske tjenester til andre, hvilket allerede i et vist omfang sker i dag. Det er rimeligt at antage, at BetaDigital i takt med øget udbredelse af digital-tv i Tyskland også i stigende grad vil levere til tredjeparter. BetaDigital må derfor betragtes som et selvstændigt fungerende joint venture. Eftersom kun CLT-UFA har visse, ikke særlig betydelige, aktiviteter inden for tekniske tjenester til digital-tv via Cologne Broadcasting Center GmbH, bliver der heller ikke tale om nogen samordning af CLT-UFA's og Kirchs konkurrenceadfærd. CLT-UFA's erhvervelse af interesser i BetaDigital udgør derfor en fusion i form af et joint venture efter fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b).
15. I første omgang vil CLT-UFA og BetaTechnik, der tilhører Kirch-koncernen, have hver 50% af BetaResearch. Efter Telekom's overtagelse af interesser i BetaResearch vil BetaResearch være kontrolleret af Telekom, CLT-UFA og Kirch i forening. Ifølge den "Aftale om omstrukturering af BetaResearch", der er indgået mellem CLT-UFA, Kirch og Telekom (herefter benævnt "omstrukturingsaftalen"), skal vigtige forretningspolitiske beslutninger, [.....], træffes af virksomhedens ejere med enstemmighed. BetaResearch vil på varigt grundlag varetage alle de funktioner, der normalt varetages af selvstændige økonomiske enheder, og desuden ikke føre til nogen samordning af CLT-UFA's og Kirchs konkurrenceadfærd. BetaResearch vil ikke alene give licens på d-box-teknologien til virksomheder, der som Telekom og BetaDigital udbyder tekniske tjenester til digital-tv, men også til programudbydere, der selv vil tage sig af de fornødne tekniske tjenester. BetaResearch vil derudover meddele licenser til interesserede dekodeproducenter og levere CA-moduler til dem. Endvidere vil BetaResearch også udvikle dekodersoftware for tredjemand. Det kan derfor konkluderes, at

BetaResearch ved siden af sine forretninger med moderselskaberne eller med disse forbundne virksomheder også i ikke ubetydeligt omfang vil meddele licenser til tredjeparter og dermed selv optræde som aktør på markedet. BetaResearch må derfor betragtes som en selvstændigt fungerende virksomhed. Eftersom kun CLT-UFA via Bertelsmanns interesser i Seca S.A. er aktiv inden for digitale krypteringsteknologier til betalings-tv, er der ingen risiko for en samordning af CLT-UFA's og Kirchs konkurrenceadfærd. CLT-UFA's erhvervelse af interesser i BetaResearch udgør derfor en fusion i form af et joint venture efter fusionsforordningens artikel 3, stk. 1, litra b).

IV. FÆLLESSKABSDIMENSION

16. Bertelsmann og Kirch har tilsammen en verdensomsætning på over 5 mia. ECU. De har hver især en omsætning inden for Fællesskabet på over 250 mio. ECU. Kun Kirch realiserer mere end to tredjedele af sin fællesskabsomsætning i en og samme medlemsstat, nemlig Tyskland. Fusionen har følgelig fællesskabsdimension og udgør en samarbejdssag i henhold til EØS-aftalen.

V. VURDERING EFTER FUSIONSFORORDNINGENS ARTIKEL 2

17. Den planlagte fusion berører først og fremmest markederne for
- betalings-tv
 - tekniske tjenester til betalings-tv.

A. Relevante produktmarkeder

1. Betalings-tv

18. Betalings-tv udgør et særskilt relevant produktmarked i forhold til markedet for reklamefinansieret privat tv og offentligt licens- og reklamefinansieret tv, der frit kan modtages ("free-tv")⁵. Medens der for licens- og reklamefinansieret tv kun består et forretningsforhold mellem programudbyderen og reklameindustrien, er der for betalings-tv's vedkommende kun tale om et forretningsforhold mellem programudbyderen og den seer, der abonnerer på betalings-tv. Konkurrencevilkårene er derfor ikke de samme for de to former for tv. Inden for licens- og reklamefinansieret tv er det seertal og reklameindtægter, der er de afgørende aktionsparametre, medens det inden for betalings-tv er programmernes tiltrækningskraft for de bestemte målgrupper og abonnementafgifterne, der er afgørende. Ifølge en undersøgelse foretaget af GfK-Fernsehforschung bruger betalings-tv-abonnenter gennemsnitligt 90% af deres seertid på free tv og 10% på betalings-tv. At abonnenterne til trods for den forholdsvis ringe udnyttelse er rede til at betale en betydelig pris for betalings-tv, viser, at betalings-tv udgør et særligt produkt med en særlig merværdi. I takt med en øget digitalisering vil der ganske vist med tiden kunne blive tale om en vis konvergens mellem betalings-tv og free-tv. Det kan navnlig blive tilfældet, hvis også free-tv-kanaler i fremtiden i større omfang kommer til at indgå i betalings-tv-udbydernes digitale kanalpakker. Denne mulige fremtidige udvikling gør det dog ikke berettiget allerede i dag at

⁵ Jf. Kommissionens beslutning 94/922/EF, MSG Media Service, EFT L 364 af 31.12.1994, s. 1, nr. 32, 33.

lægge et samlet marked for både betalings-tv og free-tv til grund. Til markedet for betalings-tv hører også pay-per-channel og pay-per-view. En underopdeling af markedet for betalings-tv i et marked for analogt og digitalt betalings-tv kommer ikke i betragtning. Digitalt betalings-tv er blot en videreudvikling af analogt betalings-tv og udgør derfor ikke noget særskilt relevant produktmarked. I øvrigt må analogt betalings-tv ventes at blive fuldstændigt erstattet af digitalt betalings-tv i løbet af de kommende år. Ifølge Premieres forretningsplan (herefter benævnt "business plan") skal de analoge abonnementer løbende omdannes til digitale abonnementer, således at der i år [.....] kun vil findes digitale abonnenter.

2. Tekniske tjenester til betalings-tv

19. Betalings-tv forudsætter en særlig teknisk infrastruktur, der åbner mulighed for at kryptere programsignaler og afkryptere dem over for de autoriserede seere. Sidstnævnte sker ved hjælp af en dekoder, som installeres i alle de tv-husstande, der abonnerer på betalings-tv. Dekodere til modtagelse af digitalt betalings-tv afkoder ikke blot de signaler, der er krypteret i adgangssystemet, men konverterer dem også, således at digitale tv-signaler kan modtages på analoge tv-apparater. Der anvendes forskellige dekoderer til hhv. kabel- og satellittransmission.
20. Ud over en dekoderbase kræver betalings-tv også et adgangsstyringsystem. Dette system skal styre transmissionen af krypterede data med information om de programmer eller programpakker, der abonneres på, og abonnenternes autorisation til at modtage dem sammen med programsignalet, og omfatter også såkaldte smartcards, som seerne kan købe, og som kan afkode de krypterede autorisationsdata og sende dem til dekoderen.
21. Dette har resulteret i, at der er opstået et marked for tjenester til betalings-tv. Der er hovedsagelig tale om varetagelse af adgangsstyring samt markedsføring af dekoderer og smartcards. Tekniske tjenester til betalings-tv kræver forskellig teknik afhængig af, om der er tale om transmission af digitale programsignaler via satellit eller kabel. Ved satellittransmission sendes programsignalet efter passende bearbejdning fra sendecentret på den satellittransponder, der bruges, og kan derfra modtages direkte af enhver satellithusstand ved hjælp af en særlig dekoder til satellitmodtagelse. Ved kabelspredning sendes de bearbejdede programsignaler fra satellittransponderen derimod først til en kabel-hovedstation, hvor de tilpasses til spredning i kabelnettet og derefter fødes ind i kabelnettet. Selv om transmissionsteknikken ikke er den samme for transmission via satellit og kabelnet, forekommer det ikke indlysende at opdele markedet for tekniske tjenester til betalings-tv i to særskilte delmarkeder. Det er dog under alle omstændigheder ikke nødvendigt at tage endelig stilling til dette spørgsmål, da det er uden betydning for den konkurrenceretlige vurdering.

B. Relevante geografiske markeder

22. Det relevante geografiske marked for de ovenfor beskrevne produktmarkeder omfatter udelukkende Tyskland eller i hvert fald kun det tysktalende område - Tyskland, Østrig, den tysktalende del af Belgien og den tysktalende del af Schweiz. Under hensyn til befolkningens tv-vaner vil for så vidt også Luxembourg kunne medregnes i det tysktalende område.

1. Betalings-tv

23. Selv om der på nichemarkeder findes kanaler- f.eks. sportskanalen Eurosport - der sendes overalt i Europa, foregår tv-spredning normalt på nationale markeder. Således som Kommissionen allerede har fastslået i flere tidligere beslutninger⁶, må markederne for tv-spredning navnlig på grund af forskelle i national lovgivning, sprogbarrierer, kulturelle faktorer samt andre forskelle i konkurrencevilkårene i de enkelte medlemsstater (f.eks. kabel-tv-markedets struktur) antages at være nationale markeder.
24. Det relevante geografiske marked for betalings-tv må i overensstemmelse hermed antages i dag at være Tyskland. Samme resultat nåede Kommissionen også frem til i sin beslutning i MSG Media Service-sagen. Allerede dengang fastslog den imidlertid, at der i betragtning af manglende sprogbarrierer måske i fremtiden bliver tale om et marked for tysksproget betalings-tv⁷. De undersøgelser, Kommissionen har foretaget i denne sag, tyder også på, at det relevante geografiske marked for betalings-tv i denne sag er større end Tyskland og under hensyn til de manglende sprogbarrierer omfatter hele det tysktalende område. Spørgsmålet behøver imidlertid ikke blive endeligt afgjort, da det ikke vil ændre noget ved den konkurrenceretlige vurdering, om markedet for betalings-tv antages at omfatte hele det tysktalende område.

2. Tekniske tjenester til betalings-tv

25. Tekniske tjenester til betalings-tv er snævert forbundet med udbuddet af betalings-tv. Kommissionen havde i sin beslutning i MSG Media Service-sagen⁸ lagt et geografisk relevant marked kun omfattende Tyskland til grund, men samtidig anført, at i den udstrækning, tyske udbydere af digitalt betalings-tv også vil kunne få abonnenter i andre tysktalende lande, måtte MSG's marked for tjenester antages også at kunne udstrække sig til disse områder. I den foreliggende sag må markedet for tekniske tjenester til betalings-tv antages at omfatte hele det tysktalende område, uanset om der lægges et særskilt marked for satellittransmission eller et marked for både satellit- og kabeltransmission til grund.

C. Fusionens virkninger

1. Tilrettelæggelse af betalings-tv i Tyskland efter fusionen

a) Programplatform

26. Premiere vil opbygge en program- og markedsføringsplatform og sende sine programmer ved hjælp af Telekoms tekniske platform via kabelnettet såvel som via satellit ved hjælp af sin egen tekniske platform. Premiere vil pakke egen- og/eller fremmedproducerede tv-programmer i programpakker og markedsføre dem enten direkte eller via mellemhandlere. Desuden vil Premiere ikke blot varetage abonnentadministrationen for Premiere Digital, men også for andre

⁶ Se MSG Media Service, (fodnote 5), nr. 46, og Kommissionens beslutning 96/346/EF, RTL/Veronica/Endemol, EFT L 134 af 5.6.1996, s. 32, nr. 25.

⁷ Op.cit. (fodnote 5), nr. 51.

⁸ Op.cit. (fodnote 5), nr. 52, 53 og 54.

programudbydere. Premiere skal udvikle den dekoderinfrastruktur ("set top box"), der er nødvendig for modtagelse af digitalt tv.

b) Teknisk platform

27. Den tekniske platform i snæver forstand, dvs. adgangsstyring og dermed forbundne tjenester, er ikke den samme ved satellit- og kabelspredning. Den tekniske platform krypterer de programsignaler, der sendes af programsprederen, og transmitterer dem til abonnenten. Inden for satellittransmission skal BetaDigital varetage adgangsstyringen og de dermed forbundne tekniske tjenester. For kabelspredning vil Telekom tage sig af adgangsstyringen og tilbyde en elektronisk programguide i form af en "base navigator".
28. En del af den tekniske platform er dekoderteknologien. CLT-UFA, Kirch og Telekom har aftalt at benytte d-box-teknologien og beta-adgangsstyringsteknologien, som Kirch har været med til at udvikle, som krypteringsteknologi ved spredning af programmer via kabel og satellit. Premieres og Telekoms adgang til at bruge beta-adgangsstyringsteknologien skal sikres ved, at CLT-UFA og Telekom bliver medejere af BetaResearch, der har rettighederne til krypterings- og dekodersystemet.

2. Markedet for betalings-tv

a) Dominerende stilling

29. Den planlagte fusion vil føre til skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling for Premiere på markedet for betalings-tv i Tyskland.

i) Premiere får praktisk taget monopol som udbyder af betalings-tv

30. I dag er Premiere og DF1 stort set de eneste udbydere af betalings-tv i Tyskland. Canal+ er ganske vist også aktiv i Tyskland med kanalpakken "Multithématiques", der består af tre betalings-temakanaler. Denne kanalpakke sendes dog i dag via DF1's platform. Premiere har ca. 1,5 mio. abonnenter (pr. november 1997), hvoraf ca. 100 000 abonnerer på Premiere Digital (december 1997). DF1 har ca. [$<100\ 000$] abonnenter til sin digitale kanalpakke (november 1997). Disse tal tyder på, at Premiere allerede i dag har en dominerende stilling på markedet for betalings-tv. Der har dog hidtil ikke været tale om nogen befæstet stilling, der ikke kunne anfægtes af andre. Kirch råder således over omfattende og betydelige film- og sportsrettigheder, og Premiere er navnlig afhængig af de betalings-tv-rettigheder, som Kirch er indehaver af. Selv om Kirch som nævnt ovenfor under nr. 12 havde del i kontrollen med Premiere, har der hidtil bestået en intensiv konkurrence mellem Premiere og DF1. Til trods for sit medejerskab af Premiere begyndte Kirch i 1996 med DF1 at etablere en digital betalings-tv-platform, der skulle konkurrere med Premiere. Det resulterede i hård konkurrence mellem Premiere og DF1 og en lang række retssager. Konkurrencen mellem dem kom bl.a. til udtryk i flere på hinanden følgende forskellige dekoderprojekter, indtil Kirch og Premiere i juni 1997 enedes om denne fusion. Efter den planlagte fusion vil denne konkurrence forsvinde, og der vil praktisk taget kun findes én udbyder af betalings-tv, der kommer til at råde over både CLT-UFA's og Kirchs programressourcer.

ii) Premiere bliver den eneste programplatform for digitalt betalings-tv

31. Premiere har i dag en analog betalings-tv-kanal, der primært sender premium-film (førstegangstransmission af aktuelle spillefilm) og sportsbegivenheder. Desuden har Premiere Digital to andre kanaler, som sender det analoge program tidsforskudt. Det digitale tv-udbud omfatter desuden pay-per-view-spillefilm. DF1 har en basispakke bestående af 20 kanaler (herunder enkelte udenlandske free-tv-kanaler og Canal+'s betalings-kanal, Planet). Desuden tilbyder DF1 tre tillægspakker (film, sport og science fiction), fire temakanaler, som der også kan abonneres på enkeltvis (heraf to Canal+-kanaler) og pay-per-view-spillefilm.
32. Omdannelsen af Premiere til et joint venture mellem CLT-UFA og Kirch på 50%-50%-basis og DF1's indstilling af al virksomhed som selvstændig betalings-tv-udbyder resulterer i, at Premiere i en overskuelig fremtid bliver den eneste program- og markedsføringsplatform inden for betalings-tv i Tyskland. Efter fusionen vil Premiere overtage betydelige aktiver, [.....]. DF1 vil derefter indstille sin sende- og øvrige forretningsvirksomhed. Taurus Film vil desuden overføre [.....] til Premiere [.....]. Premiere vil desuden overtage sportskanalen DSF, som i fremtiden skal levere digitale sportskanaler til Premieres kanalpakke og drive en yderligere free-tv-sportskanal. I øvrigt overtager Premiere [< 20] transpondere fra DF1 og [<10] transpondere fra CLT-UFA samt den kontrakt på 1 mio. d-box-dekodere, som Kirch har indgået med Nokia.
33. [.....].

iii) Premiere får adgang til de mest attraktive og omfattende programressourcer

34. En betalings-tv-udbyders adgang til programressourcer har væsentlig betydning for hans succes på markedet. Af særlig betydning er i den forbindelse, om man har adgang til premium-film og attraktive sportsrettigheder, som man kan sende i premium-kanaler (anchor channels) for at vække potentielle abonnenters interesse i en betalings-tv-pakke. Det har også betydning, om man råder over en beholdning af allerede tidligere sendte film og tv-produktioner, der egner sig til genudsendelse. Sådanne "library"-programmer egner sig især til temakanaler som f.eks. filmkanaler, science fiction-kanaler, comedy- eller dokumentarkanaler.
35. Premiere vil via sine moderselskaber CLT-UFA og Kirch og i kraft af disses stilling på det forudgående marked for programrettigheder få adgang til programressourcer, der uden sammenligning er enestående i Tyskland. Af fortrolighedshensyn kan der i det følgende ikke angives præcise tal.
36. Kirch er den førende tyske udbyder af spillefilm og underholdningsprogrammer til tv. Kommissionen fastslog allerede i sin beslutning i MSG Media Service-sagen⁹, at Kirch råder over en programbeholdning på 15 000 spillefilm inden for alle genrer samt 50 000 timers tv-programmer og omfattende produktionsaktiviteter i film- og tv-sektoren. I mellemtiden har Kirch i [.....] indgået [.....] "output deals" om tv-rettigheder bl.a. med [.....] store Hollywood-studier og dermed skabt sig en position som den absolut førende på

⁹ Op.cit. (fodnote 5), nr. 76.

programområdet. Hertil kommer, at der findes [.....] tv-rettigheder uden for Kirch-gruppen og CLT-UFA/Premiere. I kraft af de "output deals", Kirch har indgået især inden for betalings-tv, vil Premieres [.....] monopol inden for premium-film til betalings-tv også fortsætte med at bestå i en overskuelig fremtid.

37. Kirch og CLT-UFA har desuden [.....] sportsrettigheder, som i mange tilfælde supplerer hinanden. Således har CLT-UFA f.eks. betalings-tv rettighederne til den tyske Bundesliga, medens Kirch har [.....]. Inden for tennis har Kirch rettighederne til [.....], medens CLT-UFA har rettighederne til [.....]. Begge selskaber råder ydermere over adskillige rettigheder inden for et stort antal sportsgrene. Således har Kirch f.eks. rettighederne inden for [.....].
38. [.....].
39. [.....].
40. [.....].
41. [.....].
42. [.....]. Parterne har for så vidt ret, når de anfører, at de kun har fået en del af disse rettigheder for et relativt kort tidsrum og derfor inden længe må søge at skaffe sig nye rettigheder. Det afspejler for så vidt blot den nuværende situation. Men når parterne allerede i dag råder over en meget betydelig del af de vigtige sportsrettigheder, der normalt kun gives for et relativt kort tidsrum, må det efter sammenlægningen af disse ressourcer i Premiere antages, at de også i fremtiden i det mindste i samme omfang, og sandsynligvis i endnu større omfang, vil kunne skaffe sig disse rettigheder. Parterne har da heller ikke hævdet det modsatte. For så vidt som parterne gør gældende, at ministerpræsidenterne for de tyske delstater på grundlag af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/36/EF af 30. juni 1997 om ændring af Rådets direktiv 89/552/EØF om samordning af visse love og administrative bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende udøvelse af tv-spredningsvirksomhed¹⁰ er gået sammen om at opstille en liste over særlig vigtige sportsbegivenheder, som skal transmitteres via de offentlige kanaler, der kan modtages gratis, må det fastholdes, at der her udelukkende er tale om de olympiske lege og visse særlig vigtige fodboldkampe.

iv) Premieres handlefrihed i konkurrencen vil heller ikke i nævneværdigt omfang kunne anfægtes af de offentlige tv-selskaber

43. Parterne har i deres svar på Kommissionens klagepunkter fremført, at Kommissionen i sin vurdering ikke har taget tilstrækkeligt hensyn til de betydelige konkurrencemæssige vekselvirkninger mellem offentligt og reklamefinansieret tv på den ene side og betalings-tv på den anden side og den deraf følgende kontrollerende indflydelse, free-tv kan have på betalings-tv. I særdeleshed har Kommissionen ifølge parterne set helt bort fra det massive konkurrencepres, som det offentlige tv i Tyskland udsætter betalings-tv for.

¹⁰ EFT L 202 af 30.7.1997, s. 60 ff.

44. Kommissionen ser ikke bort fra det faktum, at der er en vis vekselvirkning mellem betalings-tv og free-tv, selv om de tilhører to forskellige markeder. Som mere indgående beskrevet under litra c), er seerne mindre tilbøjelige til at abonnere på betalings-tv, jo mere alsidigt og attraktivt programudbuddet inden for free-tv er. Men det forekommer ikke overbevisende, at denne vekselvirkning, og navnlig konkurrencepresset fra de offentlige tv-selskaber, allerede i dag skulle indskrænke Premieres handlefrihed på markedet for betalings-tv betydeligt. Der er ingen direkte konkurrence mellem free-tv og betalings-tv. Når parterne heroverfor fremfører, at der navnlig konkurreres om seertallet, modbevises dette af deres videre påstande. Parterne henviser til en analyse foretaget af GfK-Fernsehforschung, hvorefter betalings-tv-abonnenterne af den tid, de bruger på at se fjernsyn, afsætter gennemsnitligt 90% til free-tv og 10% til betalings-tv. Men når betalings-tv-abonnenterne er villige til ud over den licens på ca. 30 DEM, de allerede har betalt, at betale yderligere 50 DEM for et abonnement på betalings-tv, selv om de kun bruger 10% af deres tv-tid på at se betalings-tv, er det et bevis på, at seertallet netop ikke er afgørende for betalingsfjernsynets kommercielle succes. Langt mere afgørende er abonnentgrundlaget, der består uafhængigt af, hvor meget abonnementet udnyttes. At abonnenterne til trods for en forholdsmæssig ringe udnyttelse er villige til at betale et betydeligt beløb for betalings-tv, viser desuden, at betalings-tv er et klart definerbart produkt, der giver en bestemt merydelse.
45. Parternes videre påstand om, at en forhøjelse af tv-licensen vil få indvirkning på efterspørgslen efter betalings-tv, og at efterspørgselselasticiteten for betalings-tv dermed afhænger af størrelsen af den licens, der betales for de offentlige tv-kanaler, giver heller ikke noget belæg for, at der er konkurrence mellem betalings-tv og offentlige tv-selskaber. Der må være tale om en drastisk licensforhøjelse og dermed en kraftig belastning af "kulturbudgettet", før det vil få indflydelse på seernes vilje til at betale 50 DEM om måneden for et abonnement på betalings-tv. Desuden kan der kun antages at bestå et konkurrenceforhold i relation til licensbeløbets størrelse og f.eks. prisen på et betalings-tv-abonnement, hvis de offentlige tv-selskaber selv kunne fastsætte licensen. Dette er imidlertid netop ikke tilfældet.

b) Den dominerende stillings varige karakter

46. Parterne indrømmer, at Premiere igennem de næste fem år kommer til at stå meget stærkt på markedet for betalings-tv. De mener imidlertid, at Premieres stærke position vil være af tidsbegrænset karakter. Så snart det er lykkedes for Premiere at skabe en bred dekoderbase, vil Premiere kunne få konkurrence fra andre udbydere af betalings-tv, der på grundlag af denne base både vil kunne udbyde en markedsførings- og programplatform til betalings-tv og fremstille og sprede deres egne programmer. Navnlig kunne Telekom udvikle sin egen program- og markedsføringsplatform på kabelområdet og tilbyde andre programudbydere at markedsføre deres programmer og tage sig af abonnent-administrationen.
47. Parterne har ikke ret i denne påstand. Premieres dominerende stilling må antages at få en varig karakter. Premiere vil efter fusionen blive ved med at være den eneste program- og markedsføringsplatform til satellit- og kabeltransmitteret betalings-tv i Tyskland.

i) Ingen anden virksomhed kommer til at råde over de programressourcer, der er nødvendige for at udvikle en programplatform

48. Adgang til programrettigheder har endnu større betydning for betalings-tv-udbydere end for udbydere af free-tv, for kun bestemte programsammensætninger vil kunne få seerne til at tegne et abonnement eller til at købe programmer via pay-per-view. De hidtidige erfaringer med betalings-tv i Europa viser, at kun en kombination af premium-rettigheder til førstegangssudsendelse af de store Hollywood-studiers filmproduktioner og fremtrædende sportsbegivenheder kan gøre et betalings-tv-udbud tilstrækkeligt attraktivt. Det gælder ikke mindst i Tyskland, hvor hver tv-husstand i modsætning til, hvad der er tilfældet i f.eks. Frankrig og Storbritannien, kan modtage over 30 free-tv-kanaler. Hvor stor betydning premium-film og sportsudsendelser har for et betalings-tv-selskab, fremgår også af Premieres overslag over programomkostningerne i sin forretningsplan. Ifølge disse overslag vil [60-80%] af alle licensomkostningerne i 1998 gå til premium-film ([30-50%]) og sportsrettigheder ([20-40%]). Det er derfor kun muligt at udvikle en alternativ programplatform, hvis man har adgang til premium-programmer, således at man kan tilbyde et attraktivt programudbud.
49. Programressourcerne er imidlertid knappe, da transmissionsrettighederne til sådanne premium-programmer normalt indgår i langfristede, eksklusive kontrakter. For det tysktalende område har CLT-UFA og Kirch erhvervet [.....] betalings-tv-rettigheder til premium-film i "output deals" med de store Hollywood-studier, ligesom de råder over [.....] sportsrettigheder. Da CLT-UFA og Kirch overfører deres betaling-tv-rettigheder til Premiere, vil Premiere efter fusionen blive den eneste betalings-tv-udbyder, der kommer til at råde over de programressourcer, der kræves for at drive en premium-kanal. Under hele de nugældende kontraktors løbetid vil ingen anden udbyder få adgang til Premieres programressourcer. Potentielle konkurrenter vil således ikke være i stand til at skabe en alternativ programplatform for det tysktalende område. De vil højst kunne optræde som nicheudbydere af betalings-tv, hvilket også vil kræve, at de har adgang til Premieres program- og markedsføringsplatform.
50. Det er heller ikke sandsynligt, at denne situation vil ændre sig efter udløbet af de nugældende kontrakter om transmissionsrettigheder til betalings-tv. Teoretisk vil andre tv-selskaber i og uden for Europa, og navnlig betalings-tv-selskaber i andre medlemsstater som f.eks. BSkyB Ltd. eller Canal+, såvel som de store Hollywood-studier selv, kunne optræde som udbydere af betalings-tv i Tyskland og det tysktalende område. En alternativ programplatform kan imidlertid ikke skabes blot ved at indgå enkelte "output deals". De "output deals", som CLT-UFA og Kirch har indgået, har ikke samme løbetider. Kirch overfører rettighederne i henhold til 10 "output deals" til Premiere i form af underlicens, og fire af disse kontrakter har en løbetid på [<20] år. Der er i hvert fald tale om de [.....] "output deals". De fleste af de "output deals", der er indgået med de store Hollywood-studier, løber frem til [<2005] eller længere endnu. Potentielle konkurrenter vil derfor være nødt til i en længere årrække at skaffe sig rettigheder gennem flere "output deals" for at kunne tilbyde et attraktivt betalings-tv-udbud.
51. I betragtning af, at Premiere til den tid vil have befæstet sin position på markedet, må konkurrenterne antages kun at have ringe mulighed for at skaffe sig attraktive betalings-tv-rettigheder i større omfang. Et af de afgørende parametre for, om det

lykkes at skaffe sig de nødvendige senderrettigheder, er adgangen til seerne i form af en allerede etableret abonnentstamme, da rettighedshaverne normalt er interesseret i den størst mulige udbredelse af deres programmer. Det gælder for premium-film og især for sportsbegivenheder. Navnlig indehaverne af sportsrettigheder er interesseret i at sikre deres sportsudsendelser en så stor udbredelse som muligt for derigennem at tiltrække flere sponsorer og højere reklameindtægter. Da Premiere til den tid allerede råder over en etableret abonnentstamme, vil selskabet i modsætning til en udbyder, der først skal have opbygget et abonnentgrundlag, kunne garantere udsendelserne en større udbredelse. Dertil kommer, at priserne for betalings-tv-rettigheder normalt beregnes på grundlag af abonnenttallet, med et garanteret abonnentminimum. Dette gælder i hvert fald for "output deals". Det bevirker på den ene side, at rettighedsindehaverne i betragtning af det store abonnenttal, Premiere ventes at få i de kommende år, kan opnå en betydeligt højere pris ved at sælge rettighederne til Premiere frem for til en nyttilkommen udbyder. På den anden side vil en nyttilkommen udbyder løbe en betydelig finansiel risiko ved at indgå en "output deal", fordi han altid vil være nødt til at garantere et bestemt abonnentminimum, uden at vide, om han kan nå op på dette abonnenttal. I betragtning af de fordele, dette giver Premiere frem for enhver potentiel konkurrent, når det drejer sig om indgåelse af kontrakter på premium-programmer, er der ikke sandsynlighed for, at andre udbydere vil kunne få tilstrækkelig adgang til premium-programmer.

52. Det er desuden ikke sandsynligt, at Telekom vil udvikle en alternativ program- og markedsføringsplatform. Telekom vil under alle omstændigheder kun være i stand til at skabe en sådan platform for kabel-tv-området. Telekom råder imidlertid ikke over film- og sportsrettigheder. Sådanne rettigheder er nødvendige for at kunne tilvejebringe et konkurrencedygtigt programudbud. Kun selskaber med adgang til sådanne premium-programmer vil få held med at markedsføre de programmer, der kun kan sælges sammen med andre i programpakker. Sådanne programmer har ikke så stor tiltrækningskraft i sig selv, at de vil kunne få seerne til at tegne et abonnement. Telekom vil derfor kun kunne udvikle en alternativ markedsføringsplatform for potentielle konkurrenter til Premiere, hvis Telekom havde adgang til premium-programmer eller til en premium-kanal. Telekom har dog i aftalerne med CLT-UFA og Kirch udtrykkeligt givet afkald på selv at markedsføre Premiere. Det er derfor vanskeligt at se, hvordan Telekom skulle kunne udvikle et attraktivt, salgbart betalings-tv-udbud.

ii) Fusionen sætter Premiere i stand til at kombinere fordelene ved sin abonnentstamme med Kirchs enestående programressourcer

53. Som den også hidtil største udbyder af betalings-tv råder Premiere allerede over en abonnentstamme, som selskabet kan udnytte i sin fremtidige digitale betalings-tv-virksomhed. At Premiere i december sidste år ophørte med at markedsføre d-boxen, viser, at en stor abonnentstamme inden for analogt betalings-tv udgør et vigtigt grundlag for en succesrig markedsføring af et digitalt betalings-tv-udbud. Premiere havde tilbudt sine abonnenter det digitale program inkl. leje af d-boxen mod et ubetydeligt tillæg på 10 DEM i forhold til det analoge abonnement. Siden begyndelsen af 1997 lykkedes det Premiere, indtil selskabet ophørte med at markedsføre d-boxen ved midten af december, at hverve [50 000-100 000] abonnenter til Premiere Digital og markedsføre et tilsvarende antal d-boxe. Der var tale om [<20 000] d-boxe, der blev byttet om til [...], og [50 000-70 000]

d-boxe til Premiere-kunder, hvis analoge dekoder blev ombyttet til en d-box, og kun [10 000-30 000] nye abonnenter på Premiere Digital. Alle Premieres konkurrenter på markedet for betalings-tv vil være nødt til først at skaffe sig en sådan abonnentstamme, hvilket betyder, at de i forhold til Premiere må starte helt fra bunden.

54. Det må desuden tages med i betragtning, at Premiere med de programressourcer, selskabet får fra CLT-UFA og Kirch, vil være i stand til at sammensætte forskellige programpakker, som er skræddersyet efter bestemte målgruppers ønsker og alle kan tilbydes til en fordelagtig abonnementspris. Erfaringerne fra lande med et mere udviklet betalings-tv viser, at programpakkerens sammensætning har afgørende betydning for, om man får succes på markedet for betalings-tv. Som den eneste udbyder, der råder over premium-programmer, vil Premiere yderligere kunne forstærke disses tiltrækningskraft ved at pakke dem med andre programrettigheder.
55. CLT-UFA og Kirch har desuden vidtspændende aktiviteter inden for free-tv. Inden for free-tv tegner de programudbydere, der via CLT-UFA er knyttet til Bertelsmann - RTL, RTL2, Super RTL og VOX - og de programudbydere, som er forbundet med Kirch - SAT1, DSF, PRO 7 og Kabel1 - sig for over 50% af seerne og ca. 90% af reklamemarkedet. CLT-UFA og Kirch kan udnytte deres stærke position inden for free-tv til massiv reklame for Premiere Digital. Denne strategi blev allerede taget i brug i forbindelse med markedsføringen af Premiere Digital fra begyndelsen af november til midten af december 1997. Det er rigtigt, at potentielle konkurrenter til Premiere også har sådanne muligheder for at reklamere i free-tv. Men det er tvivlsomt, om de vil kunne opnå disse reklamemuligheder på samme vilkår som Premiere.

iii) Bertelsmann og Kirch kontrollerer dekoderinfrastrukturen

56. Potentielle konkurrenter fra ind- og udland, som ønsker at udbyde egne programmer og kanaler på det tyske marked, er henvist til at bruge d-boxen. Teoretisk set kan en betalings-tv-udbyder vælge mellem, om han vil bruge en allerede etableret dekoderinfrastruktur til at sende sine programmer, eller om han vil opbygge sin egen. I praksis vil en nytilkommen programudbyder dog være henvist til at gøre brug af den allerede etablerede betalings-tv-udbyders tjenester og infrastruktur. Dette beror allerede på, at der er for stor økonomisk risiko forbundet med at installere sin egen nye infrastruktur. For tv-husstandene kan ikke antages at være villige til at anskaffe en yderligere dekoder for at kunne modtage en yderligere betalings-tv-pakke. Dette gælder såvel for køb som for leje af en yderligere dekoder.
57. Desuden vil der kun kunne installeres en alternativ dekoderinfrastruktur for satellittransmission. I Tyskland findes der 7-9 mio. satellithusstande, medens 18,5 mio. husstande er tilsluttet bredbåndskabelnettet. CLT-UFA, Kirch og Telekom har dog i omstrukturingsaftalen indføjet bestemmelse om, at Telekom i forbindelse med de tekniske tjenester, Telekom udbyder til transmission af digitale tv-programmer i sit bredbåndnet, udelukkende vil bruge betaadgangsteknologien baseret på d-box-dekoderen. Enhver betalings-tv-udbyder, der vil have adgang til de 18,5 mio. kabeltilsluttede husstande, må derfor altid benytte d-box-dekoderen. Fremtidige konkurrenter til Premiere inden for

betalings-tv må derfor antages at være henvist til at bruge d-box-dekoderbasen til transmission af deres programudbud.

58. Da d-boxen opererer med et lukket adgangsstyringssystem, må enhver potentiel udbyder af betalings-tv have licens for at kunne bruge BetaResearchs beta-adgangsstyringsteknologi. To tredjedele af BetaResearchs kapital ejes imidlertid af CLT-UFA og Kirch. I kraft af deres interesser i BetaResearch vil CLT-UFA og Kirch således få indflydelse på fremtidige betalings-tv-udbyderes muligheder for at tage konkurrencen op med Premiere og i vid udstrækning kunne styre denne konkurrence. Gennem deres kontrollerende indflydelse i BetaResearch kan de sørge for, at vilkårene for udnyttelse af beta-adgangsstyringsteknologien og navnlig prisstrukturen udformes sådan, at det bliver fordelagtigt for Premiere og ufordelagtigt for potentielle konkurrenters programmer. BetaResearch kan også ved at anvende kunstigt høje priser begunstige CLT-UFA og Kirch, der jo i modsætning til konkurrenterne får direkte del i BetaResearchs overskud. I øvrigt må det som nærmere beskrevet nedenfor (nr. 112) på grund af kontrollen med adgangsteknologien antages, at der næppe vil dukke andre udbydere end BetaDigital op på markedet for tekniske tjenester til satellittransmission. Potentielle konkurrenter til Premiere vil derfor være henvist til at lade BetaDigital varetage adgangsstyringen til deres programmer.
59. Parterne har derudover mulighed for i kraft af deres kontrol med dekoderinfrastrukturen at påvirke placeringen af deres konkurrenters programmer. Det store programudbud i digitalt tv gør det nødvendigt at indføre en programguide til brugerne ("electronic programming guide" - EPG), som kan give seerne en overskuelig oversigt over program- og anden information. D-boxen indeholder et navigationssystem, det såkaldte T.O.N.I.-system, som indeholder grundfunktionerne til en EPG. Der er tale om et lukket system, der er udviklet til d-boxen. Alle programudbydere er afhængige af denne EPG's kapacitet. Udenforstående programudbydere har i dag ikke mulighed for at anvende deres egen EPG i d-boxen. De er derfor henviste til at blive optaget i d-boxens EPG.
60. Programudbydere som f.eks. ARD ser EPG som et middel til at skille sig ud fra konkurrenterne. Kreativ udformning af indholdet i EPG og mulighed for at tilbyde interaktive tjenester som f.eks. spil er vigtige konkurrenceparametre. D-boxens EPG giver i dag kun ganske rudimentære funktioner sammenlignet med de andre systemer, der findes på markedet, hvor det er muligt med simple midler at skabe sin egen EPG.
61. Endelig opnår CLT-UFA og Kirch også væsentlige informationsfordele i kraft af deres kontrol med Premieres program- og markedsføringsplatform og dekoderinfrastrukturen. Fordi Premiere ikke alene skal tage sig af abonnentadministration for Premiere Digital, men også for andre programudbydere, får Premiere adgang til information om konkurrenternes programplaner og kundestruktur samt generel information om seeradfærden hos de abonnenter, der administreres. Det kræver ikke engang, at Premiere får adgang til individuelle kundedata. Det er tilstrækkeligt, at Premiere har adgang til anonymiserede data, der f.eks. kan give oplysning om aldersstrukturen hos seerne til de forskellige programmer. Ved interaktive betalings-tv-tjenester som f.eks. pay-per-view er det desuden muligt at få oplysninger i anonymiseret form om, hvilke bestemte seergrupper der foretrækker hvilke bestemte programtyper. Adgang til sådanne oplysninger kan give betydelige konkurrencefordele, fordi de gør det væsentligt lettere at udvikle

programmer eller programpakker, der er specielt møntet på en bestemt målgruppe. Parterne har i den forbindelse gjort gældende, at andre udbydere uden videre selv vil kunne tage sig af abonnentadministrationen eller overlade den til andre virksomheder. Dette argument er dog ikke særlig overbevisende. Som Kommissionen allerede fastslog i sin beslutning i MSG Media Service¹¹, vil betalings-tv-abonnenterne normalt ikke ønske at blive administreret af flere kundeadministrationsselskaber. Seerne vil helst nøjes med én samtalepartner, der tager sig af alle spørgsmål i forbindelse med betalings-tv (f.eks. udvidelse af abonnentet med flere programmer, indskrænkning af antallet af programmer, abonnementsafregning). Den tjenesteudbyder, der forvalter de fleste og de mest attraktive programmer, vil derfor stå særlig stærkt, og det vil være vanskeligt for andre tjenesteudbydere at konkurrere med ham. Og det vil, som beskrevet ovenfor, altid være Premiere, der står stærkest.

iv) Med den nuværende struktur i det tyske kabelnet vil kabelnetoperatører ikke kunne etablere en alternativ programplatform, selv om de fik adgang til Premieres programmer

62. Der forekommer ikke at være udsigt til, at de private kabelnetoperatører vil kunne udvikle en alternativ programplatform uden adgang til Premieres premium-programmer. Eftersom Premiere råder over de mest attraktive premium-programrettigheder (spillefilm og sportsbegivenheder), vil andre udbydere, hvis de da overhovedet vil søge ind på dette marked, være nødt til at markedsføre deres programudbud via Premieres platform og vil derfor ikke være i stand til at udvikle deres egen programplatform. Selv om disse udbydere ikke udbød deres program via Premieres programplatform, ville de i betragtning af den stærke koncentration af premium-programmer hos Premiere ikke have det kritiske udbud af attraktive programmer, der vil være nødvendigt for at etablere en alternativ programplatform.
63. Den måde, hvorpå kabel-tv har udviklet sig i Tyskland, gør det også udelukket, at private kabel-tv-operatører vil kunne opbygge en alternativ programplatform, selv om de får adgang til Premiere-plattformens premium-programmer. I Tyskland er der 18,5 mio. husstande, dvs. over halvdelen af alle tv-husstande, der er tilsluttet kabelnettet. På netniveau 4 er det Telekom, der står for kabeltilslutningen for en tredjedel af disse husstande. For de øvrige kabel-tv-husstande er det et stort antal, ofte meget små, private kabelnetoperatører, der står for tilslutningen. Disse private kabelnetoperatører har typisk kun små og ofte ikke sammenhængende "kabeløer" på det såkaldte netniveau 4 (husfordelingsanlæg og lokale tilførselsnet), som forsynes via Telekoms backbone-net (netniveau 3). Der findes også enkelte private kabelnetoperatører, der er aktive på netniveau 3.
64. De private kabeloperatører er således normalt henvist til at gøre brug af Telekoms tjenester på netniveau 3. For at de private kabeloperatører skal kunne etablere en alternativ programplatform, er det en absolut forudsætning, at deres kabeløer integreres via tilførselsnet på netniveau 3. Da Telekoms net på netniveau 3 imidlertid på grund af den planlagte fusion ikke står til rådighed for etablering af en alternativ platform, vil de private kabelnetoperatører være nødt til selv at

¹¹ Op.cit. (fodnote 5), nr. 71.

etablere deres eget netniveau 3. Det vil kræve investeringer, som de private kabeloperatører ikke vil kunne foretage i det omfang, der kræves.

65. Selv om de private kabeloperatører skulle etablere deres eget netniveau 3, ville det i bedste fald kun gøre det teknisk muligt for dem at udvikle en alternativ programplatform. Markedsføringen af en sådan platform ville i betragtning af den ret tilfældige geografiske fordeling af de private kabelnet stille dem over for problemer, som de næppe ville være i stand til at løse. Den meget opsplittede kabel-tv-struktur i Tyskland og Telekoms stilling som praktisk taget eneste udbyder på netniveau 3 betyder derfor, at de private kabelnetoperatører uafhængigt af, om de har adgang til premium-programmer eller ej, i dag ikke er i stand til at tilbyde en alternativ programplatform i konkurrence med Premiere.

v) Som den eneste programplatform kan Premiere diktere vilkårene for andre udbyderes adgang til markedet

66. I princippet har en betalings-tv-udbyder valget mellem at opbygge sin egen infrastruktur til sine programmer eller udbyde dem inden for rammerne af en bestående pakke. Opbygningen af en infrastruktur er imidlertid som mere indgående beskrevet ovenfor kun en rent teoretisk mulighed, i hvert fald for de udbydere, der ikke råder over tilstrækkelige programressourcer til at kunne etablere en premium-kanal. Således har f.eks. Canal+ besluttet at udbyde sin "multitematiske" kanalpakke, der består af de tre digitale betalings-tv-programmer "Planet", "Seasons" og "Ciné Classics I + II", via DF1, med "Planet" som en del af DF1's basispakke, medens "Seasons" og "Ciné Classics I + II" ganske vist sendes via DF1's platform, men med mulighed for også at abonnere på dem uafhængigt af DF1's basispakke. "Seasons" tegner sig for knap [1 000-5 000] abonnenter, "Ciné Classics" har knap [1 000-5 000] abonnenter. Også Hollywood-studierne foretrækker at få deres egne betalings-tv-kæder optaget i eksisterende kanalpakker. Således har Kirch [.....] for DF1. Desuden indgik Kirch [.....].

67. Det vil normalt være lettere for en udenforstående udbyder at få adgang til en bestående kanalpakke, hvis han kan vælge mellem flere indbyrdes konkurrerende pakker, således som det var tilfældet i Tyskland forud for fusionen. I mangel af en alternativ program- og markedsføringsplatform i Tyskland vil potentielle konkurrenter fra ind- og udland, som ønsker at udbyde egne programmer og kanaler på det tyske marked, fremover være henvist til at gøre det via Premieres platform. Det betyder, at enhver betalings-tv-udbyder er tvunget til at lade sine programmer indgå i den pakke, som Premiere sammensætter. Premiere får dermed kontrol med denne konkurrent og vil være i stand til at bestemme, på hvilke vilkår andre udbydere skal konkurrere med Premiere.

68. Premiere vil således fuldstændigt kunne nægte en betalings-tv-udbyder adgang til Premieres platform eller stille særlige betingelser herfor. Der findes allerede et eksempel på, hvordan Premiere efter fusionen vil kunne behandle andre virksomheder, der ønsker at udbyde betalings-tv i Tyskland. Ifølge Kirchs [.....].

vi) DF1's hidtil begrænsede succes betyder ikke, at konkurrenceforholdene bliver de samme, uanset om fusionen gennemføres eller ej

69. Parterne har for første gang i deres svar på Kommissionens klagepunkter gjort gældende, at det ikke er fusionen, der vil være årsagen til en skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling for Premiere på markedet for betalings-tv. [.....]. Premiere rådede allerede over en abonnentstamme, og ved at overtage DF1's abonnenter ville Premiere blot få øget sit abonnenttal, medens en konkurrent ville skulle starte helt fra bunden på dette marked, hvis han overtog DF1.
70. I sin beslutning i Kali + Salz/MdK/Treuhand-sagen¹², som i mellemtiden er blevet stadfæstet af EF-Domstolen, anerkendte Kommissionen, at en fusion, der normalt måtte anses at føre til skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling for den overtagende virksomhed, ikke kan betragtes som værende årsagen til denne dominerende stilling, når den overtagende virksomhed også uden fusionen alligevel ville have opnået eller få forstærket en dominerende stilling. Det betyder, at en fusion normalt ikke vil være årsagen til en forringelse af konkurrenceforholdene, når det kan fastslås,
- at den overtagne virksomhed snart ville forsvinde fra markedet, hvis den ikke blev overtaget af en anden
 - at den overtagne virksomheds markedsandel ville tilfalde den overtagende virksomhed, hvis den blev tvunget til at forlade markedet
 - at der ikke findes noget mindre konkurrenceskadeligt overtagelsesalternativ.

Samtidig gjorde Kommissionen det i Kali + Salz-beslutningen klart, at der kun i undtagelsestilfælde kan foreligge en sådan situation. For det må normalt formodes, at en fusion, der fører til skabelse eller styrkelse af en dominerende stilling, også er årsagen til denne forringelse af konkurrenceforholdene. Det er derfor de fusionerende virksomheder, der skal bevise, at en sådan årsagssammenhæng mangler.

71. Det må først og fremmest fastholdes, at der i modsætning til den situation, der gjorde sig gældende i Kali + Salz-beslutningen, i den her foreliggende sag ikke er tale om, at en virksomhed som påstået helt ville forsvinde fra markedet. DF1 GmbH & Co. KG repræsenterer derimod, som nærmere beskrevet nedenfor, kun en del af Kirchs aktiviteter inden for digitalt betalings-tv. Og selv om Kirch generelt indstillede sine aktiviteter inden for betalings-tv, ville denne situation ikke kunne sammenlignes med situationen i Kali + Salz-sagen. For det ville ikke indebære, at hele Kirch-gruppen blev likvideret. Kirch ville kun indstille en del af sine meget vidtspændende aktiviteter. Kirchs udtræden af markedet for betalings-tv ville først og fremmest bero på en beslutning truffet af koncernledelsen om at opgive en forretningsaktivitet, som ikke har udviklet sig i overensstemmelse med ledelsens forventninger. I en sådan situation, hvor der vil være tale om et "failing division"-argument og ikke længere om et "failing company"-argument, må der stilles langt større krav til beviset for manglende årsagssammenhæng. I modsat fald kunne enhver fusion, hvor der er tale om at afhænde et angiveligt urentabelt

¹² Kali + Salz/ MdK/ Treuhand, EFT L 186 af 21.7.1994, s. 38, nr. 70 ff., og EF-Domstolens dom af 31. marts 1998 i forenede sager C-68/94 og C-30/95, Den Franske Republik m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1998, s. I-1375.

forretningsområde, dermed i henhold til fusionskontrolbestemmelserne retfærdiggøres med, at afhænderen erklærer, at han uden fusionen ville være nødt til at indstille sine aktiviteter på dette område.

72. Parterne har ikke været i stand til at bevise en sådan manglende kausalitet. Bortset fra de ovenfor beskrevne generelle overvejelser har parterne ikke på nogen måde bevist, at DF1 i alle tilfælde snart ville forsvinde fra markedet. Det er ikke tilstrækkeligt blot at henvise til de tab på [500 000 000-2 000 000 000] DEM, DF1 har haft i opstartfasen, og hvis sammensætning ikke engang er blevet nærmere belyst, som belæg for, at DF1 i alle tilfælde vil indstille sin virksomhed. I øvrigt er der, for så vidt angår de tab, der skyldes kontrakten mellem Kirch og [.....] samt Kirchs [.....], tale om tab for Kirch i opstartfasen. Det drejer sig om investeringer, Kirch har foretaget for at gå ind på markedet for digitalt betalings-tv. Forventningerne hertil, navnlig hvad angår abonnenttal, blev ikke opfyldt. I denne forbindelse bemærkes imidlertid, at en af de afgørende årsager til DF1's manglende succes i mellemtiden er blevet elimineret, for efter de aftaler, der er indgået med Telekom, har DF1, som i lang tid kun kunne modtages via satellit, nu også fået adgang til kabelnetterne og dermed til en potentiel abonnentkreds på 18,5 mio. tv-husstande. DF1 har, siden der blev adgang til kabelnettet, kunnet øge sit abonnenttal fra ca. [30 000-100 000] til [50 000-200 000] frem til [.....] i 1998, hvilket er [.....].
73. Selv om Kirch nu skulle beslutte at nedlægge DF1 på grund af de store tab i opstartfasen og den skuffende udvikling i abonnenttallet, ville dette ikke automatisk betyde, at Kirch trak sig ud af markedet for betalings-tv, eftersom DF1 kun er markedsføringsplatformen for Kirchs digitale tv-udbud. Programrettighederne for Kirchs aktiviteter inden for betalings-tv indehaves af Taurus, der også producerer i hvert fald en del af de digitale kanaler til DF1. De tekniske tjenester til DF1's digitale programudbud leveres af BetaDigital. Rettighederne til beta-krypteringsteknologien indehaves af BetaResearch. Desuden ville det ikke være muligt at indstille DF1's sendevirksomhed omgående, selv om Kirch hurtigt besluttede sig til at likvidere DF1. DF1 måtte først opsige sine abonnentkontrakter samt kontrakterne med de kanaler, der sendes af DF1, og fortsætte med at opfylde dem, indtil opsigelsen trådte i kraft. Ifølge parterne ville DF1 fortsætte med at bestå i endnu et års tid. Kirch ville således, især under hensyn til Kirchs omfattende programressourcer inden for premium-film og sportsbegivenheder, også i tilfælde af en omgående likvidation af DF1 endnu have tid til at tage sin beslutning op til fornyet overvejelse og etablere en ny markedsføringsplatform enten på egen hånd eller sammen med partnervirksomheder og fortsætte med at udbyde betalings-tv.
74. Parternes påstande om, at de interesserede betalings-tv-seere kun ville kunne skifte til Premiere, således at Premiere under alle omstændigheder ville overtage den markedsandel, DF1's forsvinden fra markedet ville frigøre, kan efter Kommissionens opfattelse ikke tillægges vægt. Hvis Kirch faktisk indstiller DF1's sendevirksomhed, vil potentielle betalings-tv-udbydere have mulighed for at gå ind på markedet for betalings-tv på basis af Kirchs betalings-tv-senderrettigheder og tage konkurrencen op med Premiere. Konkurrencesituationen er således på ingen måde den samme både med og uden fusionen.
75. Heller ikke parternes påstand om, at Premiere er den eneste, der kan komme i betragtning til at overtage DF1, da [.....], holder stik. At der blot peges på Kirchs

forgæves bestræbelser på at finde en partner, er i særdeleshed ikke nok til at bevise, at der ikke findes noget mindre konkurrenceskadeligt alternativ. Som det tydeligt fremgår af, hvad Kommissionen anførte i Kali + Salz-beslutningen, stiller Kommissionen strenge krav til bevisførelsen for, at der ikke findes andre end den overtagende virksomhed, der kan komme i betragtning til en overtagelse. Dette er også blevet stadfæstet af EF-Domstolen¹³. Parternes påstande opfylder slet ikke disse krav. Parterne har hverken godtgjort, hvilke partnere Kirch har forhandlet med, eller hvorfor forhandlingerne strandede. I særdeleshed har de heller ikke fremlagt belæg for, at årsagen til, at forhandlingerne strandede, var DF1's utilstrækkelige abonnentgrundlag samt de ringe indtjeningsudsigter i forhold til de tab, der skulle overtages. Det kan derfor ikke udelukkes, at forhandlinger mellem Kirch og potentielle partnere strandede på, at Kirch tidligere ikke var rede til at give afkald på majoritetsinteresser i DF1. Nu hvor Kirch, som det fremgår af den anmeldte fusionsplan, er rede til at stille sig tilfreds med at dele kontrollen med en anden virksomhed, vil forhandlinger med interesserede partnere på basis af et 50/50% ejerskab uden tvivl kunne lykkes. Under disse omstændigheder er det efter Kommissionens opfattelse ikke med tilstrækkelig sikkerhed godtgjort, at det kan udelukkes, at hele eller en del af DF1 ville kunne overtages af andre end Premiere.

76. Parterne har således ikke godtgjort at opfylde nogen af de tre krav, Kommissionen opstillede i Kali + Salz-beslutningen for, at argumentet angående manglende årsagssammenhæng kan bringes i anvendelse. Den planlagte fusion er derfor årsagen til, at Premiere får monopol på markedet for betalings-tv, og at konkurrenceforholdene forringes. Selv om Kirch rent faktisk indstillede DF1's virksomhed, ville de negative konsekvenser for konkurrencen blive mindre, end hvis fusionen gennemføres, da Kirch i så fald ikke ville overføre DF1's aktiver og alle sine senderrettigheder inden for betalings-tv til Premiere. For så vidt ville konkurrerende betalings-tv-udbydere have mulighed for på grundlag af Kirchs betalings-tv-rettigheder at gå ind på markedet for betalings-tv og tage konkurrencen op med Premiere.

c) Vekselvirkningerne mellem betalings-tv og free-tv

1) Markedet for free-tv

77. Markedet for free-tv i Tyskland består af de offentlige tv-selskaber ARD og ZDF på den ene side og et stort antal private tv-selskaber på den anden. De private tv-kanaler er i alt væsentligt koncentreret i to "familier". Den ene består af de kanaler, som CLT-UFA har interesser i. Den anden er de kanaler, som Kirch har interesser i, eller som på grund af andre faktorer må anses at indgå i Kirchs indflydelsessfære.

i) Parternes interesser

78. CLT-UFA har følgende interesser i free-tv-sektoren i Tyskland:

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

¹³ Fodnote 12.

Super RTL 50%.

CLT-UFA må antages at have del i kontrollen med de kanaler, hvori CLT-UFA har minoritetsinteresser.

79. Kirch har følgende interesser i free-tv-sektoren i Tyskland:

SAT1	43%
DFS	100%.

(Den planlagte overtagelse af yderligere 16% af SAT1 er anmeldt til Bundeskartellamt).

Også her må Kirch anses i dag i hvert fald at have del i kontrollen med SAT1.

80. Derudover har Thomas Kirch, som er søn af Kirchs ejer, følgende interesser:

PRO7	60%
Kabel1	60%.

Mellem PRO7 og Kirch findes der relationer, som ikke blot skyldes slægtskabet mellem henholdsvis ejer og majoritetsaktionær. Der består desuden mangeårige forretningsforbindelser mellem dem, da PRO7 kan anslås at dække ca. [40-60]% af Kirchs programbehov.

ii) Seertal

81. De tyske free-tv-kanaler havde i 1996 følgende seertal:

ARD (Erstes Programm)	14,8%
ARD (Dritte Programme)	10,1%
ZDF	14,4%
Tilsammen	39,3%.

For kanalerne i CLT-UFA's indflydelsessfære var seertallene følgende:

RTL	17,0%
RTL2	4,5%
VOX	3,6%
Super RTL	2,1%
Tilsammen	27,2%.

Kanalerne i Kirchs indflydelsessfære havde følgende seertal:

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

Andre sendere: 5,9%.

82. Det betyder, at de offentlige tv-kanaler tegner sig for ca. 40% af seerne, medens de private tegner sig for ca. 60%. Den private tv-sektor er stort set delt mellem CLT-UFA og Kirch, der står nogenlunde lige stærkt.

iii) Markedsandele på tv-reklamemarkedet

83. På det tyske marked for tv-reklamer havde de enkelte kanaler ifølge oplysninger fra parterne baseret på bruttoreklameomsætningen følgende markedsandele:

Offentlige kanaler:

ARD (i alt)	4,4%
ZDF	4,4%
Tilsammen	8,8%.

Kanaler inden for CLT-UFA's indflydelsessfære:

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

Kanaler inden for Kirchs indflydelsessfære:

Sat1	24,1%
PRO7	21,8%
Kabel1	3,0%
DSF	1,8%
Tilsammen	50,7%

Andre kanaler: 1,3%.

(En markedsandelsopgørelse baseret på nettoreklameindtægter giver med ganske få afvigelser det samme billede).

84. Denne fordeling af markedsandele viser en helt anden situation for de offentlige kanaler, end da der var tale om seertallene. Medens de offentlige kanaler tegner sig for ca. 40% af seerne, ligger deres andel af tv-reklamerne på under 10%. Årsagen til dette fænomen ligger nok først og fremmest i, at de offentlige kanaler på grund af medielovgivningen kun må sende reklamer i 20 minutter om dagen, og det skal ske før kl. 20.00. De private tv-selskaber må derimod bruge op til 15% af deres daglige sendetid på reklamer. De kan også sende reklamer i "prime time", dvs. efter kl. 20.00.

85. De offentlige kanaler finansieres således hovedsagelig via licensbetalinger, som beløber sig til ca. 7 mia. DEM om året. Dette beløb svarer nogenlunde til de netto-reklameindtægter, samtlige tv-udbydere havde på det tyske tv-reklamemarked i 1996.
86. De to tv-familier, CLT-UFA og Kirch, tegner sig tilsammen for ca. 90% af alle reklameindtægterne i tysk fjernsyn, og Kirch står med 50% noget stærkere end CLT-UFA med ca. 40%. Reklameindtægterne er koncentreret på RTL, som har de største indtægter, samt SAT1 og PRO7. De tre kanaler tegner sig tilsammen for 76% af markedet.

2) Yderligere styrkelse af Premieres dominerende stilling inden for betalings-tv

87. Som allerede beskrevet, udgør betalings-tv og free-tv to forskellige markeder. Der består imidlertid visse vekselvirkninger mellem de to markeder. Jo mere alsidigt og attraktivt free-tv-kanalernes programtilbud er, jo mindre incitament har seerne til derudover også at abonnere på betalings-tv. Denne vekselvirkning fremgår af, at i forhold til, hvad der har været tilfældet i Frankrig eller Det Forenede Kongerige, har betalings-tv udviklet sig ret langsomt i Tyskland, hvilket nok primært skyldes det mere alsidige udbud i tysk free-tv.
88. Hvor attraktiv en kanal er, afhænger i afgørende grad af, hvilke programrettigheder den råder over. Hvis en tv-udbyder har en førende stilling inden for betalings-tv og free-tv og samtidig ejer de vigtigste programrettigheder for free-tv og betalings-tv, er han i stand til at styre vekselvirkningerne mellem free-tv og betalings-tv. Efter den planlagte fusion vil CLT-UFA Kirch være i stand hertil.

i) CLT-UFA og Kirch må ventes at ville tilstræbe samlede indkøb af betalings-tv - og free-tv-rettigheder

89. Parterne har under sagsbehandlingen udtalt, at indkøb af betalings-tv- og free-tv-rettigheder i princippet sker separat. Indkøb af betalings-tv-rettigheder sorterer under Premiere, medens CLT-UFA og Kirch kun indkøber rettigheder til free-tv. Kun i undtagelsestilfælde køber en af parterne rettigheder til betalings-tv og free-tv sammen.
90. Ifølge en avisartikel, der under henvisning til interne Bertelsmann-papirer rapporterede om en planlagt koordinering mellem betalings-tv og free-tv, har Bertelsmann ændret sine oprindelige udtalelser. I en officiel udtalelse har Bertelsmann indrømmet, at man tilstræber et samarbejde mellem CLT-UFA's free-tv-kanaler og Premiere, fordi det betragtes som en fornuftig forretningsstrategi. Dette samarbejde skulle også omfatte indkøb af rettigheder. Lidt senere fremhævede dr. Dornemann, som er medlem af bestyrelsen i Bertelsmann med særligt ansvar for tv-området, i et interview¹⁴ fordelene ved samlet indkøb af free-tv- og betalings-tv-rettigheder.
91. En samordning af CLT-UFA's og Premieres indkøb af programrettigheder forekommer rent faktisk at være den mest sandsynlige forretningsstrategi. Med Premiere og sine free-tv-kanaler råder CLT-UFA over hele spektret af muligheder

¹⁴ Süddeutsche Zeitung, 25. 2.1998, s. 2.

for at udnytte programrettighederne, spændende fra pay-per-view og betalings-tv til førstegangssendelse og genudsendelse i free-tv. Det er derfor nærliggende at købe rettighederne samlet for hele spektret. Det vil sætte CLT-UFA i stand til at udnytte dem strategisk optimalt. F.eks. kunne sportsrettighederne udnyttes således, at de vigtigste begivenheder sendes i betalings-tv (f.eks. fodboldfinaler), mens mindre vigtige begivenheder derimod sendes i free-tv. For filmrettigheders vedkommende kan der anlægges en samlet strategi for, hvor længe der skal gå mellem udsendelse i betalings-tv og første- eller andengangsudsendelse i free-tv.

92. Det er rigtigt, at især de store Hollywood-studier kun i et vist omfang sælger filmrettigheder i pakker, der omfatter hele spektret. Denne situation vil dog kunne ændre sig, når de kommer til at stå over for aftagere, der dækker hele spektret. Desuden vil den indkøbsstyrke, som sammenlægningen mellem de digitale Premiere-kanalers store programbehov og CLT-UFA free-tv-kanaler vil resultere i, kunne få rettighedsindehaverne til at sælge rettighederne i pakker omfattende såvel betalings-tv som free-tv.
93. Bertelsmanns udtalelser angående fælles indkøb af rettigheder til betalings-tv og free-tv forekommer således plausible, og der er ingen grund til, at Kirch ikke også skulle følge den samme strategi. Kirch har ligesom CLT-UFA en hel tv-familie og vil som medejer af Premiere efter fusionen råde over den eneste betalings-tv-plattform i Tyskland. Kirch-gruppen må derfor ventes også at ville søge at købe rettigheder til betalings-tv og free-tv samlet.
94. Prisen for betalings-tv-rettigheder fastsættes normalt på grundlag af abonnenttallet, med et bestemt abonnenttal som garanteret minimum. I takt med Premieres voksende abonnenttal vil betalings-tv-rettighederne få stigende betydning på bekostning af free-tv-rettighederne. Samtidig får de også større strategisk betydning for CLT-UFA's og Kirchs samlede aktiviteter i tv-sektoren. Men eftersom Premiere vil være kontrolleret af CLT-UFA og Kirch i fællesskab, vil det næppe være særlig hensigtsmæssigt, at CLT-UFA og Kirch indkøber rettigheder til betalings-tv og free-tv hver for sig, når betalings-tv får stadig større betydning end free-tv. Det bliver i hvert fald tilfældet ifølge den forretningsplan for Premiere, der blev fastlagt i konsortieaftalen. Ifølge denne plan skal Premieres nettoomsætning [.....].

ii) CLT-UFA og Kirch er i stand til via deres free-tv-kanaler at anlægge en programstrategi, der kan skaffe nye betalings-tv-abonnenter til Premiere Digital

95. Parterne har gentagne gange erklæret, at det vil kræve ganske betragtelige investeringer at udvikle Premiere til en platform for digitalt tv. I det allerede omtalte interview¹⁵ har Bertelsmann-bestyrelsesmedlemmet dr. Dornemann nævnt en investeringssum frem til år 2007 på 13,5 mia. DEM og tab i opstartfasen på 2,5 mia. DEM. Det er klart, at CLT-UFA og Kirch derfor har en fundamental interesse i at øge Premieres abonnenttal mest muligt. I betragtning af de ovenfor beskrevne vekselvirkninger mellem betalings-tv og free-tv vil en samordning af programlægningen i Premiere og CLT-UFA's og Kirchs free-tv-kanaler kunne yde et væsentligt bidrag hertil.

¹⁵ Se fodnote 14.

96. Først og fremmest kan Premieres og free-tv-kanalernes programlægning udformes således, at de kompletterer hinanden. Som allerede nævnt, kan transmissionen af sportsbegivenheder f.eks. tilrettelægges således, at seernes interesse først vækkes med et par vigtige begivenheder sendt i free-tv (f.eks. fodboldkampe i de indledende runder), hvorefter højdepunkterne (finaler) sendes i betalings-tv. For så vidt angår Bertelsmanns tv-aktiviteter, blev en sådan komplementær programlægning væsentligt lettere efter fusionen i 1997 mellem CLT og UFA. Alle tv-aktiviteter er i dag samlet under CLT-UFA, som har majoritetsinteresser i den vigtigste free-tv-kanal, RTL.
97. Desuden har CLT-UFA og Kirch i hvert fald på lidt længere sigt - i takt med udbredelsen af betalings-tv - en interesse i at gøre free-tv-kanalerne mindre attraktive for at få flest mulige seere til at tegne abonnement på betalings-tv. En sådan strategi ville normalt være forbundet med en risiko for, at en stigning i abonnenttallet blev modsvaret af et fald i reklameindtægter. Denne risiko består imidlertid kun i begrænset omfang i den foreliggende sag. Som beskrevet ovenfor, hører de private free-tv-kanaler næsten alle sammen ind under enten CLT-UFA eller Kirch (der tilsammen tegner sig for ca. 92% af seerne i den private tv-sektor). Hvis CLT-UFA og Kirch anlægger en samordnet strategi gående ud på at gøre free-tv mindre attraktivt, vil det derfor kunne resultere i, at reklameindtægterne flyder over til de offentlige kanaler. Da disse kanaler imidlertid på grund af de reklamerestriktioner, de er underlagt, ikke kan udvide deres reklametid og specielt ikke må sende reklamer i "prime time", er risikoen for, at reklameindtægterne dirigeres over i den offentlige tv-sektor dog yderst begrænset.
98. Det betyder, at hvis CLT-UFA og Kirch i fællesskab bestræber sig på at mindske free-tv-kanalernes tiltrækningskraft, må det antages kun at resultere i et større tab af reklameindtægter, hvis reklameindustrien i betragtning af et faldende seertal i større omfang flytter deres reklamebudgetter fra fjernsynet til andre medier, især de trykte. Det kan kun ventes at blive tilfældet, hvis der sker et drastisk fald i seertallet. Det antal minutter, seerne gennemsnitligt bruger på at se private tv-kanaler, er steget med ca. 15% i årene fra 1993 til 1996 i Tyskland. I samme periode er reklameomsætningen målt i 1993-priser steget med 35%. Det viser, at seertal og reklameomsætning ikke nødvendigvis følger samme udvikling. Desuden må det tages med i betragtning, at hvis CLT-UFA og Kirch mister reklameindtægter i free-tv-sektoren, modsvares det af gevinster i det mere lukrative betalings-tv.

3) Konklusion

99. De samlede indkøb af betalings-tv- og free-tv-rettigheder og den komplementære programlægning, der må ventes at blive tale om, fører til en yderligere styrkelse af Premieres dominerende stilling på markedet for betalings-tv.

d) Konklusion

100. Af de ovennævnte grunde må den planlagte fusion ventes at føre til, at Premiere varigt kommer til at indtage en dominerende stilling på markedet for betalings-tv i Tyskland. De samlede indkøb af rettigheder til betalings-tv og free-tv og den komplementære programlægning, der må ventes at blive tale om, vil yderligere styrke Premieres dominerende stilling på markedet for betalings-tv.
101. Premiere må også antages at komme til at besidde en varigt dominerende stilling, hvis man lægger et marked for udbud af betalings-tv omfattende hele det tysktalende område til grund. De samme betragtninger som for det tyske marked gør sig gældende her. Der består dog den forskel, at kabelnettene i f.eks. Østrig - i modsætning til i Tyskland - udelukkende drives af private operatører. Medens opsplitningen af de tyske kabel-tv-net og Telekom's faktiske monopolstilling inden for tilførselsnet på netniveau 3 bevirker, at private kabelnetoperatører uafhængigt af, om de har adgang til premium-programmer eller ej, ikke kan udvikle nogen alternativ programplatform og tage konkurrencen op med Premiere på dette område, vil i hvert fald de større private kabelnetoperatører i Østrig teoretisk kunne udvikle en alternativ programplatform for deres egen region. Men eftersom Premiere i Tyskland har gennemtvunget transportmodellen over for Telekom, må Premiere ventes også i den øvrige del af det tysktalende område at ville nægte at markedsføre sine programmer via kabeloperatørerne. Det svarer til den strategi, Premiere hidtil har fulgt med sit analoge program. I Østrig har Premiere hidtil ikke tilladt kabelnetoperatørerne at markedsføre sine programmer direkte. I efteråret 1997 frafaldt Premiere ganske vist sit krav om selv at markedsføre dem og tilbød at overlade det analoge Premiere-program til en østrigsk kabelnetoperatør. Umiddelbart inden aftalens undertegnelse trak Premiere imidlertid dette tilbud tilbage. Det må derfor ventes, at Premiere efter fusionen er og fortsat vil være den eneste program- og markedsføringsplatform i hele det tysktalende område, da ingen andre virksomheder råder over de programressourcer, der er nødvendige for at udvikle deres egen programplatform, og da dekoderinfrastrukturen kontrolleres af Bertelsmann og Kirch.

3. Markedet for tekniske tjenester til betalings-tv

a) BetaDigitals og Telekom's monopoler

102. Fusionen vil resultere i, at BetaDigital får et varigt monopol inden for tekniske tjenester på satellitområdet. Efter den parallelle fusion mellem Deutsche Telekom og BetaResearch vil Telekom få et monopol inden for adgangsstyring på kabelområdet.
103. BetaDigital er i dag den eneste udbyder af tekniske tjenester til digital transmission af signaler via satellit. Ifølge parterne skal Bertelsmann ganske vist også i mindre omfang udbyde tekniske tjenester til betalings-tv via Cologne Broadcasting Center GmbH. Parterne har dog ikke givet nærmere oplysninger om disse aktiviteter.

104. Telekom vil også efter fusionen være den eneste udbyder af tekniske tjenester til digital signaltransmission i kabelnetten. CLT-UFA, Kirch og Telekom har i deres aftale om omstrukturering af BetaResearch fastsat, at Telekom ved udbud af tekniske tjenester til transmission af digitale tv-programmer i sine bredbåndsnet udelukkende skal benytte beta-adgangsstyringsteknologien baseret på d-box-dekoderen.

b) Den dominerende stillings varige karakter

105. På markedet for tekniske tjenester til digital datatransmission i det tysktalende område vil BetaDigital få en varigt dominerende stilling i hvert fald i satellitsektoren. Også i kabelsektoren må Telekom ventes fortsat at være den eneste udbyder af tekniske tjenester til transmission af betalings-tv i kabelnetten i Tyskland og desuden komme til at indtage en varigt dominerende stilling. Denne vurdering beror på de nedenfor anførte betragtninger.

i) Fusionen vil bevirke, at d-box-teknologien bliver den faktiske digitale standard i det tysktalende område

106. Udbud af betalings-tv kræver en særlig teknisk infrastruktur. Denne kan enten etableres af betalings-tv-udbydere eller af andre virksomheder, i første række kabelnetoperatører. Som følge af kabelnettenes struktur i Tyskland er private kabelnetoperatører ikke på egen hånd i stand til at udvikle den tekniske infrastruktur til transmission af betalings-tv, da deres kabeløer for det meste er for små til, at det kan betale sig at foretage de investeringer, der er nødvendige for at udvikle eget adgangsstyringssystem og egen dekoderbase til betalings-tv. Desuden kontrollerer de private kabelnetoperatører kun dele af netniveau 3 og 4, der benyttes til spredning af kabel-tv. På netniveau 3, der omfatter nettet fra kabel-hovedstationen, hvor det digitale programsignal modtages og fødes ind i kabelnettet, og frem til modtagerhusstandens ejendomsskel, er langt størsteparten af kabelnettenes Telekoms. Private kabelnetoperatører kan derfor kun udvikle en alternativ teknisk infrastruktur til transmission af betalings-tv under Telekoms medvirken.
107. Efter fusionen vil Premiere sende digitalt fjernsyn på basis af d-box-teknologien og d-box-dekoderen. Telekom vil udbyde tekniske tjenester til betalings-tv i kabelsektoren på basis af beta-adgangsteknologien og d-box-dekoderen. Netop de virksomheder, der hver for sig var prædestinerede til at udvikle en infrastruktur til digitalt tv og udbyde tjenester hertil, har således lagt sig fast på beta-adgangsteknologien på basis af d-box-dekoderen. Der kan derfor ikke ventes i overskuelig fremtid at ville opstå nogen alternativ teknisk platform til digitalt tv i det tysktalende område.

ii) Premieres monopol som programplatform vil på længere sigt forhindre, at der indføres en anden teknologi

108. Installering af en alternativ teknisk infrastruktur til transmission af betalings-tv vil være forbundet med meget store investeringer. Disse investeringer vil kun blive bekostet af andre potentielle udbydere, hvis de føler sig sikre på at kunne trænge ind på markedet. Det ville forudsætte, at en ny udbyder af betalings-tv etablerede sig i Tyskland. Vedkommende kunne enten udvikle sin egen tekniske platform på grundlag af alternativ adgangsteknologi eller give andre udbydere mulighed for at opbygge en teknisk infrastruktur. Men som allerede anført, er det

i betragtning af Premieres etablerede stilling i relation til abonnentstamme og særlige programressourcer ikke sandsynligt, at en yderligere betalings-tv-udbyder vil kunne trænge ind på markedet.

109. Derudover vil en alternativ adgangs- og dekoderteknologi kun kunne etableres i satellitsektoren, da CLT-UFA, Kirch og Telekom i omstruktureringsaftalen har fastsat, at Telekom ved udbud af tekniske tjenester til transmission af digitale tv-programmer i sit bredbåndsnet udelukkende skal benytte beta-adgangsteknologien baseret på d-box-dekoderen. Dermed vil enhver potentiel udbyder af betalings-tv og enhver potentiel anden udbyder af adgangsstyringstjenester inden for Telekom's kabelnet alligevel være tvunget til at benytte beta-adgangsteknologien og d-box-dekoderen via Telekom.

iii) Enhver potentiel udbyder af adgangsstyringstjenester vil være afhængig af BetaResearch's licenspolitik

110. BetaResearch er licensgiveren på det adgangsstyringssystem, der anvendes i d-boxen. Af sikkerhedsgrunde blev der, som det bemærkes af parterne, udviklet et lukket system. Også andre betalings-tv-udbydere, som allerede har erfaringer på markedet for betalings-tv, som f.eks. Canal+ og BSkyB, foretrækker at bruge lukkede adgangsstyringssystemer på grund af den angiveligt større sikkerhed i datatransmissionen. I overensstemmelse med DVB-standarder findes der to muligheder for at undgå, at en seer, der modtager betalings-tv med forskellige adgangsstyringssystemer, er nødt til at bruge flere dekodere, nemlig Simulcrypt-metoden og den såkaldte "CI" -metode ("common interface", dvs. en fælles grænseflade)
111. CI-metoden åbner mulighed for at bruge vidt forskellige adgangsstyringssystemer i den samme dekode, således at enhver anden udbyder af betalings-tv og tjenester kan varetage adgangsstyringen ved brug af den eksisterende dekodebase. I modsætning til, hvad der gør sig gældende ved Simulcrypt-metoden, er det ikke nødvendigt at indgå aftale med den, der har installeret dekodebasen, om tilkobling af dette adgangsstyringssystem til dekodebasens lukkede adgangsstyringssystem. Ved brug af et lukket adgangsstyringssystem er det vigtigt, at der er garanti for ikke-diskriminerende adgang til dette system. Dette forudsætter efter Kommissionens opfattelse, at licensgiveren på dekoderteknologien kan træffe sine forretningsbeslutninger uafhængigt af en programudbyder. I den foreliggende sag er der ikke sikkerhed for en sådan uafhængighed, eftersom BetaResearch i overvejende grad kontrolleres af virksomheder, der har egne interesser som programudbydere.
112. Når alle aktuelle og potentielle udbydere af digitalt betalings-tv og Telekom som udbyder af tekniske tjenester i kabelsektoren har lagt sig fast på beta-adgangsstyringsteknologien og d-box-dekoderen, er det udelukket, at der vil kunne installeres en alternativ dekodebase i Tyskland. Enhver anden potentiel udbyder af adgangsstyringstjenester ville derfor også være nødt til at benytte d-box-dekoderen. D-boxen arbejder med et lukket ("proprietary") krypteringssystem, som er udviklet af BetaResearch. Potentielle udbydere af tekniske tjenester til betalings-tv er derfor henvist til at få BetaResearch til at give dem licens på beta-adgangsstyringsteknologien. Det gælder både for kabel- og for satellitstransmission. BetaResearch kan dog ikke antages at have nogen økonomisk interesse i, at BetaDigital eller medejeren Telekom påføres

konkurrence på markedet for tekniske tjenester til betalings-tv inden for adgangsstyring i satellit- og kablektoren. Gennem sin licenspolitik vil BetaResearch kunne forhindre andre tjenesteudbydere i at komme ind på markedet.

iv) Kontrollen med dekoderinfrastrukturen giver Bertelsmann/-Kirch kontrol med mulige applikationer baseret på d-boxen

113. Via en applikationsprogrammeringsgrænseflade, den såkaldte API ("application programming interface"), kan tredjemand, der ønsker at udvikle egne applikationer, få adgang til dekoderens operativsystem. Et typisk eksempel herpå er elektroniske programguider, som viser de programmer, der er til rådighed, på skærmen som en slags menu. D-boxen har for øjeblikket ingen offentligt tilgængelig version af operativsystemets grænseflade. Det bevirker, at tredjemand, der ønsker at gøre brug af d-boxen til egne applikationer, er nødt til at lade BetaResearch etablere dem i operativsystemets source-code.
114. Ifølge parterne vil BetaResearch udvikle en API til d-boxen og offentliggøre den senest ved udgangen af 1998. Der foreligger endnu ingen oplysninger om licenspolitikens udformning og specielt ikke om licensafgifterne for brugen af API. Det er derfor heller ikke muligt på indeværende stadium at vurdere, om BetaResearch's API vil blive stillet til rådighed på rimelige markedsvilkår i lighed med andre udbyderes - f.eks. Open TV's og MediaHighways - API'er. Man kan dog gå ud fra, at API'en på grund af den korte tid, der er gået siden d-boxens introduktion på markedet, kun vil have et ringe funktionsomfang. Denne vurdering støttes af, at andre udbydere siden introduktionen af deres API i årenes løb hele tiden har forbedret den for at sikre en fuldstændig udnyttelse af hele dekoderteknologien og dermed bane vej for udviklingen af krævende applikationer.
115. Ifølge parterne skal d-boxens API give to muligheder for udvikling af applikationer. I det første tilfælde er applikationen etableret ved hjælp af API-funktionerne, dvs. den foregår direkte på API-niveauet ("native applications"). En sådan applikation kan kun foregå på d-boxen. På alle andre systemer vil applikationen ikke fungere. I det andet tilfælde monteres der en "virtual machine" (VM) på API'en, som omsætter API-specifikke funktioner til API-uafhængige funktioner. Dette giver mulighed for at udvikle og gennemføre applikationer uafhængigt af API. Parterne har gjort gældende, at DVB's arbejde med at opstille specifikationer for en standardiseret API, der arbejder som en VM, ventes afsluttet midt i 1998. BetaResearch vil da kunne begynde produktudviklingen, som anslås at tage yderligere 6-9 måneder.
116. Så længe der ikke findes en standardiseret API, vil d-boxens API kun tilbyde lukkede applikationer, hvilket betyder, at det er nødvendigt at have licens på API for at kunne udvikle en applikation. Parterne anfører videre, at den fremtidige API vil kunne udvides med flere funktioner, hvis licenstagere ønsker det. I så fald ville licenstagere imidlertid være tvunget til at give detaljerede oplysninger om, hvorfor de ønsker en bestemt funktion stillet til rådighed. BetaResearch træffer derefter afgørelsen herom. Det må antages, at der kun vil blive realiseret sådanne funktioner, som er i BetaResearch's - dvs. ejernes - interesse. Udvikling af nye funktioner er forbundet med omkostninger, som helt eller delvis bæres af licenstagere. Licenstagere har ingen valgmuligheder, da det kun er

BetaResearch, der kan give licens på d-boxens API. Desuden har licenstageren ingen indflydelse på, hvor hurtigt udviklingsarbejdet udføres i BetaResearch. I den forbindelse er det også tvivlsomt, om BetaResearch overhovedet vil afsætte tilstrækkelig kapacitet til udviklingsarbejde for licenstagere. For BetaResearch vil være nødt til at koncentrere sig om tidsplanen for frigivelse af nye API-versioner og primært bruge sin kapacitet hertil og ikke til hurtigt at gennemføre yderligere udviklingsarbejde for licenstagere, der konkurrerer med Premiere.

117. Desuden kommer d-boxens API sammenlignet med de andre systemer, der allerede findes på markedet, i første omgang ikke til at give nogen yderligere programmeringshjælp eller værktøjer, der kunne gøre det lettere hurtigt og med få omkostninger at udvikle eller lade andre udvikle krævende applikationer. Det betyder, at licenstagere er tvunget til at lade alt arbejde i forbindelse med udvikling af applikationer foretage af BetaResearch, der som den eneste er i stand til at udføre krævende udviklingsarbejde. At en licenstag selv skulle kunne udvikle en applikation, er udelukket alene på grund af omkostningerne herved og især det manglende detailkendskab til d-boxens API.

c) Konklusion

118. Af de ovennævnte grunde må den planlagte fusion ventes at føre til en varigt dominerende stilling for BetaDigital på markedet for tekniske tjenester til betalings-tv i satellitsektoren og under hensyn til Bertelsmanns og Kirchs kontrol med dekoderinfrastrukturen også til en styrkelse af Premieres dominerende stilling på markedet for betalings-tv. Premieres dominerende stilling inden for betalings-tv vil desuden yderligere forstærke BetaDigitals dominerende stilling på markedet for tekniske tjenester til satellittransmitteret betalings-tv i det tysktalende område. Med udgangspunkt i et samlet marked for tekniske tjenester til såvel satellit- som kabeltransmitteret betalings-tv vil den anmeldte fusion i sammenhæng med den parallelle fusion mellem Deutsche Telekom og BetaResearch føre til skabelse af et dominerende duopol i det tysktalende område. Hverken BetaDigital eller Telekom vil være udsat for nogen væsentlig konkurrence på dette marked. I betragtning af den fælles teknologi og ejersammenfaldet i BetaResearch kan der heller ikke ventes at ville bestå nogen konkurrence mellem BetaDigital og Telekom.

VI. FREMME AF DEN TEKNISKE OG ØKONOMISKE UDVIKLING

119. Parterne har gjort gældende, at den infrastruktur, der er nødvendig for en vellykket indførelse af digitalt tv, kun kan skabes ved, at Bertelsmanns og Kirchs ressourcer lægges sammen. Opbygningen af en dekoderbase anføres at koste ca. [500-1 000] DEM pr. tilsluttet husstand, hvilket med et anslået abonnenttal på [3-10] mio. vil resultere i udgifter på ca. [1,5-10] mia. DEM over 10 år. Hertil kommer yderligere investeringer på [50-300] mio. DEM til opbygning af det digitale sendecenter og adgangsstyringsteknologien. Endelig vil der i løbet af de kommende år skulle investeres adskillige milliarder DEM i programmer. Men når først denne digitale infrastruktur er blevet etableret ved hjælp af parternes investeringer, vil tredjemand med relativt få omkostninger kunne levere alle mulige tillægstjenester, ikke mindst fordi udbredelsen af det digitale betalings-tv yderligere vil nedbryde seernes modvilje mod at betale for et abonnement.

120. Parternes påstande kan anfægtes på flere konkrete punkter. Det er muligvis rigtigt, at seerne i hvert fald i de første år efter indførelsen af digital-tv vil leje og ikke købe de nødvendige dekodere. I så fald må disse dekodere finansieres. Omkostningerne herved kan imidlertid på ingen måde komme op på de beløb, parterne angiver. Lejen på en d-box ligger for øjeblikket på ca. [10-30] DEM. I bilag 2 c til aftalen mellem CLT-UFA og Taurus anslås gennemsnitsprisen for Nokias d-box i perioden fra august 1995 til december 1999 til ca. [400-1 000] DEM. Med en månedlig leje på [10-30] DEM ([100-400] DEM om året) vil den indkøbspris, der skulle finansieres, således allerede være amortiseret efter [1-5] års forløb. Kun i denne periode påløber der renter, som i øvrigt vil være faldende i takt med et stigende antal udlejninger. Efter [1-5] års forløb vil udlejningen af dekoderen give fortjeneste. Dette stemmer med Premieres businessplan af 7. november 1997 [.....]. I denne business plan er der i rubrikken dekoderfinansiering for 1998 anført udgifter på [100-200] mio. DEM, som løbende frem til år 2002 falder til [10-30] mio. DEM. Udgifterne i den samlede femårsperiode beløber sig således på basis af et abonnenttal på [2-5] mio. seere til [200-500] mio. DEM. Øjensynligt har parterne i deres beregning af omkostningerne ved dekoderbasen ikke taget hensyn til lejeindtægterne. Under alle omstændigheder er disse omkostninger ikke af den størrelsesorden, parterne har angivet.
121. Ifølge parterne er det kun Bertelsmann og Kirch, der sammen er i stand til at tilvejebringe det attraktive programudbud, der skal til for at sikre digital-tv's gennembrud, men denne påstand dokumenteres ikke yderligere. Påstanden kan ganske vist være rigtig, hvis Kirch helt skulle nægte Premiere adgang til sine programressourcer og især sine premium-rettigheder og samtidig komme i finansielle vanskeligheder som følge af en sådan blokadepolitik på grund af de omfattende finansielle forpligtelser, der følger af de "output deals", Kirch har indgået. En sådan situation, som den aftegnede sig, før Bertelsmann og Kirch nåede til enighed, behøver imidlertid ikke at opstå.
122. I det omfang, hvor parterne faktisk bidrager til en udbredelse af digitalt tv ved at etablere en digital infrastruktur og udbyde et attraktivt program i fællesskab, bemærkes, at de netop ved at gøre det i fællesskab som anført ovenfor afskærmer det fremtidige marked for digitalt betalings-tv og varigt bringer det under deres kontrol. Fusionen udelukker enhver mulighed for konkurrence på dette marked. For så vidt som den bidrager til udbredelse af digitalt tv og dermed til at fremme den tekniske og økonomiske udvikling, er dette bidrag ikke relevant efter fusionsforordningen. Det understreges i den forbindelse, at det kriterium angående fremme af den tekniske og økonomiske udvikling, der er anført i forordningens artikel 2, stk. 1, litra b), forudsætter, at der ikke lægges hindringer i vejen for konkurrencen. Derudover er det yderst tvivlsomt, om fusionen rent faktisk vil yde et positivt bidrag til at fremme den tekniske og økonomiske udvikling. Som følge af parternes afskærmning af og kontrol med markedet vil andre potentielle udbydere af digitalt betalings-tv og multimedietjenester ikke frit og uhindret kunne operere på dette marked. Der er grund til at frygte, at det vil lægge tekniske og økonomiske hindringer i vejen for udviklingen af digitalt tv og andre digitale tjenester.

VII. PARTERNES TILSAGN

1. Tilsagn

123. Ved brev af 28. april og 4. maj 1998 tilbød parterne en række tilsagn, som skulle imødekomme Kommissionens indsigelser mod den planlagte fusion. Disse tilsagn går i alt væsentligt ud på følgende:

a) Programrettigheder

124. Tredjeparter vil i et bestemt tidsrum få adgang til 25% af betalings-tv-rettighederne fra Kirchs og CLT-UFA's "output-deals" med Hollywood-studierne [.....]. Rettighederne udbydes hvert år for det næstfølgende år. De 25% af disse studiers produktion omfatter 25% af betalings-tv-rettighederne inden for kategorierne [.....]. Prisen på betalings-tv-rettighederne beregnes på grundlag af de kontrakter, der er indgået med Hollywood-studierne, dvs. efter den største betalings-tv-udbyder på det relevante marked. Hollywood-studierne selv kan ikke deltage heri som aftagere. Tilbuddet om at udbyde og afgive 25% af rettighederne i henhold til "output-deals" gælder kun, så længe Premiere har fem af syv "output-deals" angående betalings-tv-rettigheder, og højst indtil 1. januar 2003.

b) Pakkestrukturen

125. Premiere vil åbne sit programkoncept og give afkald på at gøre et abonnement på sin egen basispakke betinget af, at der også abonneres på film- og sportskanalerne. Dette tilsagn gælder, så længe der ikke er etableret nogen anden platform med premium-pakker, dog højst indtil 1. januar 2003.

c) Kabelnetoperatører

126. Fusionsparterne er rede til at samarbejde om distributionen med kabelnetoperatørerne. Ud over hvervning af nye kunder omfatter dette også information og bistand ved markedsføringen. Kunderrelationerne skal dog fortsat ligge hos Premiere. Kabelnetoperatørerne vil få et rimeligt vederlag for deres medvirken.

d) Rettigheder til betalings-tv og free-tv

127. Premiere vil selv indkøbe de betalings-tv-rettigheder, selskabet har brug for, og vil ikke erhverve nogen free-tv-rettigheder, hvilket betyder, at der ikke bliver foretaget samlede indkøb af såvel betalings-tv- som free-tv-rettigheder via Premiere.

e) BetaResearch

128. Telekom vil oprette et teknisk ekspertudvalg, som alle virksomheder, der arbejder med digital-tv, har adgang til. Dette ekspertudvalgs henstillinger implementeres efter retningslinjerne i de aftaler, der er indgået mellem Bertelsmann, Kirch, Telekom, ARD og ZDF. BetaResearchs moderselskaber er desuden rede til at give andre foretagender adgang til at erhverve op til 25% af BetaResearchs kapital via et fælles holdingselskab. Ingen vetorettigheder er dog knyttet til denne andel. Bertelsmann, Kirch og Telekom skal fortsat bevare deres vetorettigheder.

Kirchs ledende rolle især ved udpegelse af direktionen fremhæves på ny af parterne.

129. BetaResearch vil efter anmodning meddele enhver aftager, der ønsker at udføre krypteringstjenester for sig selv eller andre, en CA-licens (tvangslicens) på grundlag af en almindeligt tilgængelig standardkontrakt. Kan parterne ikke nå til enighed om vilkårene heri, navnlig licensafgifter, skal en voldgiftsinstans træffe afgørelse om, hvorvidt vilkårene er rimelige.
130. BetaResearch forpligter sig til inden udgangen af 1998 at offentliggøre d-box-nettets API ("native API") og at lade eventuelle tvister om licenser afgøre af en voldgiftsinstans. BetaResearch forpligter sig desuden til at udvide denne "native API" med den grænseflade, som DVB skal opstille standarder for, så snart DVB har vedtaget en sådan standard. BetaResearch vil desuden overtage alle fremtidige DVB-standarder.
131. BetaResearch vil give enhver interesseret producent produktionslicens på standardvilkår og lade enhver eventuel tvist angående licensvilkårene afgøre ved voldgift. En "Technical Verification Test" foretaget af BetaResearch er betingelsen for, at dekoderen kan udbydes på markedet. Denne producent-certificering kan efter to-tre års forløb foretages af uafhængige tredjeparter.

f) BetaDigital

132. Ønsker en udenforstående at gøre brug af BetaDigitals tjenester, og når der ikke til enighed om vilkårene herfor, vil BetaDigital lade tvisten afgøre ved voldgift.

2. Vurdering

a) Programrettigheder

133. Det er usandsynligt, at de tilbudte 25% af betalings-tv-rettighederne fra parternes "output-deals" vil få en potentiel udbyder af betalings-tv til at søge ind på markedet. Vedkommende ville være nødt til at betale den pris, der også gælder for Premiere. Eftersom denne beregnes på grundlag af abonnenttallet (med et garanteret abonnentminimum), ville en nyttilkommen konkurrent løbe en ret betydelig risiko, som ville blive øget i takt med den hurtige stigning i Premieres abonnenttal, der må forudses. Ifølge parternes tilbud vil enhver interesseret køber være nødt til inden for et bestemt tidsrum i et år at afgøre, hvilke rettigheder han gerne vil købe for det næstfølgende år. Vedkommende vil således tidligst kunne erhverve rettigheder for år 2000. Men i år 2000 vil Premiere ifølge sin businessplan have ca. [...] mio. abonnenter, og det er på basis af det abonnenttal, at prisen vil blive beregnet. Den potentielle køber ville da skulle betale ca. 2,3 mio. USD pr. film. I den sammenhæng må det fastholdes, at Hollywood-studierne selv blev udelukket som aftagere (tilbagekøbere) i tilsagnet. Dermed har parterne allerede fra begyndelsen udelukket de potentielle købere, som sandsynligvis ville være de eneste, der kunne bære den risiko, der er forbundet med at købe disse rettigheder. Desuden gælder tilsagnet kun frem til udgangen af 2002. Det betyder, at der kun kan blive tale om at afgive rettigheder for i alt tre år. Endvidere bemærkes, at tilsagnet kun gælder de "output-deals", der er indgået med Hollywood-studierne. Sportsrettigheder, som ved siden af premium-film også har afgørende betydning for premium-kanaler, er ikke omfattet heraf. Som

helhed kan tilsagnet ikke anses at åbne mulighed for, at der etableres en anden programplatform.

b) Pakkestrukturen

134. Parterne gør gældende, at potentielle udbydere af basispakker og sportsprogrammer vil få lettere adgang til markedet, når abonnenterne ikke er tvunget til at abonnere på en Premiere-basispakke for at kunne tegne abonnement på Premieres film- og sportskanaler. Dette tilsagn kan faktisk gøre det lettere for en alternativ programplatform at skaffe sig abonnenter til en basispakke i konkurrence med Premiere. Men det kan dog næppe bidrage til at sikre, at der opstår en sådan programplatform - den kan kun udvikle sig på basis af premium-kanaler ("anchor channels").

c) Kabelnetoperatører

135. Parterne har kun tilbudt et distributionssamarbejde med kabelnetoperatørerne. Det er dermed udelukket, at kabelnetoperatørerne selv vil kunne markedsføre Premiere og dermed opbygge deres eget kundeunderlag, ligesom de heller ikke vil kunne ompakke programmerne. Hvis kabelnetoperatørerne skal kunne opbygge en alternativ programplatform, skal de imidlertid - rent bortset fra, at de i betragtning af den nuværende netstruktur vil være nødt til at samarbejde med Telekom - i det mindste selv kunne erhverve de enkelte programpakker fra Premiere, navnlig premium-film og sportskanaler, pakke dem sammen med andre kanaler og tilbyde dem til deres kabelkunder.

d) Rettigheder til betalings-tv og free-tv

136. Tilsagnets ordlyd åbner mulighed for, at Premiere ikke blot køber de rettigheder, selskabet har brug for, hos andre udbydere, men også hos Kirch og CLT-UFA. I så fald vil CLT-UFA og Kirch kunne indkøbe rettigheder til betalings-tv sammen med rettigheder til free-tv. Tilsagnet har derfor ingen betydning.

e) BetaResearch

137. Tilsagnet om, at Telekom etablerer et teknisk ekspertudvalg, betyder blot, at andre får adgang til det udvalg, der allerede findes med ARD og ZDF. Det må fastholdes, at ekspertudvalget ifølge aftalen med ARD og ZDF ganske vist skal rådgive i spørgsmål om teknisk udvikling, men det kan ikke gennemtvinge, at henstillingerne føres ud i livet.
138. Parternes tilbud om at lade andre købe sig ind i BetaResearch kunne føre til en vis gennemsigtighed i beslutninger om den fremtidige teknologiudvikling. Men da andre højst vil kunne erhverve 25% af BetaResearch, og da der ikke er vetorettigheder knyttet til denne aktiepost, bevarer Bertelsmann og Kirch som dominerende udbydere af betalings-tv og Telekom som dominerende kabelnetoperatør deres fælles kontrol med BetaResearch og dermed med udviklingen af teknikken.
139. Indførelsen af en tvangslicens og en voldgiftsprocedure for afgørelse af tvister angående licensvilkårene, navnlig licensafgiften, kan ganske vist yde et vist bidrag til at sikre, at der ikke udøves diskrimination ved meddelelse af licenser. Dette tilsagn ændrer dog intet ved, at udviklingen af den teknologi, der meddeles

licens på, kontrolleres af Bertelsmann, Kirch og Telekom. Med BetaResearchs forpligtelse til inden udgangen af 1998 at offentliggøre d-box-nettets API og lade eventuelle tvister afgøre ved voldgift samt udvide "native API" med den grænseflade, DVB opstiller standarder for, så snart de foreligger, er der blot tale om en bekræftelse af, hvad parterne i forvejen havde erklæret var deres hensigter. Tilbuddet om, at BetaResearch vil give alle interesserede dekodeproducenter produktionslicens på standardvilkår og lade eventuelle tvister om vilkårene herfor afgøre ved voldgift, kan ganske vist bidrage til at skabe konkurrence inden for produktion af dekodere. Men det ændrer intet ved, at Bertelsmann og Kirch som de dominerende betalings-tv-udbydere og Telekom som den dominerende kabelnetoperatør kontrollerer udviklingen af dekoderteknologien.

f) BetaDigital

140. Tilsagnet om, at BetaDigital i tilfælde af uenighed om vilkår også vil lade sagen afgøre ved voldgift, ændrer intet ved, at BetaDigital kommer til at få et vedvarende monopol på markedet for tekniske tjenester til satellittransmitteret betalings-tv.

g) Samlet vurdering af tilsagnene

141. Med de tilbudte tilsagn vil parterne ganske vist på det tekniske område skabe en vis gennemsigtighed og adgang til d-box-teknologien. Parterne er dog ikke rede til at afgive deres enekontrol med denne teknologi og i særdeleshed dens videre udvikling. Inden for betalings-tv kan disse tilsagn ikke antages at give realistisk mulighed for, at der kan opstå en alternativ program- og markedsføringsplatform. Premiere vil dermed fortsat være i stand til at diktere vilkårene for andres adgang til markedet. Samtidig reducerer den manglende mulighed for en alternativ programplatform yderligere værdien af tilsagnene på det tekniske område, i hvert fald med hensyn til licenser på adgangsstyring, da der ikke kan ventes at blive udviklet nogen teknisk platform uden en sådan alternativ programplatform.

3. Yderligere tilsagn

142. Den 13. og den 19. maj 1998 udvidede parterne deres tilsagn på følgende områder:

a) Kabelnetoperatører

143. Ud over distributionssamarbejdet vil Premiere give kabelnetoperatørerne mulighed for på visse betingelser at markedsføre sine programmer og for så vidt at opbygge deres egne kunderelationer. Programudbydere inden for free-tv, betalings-tv og pay-per-view er princippielt udelukket fra at markedsføre programmerne. Der er ikke tale om eksklusiv markedsføring, så Premiere og kabelnetoperatørerne konkurrerer med hinanden ved markedsføringen. Kundeforholdet skal princippielt bestå mellem abonnenten og den part, der har hvervet den pågældende kunde. Data angående de kunder, som kabelnetoperatørerne har hvervet, skal imidlertid stilles til rådighed for Premiere i dennes SMS, så selskabet kan orientere kunderne om supplerende tilbud og tjenesteydelser (f.eks. pay-per-view) og sende dem generelle kundeinformationer. Kabelnetoperatørerne kan ikke markedsføre Premieres pay-per-view-tilbud.

144. Kabelnetoperatøerne skal tilbyde programpakkerne med samme sammensætning som Premiere. Det er ikke tilladt at opløse de enkelte programpakker eller Premieres pakkestruktur som sådan. Kabelnetoperatøerne kan dog udvide Premieres programpakker med egne supplerende tilbud. De kan desuden markedsføre andre udbyderes programpakker og enkeltprogrammer. Da Premiere ikke stiller krav om, at premiumpakker skal tilbydes sammen med basispakken (jf. nr. 125), kan kabelnetoperatørernes kunder ikke blot abonnere på en kombination af Premieres pakker, men også på kabelnetoperatørens eventuelt egen basispakke. At kunden abonnerer på en sådan basispakke, må dog ikke gøres til en forudsætning for, at der kan tegnes abonnement på Premieres programmer. Den pris, kabelnetoperatøerne skal betale for Premieres pakker, er Premieres salgspris på kabelmarkedet minus de omkostninger, som Premiere sparer ved, at tredjemand markedsfører pakkerne. Kabelnetoperatøerne skal ligesom Premiere tilbyde udlejning af d-box-dekodere, som skal tages af Nokia-kontingentet (1 mio. dekodere), indtil dette er opbrugt.
145. En kabelnetoperatør må ikke misbruge den frihed, han har fået, til ved udnyttelsen af kablet at begrænse markedsføringen af Premieres programmer kapacitetsmæssigt, hvilket vil sige, at han skal markedsføre hele Premieres programtilbud. I modsat fald er Premiere ikke forpligtet til at overlade markedsføringen af programmet til kabelnetoperatøren. Hvis kapaciteten er begrænset, skal Premiere og kabelnetoperatøerne enten rette sig efter de retningslinjer, der afstikkes af delstaternes medieanstalter, eller enes om en anden objektiv måde at fordele kapaciteten på.

b) Kabelnet

146. Den 20. maj 1998 meddelte Telekom desuden, at selskabet indtil den 31. december 1999 vil holde to digitale kanaler på hyperbåndet fri til en potentiel anden programudbyder. Telekom er desuden villig til i samarbejde med netniveau 4-operatører at udvide kabelkapaciteten på bånd IV, dog kun i de områder, hvor der er mulighed for en refinansiering for kabeloperatøerne (netniveau 3 og 4).

c) BetaResearch

147. Ifølge parternes tilbud om at lade tredjemand købe sig ind i BetaResearch via et holdingselskab (se nr. 128) skal alle selskabsdeltagerne, dvs. Bertelsmann, Kirch, Telekom og holdingselskabet, have samme rettigheder. Ved afstemninger findes flertallet i overensstemmelse med gældende retsregler (der er ikke fastsat særlige kvorumbestemmelser). Særlige rettigheder, der har været indrømmet de enkelte hidtidige selskabsdeltagere, ophæves.

4. Vurdering

a) Kabelnetoperatører

148. Parternes nye tilsagn er ikke egnet til at skabe de nødvendige forudsætninger for, at der kan etableres en alternativ program- og markedsføringsplatform i kabelnetsektoren. Parterne henviser i deres følgebrev selv til, "at der på det tyske marked på nuværende tidspunkt ikke findes nogen partnere til en økonomisk fornuftig realisering af disse markedsføringsformer, eller at der i hvert fald ikke hidtil har været nogen, der har vist sig villige til at foretage de nødvendige investeringer med henblik på at opbygge sådanne infrastrukturer". Med

kabelnettenes nuværende struktur er de private kabelnetoperatører faktisk ikke i stand til at etablere en program- og markedsføringsplatform.

149. Som anført under nr. 63 driver private kabelnetoperatører primært kun virksomhed på netniveau 4 (ejendomsstilslutning, kabeløer). Nettet på netniveau 3 (fordelingsnet fra kabelhovedstation til ejendommens skel) ejes stort set udelukkende af Telekom. Dermed er de private kabelnetoperatører på nuværende tidspunkt nødt til at gøre brug af Telekoms tjenester på netniveau 3. Uden at kunne bruge netniveau 3 kan de private kabelnetoperatører imidlertid ikke skabe en alternativ programplatform. Som følge af de opsplittede kabel-tv-net og Telekoms stilling som praktisk talt eneoperatør af tilførselsnet på netniveau 3 kan de private kabelnetoperatører på nuværende tidspunkt ikke tilbyde en alternativ programplatform i konkurrence med Premiere.
150. Telekom har under proceduren ikke vist sig villig til at indgå et samarbejde med de private kabelnetoperatører med henblik på at etablere en alternativ kabelplatform eller i det mindste at overlade kabelnetoperatørerne brugen af netniveau 3. På spørgsmålet om, hvordan adskillelsen mellem netniveau 3 og 4 kunne overvindes, erklærede Telekom den 22. maj 1998 ganske vist, at der med henblik på brugen af Telekoms tjenester i forbindelse med den digitale kabelplatform og en digital markedsføringsplatform vil blive indgået individuelle aftaler mellem Telekom og de parter, der ønsker at gøre brug af tjenesterne (programudbydere, netniveau 4-operatører). Hvis netniveau 4-operatørerne ønsker det, kunne den tekniske og driftsrelaterede adskillelse mellem niveau 3 og 4 ifølge Telekom også overvindes ved at kombinere netniveau 3- og netniveau 4-operatørernes tjenester. Disse erklæringer er imidlertid så vage og generelle, at de ikke giver tilstrækkeligt grundlag for en forventning om, at adskillelsen mellem netniveau 3 og 4 kan overvindes med henblik på etablering af en program- og markedsføringsplatform for netniveau 4-operatører. Med hensyn til den antydede kombination af netniveau 3- og netniveau 4-operatørers tjenester anføres det således ikke, hvilke tjenester henholdsvis Telekom og netniveau 4-operatørerne kan yde, og hvordan netniveau 3- og netniveau 4-operatørers tjenester i det hele taget kan kombineres teknisk og økonomisk. Spørgsmålene, om netniveau 4-operatører vil få egen adgang til netniveau 3, og hvorvidt de i så fald også kan varetage adgangsstyringen, og hvordan det teknisk set vil kunne gøres, er stadig helt uafklarede. Man må på grundlag af Telekoms erklæringer derfor stadig gå ud fra, at Telekom i sidste ende selv vil levere de nødvendige tekniske tjenester, og at netniveau 4-operatørerne således i så henseende vil være afhængige af Telekom. Det ville derfor højst sandsynlig først være muligt at overvinde adskillelsen mellem netniveau 3 og 4 efter en omstrukturering og privatisering af Telekoms kabelnet, hvor Telekoms kabelnet efter en udskillelse ville blive drevet af regionale selskaber med deltagelse af private kabelnetoperatører. Telekom har imidlertid ikke udtalt sig forpligtende om, hvornår omstruktureringen vil finde sted, og hvilken form den vil tage. Omstruktureringen og privatiseringen vil derfor formodentlig først være gennemført, når Premieres forspring på grund af den til den tid værende abonnentbase er så stort, at alternative platforme vil have svært ved at slå igennem.
151. Desuden vil kabelnetoperatører på baggrund af de tilbudte tilsagn heller ikke kunne tilbyde betalings-tv-programmer, der er lige så konkurrencedygtige som Premieres, da de ikke må drive virksomhed som udbydere af egne betalings-tv-

programmer og tilbyde f.eks. egenproducerede regionalprogrammer. De må tværtimod kun markedsføre andres kanaler som supplerende tilbud. Kabelnetoperatører må desuden ikke markedsføre Premieres pay-per-view-tilbud og lave egne pay-per-view-tilbud. Da pay-per-view-rettighederne ikke er eksklusive rettigheder, ville det imidlertid være lettest at etablere et eget udbud af betalings-tv-programmer ved hjælp af pay-per-view-tilbud. Kabelnetoperatørerne skal desuden udbyde Premieres programpakker i samme sammensætning som Premiere. Med hensyn til programsammensætningen i de enkelte pakker, som er et væsentligt handlingsparameter, vil de således være helt afhængige af Premiere.

152. Kabelnetoperatørerne skal desuden stille deres kundedata til rådighed for Premiere, uden at tilsvarende forpligtelser gælder for Premiere. Det er i branchen imidlertid helt usædvanligt at videregive kundedata, og kravet herom sikrer Premiere et betydeligt konkurrenceforspring. Når prisen fastsættes til Premieres salgspris minus de omkostninger, der spares ved, at andre forestår markedsføringen, er der risiko for, at kabelnetoperatørerne ikke kan markedsføre Premieres programmer rentabelt. Det står hen i det uvisse, hvem der fastsætter, hvilke omkostningsbesparelser der er tale om, og efter hvilke kriterier omkostningsbesparelserne defineres.

b) Kabelnet

153. At Telekom reserverer to digitale kanaler på hyperbåndet til andre potentielle programudbydere, kan ganske vist teoretisk set bidrage til, at der kan udbydes konkurrerende programmer, idet der således stilles yderligere kapacitet til rådighed. Det skaber dog ikke i sig selv mulighed for, at der kan etableres en alternativ programplatform i kabelnetsektoren. Det fremgår allerede af, at reserveringen er tidmæssigt begrænset. Det forekommer at være ualmindeligt vanskeligt at etablere en alternativ programplatform inden for en periode på blot 1 1/2 år. Da private kabelnetoperatører i øvrigt ikke selv må foranstalte betalings-tv, hvis de ønsker at markedsføre Premieres programmer, kan de udelukkende udbyde andres kanaler, hvilket betydeligt begrænser deres muligheder for at etablere en programplatform, der kan udnytte de to kanaler. På den anden side kan en programudbyder, der ønsker at etablere en programplatform på basis af de 25% af betalings-tv-rettighederne, ikke gøre brug af rettighederne før år 2000. I øvrigt vil en programudbyder, der ønsker at udnytte de to kanaler, skulle indgå en tiårig aftale, selv om han ifølge parternes tilbud kun har adgang til 25% af de betalings-tv-rettigheder, de har erhvervet i deres "output deals". Telekom stiller endvidere yderligere kapacitet etableret ved udbygning af bånd IV i udsigt, men denne udtalelse er ikke nærmere konkretiseret og må for så vidt blot betragtes som en generel hensigtserklæring.

c) BetaResearch

154. Tilsagnet om, at alle selskabsdeltagerne i BetaResearch, herunder tredjeparternes holdingselskab, vil få samme rettigheder, kunne i princippet løse problemet med programudbydernes kontrol med teknologien. Når betalings-tv-udbydere CLT-UFA og Kirch ikke længere har nogen vetoret, og alle selskabsdeltagere har samme rettigheder, er der formelt set mulighed for vekslende flertal i selskabets organer. Der skal imidlertid tages højde for, at kredsen af selskabsdeltagere i BetaResearch kun består af fire selskabsdeltagere, da tredjemand kun kan deltage via et holdingselskab. Der kan således kun træffes flertalsbeslutninger, hvis tre af

de fire selskabsdeltagere er enige. Det betyder, at CLT-UFA og Kirch i fællesskab altid kan blokere for beslutninger og derfor nu som tidligere også kan gennemtvinge deres interesser i fællesskab ved at forhindre, at der træffes beslutninger, der strider mod deres interesser. Tredjeparternes holdingselskab ville derimod kun kunne gennemtvinge deres interesser i forhold til betalings-tv-udbydere CLT-UFA og Kirch i samarbejde med Telekom, ved at begge disse selskabsdeltagere i fællesskab stemmer mod CLT-UFA og Kirch og dermed forhindrer en flertalsbeslutning. Det er imidlertid nærliggende tro, at Telekom snarere har et interessefællesskab med CLT-UFA og Kirch end med tredjeparternes holdingselskab, idet Telekom vil levere de tekniske tjenester til betalings-tv på basis af d-box-teknologien. Det betyder, at CLT-UFA's og Kirchs samt Telekoms mulighed for som henholdsvis dominerende betalings-tv-udbydere og dominerende kabelnetoperatør i fællesskab at kontrollere teknologien og videreudviklingen heraf formelt set reduceres, men fortsat vil eksistere i praksis.

d) Samlet vurdering af tilsagnene

155. Det må heraf konkluderes, at de tilbudte tilsagn også i deres udvidede form er utilstrækkelige til at løse de eksisterende konkurrenceproblemer. For de tilbudte tilsagn kan i særdeleshed ikke inden for betalings-tv skabe en realistisk mulighed for, at der kan etableres en alternativ program- og markedsføringsplatform. Premiere vil således fortsat være i stand til at diktere vilkårene for andres adgang til markedet. Der er ganske vist tale om en vigtig indrømmelse, når tredjemand kan indgå i kredsen af selskabsdeltagere i BetaResearch samtidig med, at de hidtidige selskabsdeltageres vetoret og andre særlige rettigheder ophæves, idet den strukturelt sikrede kontrol med teknologien og videreudviklingen heraf dermed fjernes. Men da der ikke kan etableres en alternativ teknisk platform, uden at der er mulighed for at etablere en alternativ programplatform, er tilsagnet vedrørende BetaResearch selv ikke sammen med de andre tilsagn, som parterne allerede havde tilbudt med hensyn til CA-licens, API og produktionslicens, tilstrækkeligt til at forhindre, at Premiere og BetaDigital vil få en varig dominerende stilling på markedet.

VII. KONKLUSION

156. Af de ovennævnte grunde må den planlagte fusion antages at føre til skabelse eller styrkelse af dominerende stillinger, som vil hæmme den effektive konkurrence på en væsentlig del af fællesmarkedet betydeligt. Fusionen må derfor erklæres uforenelig med fællesmarkedet efter fusionsforordningens artikel 8, stk. 3 -

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

Den anmeldte fusion i form af CLT-UFA S.A.'s og Taurus Beteiligungs-GmbH & Co. KG's erhvervelse af fælles kontrol med Premiere Medien GmbH & Co. KG, BetaDigital Gesellschaft für digitale Fernsehdienste mbH og BetaResearch Gesellschaft für Entwicklung und Vermarktung digitaler Infrastrukturen mbH erklæres uforenelig med fællesmarkedet og med EØS-aftalen.

Artikel 2

Denne beslutning er rettet til:

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

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

Udfærdiget i Bruxelles, den 27. maj 1998.

På Kommissionens vegne

Karel VAN MIERT
Medlem af Kommissionen