

DECISIONE DELLA COMMISSIONE

del 2 aprile 2003

che dichiara la compatibilità di una concentrazione con il mercato comune e con l'accordo sul SEE

(Caso COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù)

[notificata con il numero C(2003) 1082]

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

(Testo rilevante ai fini del SEE)

(2004/311/CE)

LA COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE,

visto il trattato che istituisce la Comunità europea,

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

visto il regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, sul controllo delle concentrazioni tra imprese ⁽¹⁾, modificato da ultimo dal regolamento (CE) n. 1310/97 ⁽²⁾, in particolare l'articolo 8, paragrafo 2,

vista la decisione della Commissione del 29 dicembre 2002 di avviare un procedimento su questo caso,

avendo concesso agli interessati la possibilità di comunicare il proprio parere sulle obiezioni della Commissione,

previa consultazione del comitato consultivo in materia di concentrazioni ⁽³⁾,vista la relazione finale del consigliere-auditore ⁽⁴⁾,

considerando quanto segue:

(1) Il 16 ottobre 2002, la Commissione ha ricevuto una notifica a norma dell'articolo 4 del regolamento (CEE) n.

4064/89 («il regolamento sulle concentrazioni») riguardo a una proposta di concentrazione attraverso la quale l'impresa The News Corporation Limited, Australia (in appresso «Newscorp») acquisirebbe il controllo, ai sensi dell'articolo 3, del regolamento sulle concentrazioni e attraverso un'apposita società veicolo, dell'insieme delle televisioni a pagamento italiane Telepiù SpA e Stream SpA (in appresso, rispettivamente, «Telepiù» e «Stream») mediante l'acquisto di azioni. Telepiù e Stream avrebbero unito le proprie attività costituendo una piattaforma satellitare combinata DHT (Direct-to-Home) per la diffusione di programmi a pagamento. Telecom Italia SpA (il principale operatore italiano di telecomunicazioni, in appresso «Telecom Italia») avrebbe mantenuto una quota di minoranza (19,9 %) nella nuova piattaforma combinata.

(2) Dopo avere esaminato la notifica e la serie di impegni presentata da Newscorp il 31 ottobre 2002, la Commissione ha concluso, il 29 novembre 2002, che l'operazione rientrava nell'ambito del regolamento sulle concentrazioni e ha sollevato seri dubbi riguardo alla sua compatibilità con il mercato comune e con l'accordo sul SEE. La Commissione ha perciò deciso di aprire un procedimento ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera c), del regolamento sulle concentrazioni.

(3) Il 14 gennaio 2003, Newscorp ha presentato una nuova serie di impegni.

(4) Il 5 e il 6 marzo 2003 si è tenuta un'audizione.

(5) Il 13 marzo 2003, Newscorp ha presentato un'ultima serie di impegni.

(6) Il comitato consultivo ha discusso la bozza della presente decisione il 20 marzo 2003.

⁽¹⁾ GU L 395 del 30.12.1989, pag. 1; versione rettificata: GU L 257 del 21.9.1990, pag. 13.

⁽²⁾ GU L 180 del 9.7.1997, pag. 1.

⁽³⁾ GU C 92 del 16.4.2004.

⁽⁴⁾ GU C 92 del 16.4.2004.

I. LE PARTI

- (7) Newscorp è una società del settore dei media attiva negli Stati Uniti, in Canada, in Europa, in Australia, nell'America latina e nel bacino del Pacifico. Le sue attività includono la produzione e la distribuzione di film e di programmi televisivi, la trasmissione di programmi televisivi via satellite e via cavo, la pubblicazione di giornali, riviste e libri, la produzione e la distribuzione di prodotti e servizi promozionali e pubblicitari, lo sviluppo di mezzi di trasmissione digitale, lo sviluppo di sistemi di gestione ad accesso condizionato e su abbonamento e la creazione e la distribuzione di programmazioni on line.
- (8) Telepiù opera dal 1991 come piattaforma analogica per la pay-TV. Dal 1996, Telepiù è attiva anche come operatore di pay-TV nella trasmissione via satellite in digitale (DTH) e, in misura minore, via cavo. Telepiù trasmette anche sul canale televisivo terrestre digitale (DTT), in forma di sperimentazione tecnica, in poche aree del territorio italiano. Dal 1997, Telepiù è stata controllata esclusivamente da Vivendi Universal SA. Telepiù opera prevalentemente attraverso le sue consociate. In particolare, Europa TV SpA e Prima TV SpA sono responsabili delle attività editoriali dei canali Telepiù e dell'acquisto dei diritti televisivi per gli eventi sportivi e i film. Queste società detengono, rispettivamente, una concessione per la trasmissione terrestre analogica e un'autorizzazione per la trasmissione via satellite in digitale. Omega TV SpA è responsabile dei programmi prodotti internamente e della gestione dell'offerta pay-per-view con trasmissione via satellite digitale di Telepiù. Atena Servizi SpA fornisce i servizi tecnicoamministrativi per la piattaforma digitale ed acquista i diritti di trasmissione per i canali prodotti da terze parti che vengono offerti su tale piattaforma. Infine, TeleCare SpA, una società controllata da Atena Servizi, è responsabile del call centre.
- (9) Stream è stata fondata nel 1993 e ha iniziato a operare come piattaforma di pay-TV in Italia nel 1998, trasmettendo in DTH. Tra il 1993 e il 1997 Stream ha operato esclusivamente come fornitore di servizi, distribuendo programmi di pay-TV per altri operatori. Attualmente, Stream opera solo in tecnologia digitale, trasmettendo i suoi segnali via satellite e, in misura minore, via cavo. Prima della metà del 2000, l'azionariato di Stream era il seguente: Telecom Italia (35 %), Newscorp (35 %), Cecchi Gori Group Finmavi SpA (CGG) (18 %) e SDS — Società Diritti Sportivi srl (SDS) (12 %). A partire da metà del 2000, in seguito all'autorizzazione della Commissione⁽⁵⁾, Stream è stata controllata congiuntamente al 50 % da Newscorp e Telecom Italia sulla base di un accordo tra gli azionisti.

II. LA CONCENTRAZIONE

- (10) La concentrazione proposta comporta l'acquisizione del controllo esclusivo di Telepiù e Stream da parte di Newscorp nell'intento di combinare le rispettive attività. A tale scopo, il 1° ottobre 2002, Newscorp e Telecom Italia hanno stipulato uno «Share Purchase Agreement» (di seguito anche «accordo principale») con Vivendi Universal SA, Group Canal+ SA e Canal+ Europe BV (collettivamente, il «gruppo Vivendi») che prevede l'acquisizione del 100 % delle azioni di Telepiù da parte di Newscorp attraverso un'apposita società veicolo interamente di proprietà di Stream.
- (11) Allo stesso tempo, Newscorp e Telecom Italia hanno stipulato un «Framework Agreement» con il quale intendono: i) rifinanziare Stream, ii) ridefinire i propri interessi e i rispettivi ruoli in Stream e, attraverso Stream, fondare e capitalizzare un'impresa controllata al 100 % da Stream che funga da società veicolo (special purpose vehicle) per eseguire l'acquisizione di Telepiù e iii) governare la propria futura relazione in qualità di azionisti di Stream e le relative partecipazioni nella società veicolo. Queste operazioni saranno seguite dalla costituzione di una piattaforma di pay-TV DTH combinata in cui far confluire le attività di Stream e Telepiù.
- (12) Infine, lo «Shareholder Agreement» allegato al «Framework Agreement» disciplinerà la relazione tra Newscorp e Telecom Italia in qualità di azionisti di Stream.
- (13) Telecom Italia avrà una partecipazione del 19,9 % nella piattaforma combinata, mentre Newscorp avrà una partecipazione dell'80,1 %. È possibile che altri investitori si uniscano alla struttura azionaria per una mera finalità finanziaria. L'accordo principale prevede che tali investitori non possano assumere, né individualmente né unitamente ad altri, alcun potere di controllo sulla piattaforma combinata, cioè non possano esercitare alcuna influenza sulla definizione della politica aziendale né partecipare alla designazione dei quadri dirigenti.
- (14) Pur essendo basata su una serie di contratti, l'acquisizione del controllo esclusivo di Stream e Telepiù da parte di Newscorp è da considerarsi come una singola concentrazione, realizzata esclusivamente in vista dell'acquisizione del controllo totale della piattaforma combinata da parte di Newscorp. La transazione proposta rappresenta perciò una concentrazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), del regolamento sulle concentrazioni.
- (15) La transazione proposta costituisce uno sviluppo di un'operazione esaminata dall'Autorità garante della con-

(5) Caso COMP/M.1978 — Telecom Italia/News Television/Stream del 29 giugno 2000, pubblicato sul sito web della Commissione: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

correnza e del mercato italiana nel 2002 ⁽⁶⁾. Nell'ambito di tale operazione, a differenza della presente transazione, il gruppo Vivendi avrebbe acquisito il controllo esclusivo della piattaforma di pay-TV DTH italiana risultante dalla combinazione delle attività di Stream e di Telepiù. In quello scenario, Telecom Italia e Newscorp erano i «venditori», mentre in questo caso Telecom Italia mantiene un collegamento con la piattaforma combinata. Quella transazione è stata autorizzata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana con una decisione del 13 maggio 2002, che imponeva una serie di condizioni sostanzialmente simili agli impegni presentati dalle parti durante la prima fase dell'indagine della Commissione. L'accordo è stato successivamente abbandonato dal gruppo Vivendi.

III. DIMENSIONE COMUNITARIA

- (16) Le imprese interessate presentano, insieme, un volume d'affari aggregato a livello mondiale superiore a 5 000 milioni di EUR [Newscorp [...] * (*) EUR a giugno 2002, Stream [...] * EUR nel 2001, Telepiù [...] * EUR nel 2001]. Il volume d'affari aggregato a livello comunitario di almeno due delle imprese interessate è superiore a 250 milioni di EUR (Newscorp [...] * EUR nel giugno 2002 e Telepiù [...] * EUR nel 2001, mentre Stream ha raggiunto la cifra di [...] * EUR nel 2001). Le parti non conseguono più di due terzi del proprio volume d'affari all'interno di uno stesso Stato membro (Newscorp consegue due terzi del proprio volume d'affari comunitario in Gran Bretagna, Stream e Telepiù in Italia). L'operazione presenta perciò una dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento sulle concentrazioni.

IV. VALUTAZIONE AI SENSI DELL'ARTICOLO 2 DEL REGOLAMENTO SULLE CONCENTRAZIONI

A. MERCATO DEI PRODOTTI E MERCATO GEOGRAFICO RILEVANTE

- (17) La concentrazione interessa diversi mercati all'interno del territorio italiano.

1. MERCATO DELLA PAY-TV

Mercato dei prodotti

- (18) Newscorp ritiene che la transazione proposta debba essere valutata nel contesto del mercato generale delle

trasmissioni televisive in Italia, che include i servizi televisivi sia gratuiti che a pagamento. Le parti sostengono che la Commissione abbia riconosciuto le interazioni tra questi due segmenti in decisioni precedenti ⁽⁷⁾. Newscorp ritiene che, con riferimento al mercato italiano, la Commissione abbia ragioni per concludere che il mercato dei prodotti rilevante debba includere sia i servizi televisivi in chiaro che quelli a pagamento. Newscorp sostiene inoltre che la forza degli operatori televisivi in chiaro, nel caso specifico dell'Italia, costituisca un'effettiva limitazione per gli operatori della televisione a pagamento.

- (19) L'ampia indagine di mercato condotta in questo caso ha evidenziato che in Italia esiste una chiara distinzione, sia dal punto di vista dei clienti che da quello dei fornitori, tra la televisione in chiaro e quella a pagamento. L'indagine ha preso in esame le emittenti televisive in chiaro, i fornitori di canali, le società calcistiche e le associazioni di consumatori. Nei paragrafi seguenti sono riassunti gli aspetti principali emersi dall'indagine di mercato.

Emittenti in chiaro

- (20) Il fatto che la televisione in chiaro e quella a pagamento rappresentino mercati separati è stato riconosciuto sia dagli operatori più grandi (emittenti di scala nazionale) che dalla maggior parte degli operatori minori (emittenti regionali o locali) che offrono servizi televisivi in chiaro. Quasi tutte le emittenti consultate hanno dichiarato che il tipo di contenuti e i palinsesti offerti dalla televisione a pagamento sono diversi da quelli disponibili sulle televisioni in chiaro. Ciò determina un interesse nettamente diverso dei due servizi per gli utenti finali. Inoltre, per quanto riguarda la sostituibilità sul versante dell'offerta, poiché i modelli aziendali dei due tipi di emittenti sono distinti, gli operatori della pay-TV non potrebbero trasferirsi in breve tempo alla televisione in chiaro, e viceversa, senza incorrere in significativi costi aggiuntivi o in rischi eccessivi ⁽⁸⁾. In particolare, la televisione in chiaro si fonda in larga misura sui proventi che derivano dalla

⁽⁶⁾ Decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana del 13 maggio 2002 (caso C/5109).

^(*) Alcune parti di questo documento sono state modificate per non divulgare informazioni riservate; tali parti sono racchiuse tra parentesi quadre e marcate con un asterisco.

⁽⁷⁾ Decisione della Commissione del 10 settembre 1991, caso IV/M.110 — ABC/Generale des Eaux/Canal+/W.H. Smith TV, considerando 11; decisione della Commissione del 20 settembre 1995, caso M.553 — RTL/Veronica/Endemol, considerando 20. Le decisioni citate sono pubblicate sul sito Web della Commissione: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽⁸⁾ Cfr. la comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (GU C 372 del 9.12.1997, pag. 5, punto 20. L'espressione «in breve tempo» è da intendersi come «entro tempi che non comportano una modifica sostanziale delle immobilizzazioni materiali ed immateriali».

pubblicità o da finanziamenti pubblici (contributi statali), mentre la televisione a pagamento si fonda sui proventi che derivano dai canoni di abbonamento (e, in misura molto inferiore — circa per il 5 % in Italia — dalla pubblicità).

- (21) Mentre per la televisione in chiaro il parametro di valutazione del successo è l'«audience» (o lo «share» di spettatori), a cui corrisponde il numero dei potenziali contatti pubblicitari, per la televisione a pagamento il parametro chiave è il numero di abbonati. Gli interpellati hanno inoltre indicato che, per alcuni tipi di contenuto specifici, ad esempio lo sport e il calcio in particolare, le televisioni a pagamento sono in grado di offrire una vastissima scelta di eventi, anche simultaneamente. Questa offerta multicanale è incommensurabilmente superiore a quella disponibile per gli spettatori della televisione in chiaro, i quali possono nel migliore dei casi assistere a un solo evento, ad esempio a una partita di calcio, alla volta. Attualmente, perciò, i servizi televisivi a pagamento e quelli gratuiti non sono pienamente intercambiabili dal punto di vista dello spettatore. In effetti, alcune emittenti in chiaro hanno fatto rilevare che gli spettatori della televisione a pagamento sono spesso interessati a palinsesti con programmi di un genere specifico, ad esempio sport e cinema, che sono disponibili solo nella modalità di trasmissione della pay-TV.
- (22) Alcune importanti emittenti in chiaro hanno inoltre dichiarato che, anche ipotizzando un certo grado di interazione tra la televisione a pagamento e quella in chiaro, i fornitori di contenuti tendono a moltiplicare le proprie fonti di reddito distinguendo nettamente le «finestre di vendita» tra la pay-TV e la televisione in chiaro. Questo aspetto contribuisce chiaramente all'identificazione di mercati separati.

Fornitori di canali

- (23) Opinioni analoghe sono state avanzate da numerosi fornitori di canali, i quali hanno dichiarato che la televisione a pagamento e quella in chiaro appartengono a mercati distinti.
- (24) Le differenze tra i modelli di reddito dei due tipi di emittenti contribuiscono a collocarli in spazi competitivi differenti dal punto di vista dell'offerta. È stato inoltre fatto rilevare che nel caso della televisione a pagamento esiste una relazione economica diretta tra emittente e spettatori (attraverso il «canone di abbonamento»), mentre tale legame non esiste nel caso della televisione in chiaro, in cui la relazione economica si instaura tra l'emittente e gli inserzionisti pubblicitari. Inoltre, in considerazione dei rispettivi palinsesti, dal punto di vista degli utenti finali la relazione tra i due tipi di televisione potrebbe essere definita «complementare» anziché «alternativa».

- (25) Tenendo conto della prospettiva sul versante dell'offerta dei produttori di canali tematici, gli interpellati hanno

dichiarato che solo le televisioni a pagamento vengono considerate possibili acquirenti di contenuti, mentre gli operatori della televisione in chiaro potrebbero difficilmente rappresentare un'alternativa adeguata.

- (26) Ciò nonostante, alcuni interpellati hanno sostenuto che tutte le emittenti competono in un mercato al dettaglio globale per acquisire spettatori e in un mercato all'ingrosso globale per acquisire materiale di programmazione. A questo proposito, è stato osservato che «per quanto riguarda l'acquisto dei film della "library" (film trasmessi da canali a pagamento non premium), esiste un'effettiva concorrenza tra la televisione a pagamento e quella in chiaro». Tuttavia, nell'identificazione di alcuni elementi specifici dei contenuti, una terza parte ha riconosciuto che «in generale, non vi è concorrenza tra gli operatori della pay-TV e quelli della televisione in chiaro nell'acquisto e nella vendita di canali e programmi». Un altro interpellato ha dichiarato che, in ogni caso, anche se la televisione a pagamento e quella in chiaro costituiscono mercati separati, «entrambe attingono alle stesse fonti per i programmi», fatto che a sua volta «significa che i prezzi e le condizioni negoziate in uno dei segmenti hanno effetto anche sull'altro».

- (27) Alcuni terzi hanno evidenziato che i due mercati sono sostanzialmente diversi a causa di quattro elementi: a) il modello aziendale che rende i due prodotti differenti dal punto di vista dell'offerta, b) le dimensioni, c) i contenuti e d) i palinsesti. Lasciando da parte i primi tre elementi, che sono già stati discussi, per quanto riguarda i palinsesti è importante sottolineare che le televisioni in chiaro hanno un «modulo di programmazione» fisso per l'intera giornata e per la settimana, mentre le televisioni a pagamento (in particolare i canali tematici offerti attraverso le piattaforme di pay-TV) hanno un palinsesto che consente varie «repliche» dello stesso contenuto/programma in vari momenti del giorno e della settimana. Ne consegue che gli spettatori della televisione a pagamento hanno la possibilità di guardare il programma di propria scelta (all'interno di un canale a pagamento) in varie occasioni nello stesso giorno e anche nel corso della medesima settimana.

- (28) Gli interpellati hanno tuttavia riconosciuto che la presenza di un numero elevato di televisioni in chiaro terrestri in Italia influisce sul grado di penetrazione dei servizi televisivi a pagamento e, in qualche misura, sulla capacità dei fornitori di contenuti di distribuire i propri prodotti attraverso le piattaforme di pay-TV.

Squadre di calcio

- (29) Le squadre di calcio presentano un legame particolarmente stretto con le attività della televisione a pagamen-

to, poiché il loro flusso di entrate dipende in larga misura dalla vendita dei diritti di trasmissione agli operatori della pay-TV. Questo aspetto è particolarmente rilevante in Italia. Di fatto, la maggior parte delle squadre di calcio italiane (Serie A e Serie B) hanno dichiarato che i mercati della televisione a pagamento e della televisione in chiaro sono nettamente distinti e che le televisioni in chiaro non competono direttamente sullo stesso mercato delle pay-TV. La differenza si basa su quattro elementi principali: a) differenze tecnologiche; b) il regime di licenze/autorizzazioni necessario per operare nel settore; c) la relazione con gli utenti finali e d) il diverso sistema di finanziamento su cui si basano i due tipi di televisione. Queste differenze di base devono quindi essere affiancate alla differenza principale in termini di «offerta di prodotti» che caratterizza i due mercati.

(30) Dal punto di vista dell'offerta, è stato sostenuto che, per quanto riguarda le partite che si svolgono durante l'anno (ad esempio il campionato italiano di Serie A o Serie B), le televisioni in chiaro non competono con le pay-TV per l'acquisto dei diritti di trasmissione esclusiva, mentre esiste un certo grado di concorrenza per le partite amichevoli, le sintesi e altri prodotti. La maggior parte delle squadre tende a considerare il «calcio» come un prodotto unico, che può essere sfruttato in modo ottimale nella modalità a pagamento. Le poche eccezioni (sintesi o partite trasmesse in differita) dimostrano che anche la televisione in chiaro dispone di spazi per sfruttare i prodotti legati al calcio, ma si tratta di casi di natura sporadica e di importanza marginale.

(31) A questo proposito, alcuni interpellati hanno dichiarato che, poiché i detentori dei diritti (le squadre di calcio), il prodotto (le partite) e i destinatari (gli spettatori) sono in ultima analisi gli stessi, indipendentemente dalla modalità di trasmissione (criptata o in chiaro), si potrebbe sostenere che la televisione a pagamento e quella in chiaro competono sullo stesso mercato. Tuttavia, considerando a) il fatto che le piattaforme per la pay-TV hanno la possibilità di trasmettere diverse partite simultaneamente; b) che le squadre di calcio, in particolare quelle di piccole e medie dimensioni, preferiscono vendere i propri diritti alle pay-TV per non subire un calo di spettatori negli stadi, e c) le caratteristiche e la condotta di mercato della maggior parte dei fornitori di diritti in relazione agli eventi calcistici, è possibile concludere che esiste una chiara differenza nei prodotti per i quali è possibile e conveniente presentare un'offerta.

Associazioni di consumatori

(32) Sono state poste alcune domande alle associazioni di consumatori italiane interessate (Adusbef, Aduc, Altroconsumo, Codacons, Confconsumatori, Federconsumato-

ri). Gli interpellati hanno dichiarato che, benché in Italia si possa parlare di una pressione competitiva tra la televisione in chiaro e quella a pagamento data l'esistenza di una vasta rete di emittenti in chiaro con importanti pacchetti di programmi, ciò nonostante è improbabile che un aumento del 5-10 % nel canone di abbonamento di una piattaforma pay-TV indurrebbe gli utenti a un cambiamento, revocando l'abbonamento esistente o rinunciando ad abbonarsi ⁽⁹⁾.

(33) Ciò è dovuto principalmente al fatto che l'abbonato alla pay-TV è normalmente diverso dallo spettatore della televisione in chiaro. Gli utenti interessati ad abbonarsi sono spinti da un interesse molto forte per temi specifici (sport, film o musica) che non ritengono possa essere soddisfatto attraverso la televisione generalista tradizionale. A questo riguardo, è stato affermato che la decisione di abbonarsi è spesso di natura emotiva ed è motivata dall'attrazione per i contenuti offerti dalla televisione a pagamento, ad esempio le partite della squadra di calcio preferita. Questa caratteristica sembra assottigliare i confini tra l'utente dei servizi televisivi a pagamento e il «tifoso» o il sostenitore di una squadra o di uno sport o di un contenuto specifico.

Ulteriori elementi

(34) L'indagine di mercato ha evidenziato una serie di altri elementi che giocano a favore di una distinzione tra il mercato della televisione a pagamento e quello della televisione in chiaro.

(35) Il primo elemento riguarda la differenza nell'hardware richiesto per il consumo della pay-TV rispetto a quello necessario per la televisione in chiaro. L'utente della televisione a pagamento necessita di un decoder (il cosiddetto «set-top box» o STB) per decrittare il segnale trasmesso. L'STB deve essere acquistato o noleggiato in aggiunta al normale apparecchio televisivo ed è un dispositivo hardware non richiesto agli utenti della televisione in chiaro per ricevere le trasmissioni analogiche terrestri. La differenza nei requisiti hardware è particolarmente rilevante in Italia in quanto, attualmente, non è disponibile commercialmente nessuna televisione che trasmetta in modalità digitale terrestre (DTT). Non è escluso che in futuro questa differenza diventi meno rilevante poiché, una volta introdotta la DTT, anche gli apparecchi televisivi «terrestri» richiederanno un decoder per la ricezione dei segnali digitali. Tuttavia, i piani del governo italiano per l'introduzione della DTT si pon-

⁽⁹⁾ A questo riguardo, il «tasso di abbandono» è la misura della disaffezione degli utenti nei confronti delle pay-TV. Le risposte hanno indicato che un aumento del 15-20 % potrebbe più facilmente indurre gli abbonati ad abbandonare la TV a pagamento.

gono come scadenza la fine del 2006 (a differenza di altri paesi come la Spagna o la Gran Bretagna ⁽¹⁰⁾, in cui la trasmissione digitale terrestre è già operativa). Inoltre, le più recenti previsioni di mercato indicano che l'abbandono della televisione analogica in Italia avverrà in tempi ancora più lunghi.

(36) Un altro aspetto rilevante è quello delle diverse funzionalità offerte dalla tecnologia digitale, che attualmente sono disponibili solo agli utenti della pay-TV. A prescindere dalla possibilità di proporre simultaneamente eventi differenti attraverso una molteplicità di canali, la pay-TV in Italia offre una vasta gamma di funzioni aggiuntive rese possibili solo dalla tecnologia digitale. Le guide elettroniche ai programmi (EPG — Electronic Programme Guides) e l'interattività sono solo alcuni dei possibili esempi. Gli spettatori degli eventi sportivi possono scegliere la modalità di visualizzazione che preferiscono, commutando ad esempio tra le diverse telecamere che riprendono un gran premio di Formula 1 (dall'interno di una vettura ad un'altra, o al pit-stop), rivedendo un goal durante una partita di calcio o cambiando telecamera per veder battere un rigore dall'interno della rete.

(37) Tutti gli elementi descritti indicano che, attualmente, la pay-TV e la televisione in chiaro rappresentano ancora mercati nettamente distinti in Italia, nonostante l'inevitabile interazione reciproca. È evidente che, quanto più è allettante l'offerta di un'emittente in chiaro, tanto minore sarà l'incentivo degli spettatori a optare per l'abbonamento alla pay-TV. Questo aspetto è particolarmente rilevante nei paesi, come l'Italia, in cui la televisione in chiaro offre una vasta scelta di canali, alcuni dei quali con contenuti che possono essere considerati attraenti. Sotto questo profilo, la televisione in chiaro rappresenta indubbiamente una certa limitazione per la pay-TV.

(38) Ciò nonostante, la domanda cruciale è se tale limitazione sia sufficientemente forte da rendere la televisione in chiaro sostituibile alla pay-TV. A questo riguardo, l'attrattiva dell'offerta di un'emittente in chiaro dipende per definizione dai contenuti offerti agli spettatori. Attualmente, come è emerso dall'indagine di mercato, i tipi di contenuti che in Italia vengono considerati «premium» (in particolare, film recenti di successo ed eventi sportivi, in particolare calcistici) sono disponibili solo e attraverso le emittenti a pagamento. Da una parte, le squadre di calcio mostrano una forte inclinazione a vendere i propri diritti di trasmissione ai soli operatori della pay-TV. Dall'altra parte, i produttori cinematografici più

importanti vendono i diritti di trasmissione di un certo film in base a uno schema «a finestre», nel quale la «finestra» della televisione a pagamento precede quella della televisione in chiaro. I fornitori di contenuti non sono stati finora disposti a rinunciare allo schema di finestre della pay-TV, poiché ciò significherebbe rinunciare a una fonte di reddito aggiuntiva. Finché resterà in uso questo modello aziendale, la televisione in chiaro non potrà competere con la pay-TV nella trasmissione di film recenti di successo subito dopo la «finestra» dell'Home Video. Attualmente, perciò, in Italia esiste una chiara differenza per quanto riguarda i contenuti «premium» che possono essere offerti dalle televisioni in chiaro e da Fonte a pagamento e, soprattutto, per quanto riguarda i tempi di trasmissione di tali contenuti.

(39) L'attuale situazione non esclude tuttavia che la distinzione tra i due mercati non possa attenuarsi progressivamente in futuro, per ragioni legate tra l'altro all'evoluzione della tecnologia in generale e ai progressi della digitalizzazione in Italia. La futura introduzione della DTT in Italia determinerà certamente un cambiamento nel panorama televisivo. Inoltre, la tendenza generale alla convergenza tra i diversi media audiovisivi da una parte e la convergenza tra i media e le telecomunicazioni dall'altra determinerà probabilmente una crescente affinità tra i diversi modi di convogliare l'intrattenimento e l'informazione agli utenti e nei modi in cui questi ultimi usufruiscono di tali servizi.

Decisioni precedenti della Commissione

(40) In questo caso, i risultati dell'indagine di mercato sono simili alle definizioni del mercato rilevante enunciate dalla Commissione in casi precedenti e dalle autorità competenti di altri Stati membri ⁽¹¹⁾. La Commissione aveva in precedenza sostenuto che esiste un mercato separato per la pay-TV, senza distinguere tra modalità di trasmissione terrestre, satellitare, via cavo o di altro tipo. Tale mercato si finanzia con gli abbonamenti e, in misura minore, con la pubblicità ed è distinto dal mer-

⁽¹⁰⁾ A questo riguardo è opportuno osservare che, in Spagna, Quiero TV ha operato come emittente di pay-TV DTT fino a metà del 2002 e, in Gran Bretagna, ITV trasmette in modalità DTT.

⁽¹¹⁾ Cfr. ad esempio, per la Gran Bretagna, la decisione relativa al caso NTL/CWC, <http://www.competition-commission.org.uk/fulltext/437c2.pdf>, per l'Italia la decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, citata nella nota 6 precedente, relativa alla concentrazione Group Canal+/Stream del 13 maggio 2002 e, per la Spagna, la decisione del governo spagnolo sul caso Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital del 29 novembre 2002.

cato della televisione in chiaro, che si finanzia con la pubblicità e/o con contributi statali ⁽¹²⁾.

- (41) Mentre nel caso della televisione in chiaro la relazione commerciale esiste solo tra il fornitore del programma e l'inserzionista pubblicitario, nel caso della pay-TV esiste anche una relazione commerciale diretta tra il fornitore del programma e lo spettatore in quanto abbonato. La pay-TV viene commercializzata attraverso una rete di distributori o mediante gruppi di vendita. A tale scopo è essenziale un sistema di gestione degli abbonati e l'operatore di pay-TV necessita di una tecnologia di accesso condizionato (CAS) per poter limitare l'accesso ai servizi ai soli abbonati in regola con i pagamenti.
- (42) Le condizioni di concorrenza sono perciò diverse per la televisione a pagamento e quella in chiaro. Mentre nel caso della televisione in chiaro il parametro fondamentale è la relazione tra lo «share» di pubblico e i prezzi della pubblicità, nel caso della televisione a pagamento il fattore chiave è la relazione tra la struttura dei programmi e il numero di abbonamenti. Il fatto che gli abbonati siano disposti a pagare somme considerevoli per la pay-TV indica chiaramente che quest'ultima rappresenta un prodotto diverso e destinato a un pubblico ben definito.
- (43) Per quanto riguarda gli altri servizi correlati alla pay-TV, la Commissione aveva in precedenza identificato due altri possibili mercati: i servizi pay-per-view ⁽¹³⁾ e la televisione digitale interattiva ⁽¹⁴⁾, essendo quest'ultima stata considerata come una forma di servizi correlata e complementare alla pay-TV. Per quanto concerne in particolare i servizi di «pay-per-view» (PPV), «near-video-on-demand» (nVoD) e «video-on-demand» (VoD), l'indagine di mercato ha evidenziato che, per il momento, questi

potrebbero essere considerati come segmenti all'interno del mercato della pay-TV ⁽¹⁵⁾.

Canali televisivi, in particolare i canali a pagamento DTH

- (44) Esiste un certo grado di somiglianza tra i canali di interesse speciale della pay-TV [commercializzati separatamente in alcuni Stati membri ⁽¹⁶⁾] e le piattaforme di pay-TV. I singoli canali non possono essere assimilati alle pay-TV multicanale come Stream e Telepiù, in cui gli abbonati hanno la possibilità di acquistare un pacchetto di canali con contenuti «basic» e «premium» (bouquet). Ciò nonostante, in entrambi i casi (canali DTH e pay-TV multicanale), secondo le informazioni fornite durante l'indagine di mercato, esiste una relazione commerciale diretta tra il fornitore del programma e lo spettatore in qualità di abbonato. Entrambi sono commercializzati attraverso una rete di distributori o utilizzando gruppi di vendita. A tale scopo è essenziale un sistema di gestione degli abbonati ed entrambi necessitano di una tecnologia di accesso condizionato (CAS) per limitare l'accesso ai servizi ai soli abbonati in regola con i pagamenti.
- (45) Ai fini del presente caso, la Commissione è pervenuta alla conclusione che, in futuro, i canali DTH indipendenti potrebbero costituire una limitazione alla concorrenza sul mercato italiano nei confronti delle piattaforme di pay-TV multicanale come Stream e Telepiù, in particolare se dovessero includere contenuti premium (film recenti, eventi sportivi e partite di calcio).
- (46) In ogni caso, non è necessario stabilire se i canali di pay-TV costituiscano un possibile mercato di prodotti separato all'interno del mercato generale dei servizi televisivi a pagamento, considerando che la concentrazione porterebbe al rafforzamento di una posizione dominante con qualunque possibile definizione del mercato dei prodotti.

Conclusioni

- (47) Alla luce di quanto precede, è possibile concludere che l'indagine di mercato ha evidenziato che in Italia, pur esistendo un'interrelazione dinamica tra la televisione in

⁽¹²⁾ Caso COMP/JV.37 — BskyB/Kirch Pay TV, caso IV/M. 993 — Bertelsmann/Kirch/Première, caso COMP/M.2211 — Universal Studios Networks/De Facto 829 (NLT) Studios Channel Ltd, caso COMP/JV.57-TPS, caso COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital. In alcune di queste decisioni si indicava che un'altra caratteristica della pay-TV è la necessità per gli spettatori di disporre di un modulo di decodifica (decoder). In questo contesto, occorre rilevare che, attualmente, l'uso dei decoder è necessario anche per la televisione in chiaro che trasmette in modalità digitale terrestre o via satellite. Tutte le decisioni citate sono pubblicate sul sito web della Commissione:

<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽¹³⁾ Caso COMP/M.2211 — Universal Studios Networks/De Facto 829 (NLT) Studios Channel Ltd, decisione della Commissione del 20 dicembre 2000, pubblicata sul sito web della Commissione: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽¹⁴⁾ Caso COMP/JV.37 — BskyB/Kirch Pay TV, decisione della Commissione del 2 marzo 2000, pubblicata sul sito web della Commissione: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽¹⁵⁾ Il pay-per-view è un altro servizio in cui, oltre al pagamento di un abbonamento per il servizio televisivo, il cliente paga i contenuti prodotto per prodotto (ad esempio, per ogni film o per ogni evento sportivo). Il video-on-demand e il near-video-on-demand sono modalità differenti con le quali gli utenti di una pay-TV hanno accesso ai contenuti video in forma personalizzata.

⁽¹⁶⁾ Ad esempio, un caso di questo tipo si verifica in Gran Bretagna con «Channel 4».

chiaro e quella a pagamento che influisce sulla penetrazione e sul successo della pay-TV, esse rappresentano attualmente due mercati separati, analogamente a quanto era emerso dalle indagini precedenti della Commissione nello stesso settore.

Mercato geografico

- (48) Sebbene in alcuni mercati di nicchia i canali vengano trasmessi in tutta Europa, la trasmissione televisiva è ancora generalmente organizzata su scala nazionale. Come la Commissione ha già dichiarato in varie decisioni ⁽¹⁷⁾, i mercati per l'organizzazione della televisione sono di natura nazionale o si riferiscono ad aree linguisticamente omogenee. Ciò è dovuto principalmente alle differenze esistenti nei regimi legislativi, alle barriere linguistiche, a fattori culturali e ad altre differenze nelle condizioni di concorrenza tra i singoli Stati membri. Tale definizione del mercato geografico è stata confermata in questo caso, con riferimento specifico al mercato della televisione a pagamento. Di conseguenza, il mercato dei prodotti per la presente transazione è limitato al territorio dell'Italia.

2. MERCATI A MONTE (CON RIFERIMENTO ALLA PAY-TV)

Acquisizione di contenuti audiovisivi (considerazioni generali)

- (49) La transazione produce un impatto sul settore dei contenuti audiovisivi. All'interno di questo mercato, Stream e Telepiù operano principalmente in Italia come acquirenti di diritti di trasmissione ⁽¹⁸⁾. I contenuti audiovisivi comprendono una serie eterogenea di prodotti di intrattenimento. Tali prodotti includono, senza limitazione, lungometraggi, programmi TV di ogni genere (ad esempio, film TV, opere teatrali, spettacoli comici, documentari, quiz, giochi e notizie), eventi sportivi e canali di base e tematici («Contenuti audiovisivi»).

⁽¹⁷⁾ Caso COMP/JV.37 — BskyB/Kirch Pay TV, caso IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Première, decisione della Commissione del 27 maggio 1998 (GU L 53 del 27.2.1999, pag. 1). Caso COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital, decisione della Commissione del 14 agosto 2002 pubblicata sul sito web della Commissione: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽¹⁸⁾ Fox (una società appartenente al gruppo Newscorp) è attiva prevalentemente nello sviluppo, nella produzione e nella distribuzione mondiale di film e canali televisivi. La società distribuisce alcuni di questi prodotti anche in Italia, in particolare film.

- (50) Nel compilare i palinsesti, e più in generale le «offerte», le emittenti televisive devono tenere in considerazione varie forme di contenuti audiovisivi. Secondo Newscorp, poiché per costruire una piattaforma pay-TV di successo è essenziale disporre di una buona varietà di contenuti, l'acquisto dei contenuti televisivi nel loro complesso dovrebbe essere considerato come un mercato separato.

- (51) A questo riguardo, l'indagine della Commissione ha evidenziato che, pur essendo vero che le emittenti televisive, in particolare le piattaforme di pay-TV, debbano acquistare vari tipi di contenuti, dal punto di vista della domanda, cioè dalla prospettiva degli operatori televisivi, tali contenuti non sono sostituibili (un lungometraggio e un programma nato per la televisione non hanno lo stesso valore in termini di attrattiva per gli utenti).

- (52) Sul versante dell'offerta, i diritti sui contenuti televisivi vengono commercializzati con differenti strutture di prezzi e non possiedono lo stesso valore economico. Inoltre, i fornitori di contenuti specifici non sono in grado di cambiare il proprio processo di produzione per realizzare contenuti di tipo differente. La Commissione ha sostenuto, in decisioni precedenti, che in relazione ai contenuti televisivi è possibile definire almeno i seguenti mercati ⁽¹⁹⁾: a) film premium; b) eventi calcistici che si svolgono regolarmente (ogni anno) e a cui partecipano squadre nazionali; c) eventi calcistici che non si svolgono regolarmente e a cui partecipano squadre nazionali; d) altri eventi sportivi; e) canali televisivi tematici e generici e f) programmi TV. I diritti citati alle lettere a), b), c) e d) sono stati considerati in passato sia dal punto di vista dell'offerta (vendita da parte dei titolari dei diritti) che dal punto di vista della domanda (acquisto di diritti esclusivi).

- (53) Inoltre, benché teoricamente la televisione in chiaro e quella a pagamento operino in concorrenza per l'acquisto dei contenuti televisivi sopra citati, esistono alcune categorie di contenuti che vengono acquistate solo dalle pay-TV in considerazione, inter alia, i) dei prezzi e delle condizioni dei contratti alla base delle transazioni (ad esempio, i film recenti vengono venduti solo alle pay-TV per poter trarre ulteriori proventi da una vendita successiva alle televisioni in chiaro); ii) nel caso specifico degli eventi calcistici, della capacità di trasmettere simultaneamente più partite e del fatto che la maggior parte delle società calcistiche (in particolare Fonte di piccole e medie dimensioni) non è interessata a vendere i propri diritti alle televisioni in chiaro (prontamente accessibili a tutti i telespettatori) allo stesso prezzo applicato alle pay-TV, poiché una tale politica di vendita ridurrebbe il numero di spettatori negli stadi.

⁽¹⁹⁾ Cfr. in particolare i casi COMP/M.553 — RTL/Veronica/Endemol, COMP/M.2050 — Vivendi/CANAL+/Seagram, caso 37.576 — UEFA's Broadcasting Regulations, COMP/M.2211 — Universal Studios Networks/De facto (NTL) Studios Channel Ltd, COMP/JV.57 — TPS, COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital. Cfr. il sito web della Commissione: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

(54) Ne consegue che questo tipo di contenuti dispendiosi non è solitamente accessibile agli spettatori delle televisioni in chiaro. In particolare, i diritti sui film premium recenti e sugli eventi calcistici più regolari a cui partecipano squadre nazionali (in particolare le partite di campionato) tendono ad essere acquistati su base esclusiva dagli operatori di pay-TV e costituiscono il fattore essenziale (la «motivazione») che spinge gli utenti ad abbonarsi a un determinato canale o a una determinata piattaforma di pay-TV. Benché anche altri tipi di contenuti costituiscano un complemento importante al bouquet di una pay-TV, questi non sono necessariamente contenuti di tipo «motivante».

Mercati dei prodotti

(55) I mercati interessati dalla presente transazione in cui la concentrazione crea o rafforza una posizione dominante sul versante dell'offerta (l'acquisto dei diritti) sono i seguenti: a) i diritti esclusivi sui film «premium»; b) i diritti esclusivi sugli eventi calcistici che si svolgono ogni anno e a cui partecipano squadre nazionali (in particolare il campionato nazionale, la coppa nazionale, la Coppa UEFA e la Champions League UEFA); c) i diritti esclusivi su altri eventi sportivi; d) l'acquisto di canali televisivi.

a) Diritti sui film premium

(56) In passato, la Commissione ha segmentato l'attività di acquisto dei diritti di trasmissione televisiva in mercati separati in base alla natura dei contenuti ⁽²⁰⁾. In particolare, nel caso della concentrazione Vivendi/CANAL+/Seagram ⁽²¹⁾, ha riscontrato che l'acquisto dei

diritti di trasmissione televisiva per i lungometraggi costituisce un mercato separato, distinto da quello dei programmi creati appositamente per la televisione.

(57) Con particolare riferimento agli operatori di pay-TV, la decisione Vivendi/CANAL+/Seagram indica che «sul versante della domanda, questi diritti non sono intercambiabili dal punto di vista degli operatori di pay-TV. La ragione è che i lungometraggi e i programmi creati appositamente per la televisione non possiedono lo stesso valore in termini di attrattiva per gli utenti. Sul versante dell'offerta, questi diritti vengono commercializzati con diverse strutture di prezzi e non possiedono lo stesso valore economico». In questo mercato, «le cosiddette Major di Hollywood detengono una posizione molto forte sia in termini quantitativi che qualitativi, poiché sono la fonte principale di film di successo».

(58) Più recentemente ⁽²²⁾, la Commissione ha indicato che il mercato rilevante per i film era costituito principalmente dai «film di successo», che in generale corrispondono ai film prodotti dalle «major» americane. I film venduti alle pay-TV comprendono i diritti per i cosiddetti «periodi a pagamento» («pay per view», «near video on demand», «video on demand») e per la trasmissione in «prima visione» e in «seconda visione» ⁽²³⁾.

(59) La prima visione è il primo periodo di disponibilità dei film premium sulla pay-TV dopo i periodi a pagamento. Un operatore di pay-TV che non possieda i diritti per la prima visione dei film potrà offrire solo film premium «più vecchi» che siano già stati trasmessi su televisioni a pagamento e che siano per questo diventati di seconda visione. In base alle precedenti indagini della Commissione ⁽²⁴⁾, gli utenti non considerano i film in seconda visione intercambiabili con quelli in prima visione in termini di novità. Inoltre, dal punto di vista dell'offerta, non è possibile sostituire un film in prima visione con uno in seconda visione. In Francia, dove questi diritti vengono commercializzati separatamente, i film in seconda visione hanno prezzi variabili tra il 5 % e il 25 % ⁽²⁵⁾ di quelli in prima visione. Anche il sistema di

⁽²⁰⁾ Il problema generale è stato posto senza essere risolto dalla citata decisione TPS del 3 marzo 1999 (considerando 34), che ha quindi trovato conclusione nella citata decisione del 13 ottobre 2000 relativa al caso COMP/M.2050 — Vivendi/CANAL+/Seagram. Si veda anche, per quanto riguarda l'esistenza di un mercato separato per l'acquisto di diritti televisivi sugli eventi calcistici che si svolgono regolarmente nel corso dell'anno, la comunicazione degli addebiti nel caso COMP/C.2/37.398 sulla vendita congiunta su base esclusiva dei diritti mediatici relativi alla Champions League [comunicato stampa IP/01/1043 del 20 luglio 2001], «La Commissione inizia un procedimento contro la UEFA per la vendita dei diritti televisivi della Champions League» e la nota preliminare [MEMO/01/271 del 20 luglio 2001] e il caso COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital.

⁽²¹⁾ Cfr. la citata decisione del 13 ottobre 2000, caso COMP/M.2050 — Vivendi/CANAL+/Seagram.

⁽²²⁾ Caso COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital.

⁽²³⁾ In linea generale, i film per la pay-TV vengono trasmessi con tempi e finestre differenti. Dopo un periodo di trasmissione nelle sale (6-8 mesi) e di noleggio e/o vendita delle videocassette (4-6 mesi), i film raggiungono gli utenti della pay-TV attraverso un periodo di pay-per-view (solitamente di 3 mesi). Successivamente, i film possono essere trasmessi in prima visione (solitamente per un periodo di 6 mesi) e in seconda visione (solitamente per un periodo di 6 mesi). Infine, entrano a far parte della «library» della major e diventano disponibili per il mercato delle televisioni in chiaro.

⁽²⁴⁾ Caso COMP/M.2050 — Vivendi/Canal+/Seagram, decisione del 13 ottobre 2000, caso COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital, decisione del 14 agosto 2002, pubblicati sul sito web della Commissione:

<http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽²⁵⁾ Cfr. il caso COMP/M.2050 — Vivendi/Canal+/Seagram, considerando 19.

sfruttamento commerciale usato dagli operatori di pay-TV tende a variare: mentre i film in prima visione sono normalmente inclusi nei canali premium, quelli in seconda visione tendono ad essere trasmessi su canali specializzati nel cinema.

(60) Nel caso specifico dell'Italia, la differenza tra la prima e la seconda visione non è stata finora significativa o rilevante nella pratica commerciale. Secondo Newscorp, nessuna delle piattaforme di pay-TV esistenti in precedenza ha mostrato un interesse specifico per l'acquisto dei diritti alle seconde visioni. Più in particolare, nel quadro dei contratti di licenza ⁽²⁶⁾ stipulati dagli operatori di pay-TV italiani con le major e con i principali produttori cinematografici nazionali, non sono stati acquistati né venduti diritti specifici per la seconda visione sulle pay-TV. Ciò nonostante, Telepiù possiede diritti di prelazione per la seconda visione di diversi film e, in altri casi, i diritti di seconda visione non possono essere venduti a terze parti prima della trasmissione sulle televisioni in chiaro in virtù di diritti di holdback. È inoltre possibile che i diritti di seconda visione vengano in futuro commercializzati in Italia.

(61) L'indagine di mercato ha sostanzialmente confermato che i film premium costituiscono di per sé un contenuto «motivante» per gli operatori di pay-TV. Inoltre, la struttura dell'offerta, le caratteristiche di questo tipo di contenuti e le condizioni di prezzo permettono di considerare l'acquisto dei diritti di trasmissione esclusiva per i film premium come un mercato di prodotti separato da quelli dell'acquisto di altri contenuti.

Ampiezza geografica

(62) In diverse decisioni, la Commissione ha attribuito al mercato geografico un'ampiezza nazionale o, in alcuni casi, regionale ⁽²⁷⁾. Benché la maggior parte dei diritti

venga acquistata dagli Stati Uniti (dalle cosiddette major di Hollywood) e nulla impedisca agli operatori di acquisire diritti per più aree geografiche, i diritti di trasmissione vengono divisi e venduti su base nazionale o, al più, per area linguistica, mentre i prezzi sono strutturati in modo che il valore economico dei contratti dipenda dal territorio specifico per il quale i diritti vengono acquistati. Ne consegue che, in considerazione delle limitazioni imposte dalla divisione dei diritti, l'ampiezza geografica del mercato è nazionale o limitata a un'area linguistica.

(63) In Italia, le licenze relative ai diritti di trasmissione sono limitate al territorio nazionale italiano. Nel presente caso, perciò, l'ampiezza geografica del mercato corrisponde al territorio nazionale.

b) Diritti sugli eventi calcistici

(64) La Commissione ha asserito in casi precedenti ⁽²⁸⁾ che esiste un mercato separato per l'acquisto di diritti di trasmissione esclusivi per gli eventi calcistici che si svolgono ogni anno a cui partecipano squadre nazionali (il campionato nazionale, principalmente la prima divisione e le coppe, la Champions League e la Coppa UEFA). Le televisioni in chiaro partecipano al processo di gara per i diritti sulla Champions League e sulla Coppa UEFA.

(65) Questo mercato può essere distinto dall'acquisto di diritti di trasmissione per gli eventi calcistici che non si svolgono regolarmente a cui partecipano squadre nazionali, come il campionato mondiale o il campionato europeo, che vengono venduti da organizzazioni differenti. In qualche misura, le televisioni in chiaro partecipano al processo di gara per questi diritti. Questi dati sono stati confermati dall'indagine di mercato condotta in relazione al presente caso.

(66) Ai fini di questo caso, il mercato interessato è quello dell'acquisto dei diritti di trasmissione esclusivi per gli eventi calcistici che si svolgono ogni anno a cui partecipano squadre nazionali (il campionato nazionale, principalmente la prima divisione e le coppe, la Champions League e la Coppa UEFA). L'indagine di mercato ha confermato chiaramente che questo tipo di contenuti calcistici costituisce di per sé un contenuto «motivante» per gli operatori della pay-TV. Inoltre, in considerazione delle caratteristiche di questo tipo di contenuti e dei

⁽²⁶⁾ I diritti di trasmissione delle pay-TV (in particolare quelli concessi dai grandi produttori) vengono spesso acquistati con speciali contratti di licenza (i cosiddetti «output deal»). Si tratta generalmente di contratti in base ai quali un produttore cinematografico vende tutta o la maggior parte della produzione del suo studio a un determinato operatore. Per quanto riguarda i contratti di licenza per le pay-TV, gli operatori di pay-TV acquistano la finestra per la trasmissione televisiva successiva a quella dell'home video, del pay-per-view e del video-on-demand (ove disponibili). In questi casi, lo stesso film può anche essere soggetto ad altre finestre di trasmissione. I prezzi di questi contratti tengono conto degli incassi dei film nel periodo di distribuzione nelle sale. In genere, le emittenti televisive in chiaro acquistano le finestre di trasmissione successive, ovvero le finestre per le TV gratuite.

⁽²⁷⁾ Caso COMP/M.2050 — Vivendi/Canal+/Seagram, caso COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

⁽²⁸⁾ Caso 37.576 — UEFA's broadcasting regulations, caso COMP/M.2483 — Canal+/RTL/GJCD/JV, caso COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital.

relativi prezzi (che sono evidentemente superiori a quelli di altri eventi sportivi a svolgimento regolare a cui partecipano le squadre nazionali), l'acquisto dei diritti di trasmissione esclusiva per questi eventi calcistici regolari a cui partecipano le squadre nazionali può essere considerato un mercato di prodotti separato, chiaramente distinguibile da altri mercati di acquisto di contenuti.

Ampiezza geografica

- (67) Le normative di trasmissione della UEFA riflettono il fatto che il mercato dei diritti di trasmissione per gli eventi calcistici ha estensione nazionale, poiché tali diritti di trasmissione vengono in genere venduti su base nazionale, anche per eventi di portata europea come la Coppa UEFA e la Champions League. Per quanto riguarda i diritti di trasmissione televisiva delle partite del campionato nazionale e della coppa nazionale, la specificità del prodotto, dovuta a fattori culturali legati alla domanda e alle preferenze nazionali, comporta una corrispondenza tra l'ampiezza del mercato e il paese in cui si giocano le partite. In Italia, i diritti di trasmissione esclusiva relativi agli eventi calcistici che si svolgono ogni anno a cui partecipano squadre italiane sono stati acquistati da emittenti italiane. Analogamente, i diritti per il campionato italiano e la coppa Italia vengono sfruttati in Italia.
- (68) In base a quanto precede, come nelle precedenti decisioni, l'ampiezza geografica del mercato in questo caso è il territorio nazionale, vale a dire il territorio italiano.

c) Diritti su altri eventi sportivi

- (69) Finora, la Commissione non ha assunto una posizione riguardo alla possibilità di segmentare il mercato dei diritti esclusivi sugli sport diversi dai due mercati calcistici citati ai considerando 64 e 65 precedenti in mercati differenti.
- (70) L'indagine di mercato ha tuttavia indicato che, benché questi contenuti non costituiscano una motivazione determinante per gli abbonamenti alla pay-TV, essi sono ugualmente molto importanti per gli operatori della televisione a pagamento, poiché riguardano eventi che potrebbero potenzialmente attirare l'interesse di numerosi utenti finali (ad esempio, importanti tornei tennistici, incontri di pugilato, tornei di golf e gare di motociclismo). Inoltre, le caratteristiche di questo tipo di contenuti e i relativi prezzi indicano che l'acquisto di diritti di trasmissione esclusivi per questi eventi sportivi può essere considerato un mercato di prodotti separato, distinguibile da altri mercati di acquisto di contenuti.

- (71) Non è peraltro necessario, ai fini di questo caso, decidere se i mercati rilevanti debbano essere divisi in mercati differenti a livello di singoli sport per quanto riguarda l'acquisto dei diritti di trasmissione da parte degli operatori televisivi, poiché la concentrazione determinerebbe la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante indipendentemente dalle definizioni di tali mercati di prodotti alternativi.

Ampiezza geografica

- (72) Per quanto riguarda alcuni eventi sportivi, i diritti vengono acquistati su base esclusiva per l'intero territorio europeo e, indipendentemente dal mezzo tecnico di trasmissione, vengono successivamente rivenduti nei singoli paesi. Questi importanti eventi sportivi, come i giochi olimpici, presentano un interesse paneuropeo dal punto di vista degli spettatori. Un altro esempio di diritti sportivi venduti su base paneuropea è quello dei diritti acquistati dal canale Eurosport, che trasmette in tutta Europa.
- (73) Tuttavia, poiché la grande maggioranza dei diritti sportivi acquistati dalle emittenti è limitata a uno specifico paese o area linguistica, si può concludere che il mercato dell'acquisto dei diritti di trasmissione degli eventi sportivi è anch'esso di estensione nazionale o limitato ad aree linguistiche circoscritte.

d) Canali televisivi

- (74) L'indagine di mercato condotta in questo caso ha confermato che l'utilizzo di canali di pay-TV commercializzati in modo indipendente, in particolare su piattaforme DTH, potrebbe costituire una limitazione alla concorrenza nei confronti delle piattaforme di pay-TV. I canali televisivi possono anche essere acquistati dalle piattaforme di pay-TV per essere inclusi nei loro «bouquet» e, come dichiarato dalla Commissione in casi precedenti⁽²⁹⁾, sono essenziali per realizzare i servizi televisivi a pagamento e costituiscono un mercato di prodotti separato⁽³⁰⁾. I canali premium sono normalmente prodotti da televisioni a pagamento con contenuti premium (sport e film) precedentemente acquistati dai titolari originali dei diritti. L'indagine di mercato ha inoltre indicato che, benché solo i canali premium costituiscano una motivazione determinante per gli abbonamenti alla pay-TV, gli altri canali sono ugualmente molto importanti per le emittenti a pagamento, poiché questi vari tipi di canale (generici e tematici) contribuiscono a rendere il bouquet attraente per gli utenti finali.

⁽²⁹⁾ Caso IV/36.237 — TPS (GU L 90 del 2.4.1999, pag. 6).

⁽³⁰⁾ COMP/M.2845 — Sogecable/Canalsatélite Digital/Via Digital.

(75) Per quanto riguarda i canali televisivi, il versante dell'offerta è rappresentato da fornitori che acquistano singoli eventi o contenuti (in generale su base non esclusiva) e li assemblano in pacchetti che poi rivendono alle emittenti televisive. Questa caratteristica dell'offerta, le caratteristiche del tipo di contenuti offerto e i relativi prezzi (prezzi orari inferiori rispetto a quelli dei contenuti esclusivi) indicano che i canali televisivi possono essere considerati un mercato di prodotti separato, distinguibile da altri mercati di acquisto di contenuti.

(76) Non è peraltro necessario, ai fini di questo caso, decidere se i mercati rilevanti debbano essere divisi in mercati differenti per i singoli tipi di canale (generici o tematici, ad esempio per sport, ragazzi o notizie), poiché la concentrazione creerà una situazione di monopsonio indipendentemente dalle definizioni dei mercati di prodotti alternativi.

Ampiezza geografica

(77) In termini di estensione geografica, l'acquisto di questi canali dipende prevalentemente dalle caratteristiche culturali e sociologiche del paese in cui opera la piattaforma di pay-TV e, in ogni caso, appare fortemente influenzato e vincolato dal territorio nazionale. Di conseguenza, ogni possibile mercato di prodotti alternativo avrebbe necessariamente una dimensione nazionale. Tale dimensione nazionale è confermata nel caso dell'Italia: i

fornitori hanno creato specifici canali tematici in italiano, adattandoli alle preferenze degli italiani, e la loro distribuzione avviene a livello nazionale.

B. EFFETTI DELLA CONCENTRAZIONE

(78) La concentrazione provocherà forti sovrapposizioni orizzontali in una serie di mercati verticalmente correlati.

1. IL MERCATO ITALIANO DELLA PAY-TV

1.1. Considerazioni generali

(79) Il mercato italiano della pay-TV è caratterizzato dalla presenza di due operatori: Telepiù e Stream. In particolare dall'inizio dei servizi DTH nel 1996, le dimensioni del mercato italiano dei servizi televisivi a pagamento sono cresciute sensibilmente sia in termini di valore che in termini di volume (numero di abbonati). Le tabelle seguenti mostrano una stima fornita dalle parti delle dimensioni del mercato orizzontale interessato nel periodo dal 1999 al 2001, in cui questa crescita è facilmente osservabile (nei tre anni di riferimento, +80,8 % in termini di valore e +36,1 % in termini di numero di abbonati).

TABELLA 1

Dimensione del mercato

Valore

(in migliaia di EUR)

	1999	2000	2001
Pubblicità	[...]*	[...]*	[...]*
Abbonamenti	[...]*	[...]*	[...]*
Totale	[...]*	[...]*	[...]*

Fonte: Formulario CO.

TABELLA 2

Volume (numero di abbonati)

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

Fonte: Formulario CO.

- (80) È opportuno ricordare che, prima della concentrazione, Telepiù (la società oggetto di acquisizione) deteneva già una posizione dominante sul mercato italiano delle pay-TV.
- (81) Nel 2001 Telepiù deteneva una quota di mercato del [60-70]* % in termini di abbonati e del [65-75]* % in termini di valore; Stream deteneva una quota di mercato del [30-40]* % in termini di abbonati e del [25-35]* % in termini di valore. Inoltre, a novembre 2002 Telepiù deteneva una quota di mercato del [65-75]* % come numero di abbonati (contro il [25-35]* % di Stream) e una quota intorno al [70-80]* % in termini di fatturato. Le tabelle seguenti riassumono le posizioni di Stream e Telepiù prima della concentrazione nei tre anni di riferimento, in termini di valore, numero di abbonati (volume) e quote di mercato corrispondenti:

TABELLA 3

Posizione di mercato di Telepiù e Stream prima della concentrazione*Valore**(in migliaia di EUR)*

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

Fonte: Formulario CO.

TABELLA 4

Volume (numero di abbonati)

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

Fonte: Formulario CO.

TABELLA 5

*Quote di mercato (valore/volume)**(in %)*

	1999		2000		2001	
	Valore	Volume	Valore	Volume	Valore	Volume
Telepiù	[85-95]*	[70-80]*	[75-85]*	[65-75]*	[65-75]*	[60-70]*
Stream	[5-15]*	[20-30]*	[15-25]*	[25-35]*	[25-35]*	[30-40]*
Totale	100	100	100	100	100	100

Fonte: Formulario CO.

1.2. *Considerazioni sui costi nel mercato italiano della pay-TV*

- (82) Il mercato della pay-TV è caratterizzato, in Italia e nel SEE, da costi molto elevati a carico delle piattaforme. La struttura di costi di un operatore di pay-TV è determinata, in misura considerevole, dagli oneri legati ai diritti di programmazione e dai costi di acquisizione degli abbonamenti (spese di marketing e promozionali). La parte più grande dei costi di esercizio è rappresentata dai costi di programmazione, che negli ultimi anni hanno raggiunto livelli molto elevati, in termini sia assoluti che relativi, nei bilanci delle piattaforme di pay-TV italiane.
- (83) Questi costi di trasmissione o di programmazione derivano principalmente dalla necessità di acquisire contenuti «premium» (in particolare eventi calcistici e film ma anche, ad esempio, altri eventi sportivi) che possano potenzialmente attirare gli spettatori e farne abbonati stabili del servizio di pay-TV (o pay-per-view). Secondo i documenti forniti dalle parti, tali costi «sono prevedibili nel medio periodo a causa della maturità degli accordi stipulati con i fornitori di contenuti». Sarebbe perciò possibile considerarli, in una certa misura, come costi fissi o inevitabili per le piattaforme. «Questi diritti vengono solitamente negoziati con i fornitori di contenuti con un prezzo per abbonato e spesso prevedono garanzie minime di pagamento in termini di importo o di numero di abbonati. Una volta raggiunto il numero minimo di abbonati, questi costi diventano interamente variabili».
- (84) Benché tali costi possano essere considerati come fissi o variabili in base al sistema di contabilizzazione analitica della società, sembra che essi rappresentino da sempre un onere piuttosto gravoso per le piattaforme, in particolare in Italia, dove il livello di penetrazione dei servizi di pay-TV è inferiore rispetto ad altri paesi del SEE e dove, di conseguenza, la base di clienti e le entrate con cui è possibile ammortizzare questi costi sono più limitati.
- (85) Questi costi sono determinati tra l'altro da contratti esclusivi a lungo termine con i fornitori di contenuti premium, che spesso comprendono l'acquisto di diritti di trasmissione esclusivi non solo in modalità pay-TV e pay-per-view, ma anche nelle modalità near-video-on-demand e video-on-demand e includono varie clausole di protezione (diritti di holdback, diritti esclusivi negativi e simili) riguardo alla possibilità di terze parti di acquistare e trasmettere gli stessi contenuti attraverso altri mezzi di trasmissione presenti o futuri [cavo, Internet, UMTS ⁽³¹⁾, ecc.]. Inoltre, in generale, i contratti con i fornitori di contenuti sono strutturati in modo tale che una parte sostanziale delle somme a carico dell'operatore di pay-TV assume la forma di un «minimo garantito», collegato direttamente o indirettamente a un ipotetico numero minimo di abbonati alla piattaforma di pay-TV. Se il numero di abbonati sale oltre tale numero ipotetico, le somme dovute dall'operatore di pay-TV al fornitore di contenuti aumentano in proporzione.
- (86) Dall'inizio dell'attività di pay-TV in Italia nel 1991 e dopo la nascita di Stream nel 1998, questi costi di trasmissione sono saliti in misura esponenziale. Questo fattore ha influito in misura significativa sulla redditività delle piattaforme concorrenti, come dimostrano i dati forniti da Newscorp.
- (87) In effetti, la parte notificante ha riferito (nei documenti presentati nel corso del procedimento) che nel periodo 1991-2001 Telepiù e Stream hanno subito forti perdite. La tabella qui sotto riporta in particolare le perdite finanziarie sofferte dalle due piattaforme nel periodo dal 1998 al 2001:

⁽³¹⁾ Universal Mobile Telecommunications System.

TABELLA 6

Perdite nette

(in milioni di EUR)

	Telepiù	Stream	Totale
1998	[...]*	—	[...]*
1999	[...]*	[...]*	[...]*
2000	[...]*	[...]*	[...]*
2001	[...]*	[...]*	[...]*
Dati aggregati 1998-2001	[...]*	[...]*	[...]*

Fonte: Elaborazione su dati del formulario CO.

- (88) Nell'esame della concentrazione precedente (successivamente abbandonata), con la quale il gruppo Vivendi avrebbe acquisito il controllo di Stream, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana ha riscontrato che i costi di programmazione rappresentavano circa il [55-65]* % dei costi totali degli operatori di pay-TV DTH ⁽³²⁾.

1.3. Costo di acquisto dei diritti cinematografici

- (89) Sia Stream che Telepiù hanno acquistato un numero elevato di diritti cinematografici «premium» dalle major americane e, in misura minore, da produttori cinematografici italiani. Il valore totale dell'acquisto (per piattaforma) è indicato nella tabella seguente per gli ultimi quattro anni:

TABELLA 7

Film premium

Valore

(in migliaia di EUR)

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

Fonte: Elaborazione su dati forniti dalle parti.

- (90) Dal 1999 al 2002, i costi sopra indicati hanno rappresentato, mediamente, poco meno del [5-15]* % dei costi totali per Telepiù e circa lo [0-10]* % per Stream.

1.4. Costo dei diritti sul calcio

- (91) Sia Stream che Telepiù hanno acquistato un considerevole quantitativo di diritti sportivi dalle società calcistiche italiane per la trasmissione di eventi riguardanti le squadre italiane nell'ambito di

⁽³²⁾ Decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana del 13 maggio 2002, punto 33 (caso C/5109).

Serie A, Serie B, Coppa Italia, Champions League e Coppa UEFA. Il valore totale dell'acquisto di questi diritti, in termini di costo per le piattaforme, è mostrato nella tabella seguente per gli ultimi quattro anni:

TABELLA 8

Eventi calcistici

Valore

(in migliaia di EUR)

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

Fonte: Elaborazione su dati forniti dalle parti.

- (92) Dal 2000 al 2002, i costi sopra indicati hanno rappresentato, mediamente, il [40-50]* % dei costi totali per Stream e il [20-30]* % per Telepiù.

1.5. Costo dei diritti per altri sport

- (93) Sia Stream che Telepiù hanno acquistato un considerevole quantitativo di diritti sportivi riguardanti altri eventi come le gare di Formula 1, importanti tornei tennistici (Grande Slam) o eventi a cui partecipano squadre o atleti italiani. Il valore totale dell'acquisto di questi diritti (in termini di costo per le piattaforme) è indicato nella tabella seguente per gli ultimi tre anni:

TABELLA 9

Altri eventi sportivi

Valore

(in migliaia di EUR)

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

Fonte: Elaborazione su dati forniti dalle parti.

- (94) Dal 1999 al 2001 i costi sopra indicati hanno rappresentato, mediamente, poco più dello [0-10]* % dei costi totali per Telepiù e circa lo [0-10]* % per Stream.

1.6. Costo dell'acquisto di canali

- (95) Sia Stream che Telepiù hanno acquistato un considerevole quantitativo di diritti sui canali da includere nei propri bouquet o, in alternativa, nella propria programmazione. Il valore totale di questi

acquisti di diritti, in termini di costo per le piattaforme, è indicato nella tabella seguente per gli ultimi quattro anni. I costi di acquisto di questi diritti sono considerevoli anche in rapporto alla parte restante dei diritti di programmazione, benché questi programmi non possano essere considerati di tipo «premium». In ogni caso, tenendo conto del numero di ore di trasmissione acquistate attraverso i canali rispetto al numero di ore di trasmissione acquistate attraverso i diritti cinematografici e sportivi, il costo orario dei canali risulta significativamente inferiore a quello degli altri diritti di programmazione. Ciò nonostante, i canali contribuiscono ad aumentare l'attrattiva complessiva di una piattaforma di pay-TV per gli utenti finali.

TABELLA 10

Canali

Valore

(in migliaia di EUR)

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

Fonte: Elaborazione su dati forniti dalle parti.

- (96) I costi sopra indicati hanno rappresentato, mediamente, il [10-20]* % dei costi totali per Telepiù e il [10-20]* % per Stream negli anni 2001-2002.

1.7. Costo dei diritti di programmazione complessivi

- (97) Complessivamente, l'acquisto di diritti di programmazione erode in misura sostanziale i margini di guadagno di entrambe le piattaforme. Tuttavia, i dati recenti sembrano indicare un miglioramento dei rapporti a questo riguardo. Il rapporto «Costi di programmazione totali»/«Ricavi totali dagli abbonamenti» è diminuito per Telepiù dal [85-95]* % (nel 2001) al [75-85]* % (nel 2002), e per Stream dal [135-145]* % (nel 2001) al [135-145]* % (nel 2002).
- (98) Questi dati sembrano indicare che il rapporto tra costi e ricavi per le piattaforme non è più fuori controllo. Inoltre, le difficoltà economiche e finanziarie sperimentate nel mercato della pay-TV da entrambe le piattaforme DTH in Italia si stanno in qualche misura riducendo grazie all'impegno costante nella lotta alla pirateria. Queste iniziative hanno portato a un aumento di circa 150 000 abbonamenti per Telepiù negli ultimi mesi del 2002.

2. CREAZIONE O RAFFORZAMENTO DI UNA POSIZIONE DOMINANTE NEL MERCATO ITALIANO DELLA PAY-TV

2.1. Effetti orizzontali (fornitura di servizi di pay-TV)

- (99) Il mercato della pay-TV coincide con il mercato complessivo dei servizi televisivi a pagamento che include, attualmente, servizi come la pay-TV stessa (nel senso stretto del termine), il pay-per-view, il video-on-demand e il near-video-on-demand. Questi servizi possono essere erogati con vari mezzi di trasmissione, in particolare con la trasmissione digitale terrestre (DTT), via cavo o via satellite (DTH). La trasmissione terrestre analogica è tecnologicamente molto meno adeguata alla trasmissione simultanea dei numerosi canali, programmi ed eventi sportivi che caratterizzano il bouquet di una pay-TV.

(100) Il mercato italiano delle pay-TV è finora limitato essenzialmente alla trasmissione via satellite (DTH), utilizzata sia da Stream che da Telepiù. Telepiù mantiene tuttora un numero residuo di abbonati per i suoi servizi analogici iniziali (ereditati dall'inizio dell'era della pay-TV in modalità terrestre analogica), mentre la trasmissione via cavo si è sviluppata solo marginalmente (attraverso l'operatore e.Biscom) e la televisione terrestre digitale (DTT) si trova ancora in fase sperimentale.

2.1.a) Scenario competitivo: cavo e DTH

(101) In questo mercato, Telepiù è l'operatore dominante con una quota del [65-75]* % in termini di numero di abbonati ([...]* a novembre 2002) e una quota probabile del [70-80]* % in termini di fatturato. Stream è l'unico concorrente attualmente attivo in questo mercato con [...]* abbonati (novembre 2002). Le parti sostengono che l'ambiente competitivo italiano consenta un'ulteriore crescita degli operatori via cavo come e.Biscom, che possiede una rete per l'erogazione di servizi televisivi in grado di raggiungere quasi un milione di abitazioni.

(102) Per quanto riguarda gli operatori via cavo, attualmente e.Biscom fornisce solo servizi di video on demand e di TV interattiva a [10 000-20 000] abbonati. Secondo il piano aziendale di e.Biscom, l'azienda sta realizzando una rete proprietaria di cavi in fibra ottica che raggiungerà gli utenti in un numero limitato di grandi città italiane. e.Biscom trasmette le offerte di pay-TV di Telepiù e Stream attraverso la sua rete cablata, ma la proprietà dei clienti, le condizioni di vendita e i servizi di assistenza rimangono responsabilità di Stream e Telepiù.

(103) Come evidenziato dalla Commissione nella comunicazione degli addebiti verso Newscorp, la concentrazione causerà la scomparsa pressoché totale della concorrenza sul mercato italiano della pay-TV. La limitazione alla concorrenza che la piattaforma combinata subirà da parte degli operatori via cavo in Italia può essere considerata minima. Anche Newscorp, in occasione di conferenze pubbliche e di presentazioni alla comunità aziendale, ha dichiarato che in Italia la nuova entità non subirà «nessuna concorrenza dagli operatori via cavo»⁽³³⁾. Inoltre, è stato sostenuto da terze parti che il costo della connessione via cavo è più elevato, in termini relativi, che in altri mercati.

(104) Per quanto riguarda il DTH, la legge italiana prescrive che i sistemi di accesso condizionato (CAS) vengano

messi a disposizione delle terze parti richiedenti a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie e prevede obblighi di simulcrypt⁽³⁴⁾. Tuttavia, per le ragioni spiegate in seguito (l'obbligo per qualunque possibile concorrente nel DTH di acquisire il CAS da Newscorp o di stipulare accordi di simulcrypt con Newscorp e la proprietà della piattaforma DTH da parte di Newscorp), è ragionevole escludere che in seguito alla concentrazione possa esistere una concorrenza effettiva da parte delle piattaforme DTH a meno che non vengano stabilite garanzie aggiuntive.

2.1.b) Prospettive per lo sviluppo della DTT

(105) Per quanto riguarda la DTT, le condizioni per la sua potenziale introduzione entro tempi ragionevoli non sono ancora chiare. Il governo italiano ha fissato la scadenza del 31 dicembre 2006 per il passaggio dalla televisione analogica a quella digitale. Tuttavia, secondo l'indagine di mercato condotta dalla Commissione, è probabile che la transizione avvenga in tempi più lunghi. Nel libro bianco sulla televisione digitale terrestre dell'8 novembre 2000, l'AGCOM (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) ha sottolineato le difficoltà relative alle frequenze per le emittenti e ai set top box. La sua raccomandazione è che lo Stato italiano sovvenzioni ogni abitazione con un decodificatore digitale.

(106) Secondo uno studio pubblicato dalla Commissione⁽³⁵⁾ (citato da terze parti) per ottenere i vantaggi previsti dalla DTT occorrerebbe superare i seguenti ostacoli: i) gli operatori dovrebbero investire nell'ammodernamento delle reti di trasmissione, ii) gli utenti dovrebbero equipaggiare tutti i ricevitori analogici attuali (televisori principali, televisori secondari e videoregistratori) con convertitori/decodificatori e/o sostituirli gradualmente con ricevitori digitali integrati, per ricevere la DTT, iii) le autorità legislative dovrebbero modificare le frequenze nazionali per consentire l'organizzazione dei simulcast.

(107) Alcune terze parti hanno inoltre indicato che gli operatori di DTT devono affrontare una serie di difficoltà tecniche. Hanno evidenziato che la tecnologia DTT produce risultati che spesso non sono sufficientemente prevedi-

⁽³⁴⁾ Decreti legislativi approvati dal Consiglio dei ministri del 30 aprile 1999, per l'attuazione della direttiva 95/47/CE concernente i segnali televisivi. Decreto legislativo 17 maggio 1999. Attuazione della direttiva 95/47/CE in materia di emissione di segnali televisivi. Cfr. Gazzetta ufficiale italiana n. 145, 23.6.1999. Legge 78 29.3.1999, delibera AGCOM 216/00.

⁽³⁵⁾ Digital Switchover in Broadcasting — Relazione definitiva del 12 aprile 2002 a cura del BIPE, Consulting Study for the European Commission. Pubblicata da DG Information Society.

⁽³³⁾ Cfr. ad esempio la Goldman Sachs Media Conference del 1° ottobre 2000 pubblicata da The News Corporation all'indirizzo <http://www.newscorp.com/investor/presentations.html>.

bili e che la sua potenza di trasmissione relativamente limitata non offre la certezza assoluta che un decoder in una determinata area possa effettivamente ricevere il segnale ⁽³⁶⁾. Le terze parti hanno sottolineato che non vi sono esempi di pay-TV DTT di successo in Europa. Tali terze parti dichiarano che, a prescindere dai contenuti premium, uno dei principali incentivi perché i clienti siano disposti a pagare per la pay-TV rimane l'ampia scelta dei canali offerti. Se questa ipotesi è corretta, un operatore di pay-TV DTT che disponga di un'ampiezza di banda limitata non sarà in grado di competere con il numero di canali attualmente offerti da Telepiù e Stream.

- (108) Dal punto di vista dell'operatore di pay-TV, la sostenibilità del meccanismo di distribuzione della DTT rispetto ad altri meccanismi di distribuzione dipende da due fattori: in primo luogo, l'infrastruttura di ricezione esistente, vale a dire il numero di abitazioni e ricevitori che utilizzano la modalità terrestre; in secondo luogo, i costi della trasmissione via DTT rispetto a quelli della televisione via cavo e al digitale satellitare. I costi fissi di trasmissione della DTT a livello nazionale sono di gran lunga superiori a quelli della trasmissione satellitare. Secondo lo studioso sopra citato, il costo di un anno di trasmissione digitale via satellite ammonta a circa 0,5 milioni di EUR, mentre i costi della trasmissione DTT a livello nazionale ammontano a 5 milioni di EUR. Alcune terze parti hanno inoltre indicato che la competitività, l'attrattiva e l'utilità del meccanismo di diffusione della DTT per gli operatori commerciali non sono ancora state dimostrate e che, finché la varietà di canali rimarrà un fattore determinante per la promozione della pay-TV, la tecnologia DTH manterrà un intrinseco vantaggio sulla DTT e continuerà a rivestire un ruolo predominante sul mercato della pay-TV in Italia.
- (109) A questo riguardo, tuttavia, occorre ricordare che la motivazione principale alla sottoscrizione di un abbonamento alla pay-TV non è tanto la varietà dei canali offerti (in particolare nel caso dell'Italia, in cui esiste un numero elevato di canali in chiaro), bensì i contenuti premium (film ed eventi sportivi di categoria premium, in particolare le partite di calcio nazionali). È stato evidenziato che un bouquet DTT può includere 30 canali, contro i 300 che è possibile ricevere attraverso una piattaforma satellitare. A questo proposito, secondo quanto fatto rilevare da una terza parte, sono state condotte prove sul campo con la tecnologia DTT in Sicilia e nella provincia di La Spezia. La percentuale di persone che si sono dichiarate intenzionate ad abbonarsi alla fine del periodo di prova è risultata estremamente bassa ed è stata giudicata un deterrente all'avvio delle attività per gli operatori candidati.
- (110) In considerazione di quanto sopra esposto, non è possibile stabilire con un grado sufficiente di certezza se e quando emergerà un'effettiva pressione competitiva delle

piattaforme DTT nei confronti dell'entità combinata nel prossimo futuro.

2.1.c) Limitazione della concorrenza da parte della televisione in chiaro

- (111) Newscorp sostiene che la forza delle emittenti televisive in chiaro in Italia rappresenti un'effettiva limitazione per gli operatori della pay-TV. Newscorp ritiene che la programmazione in chiaro italiana esprima un'offerta estremamente varia e attraente, sia a livello nazionale che su scala locale. Questa pressione competitiva rappresenta, secondo Newscorp, una limitazione critica per gli operatori di pay-TV in Italia che va oltre la semplice «interazione» o le «forme di relazione» riconosciute dalla Commissione in passato. A questo riguardo, la parte notificante sostiene che, per quanto concerne l'offerta in chiaro, in Italia esistono 12 emittenti nazionali, 50 canali via DTH e circa 700 emittenti locali.
- (112) Tuttavia, pur concedendo la presenza di un certo grado di pressione competitiva da parte delle televisioni in chiaro (come avviene anche in altri paesi, ad esempio in Germania), le prove raccolte dalla Commissione per questo caso confermano che la pay-TV è un prodotto distinto con un'utilità aggiuntiva. Questa conclusione è suffragata dal fatto che i film premium in prima visione e la maggior parte delle partite di calcio a cui partecipano squadre nazionali possono essere visti solo dagli utenti della televisione a pagamento e che gli abbonati sono disposti a pagare somme considerevoli per i servizi della pay-TV.
- (113) Ad esempio, il ricavo medio per abbonato è stato, nel 2001, di [...] di EUR per Telepiù e di [...] per Stream, mentre il canone annuo (che costituisce una tassa obbligatoria) per le televisioni pubbliche in chiaro (RAI) per il 2003 è di 97,10 EUR. Inoltre, i tre canali nazionali di Mediaset possono essere ricevuti gratuitamente. Per quanto riguarda i canali in chiaro a diffusione locale, come indicato nell'udienza verbale tenutasi il 5 e il 6 marzo da un rappresentante di un'associazione di televisioni in chiaro, il volume d'affari totale dei 608 canali regionali e locali italiani appartenenti a tale associazione rappresenta il [40-50]* % del volume d'affari della sola Telepiù. Queste circostanze evidenziano tra l'altro che la limitazione alla concorrenza derivante dagli operatori della televisione in chiaro nei confronti della piattaforma di pay-TV è attualmente piuttosto limitata.

2.1.d) Conclusione

- (114) In considerazione di quanto precede, la concentrazione determinerà la creazione di un quasi-monopolio nel mercato italiano della pay-TV.

⁽³⁶⁾ Tuttavia, queste eventualità sembrano limitate alle prime installazioni della tecnologia DTT, che sono state basate su ipotesi di copertura non realistiche.

2.2. Effetti verticali (servizi tecnici per pay-TV: CAS e piattaforma tecnica)

- (115) La gestione operativa della pay-TV richiede una speciale infrastruttura tecnica per criptare i segnali televisivi e decrittarli per lo spettatore autorizzato. Tale infrastruttura è costituita da un sistema di accesso condizionato («CAS») e da un decodificatore (il cosiddetto set-top-box «STB»).
- (116) In decisioni precedenti, la Commissione ha esaminato la possibile esistenza di un mercato di prodotti per la distribuzione all'ingrosso dei servizi tecnici necessari per la pay-TV⁽³⁷⁾. «Tali servizi comprendono essenzialmente la messa a disposizione dei set-top-box, la fornitura di servizi di accesso condizionato, incluse le smart card, i servizi di gestione degli abbonati ed eventualmente i servizi relativi all'accesso alla guida elettronica ai programmi, e la scrittura di applicazioni compatibili con l'interfaccia di programmazione dell'applicazione (API) inclusa nei set-top-box. Inoltre, la fornitura di servizi di televisione interattiva digitale richiede anche un sistema che consenta di condurre le transazioni finanziarie in un ambiente sicuro»⁽³⁸⁾.

2.2.a) Sistema di accesso condizionato (CAS)

- (117) Un CAS è una tecnologia che permette agli operatori di rete e alle emittenti di criptare/rendere irricognoscibile il segnale di trasmissione digitale⁽³⁹⁾, che viene quindi trasmesso via satellite, via cavo o con sistemi terrestri all'STB. Quando il segnale digitale raggiunge l'STB, una smart card⁽⁴⁰⁾, che fa parte del CAS, genera la parola di controllo necessaria per decrittare e riconoscere il segnale trasmesso, consentendo agli abbonati che possiedono i diritti di accesso richiesti di guardare i programmi.
- (118) Newscorp è presente nel settore dei sistemi di accesso condizionato, sul versante dell'offerta, attraverso una partecipazione di controllo dell'80 % circa in NDS, una società distributrice di licenze per sistemi di accesso

condizionato. Più in particolare, NDS fornisce sistemi di accesso condizionato e prodotti e servizi correlati per la gestione, il controllo e la distribuzione sicura di servizi di intrattenimento e di informazione alle televisioni. L'entità combinata risulterà perciò verticalmente integrata con NDS, poiché possiederà internamente una tecnologia CAS proprietaria (Videoguard).

- (119) A questo riguardo, occorre ricordare che il settore della pay-TV è stato finora caratterizzato da una forte integrazione verticale. Alcuni dei servizi tecnici per la pay-TV (in particolare i CAS) sono stati finora forniti internamente⁽⁴¹⁾. In Italia, nel 2001, due operatori (Canal+ Technologies e NDS) verticalmente integrati nel gruppo Vivendi e nel gruppo Newscorp rispettivamente assorbivano oltre l'[80-90]* % del mercato totale della fornitura di CAS agli operatori di pay-TV (la parte restante era detenuta dalla società Irdeto).
- (120) La Commissione ha evidenziato, nella comunicazione degli addebiti inviata a Newscorp, che è molto probabile che la piattaforma combinata adotti nel prossimo futuro un solo CAS, vale a dire il CAS Videoguard di NDS. In effetti, esistono forti incentivi perché la piattaforma combinata adotti questa strategia: in primo luogo, la partecipazione di maggioranza detenuta da Newscorp in NDS, che è titolare delle licenze di Videoguard; in secondo luogo la strategia, perseguita da Newscorp e da altri operatori di pay-TV verticalmente integrati, di usare il CAS prodotto internamente. In effetti, sia Stream che Telepiù hanno inizialmente operato con la tecnologia prodotta da Irdeto ma sono successivamente passate al CAS prodotto internamente (il sistema Videoguard prodotto da NDS e il sistema Mediaguard prodotto da Canal+ Technologies rispettivamente).
- (121) In questo contesto, indipendentemente dalla possibilità di individuare mercati di prodotti separati per i CAS, gli STB e altri servizi tecnici per la pay-TV⁽⁴²⁾, l'indagine di mercato condotta dalla Commissione ha messo in luce preoccupazioni specifiche riguardanti i servizi tecnici per la pay-TV e, in particolare, i sistemi di accesso condizionato. Tali preoccupazioni sono state espresse sia da alcuni fornitori di CAS che da alcuni potenziali concorrenti sui mercati delle pay-TV (via satellite) e possono essere riassunte come segue: in primo luogo, la probabilità che la nuova entità possa concedere l'accesso alla

⁽³⁷⁾ Cfr. i casi IV/M.993 — Bertelsmann /Kirch/ Premiere e IV/36.539 — British Interactive Broadcasting/Open (GU L 312, del 6.12.1999, pag. 1), considerando 30.

⁽³⁸⁾ Cfr. il caso IV/36.539 — British Interactive Broadcasting/Open.

⁽³⁹⁾ I dati criptati trasmessi comprendono i segnali televisivi e altri dati quali informazioni sui programmi o sui pacchetti inclusi nell'abbonamento, o informazioni sul diritto degli abbonati alla pay-TV di ricevere i programmi.

⁽⁴⁰⁾ Una smart card è un computer in miniatura dotato di un microprocessore, di una memoria e di un sistema operativo interno che viene usato come barriera di sicurezza per concedere o negare l'accesso a un determinato servizio.

⁽⁴¹⁾ I due più importanti fornitori di CAS in ambito SEE sono NDS (appartenente al gruppo Newscorp) e Canal+ Technologies (che apparteneva al gruppo Vivendi ed è stata successivamente venduta al gruppo Thomson Multimedia nel settembre 2002).

⁽⁴²⁾ Come già accennato, in casi precedenti la Commissione ha esaminato il CAS nel contesto del mercato più ampio dei servizi tecnici per le pay-TV. Nel caso IV/36.539 — British Interactive Broadcasting/Open, considerando 32, la Commissione ha già sostenuto che possono esistere mercati dei prodotti più ristretti, date le differenti competenze e tecnologie alla base di ognuno dei servizi tecnici necessari per la pay-TV.

tecnologia NDS per il CAS ai potenziali nuovi operatori imponendo condizioni non eque; in secondo luogo, la probabilità che la nuova entità possa ostacolare l'ingresso di piattaforme di pay-TV alternative con un sistema CAS differente da quello di NDS, dando origine a un monopolio virtuale, in virtù del fatto che NDS diventerebbe l'unico CAS utilizzato in Italia.

(122) Per quanto riguarda la prima preoccupazione, è stato sostenuto che, in seguito alla concentrazione, Newscorp si troverà in una posizione tale da poter impedire ai possibili nuovi operatori sul mercato della pay-TV in Italia di acquisire la licenza di Videoguard o, in ogni caso, sarà in grado di imporre condizioni non eque per la sua acquisizione. L'esistenza delle regole di accesso contenute nella direttiva 95/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio ⁽⁴³⁾ potrebbe ridurre le preoccupazioni a questo riguardo, poiché la citata direttiva prescrive che l'accesso al CAS debba essere concesso a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie. Questa clausola è stata estesa alla nuova direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio ⁽⁴⁴⁾ (direttiva accesso), che dovrà essere recepita entro il 24 luglio 2003.

(123) Per quanto riguarda la seconda preoccupazione, è stato sostenuto che i nuovi operatori potrebbero decidere di usare un CAS differente da quello distribuito da NDS e utilizzato dall'entità combinata. In questo caso, Newscorp dovrebbe cooperare alla realizzazione di un sistema simulcrypt che possa rendere il CAS utilizzato da NDS compatibile con il CAS usato dal nuovo operatore. Le norme legislative italiane ⁽⁴⁵⁾ prescrivono obblighi di simulcrypt che richiedono l'effettiva interoperabilità tra i diversi CAS.

(124) Tuttavia, l'indagine di mercato ha evidenziato che, con molta probabilità, il quadro normativo italiano non è sufficiente a stabilire le condizioni per l'ingresso senza ostacoli di nuovi operatori di pay-TV che utilizzino un CAS differente da quello di NDS. Gli obblighi relativi al simulcrypt sembrano essere difficili da far rispettare in tempi brevi ⁽⁴⁶⁾, mentre una prospettiva molto più age-

vole per qualunque nuovo operatore sarebbe quella di ottenere una licenza per la tecnologia di NDS. Diversi tra i partecipanti all'indagine di mercato considerano la tecnologia di NDS persino una sorta di «dotazione essenziale» per partecipare al mercato italiano della pay-TV.

(125) Alla luce dei risultati dell'indagine di mercato sopra descritti, considerando l'integrazione verticale di NDS nel quadro della struttura aziendale della nuova entità e il possesso di una tecnologia CAS proprietaria, la Commissione conclude che è altamente probabile che, in seguito alla transazione, l'operazione porterà all'uso di un singolo CAS da parte dell'entità combinata. Poiché non si prevede l'ingresso di una nuova piattaforma di pay-TV DTH poco dopo la concentrazione, se la piattaforma combinata decidesse di usare solo la tecnologia di NDS (come è razionalmente prevedibile), in Italia esisterebbe un solo CAS e l'accesso a tale CAS dipenderebbe da Newscorp. Inoltre, l'adozione di un qualunque CAS alternativo dipenderebbe interamente dalla collaborazione di Newscorp alla realizzazione di un simulcrypt.

(126) I fattori citati eleveranno sensibilmente le già forti barriere per l'ingresso sul mercato italiano delle pay-TV, contribuendo ulteriormente al rafforzamento di una posizione dominante dell'entità combinata sul mercato delle televisioni a pagamento.

(127) Nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti, Newscorp sostiene che la Commissione non ha concluso che il probabile utilizzo di un singolo CAS da parte della piattaforma combinata sia di per sé contrario alla concorrenza, bensì che «il fatto che la transazione "potrebbe" sollevare barriere di ingresso non è sufficiente a giustificare una decisione di divieto» ⁽⁴⁷⁾.

(128) Newscorp sostiene inoltre che non avrebbe la possibilità di precludere l'ingresso sul mercato a nuovi operatori. In questo contesto, Newscorp cita la decisione della Commissione nel caso Telia/Sonera ⁽⁴⁸⁾, in cui si afferma che «nel valutare se [un problema di preclusione verticale] sia significativo, è necessario stabilire non solo che l'entità combinata possieda un incentivo alla preclusione, ma anche se abbia o meno la capacità di agire in tal

⁽⁴³⁾ Direttiva 95/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa all'impiego di norme per l'emissione di segnali televisivi (GU L 281 del 23.11.1995, pag. 51).

⁽⁴⁴⁾ Direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (direttiva accesso) (GU L 108 del 24.4.2002, pag. 7).

⁽⁴⁵⁾ Decisione n. 216/00/CONS dell'AGCOM (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni).

⁽⁴⁶⁾ L'effettiva realizzazione del simulcrypt tra Telepiù e Stream ha richiesto due anni e i due operatori sono stati multati due volte dall'Autorità per le garanzie delle comunicazioni (AGCOM) per non aver rispettato i propri obblighi in questa materia.

⁽⁴⁷⁾ Punto 5.1.3 della difesa di Newscorp.

⁽⁴⁸⁾ Punto 5.1.5 della difesa di Newscorp.

senso e se possa o meno avere un effetto significativo sulla concorrenza nel mercato in causa»⁽⁴⁹⁾.

(129) Secondo l'analisi della Commissione, l'effetto della transazione non si limita alla creazione di barriere d'ingresso, bensì determina la creazione di un monopolio per quanto riguarda la pay-TV DTH in Italia. In vista di questa situazione monopolistica nel mercato «a valle» della pay-TV e del possesso di un sistema di accesso condizionato proprietario — che diventerebbe probabilmente il CAS «standard» — Newscorp non solo sarà incentivata a perseguire strategie di esclusione o a innalzare i costi per i concorrenti (nell'intento di precludere il loro accesso al mercato e mantenere la propria posizione monopolistica all'interno del settore DTH), ma avrà anche effettivamente la possibilità di agire in tal senso.

(130) Qualunque potenziale concorrente interessato a entrare nel mercato italiano della pay-TV in modalità satellitare (DTH) dovrà ottenere una licenza da una delle consociate di Newscorp (NDS) per accedere al CAS Videoguard o richiedere la cooperazione di Newscorp per poter rispettare l'accordo di simulcrypt. In particolare, sulla base delle esperienze precedenti, questa situazione può dare origine a profonde controversie, mentre il raggiungimento di tali accordi si è già dimostrato un processo lungo e difficile, anche tra due concorrenti consolidati quali erano Stream e Telepiù in passato.

(131) In mancanza di misure correttive, Newscorp si troverà in ogni caso in una posizione tale da poter precludere eventuali ingressi sul mercato del DTH o da poter elevare i costi per i concorrenti per quanto riguarda il CAS. Questi fattori non vengono considerati isolatamente dalla Commissione, bensì vengono esaminati nella prospettiva degli effetti complessivi contrari alla concorrenza prodotti dalla transazione. In questo contesto, la circostanza che, per effetto dell'operazione, le barriere all'ingresso nel mercato del DTH verrebbero ulteriormente innalzate — tra l'altro attraverso l'uso molto probabile di un singolo CAS proprietario da parte dell'entità combinata — in una situazione monopolistica (sul DTH) rappresenta un elemento aggravante che rafforza ulteriormente la posizione dominante della piattaforma combinata sul mercato italiano della pay-TV.

(132) Newscorp ha inoltre sostenuto che non esista un nesso causale tra la transazione e il presunto impedimento alla concorrenza. Poiché Newscorp possiede già il 50 % di un operatore di pay-TV italiano, l'eventuale incentivo a innalzare le barriere d'ingresso sul mercato italiano della pay-TV sarebbe già in atto e non verrebbe prodotto dalla transazione.

(133) La Commissione non concorda con questa posizione. Il possesso di un CAS proprietario da parte di un monopolista nel DTH è un fattore che, di per sé, non innalza le barriere d'ingresso sul mercato a valle della pay-TV. L'incentivo di Newscorp a innalzare tali barriere d'ingresso sarebbe una conseguenza diretta della transazione, che creerebbe questa situazione monopolistica nel mercato della pay-TV DTH. Inoltre, sulla base dei risultati dell'indagine di mercato, è ragionevole prevedere che la situazione descritta non sia destinata a cambiare nel prossimo futuro.

2.2.b) Piattaforma tecnica

(134) Stream e Telepiù realizzeranno una piattaforma tecnica comune con la quale distribuiranno i propri programmi via satellite. Una piattaforma tecnica può essere definita come il sistema che controlla l'accesso condizionato e l'erogazione dei servizi tecnici ad esso correlati. La piattaforma tecnica decrittifica i segnali trasmessi dal fornitore del programma e li trasmette agli abbonati attraverso il set-top-box.

(135) È stato sostenuto che, a causa degli importanti investimenti necessari per la realizzazione di una piattaforma DTH, i canali DTH a pagamento e gratuiti di terze parti dovranno essere distribuiti attraverso la piattaforma combinata della nuova entità. I servizi tecnici che possono essere forniti da Newscorp attraverso la piattaforma comprendono la gestione dell'accesso condizionato, il transito attraverso i decoder e l'inclusione nell'elenco predefinito dei servizi (sintonizzazione automatica), la digitalizzazione e la cifratura, la connessione al satellite e, in particolare, l'accesso alla guida elettronica ai programmi (EPG).

(136) L'EPG è una guida ai programmi televisivi e oggi costituisce uno strumento essenziale, in considerazione della scelta sempre più ampia di programmi offerta dalle televisioni digitali. Le informazioni richieste per l'EPG vengono inviate dalle emittenti e visualizzate dal software dell'EPG. Il sistema di menu permette all'utente di ricercare nei palinsesti un determinato tipo di programma, ad esempio film, telefilm e programmi per bambini, oppure di visualizzare la programmazione in base al numero di programma o all'ora del giorno. In mancanza di un'EPG, sarebbe estremamente difficile per gli utenti ricercare in modo semplice e sistematico il canale specifico di loro interesse.

(137) L'accesso alla piattaforma costituisce un elemento essenziale per facilitare i nuovi ingressi sul mercato della pay-TV e per consentire la trasmissione DTH dei canali a pagamento e in chiaro. In seguito alla concentrazione, i canali DTH non avranno più la possibilità di scegliere tra due piattaforme alternative.

⁽⁴⁹⁾ Caso COMP/M.2803 — Telia/Sonera, punto 91. Decisione del 10 luglio 2002, cfr. il sito web della Commissione <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

(138) Controllando la piattaforma, Newscorp avrà l'incentivo e la possibilità di impedire o di rendere difficoltoso il consolidamento dei canali (ad esempio cambiando sistematicamente la loro posizione nell'EPG) o di imporre condizioni non eque o discriminatorie ai canali digitali satellitari (DTH in chiaro e a pagamento). In questa fase, non esiste un quadro normativo adeguato che consenta di risolvere questi problemi in modo efficiente e tempestivo. Di conseguenza, il possibile comportamento descritto contribuirebbe a consolidare la posizione monopolistica della nuova entità nel mercato della pay-TV.

(139) Nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti della Commissione ⁽⁵⁰⁾, Newscorp afferma che non avrebbe alcun incentivo a manipolare l'EPG. In effetti, è stato sostenuto, il gruppo risultante dalla concentrazione sarebbe incentivato a fornire un servizio di migliore qualità ai suoi abbonati. In particolare, il gruppo terrebbe un comportamento inopportuno nei confronti degli abbonati se cambiasse regolarmente l'ordine dei canali nella guida elettronica ai programmi. A questo riguardo la Commissione ritiene che, come dimostra il comportamento passato di Stream ⁽⁵¹⁾, l'incentivo del gruppo combinato a conquistare la fedeltà degli spettatori verso i propri canali supererebbe il suo incentivo a collocare in una posizione stabile nell'EPG i canali di terze parti.

2.3. Conclusione

(140) Sulla base di quanto precede, si conclude che la concentrazione rafforza su base duratura una posizione dominante sul mercato italiano della pay-TV. L'entità combinata deterrà un monopolio per quanto riguarda il mezzo di trasmissione DTH e avrà tutte le possibilità e gli incentivi economici per precludere a effettivi o potenziali concorrenti l'ingresso al mercato attraverso gli stessi e/o altri mezzi di trasmissione elevando i costi degli avversari e innalzando ulteriori barriere d'ingresso. A questo riguardo, benché le norme legislative esistenti attenuino in qualche misura le preoccupazioni per la concorrenza, l'uso di uno standard (NDS) per i servizi di accesso condizionato sull'intera piattaforma satellitare — indipendentemente dai possibili futuri accordi di simulcrypt da stipulare — renderebbe probabilmente i potenziali nuovi operatori di DTH completamente dipendenti dall'entità combinata sotto il profilo tecnologico. Inoltre, il controllo della piattaforma tecnica conferirà a Newscorp la possibilità e l'incentivo a definire lo standard per il livello accettato di concorrenza «interpiattaforma».

In considerazione di questi elementi, nonostante le normative vigenti, il monopolio di Newscorp in relazione al mezzo di trasmissione DTH contribuirebbe sostanzialmente a consolidare per un lungo periodo la situazione quasi monopolistica sul mercato generale delle pay-TV risultante dall'operazione di concentrazione.

(141) In risposta alla comunicazione degli addebiti ⁽⁵²⁾, Newscorp ha dichiarato che la Commissione era venuta meno al proprio obbligo di stabilire che il comportamento di Newscorp si produrrebbe «con ogni verosimiglianza». Newscorp sottolinea che, nel caso Tetra Laval BV/Commissione ⁽⁵³⁾, il Tribunale di primo grado ha ritenuto che il criterio di prova fosse il livello di verosimiglianza del comportamento e ha respinto l'approccio della Commissione (che aveva ritenuto che la semplice possibilità di un impedimento della concorrenza fosse sufficiente a giustificare una decisione di diniego).

(142) A questo riguardo, la Commissione afferma che, nella sentenza citata, la ritenuta insussistenza di un dato livello di verosimiglianza addotta contro l'approccio della Commissione si basava sui seguenti elementi: i) l'assenza di qualunque presunzione di una posizione dominante collettiva ⁽⁵⁴⁾ e ii) la necessità di ricorrere all'analisi prospettiva di un futuro comportamento razionale come base per l'identificazione di una posizione dominante. Nel presente caso non si verifica nessuna di queste condizioni. In relazione alla prima condizione (assenza di qualunque presunzione di posizione dominante collettiva) non è possibile seriamente confutare il fatto che la concentrazione determinerà la creazione di una situazione quasi monopolistica sul mercato della pay-TV. In relazione alla seconda condizione (necessità di ricorrere all'analisi prospettiva di un futuro comportamento razionale), l'analisi condotta nel quadro del presente caso è basata su una situazione che si verificherà immediatamente dopo la concentrazione (la creazione di un quasi monopolio).

(143) Sulla base delle prove raccolte nel corso del procedimento e tenendo in considerazione la natura delle sovrapposizioni orizzontali generate dalla concentrazione, la Commissione ritiene che esistano prove sufficienti per concludere che la piattaforma combinata avrà, nel prossimo futuro, gli incentivi necessari e l'effettiva capacità di adottare la condotta sopra indicata e, di conseguenza, di produrre effetti significativi sulla concorrenza nel mercato rilevante.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. il considerando 5.1.15 della difesa di Newscorp.

⁽⁵¹⁾ Ad esempio, la posizione di Digitaly nell'EPG di Stream è cambiata 4 volte negli ultimi anni.

⁽⁵²⁾ Punto 5.1.11 della difesa di Newscorp.

⁽⁵³⁾ Caso T-5/02.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. il considerando 142 della sentenza Tetra Laval.

3. CREAZIONE O RAFFORZAMENTO DI UNA POSIZIONE DOMINANTE NEI MERCATI DI ACQUISTO

3.1. *Effetti orizzontali nei mercati a monte interessati (acquisto di contenuti)*3.1.a) **Acquisto di diritti di trasmissione esclusivi sui film premium**

- (144) Telepiù (l'impresa oggetto dell'acquisizione) detiene già una posizione dominante sul mercato dell'acquisto di diritti esclusivi sui film premium (i film acquistati da Telepiù nel 2001 rappresentano circa l'[85-95]* % degli incassi totali dei film che sono stati venduti con diritti esclusivi a tutte le televisioni, l'[85-95]* % in termini di valore ⁽⁵⁵⁾ e il [50-60]* % ⁽⁵⁶⁾ in termini di numero di film). Nel 2001, i diritti restanti sono stati acquistati da Stream ad eccezione di quattro film italiani, i cui diritti di prima visione sono stati acquistati da La 7 (un'emittente in chiaro controllata da Telecom Italia).
- (145) Le tabelle seguenti riportano i diritti acquistati da Telepiù e da Stream:

TABELLA 11

Telepiù*Major americane*

Nome	1 ^a visione	2 ^a visione	PPV	VoD	NVoD	Scadenza
Buena Vista (Walt Disney)						
Columbia						
Dreamworks						
Paramount						
MGM						
T.C. Fox						
Warner Bros						

Fonte: Formulario CO.

TABELLA 12

Produttori cinematografici italiani

Nome	Pay TV	PPV	VoD	NVoD	Scadenza
Medusa					
Eagle Picture					
Fandango					
Lucky Red					
Mediatrade					

Fonte: Formulario CO.

⁽⁵⁵⁾ Rispetto alla somma totale pagata in Italia per i diritti sui film premium.

⁽⁵⁶⁾ Questa quota di mercato inferiore in termini di volume è dovuta al fatto che Telepiù ha acquistato la maggior parte dei film prodotti dalle major americane, che sono i più costosi e quelli più visti nelle sale.

- (146) Nel 2002, Telepiù ha anche sottoscritto contratti con Eyescreen, Nexo e altri fornitori.

STREAM

Major americane

- (147) In base alle informazioni fornite dalle parti nel formulario CO, Stream detiene diritti esclusivi di Universal per PPV e nVoD fino al 31 agosto 2002. Universal ha esercitato un'opzione per il rinnovo automatico di tali diritti per altri 5 anni.

TABELLA 13

Produttori cinematografici italiani

Nome	Pay TV	PPV	VoD	nVoD	Scadenza/tipo di contratto
Cecchi Gori					
Clemi					(⁵⁷)
Istituto Luce					
Lady Film					
Mikado					
Raitrade					
Tangram					
Palomar					
Eyescreen					
Lantia					
CDE					
Veradia					
Cattleya					

Fonte: Formulario CO.

- (148) Inoltre, Stream ha sottoscritto diversi contratti con Filmauro, Videofilm VCKappa e Key Films (società di distribuzione) per una serie di film italiani e stranieri. Nel 2002, l'impresa era anche titolare di una serie di contratti relativamente «piccoli» con altri fornitori (Minerva, Pasodoble, Romagnosi e Teodora).

- (149) Tutti i contratti conclusi da Stream e Telepiù con le relative controparti includono diritti esclusivi per tutti i mezzi di trasmissione (terrestre, satellite, cavo, ecc.). Complessivamente, questi diritti corrispondono al [75-85]* % del totale degli incassi delle proiezioni nelle sale nel 2001 (⁵⁸) e circa al [90-100]* % dei diritti esclusivi acquistati dalle pay-TV. Come indicato in precedenza, Telepiù detiene una quota di mercato dell'[85-95]* %, contro il [5-15]* % di Stream (in termini di incassi), dei film acquistati/venduti con diritti esclusivi. L'emittente in chiaro «La 7» (di proprietà di Telecom Italia) ha acquistato nel 2001 i diritti di prima visione per quattro film italiani. Tuttavia, La 7 non ha sottoscritto contratti esclusivi per i diritti di prima visione con nessuna delle major di Hollywood.

(⁵⁷) [...]*.

(⁵⁸) Nel 2001, ad eccezione di 4 film italiani i cui diritti di prima visione sono stati acquistati da La 7, quasi il 19 % degli incassi sono derivati da film per i quali non sono stati acquistati né commercializzati diritti esclusivi.

- (150) In seguito all'acquisizione di Telepiù da parte di Stream e all'aggregazione degli utenti in Italia, la concentrazione determinerà una situazione di quasi-monopolio per quanto riguarda l'acquisto di diritti esclusivi sui film (monopsonio). La 7 ha acquistato un numero trascurabile di diritti di prima visione su film italiani. A questo riguardo, occorre ricordare che i titolari dei diritti, in particolare le major di Hollywood, saranno difficilmente disposti in futuro a vendere i diritti di prima e seconda visione alle televisioni in chiaro. Come spiegato in precedenza, i diritti cinematografici vengono venduti almeno 5 o 6 volte (proiezione nelle sale, video, pay-per-view e video-on-demand, prima visione, seconda visione e su catalogo). Solo l'ultima categoria viene acquistata dalle televisioni in chiaro. Se i proprietari dei diritti dovessero vendere i film in prima visione alle televisioni in chiaro (accessibili alla totalità degli spettatori) 6 mesi dopo la proiezione nelle sale, ciò danneggerebbe seriamente i proventi dei produttori cinematografici.
- (151) Questa situazione di monopsonio, in assenza di misure correttive, preclude l'accesso ai contenuti per le terze parti (anche per quanto riguarda i mezzi di trasmissione diversi dal DTH) e limita probabilmente la disponibilità dei contenuti agli utenti, riducendo la loro possibilità di scelta.
- (152) Inoltre, le parti potranno ridurre ulteriormente l'accessibilità dei contenuti esercitando diritti di holdback e di prelazione riguardo ai film in seconda visione, come previsto dagli attuali contratti di Telepiù con la maggior parte delle major (vedere la tabella 11 precedente). In assenza di azioni correttive, questa situazione impedirà di fatto ai potenziali nuovi operatori l'ingresso sul mercato come concorrenti «marginali» o di secondo livello. Inoltre, questi diritti di protezione esercitabili dalle parti determineranno la scomparsa dei diritti di seconda visione dal mercato, danneggiando i consumatori e la loro libertà di scegliere a quale prezzo e in quali orari «consumare» i prodotti della pay-TV.
- (153) In considerazione di quanto precede, e tenendo conto della durata dei contratti in essere, la concentrazione avrà l'effetto di impedire ai potenziali concorrenti delle pay-TV di accedere, e perciò di trasmettere, questi contenuti sulle pay-TV per diversi anni.
- (154) Nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti ⁽⁵⁹⁾, Newscorp ha sostenuto che la transazione non modificherebbe la situazione attuale, in quanto «i contratti stipulati da Stream e Telepiù per l'acquisto dei diritti sono già in essere e non verrebbero interessati dalla concentrazione. Nell'ipotesi che la rete di contratti possa influire sulla probabilità di nuovi ingressi, tale problema non è causato dalla concentrazione». Ciò dovrebbe dimostrare, secondo le parti, che non esiste un nesso causale tra la concentrazione e il possibile danno per la concorrenza. A questo proposito, Newscorp si richiama al paragrafo 10 della bozza di notifica sulle concentrazioni orizzontali ⁽⁶⁰⁾, in cui si indica che «la Commissione confronta le condizioni competitive che sussisterebbero dopo la concentrazione con le condizioni che prevarrebbero in assenza della concentrazione».
- (155) Di fatto, prima della concentrazione, esistevano due operatori di pay-TV in grado di competere per l'acquisto dei contenuti. Dopo la concentrazione, «la rete di contratti» sarà detenuta da un singolo operatore il quale, in assenza di misure correttive, sarà in grado di determinare i termini e le condizioni dei mercati nei confronti dei proprietari dei diritti in misura molto superiore rispetto al caso di due acquirenti concorrenti. Soprattutto, grazie a un potere contrattuale evidentemente superiore, il quasi-monopsonista sarà con ogni probabilità in grado di «personalizzare» le relazioni contrattuali con i fornitori di contenuti in funzione delle proprie esigenze e con l'obiettivo di impedire la potenziale concorrenza di nuovi operatori. Alla luce di queste considerazioni, l'argomento delle parti secondo il quale, dopo la concentrazione, «i diritti disponibili agli altri acquirenti aumenteranno anziché diminuire», in quanto le parti potrebbero ridurre la loro domanda, appare privo di fondamento.
- (156) Newscorp rileva inoltre ⁽⁶¹⁾ che un nuovo operatore potrebbe acquistare diritti analoghi a quelli detenuti da Stream stipulando un contratto con MGM con efficacia dal 2004 e che la Commissione si sbaglia nel presumere che il contratto con MGM verrà rinnovato. A questo riguardo, la Commissione ritiene che, in primo luogo, dopo la concentrazione non vi è alcuna certezza che un nuovo concorrente possa entrare sul mercato italiano nel 2004 e che, in secondo luogo, tenendo conto delle prove raccolte e di altri fattori rilevanti, è probabile che MGM e TC Fox esercitino il diritto di rinnovo unilaterale. È significativo a questo riguardo che le major di Hollywood, in passato, abbiano sempre esercitato questo diritto nonostante l'esistenza di due piattaforme alternative. Columbia e Paramount hanno esercitato il diritto di rinnovo dei propri contratti con Telepiù nel 2002 e Universal ha recentemente esercitato lo stesso diritto con Stream. Il contesto economico, considerato nella sua prospettiva storica, rende perciò improbabile l'assunto di Newscorp.

⁽⁵⁹⁾ Punto 6.1.3 della difesa di Newscorp.

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

⁽⁶¹⁾ Punto 6.1.4 della difesa di Newscorp.

3.1.b) **Acquisto di contenuti sportivi in generale**

Quadro giuridico

- (157) L'articolo 3, lettera a), della direttiva «Televisione senza frontiere», nella versione modificata ⁽⁶²⁾, sancisce che gli Stati membri possono adottare misure atte a garantire che gli eventi considerati di particolare rilevanza per la società non vengano trasmessi dalle emittenti televisive soggette alla loro giurisdizione su base esclusiva e in forma codificata. Una disposizione in tal senso compare nella misura attuativa italiana del marzo 1999 ⁽⁶³⁾. Tali disposizioni hanno lo scopo di consentire a una parte consistente (più del 90 %) del pubblico italiano di seguire gli eventi elencati su un canale televisivo gratuito senza costi supplementari per l'acquisto di apparecchiature.
- (158) Gli eventi elencati per l'Italia sono: a) le Olimpiadi estive ed invernali; b) la finale e tutte le partite della nazionale italiana nel Campionato del mondo di calcio (che devono essere trasmesse interamente in diretta); c) la finale e tutte le partite della nazionale italiana nel Campionato europeo di calcio (che devono essere trasmesse interamente in diretta); d) tutte le partite della nazionale italiana di calcio, in casa e fuori casa, in competizioni ufficiali; e) la finale e le semifinali della Coppa dei campioni e della Coppa UEFA qualora vi siano coinvolte squadre italiane; f) il Giro d'Italia e g) il Gran premio d'Italia automobilistico di formula 1. Inoltre, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM) si riserva il diritto di emendare questa lista in un tempo congruo, in particolare mediante l'inclusione dei seguenti eventi: a) le finali dei campionati mondiali di pallacanestro; pallanuoto e pallavolo alle quali partecipi la squadra nazionale italiana; b) la finale e le semifinali della Coppa Davis alle quali partecipi la squadra nazionale italiana e c) il campionato mondiale di ciclismo su strada. Inoltre, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni si riserva il diritto di procedere alla revisione della composizione della lista dopo due anni dall'entrata in vigore della sua decisione. L'obbligo di trasmettere gli «eventi elencati» in chiaro tende a produrre una diminuzione del prezzo di acquisto dei diritti di trasmissione di tali eventi sul mercato italiano.

3.1.c) **Acquisto di diritti di trasmissione esclusivi per gli eventi calcistici che si svolgono regolarmente (ogni anno) a cui partecipano squadre nazionali**

- (159) La quota di mercato combinata delle parti rappresenta l'[80-90]* % in termini di valore (Stream [35-45]* %, Telepiù [35-45]* %) e il [90-100]* % in termini di numero di partite (Stream [35-45]* %, Telepiù [50-60]* %). Secondo la legge italiana (legge n. 78/99), nessuna piattaforma DTH può possedere più del 60 % del totale dei diritti sul calcio. Tuttavia, questa regola non verrebbe applicata qualora esistesse un'unica piattaforma DTH (cioè dopo la concentrazione), a condizione che la durata dei contratti di acquisto dei diritti esclusivi non superi i tre anni.
- (160) Le società calcistiche italiane di Serie A e Serie B per le quali Stream possiede diritti esclusivi sono le seguenti: Bologna, Lecce, SDS srl ⁽⁶⁴⁾ e Napoli (fino al [...]*), Brescia, Chievo Verona, Empoli, Modena e Siena (fino al [...]*). Questi diritti rappresentano il [45-55]* % delle partite di Serie A. Inoltre, la società possiede diritti esclusivi per la Champions League 2002/2003.
- (161) Le società calcistiche italiane di Serie A e Serie B per le quali Telepiù possiede diritti esclusivi sono le seguenti: Atalanta, Como, Messina, Perugia, Piacenza, Reggina e Torino (fino al [...]*), Inter, Bari, Juventus, Milan, Cagliari, (fino al [...]*). Questi diritti rappresentano il [45-55]* % delle partite di Serie A.
- (162) La concentrazione determinerà una situazione quasi monopsonistica ⁽⁶⁵⁾ della nuova entità per quanto riguarda l'acquisto di diritti esclusivi per gli eventi calcistici regolari a cui partecipano squadre nazionali. I diritti esclusivi comprendono sempre gli eventi in diretta e in differita trasmessi in pay-TV e PPV, la protezione per la trasmissione di eventi in diretta sulle televisioni in chiaro e, in alcuni casi, per la trasmissione via video-on-demand, UMTS e Internet. Soprattutto, analogamente a quanto accade per i diritti cinematografici e per effetto del suo maggiore potere contrattuale, il quasi-monopsonista sarà in grado di «personalizzare» le relazioni contrattuali con i fornitori di contenuti in base alle proprie esigenze e al fine di impedire l'ingresso di nuovi operatori.

⁽⁶²⁾ Direttiva 89/552/CEE del Consiglio, del 3 ottobre 1989, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (GU L 298 del 17.10.1989, pag. 23) modificata dalla direttiva 97/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 202 del 30.7.1997, pag. 60).

⁽⁶³⁾ Regolamento o azione amministrativa degli Stati membri concernente l'esercizio delle attività televisive, (GU C 277 del 30.9.1999), http://europa.eu.int/eur-lex/en/consleg/pdf/1989/en_1989L0552_do_001.pdf

⁽⁶⁴⁾ Roma, Lazio, Parma.

⁽⁶⁵⁾ Come spiegato in precedenza, le società calcistiche, in particolare quelle di piccole e medie dimensioni, sono riluttanti a vendere i propri diritti alle televisioni in chiaro, sia perché le piattaforme di pay-TV hanno la possibilità di trasmettere diverse partite simultaneamente, sia per mantenere il pubblico negli stadi. Le televisioni in chiaro competono solo per l'acquisto dei diritti per la Coppa UEFA, per la Champions League e per la Coppa Italia.

3.1.d) **Acquisto di diritti di trasmissione esclusivi per altri eventi sportivi**

- (163) Stream e Telepiù possiedono diritti esclusivi per un numero significativo di eventi sportivi, oltre alle gare di Formula 1 molto seguite in Italia. Rispetto alla Formula 1, i diritti detenuti dagli operatori di pay-TV (che sono gli unici a trasmettere queste competizioni via satellite) non sono esclusivi perché la RAI (la televisione pubblica) trasmette gli stessi eventi in modalità terrestre analogica sul territorio nazionale.
- (164) Secondo le informazioni fornite dalle parti nel formulario CO presentato nell'ottobre 2002, Telepiù possiede diritti esclusivi per i seguenti eventi sportivi: golf [PGA Tour 2002, Ryder Cup, Open Italia ⁽⁶⁶⁾ e Augusta National fino al [...]*, British Open, US Golf Association e US PGA fino al [...]*], tennis [Roland Garros ⁽⁶⁷⁾ e US Open ⁽⁶⁸⁾ fino al [...]*, Australian Open fino al [...]*], basket (NCAA, NBA e ULEB Euroleague fino al [...]*, diversi eventi FIBA fino al [...]*) motonautica (UIM F1 Powerboat fino al [...]*), pallavolo (Lega pallavolo serie A femminile per il [...]*), rugby (Lega Italiana per il [...]*, Trinitation 2002 [...]*), pugilato [Tyson contro Lewis fino al [...]* ⁽⁶⁹⁾], calcio (stagioni di campionato fino al [...]*), automobilismo (Le Mans 2002, 24 ore di SpA fino al [...]*), ecc.
- (165) Stream possiede diritti esclusivi per gli eventi seguenti: vari sport sulla base di un contratto stipulato con Espn Inc. fino al [...]*, golf (PGA Tour [...]* PGA European Tour 2002/2003 fino a febbraio 2004) e tennis (Tennis Masters Series, Internazionali d'Italia di Roma e Wimbledon fino al [...]*).
- (166) Se lo sport in generale, ad eccezione del calcio nazionale, dovesse essere considerato un mercato separato, la transazione porterebbe alla creazione di una posizione dominante nell'acquisto di diritti esclusivi per gli eventi sportivi. Se ogni singolo sport dovesse essere considerato come un mercato separato, la transazione porterebbe al rafforzamento di una posizione dominante nel golf e nel tennis. Secondo la parte notificante, attualmente la quota di mercato di Stream per i diritti di trasmissione sugli eventi sportivi diversi dal calcio nazionale è del [35-45]* %, mentre quella di Telepiù è del [30-40]* %. Altre emittenti TV che verrebbero considerate come concorrenti di Stream e Telepiù nell'acquisto di tali diritti deterrebbero una quota di mercato del [20-30]* %.
- (167) A questo riguardo, nel 2001 la televisione in chiaro ha trasmesso su base esclusiva i seguenti eventi sportivi di rilievo: ciclismo (Giro d'Italia e altre competizioni internazionali), atletica (i più importanti meeting internazionali), pugilato (incontri per titoli italiani ed europei), rugby (incontri giocati dalla nazionale italiana e torneo Sei nazioni), motociclismo (l'intero campionato mondiale di motociclismo), vela (Louis Vuitton cup, America's cup), Olimpiadi estive e invernali.
- (168) La transazione proposta aumenterà il potere d'acquisto della nuova entità e rafforzerà la sua posizione rispetto alla situazione precedente. I potenziali concorrenti tra le emittenti televisive non avranno la possibilità di acquisire diritti esclusivi per la maggior parte degli eventi sportivi importanti che si svolgeranno nel [...]*. In particolare, per effetto del suo aumentato potere negoziale, il quasi-monopsonista avrà la possibilità di «personalizzare» le relazioni contrattuali con i fornitori di servizi in base alle proprie esigenze e all'obiettivo di impedire l'ingresso di nuovi operatori, ad esempio imponendo contratti di lunga durata o l'acquisto di diritti esclusivi o di diritti di protezione per mezzi di trasmissione diversi dal DTH.

3.1.e) **Canali televisivi**

- (169) A differenza dei film premium e degli eventi calcistici, molti canali non vengono acquistati su base esclusiva. In altre parole, più emittenti di pay-TV concorrenti possono acquistare e trasmettere lo stesso canale.
- (170) Stream possiede diritti esclusivi per i seguenti canali: Duel TV, Comedy Life, National Geographic, MT Channel, Roma Channel, Fox Kids, CFN-CNBC e Music Choice. Possiede inoltre 8 canali di produzione propri per film, viaggi, notizie, lingua, reality show, musica e sport.
- (171) Telepiù possiede diritti esclusivi per Marco Polo, Disney Channel, Canal Jimmy, Raisat Ragazzi, Raisat show, Raisat fiction, Raisat Gambero Rosso, Raisat Art, Raisat Cinema, Happy Channel, Raisat Album, Planete, Cinecinema I e II, Cineclassics, INN, Bloomberg, ESPN Classic Sport, Eurosport News, TV5, Multimusica, Matchmusic, Rock TV, Classica, Milan Channel e Inter Channel e dispone inoltre di una serie di canali di produzione propri per i film (canali premium e PPV) e per lo sport (PPV).

⁽⁶⁶⁾ Diritti limitati agli eventi in diretta.

⁽⁶⁷⁾ I diritti esclusivi per il Roland Garros non sono applicabili in relazione a Eurosport quando quest'ultima trasmette gli incontri dai quarti di finale in avanti in lingue diverse dall'italiano.

⁽⁶⁸⁾ I diritti esclusivi per gli US Open non sono applicabili in relazione a Eurosport quando quest'ultima trasmette gli incontri dai quarti di finale in avanti in lingue diverse dall'italiano.

⁽⁶⁹⁾ Diritti limitati agli eventi in diretta.

- (172) La maggior parte dei canali acquisiti su base esclusiva (esclusi i canali premium di sport e film normalmente prodotti dalle parti) sono caratterizzati da una programmazione basata su contenuti non esclusivi. Di conseguenza, ad eccezione dei canali premium, sarà possibile per i potenziali concorrenti acquistare e produrre canali.
- (173) Il rischio per la concorrenza, nel caso dei canali televisivi, deriva dal fatto che, a meno che un altro concorrente non entri nel mercato (e questo non sarà possibile se non sarà garantito l'accesso ai contenuti premium), la concentrazione porterà a una situazione monopsonistica (100 %) per l'acquisto dei canali in Italia. Nel conseguente che, in seguito alla concentrazione, la posizione negoziale, in particolare dei piccoli fornitori di canali indipendenti, verrà indebolita a causa dell'assenza di piattaforme alternative all'entità combinata. Ciò potrebbe danneggiare indirettamente il benessere degli utenti, qualora l'entità combinata decidesse di interrompere l'acquisto dei diritti sui canali televisivi o di esercitare il proprio potere di monopsonista in modo da causare l'uscita dal mercato di alcuni fornitori di canali televisivi creando condizioni economiche per loro insostenibili. In questo caso, gli utenti disporrebbero di una scelta di prodotti e di una libertà di scelta nettamente inferiori. Questi effetti negativi sugli utenti possono essere compensati solo creando le condizioni che consentano la trasmissione di questi canali (in chiaro o a pagamento) via DTH anche senza che vengano acquistati dalla piattaforma combinata.

3.2. *Conclusioni sugli effetti orizzontali nei mercati a monte interessati (acquisto di contenuti)*

- (174) Per quanto riguarda in generale l'acquisto di diritti sui contenuti, Newscorp ha sostenuto, nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti, che «non esiste un monopsonio: le televisioni a pagamento e quelle in chiaro operano in concorrenza per l'acquisto dei diritti ed è prevedibile un aumento della concorrenza da parte di altri operatori di pay-TV. Il mercato dei contenuti, secondo Newscorp, è un "mercato di licitazione".»
- (175) La Commissione dissente. Benché l'acquisto di contenuti di programmazione in generale possa, in una certa misura, essere considerato un mercato di licitazione a causa della natura e delle caratteristiche dei vari sotto-

mercati, tale «licitazione» è di fatto accessibile solo a un numero limitato di operatori con determinate caratteristiche.

- (176) Per quanto riguarda l'acquisto dei diritti di prima visione (e almeno teoricamente anche di quelli di seconda visione) per i film premium, la «licitazione» è limitata agli operatori di pay-TV a causa del modello commerciale degli studios⁽⁷⁰⁾, vale a dire la segmentazione per finestre. Di fatto, gli operatori della televisione in chiaro non possono acquistare questi diritti in concorrenza con le pay-TV.
- (177) Condizioni analoghe di «licitazione limitata» si verificano di fatto per quanto riguarda l'acquisto della maggior parte dei diritti sugli eventi sportivi che si svolgono regolarmente (ogni anno) a cui partecipano le squadre nazionali, in particolare i campionati di Serie A e Serie B. Come già indicato, è emerso chiaramente dai test di mercato che i titolari dei diritti (le squadre di calcio) preferiscono venderli agli operatori di pay-TV che alle televisioni in chiaro per evitare un impatto negativo sulle presenze negli stadi (che rappresentano l'altra fonte di reddito principale). Anche in questo caso sembra che, di fatto, gli operatori della televisione in chiaro non possano competere efficacemente con le pay-TV per l'acquisto di tali diritti.
- (178) Infine, per quanto riguarda i diritti sugli altri eventi sportivi (ad esempio, tennis e golf), benché le condizioni competitive sembrino più aperte, in realtà i due operatori di pay-TV esistenti detengono già (come deterrà la piattaforma combinata) una posizione dominante per quanto riguarda l'acquisto di diritti esclusivi su questi eventi. Ciò conferma ulteriormente che la maggior parte dei diritti esclusivi di ogni tipo tende ad essere acquistata dalle pay-TV anche quando i titolari dei diritti non hanno motivo, per ragioni intrinseche al loro modello aziendale, di preferire la pay-TV alla televisione in chiaro. Questa condizione indebolisce anche il valore probatorio degli argomenti avanzati dalle parti interessate dalla concentrazione per quanto riguarda le condizioni future del mercato e il possibile comportamento dell'entità combinata e dei suoi potenziali concorrenti.

4. CONCLUSIONI GENERALI SUGLI EFFETTI ORIZZONTALI E VERTICALI DELLA CONCENTRAZIONE SUI MERCATI INTERESSATI

- (179) Sulla base di quanto precede, è possibile concludere che:

⁽⁷⁰⁾ In questo documento, la parola «studios» identifica sia le major di Hollywood che i produttori cinematografici italiani.

4.1. *NewsCorp avrà il monopolio in Italia come operatore di pay-TV*

- (180) Stream e Telepiù sono attualmente gli unici operatori di pay-TV in Italia e, benché e.Biscom, le emittenti DTT e i canali DTH o altre piattaforme DTH alternative possano potenzialmente creare una limitazione competitiva in futuro, non vi sono garanzie sufficienti sul fatto che i potenziali concorrenti possano avere accesso ai contenuti premium (in particolare i film premium delle major di Hollywood e alle partite di calcio delle squadre nazionali). Questi contenuti specifici sono essenziali per la sopravvivenza di qualunque operatore di pay-TV e non saranno disponibili sul mercato.

4.2. *NewsCorp avrà accesso ai contenuti di maggiore attrattiva e più completi*

- (181) L'accesso ai contenuti premium, in particolare ai film recenti e alle partite di calcio ma anche ad altri eventi sportivi, è di importanza vitale per il successo di una pay-TV. Questi contenuti stimolano i potenziali utenti a sottoscrivere un abbonamento. Anche l'accesso ai film in seconda visione e agli eventi sportivi in differita è importante per i potenziali concorrenti interessati a creare una piattaforma alternativa.
- (182) Come indicato in precedenza, l'indagine della Commissione ha evidenziato che la piattaforma combinata avrà accesso a risorse di programmazione senza eguali in Italia. Inoltre, una parte dei contenuti essenziali considerati «motivanti per la pay-TV», nella fattispecie i film delle major, non sarebbe disponibile sul mercato entro un arco di tempo ragionevole (fino alla fine del [...])* se MGM e TC Fox esercitassero i propri diritti di rinnovo.

4.3. *Nessun'altra impresa possiederà i contenuti essenziali per creare una pay-TV alternativa*

- (183) L'accesso ai diritti è ancora più importante per una pay-TV che non per una televisione in chiaro. Per invogliare gli utenti ad abbonarsi, o ad acquistare determinate produzioni in pay-per-view, certi tipi di contenuti specifici sono di importanza cruciale. Per esercitare un'attrattiva sufficiente, un pacchetto di pay-TV deve includere una combinazione di diritti premium per i film in prima visione, o almeno in seconda visione, e per alcuni eventi sportivi di grande seguito. Ciò vale in particolar modo in Italia, dove, come indicato da New-

scorp, ogni abitazione dotata di televisore può ricevere un grande numero di canali gratuiti.

4.3.1. *Effetti di preclusione*

- (184) Le risorse di programmazione premium (film recenti e diritti sul calcio) sono limitate. Inoltre, come regola generale, i diritti di trasmissione per i contenuti premium (in particolare i film premium delle major di Hollywood) sono concessi sulla base di contratti esclusivi a lungo termine. Fino alla scadenza dei contratti esistenti, nessun altro fornitore avrà accesso alle risorse di programmazione della piattaforma combinata. Inoltre, i diritti sul calcio sono estremamente costosi e il loro acquisto comporta un forte rischio finanziario. I potenziali concorrenti non saranno perciò in grado di creare un'efficace piattaforma di pay-TV alternativa. Per quanto riguarda gli altri mezzi di trasmissione, l'unico operatore via cavo esistente (e.Biscom) sarà in grado di raggiungere solo un numero molto limitato di abitazioni e i potenziali concorrenti nella DTT diventeranno operativi solo nel medio-lungo termine.
- (185) È ugualmente improbabile che la situazione subisca cambiamenti una volta scaduti gli attuali contratti per i diritti delle pay-TV. Teoricamente, i servizi di pay-TV potrebbero essere forniti in Italia da operatori DTH alternativi, da operatori via cavo e da operatori DTT. Come indicato in precedenza, i contratti di licenza (output deal) stipulati con le major di Hollywood inizieranno a scadere entro la fine del [...]* (se MGM e TC Fox eserciteranno i propri diritti di rinnovo). I contratti con i titolari dei diritti sportivi scadranno prima, ma i potenziali concorrenti dovrebbero presentare offerte in linea con quelle della piattaforma combinata per competere per tali diritti e, attualmente, le possibilità che tali potenziali concorrenti riescano a presentare offerte interessanti per una pay-TV sembrano molto basse.
- (186) In virtù della sua posizione di mercato, la piattaforma combinata sarà per allora ben consolidata. Le prospettive per i concorrenti di assicurarsi un discreto volume di diritti di trasmissione interessanti per una pay-TV saranno limitate. Per riuscire ad acquistare i diritti di trasmissione, è fondamentale avere accesso a spettatori che formino una base di abbonati consolidata. I prezzi dei diritti per le pay-TV sono solitamente determinati con riferimento al numero di abbonati e sono soggetti a un limite minimo. Questo è ciò che accade certamente nel caso degli output deal stipulati con le major di Hollywood. Poiché la base di abbonati della piattaforma combinata diventerà presumibilmente più ampia nei prossimi anni, ne consegue che la vendita dei diritti a NewsCorp garantirebbe un prezzo notevolmente più elevato di quello applicabile a un nuovo operatore. Il nuovo operatore correrebbe inoltre un considerevole rischio finanziaria-

rio stipulando questi output deal, almeno per i film in prima visione, in quanto dovrebbe garantire una base di abbonati minima equivalente a quella garantita da NewsCorp senza essere in grado di raggiungerla. NewsCorp godrà di un vantaggio competitivo rispetto a qualunque potenziale concorrente nella negoziazione dei contratti relativi a contenuti premium, anche se tali potenziali concorrenti possedessero le risorse necessarie per acquistare i diritti da una o due major.

- (187) La Commissione conclude perciò che i contratti che concedano all'entità combinata diritti esclusivi con gli studios rappresentino una preclusione al potenziale ingresso di nuovi operatori sul mercato.
- (188) Inoltre, come spiegato in precedenza, i diritti sui film premium per la trasmissione sulle pay-TV possono essere acquistati in diversi formati (le cosiddette finestre) in base ai tempi di autorizzazione alla proiezione. Quanto più vicina è l'epoca di tale possibile trasmissione a quella della proiezione nelle sale, tanto più valore hanno la finestra e il contenuto premium. I diritti di seconda visione vengono in genere valutati in percentuale sui diritti di prima visione sulle pay-TV. Si può ragionevolmente ritenere che, a causa delle differenze di prezzo e dei diversi tempi di trasmissione, i diritti di prima e seconda visione sui film premium rappresentino di fatto prodotti diversi.
- (189) Telepiù è titolare di una serie di diritti esclusivi su film di prima visione in base ad output deal stipulati con gli studios. Sulla base degli stessi output deal con la maggior parte delle major, Telepiù detiene anche diritti di protezione (ad esempio, diritti di holdback) per i diritti di seconda visione che impediscono che il prodotto «film in seconda visione» raggiunga il mercato, creando una sorta di periodo di «oscuramento».
- (190) Tali diritti di «protezione» o di «oscuramento» hanno non solo lo scopo di a) precludere a potenziali concorrenti di accedere a contenuti premium più economici, ma hanno anche l'effetto di b) privare gli utenti del diritto di scegliere i tempi e i prezzi con cui preferiscono guardare i prodotti della pay-TV.
- (191) Per quanto riguarda la preclusione del mercato, se i diritti di seconda visione fossero negoziabili con gli studios (in particolare con le major), un potenziale nuovo operatore di pay-TV avrebbe la possibilità di entrare sul mercato con investimenti finanziari inferiori e con rischi più limitati e potrebbe offrire contenuti premium più economici qualche tempo dopo la loro trasmissione da parte dell'entità combinata. L'esempio di altri mercati nazionali comunitari indica che la concorrenza sul mercato della pay-TV può provenire (almeno inizialmente)

da operatori più piccoli e meno prestigiosi ⁽⁷¹⁾. L'effetto di preclusione prodotto dai diritti di protezione detenuti da un operatore di pay-TV esistente (quasi-monopolista/monopsonista) rispetto al potenziale ingresso di operatori concorrenti è innegabile. Anzi, la preclusione del mercato costituisce l'obiettivo primario di tali diritti di protezione.

- (192) Per quanto riguarda la limitazione della scelta per gli utenti, l'esercizio di tali diritti di protezione da parte di un operatore di pay-TV priva gli utenti del loro fondamentale diritto di scelta. Le preferenze, la sensibilità ai prezzi e le esigenze degli utenti differiscono sensibilmente in ogni mercato e per ogni prodotto. Se i film in seconda visione non dovessero mai diventare accessibili, gli utenti interessati ai prodotti della pay-TV sarebbero costretti a usufruirne nell'unica formula consentita, nei tempi (prima visione) e ai prezzi stabiliti dall'operatore di pay-TV.
- (193) Viceversa, in assenza di diritti di protezione che causino il ritiro dei film in seconda visione dal mercato, gli utenti avrebbero la possibilità di scegliere tra operatori di pay-TV di «primo livello», che offrano film premium in tempi più prossimi a quelli della proiezione nelle sale con prezzi (di abbonamento) più elevati, e operatori di «secondo livello» che offrano gli stessi contenuti a prezzi più bassi in cambio di una programmazione più lontana dai tempi di proiezione nelle sale. In questo scenario, il diritto di scegliere la forma preferita di consumo dei servizi di pay-TV rimarrebbe una piena prerogativa dell'utente.
- (194) Se la nuova entità decidesse di acquistare i diritti di seconda visione per trasmettere i film sulla piattaforma combinata anziché bloccare semplicemente l'accesso a tali contenuti per gli eventuali concorrenti, tali diritti non sarebbero ugualmente disponibili a un potenziale nuovo operatore. Tuttavia, ciò sarebbe il risultato di transazioni commerciali tra la piattaforma combinata e uno o più studios e non l'effetto di clausole di oscuramento. In ogni caso, i contenuti in seconda visione raggiungerebbero alla fine il mercato, anche se attraverso l'offerta del quasi-monopolista.
- (195) Si conclude perciò che qualunque diritto di protezione o di oscuramento ha l'obiettivo e l'effetto di precludere il potenziale ingresso sul mercato di nuovi operatori nonché l'effetto di danneggiare gli utenti, impedendo l'ac-

⁽⁷¹⁾ In Francia, i diritti di seconda visione vengono sfruttati da TPS, che si è affermata come importante concorrente di Canal+ e, in Belgio, da Cinenova.

cesso a contenuti premium sia per i potenziali concorrenti che per i potenziali utenti della pay-TV.

(196) Infine, nel caso degli eventi calcistici regolari a cui partecipano squadre nazionali, qualunque potenziale concorrente dovrebbe, per poter acquisire tali diritti, allinearsi alle offerte della piattaforma combinata. L'importanza del prezzo di questi diritti, in termini di costi complessivi, è estremamente elevata rispetto a diritti di altro tipo. Per un nuovo operatore, i rischi finanziari legati alla stipula di contratti con le squadre di calcio sarebbero molto più elevati di quelli sostenuti dalla piattaforma combinata.

(197) Di conseguenza, in assenza di misure correttive, è improbabile che e.Biscom o altri potenziali concorrenti (su DTH o DTT) siano in grado di realizzare una piattaforma di programmazione alternativa di portata equivalente per le seguenti ragioni:

- a) non possiedono diritti esclusivi su contenuti premium;
- b) la maggior parte dei diritti (in particolare i diritti sui film della major di Hollywood) non saranno disponibili sul mercato per diversi anni;
- c) molti diritti sul calcio e su altri importanti eventi sportivi non saranno disponibili per i prossimi anni;
- d) il rischio finanziario corso da un nuovo operatore con l'acquisto di diritti esclusivi per il calcio costituisce un'ulteriore barriera d'ingresso.

4.4. NewsCorp sarà il «custode» di uno strumento (il CAS Videoguard) che potrebbe facilitare l'ingresso di un operatore di pay-TV alternativo in modalità DTH e di un'infrastruttura (la piattaforma) che potrebbe facilitare le condizioni di trasmissione dei canali televisivi satellitari in chiaro e a pagamento

(198) In linea teorica, gli operatori di pay-TV DTH possono scegliere di creare una propria infrastruttura oppure offrire i propri programmi attraverso l'accesso a una piattaforma esistente. Tuttavia, la costituzione di una nuova infrastruttura sembra rappresentare in questo momento un'alternativa solo teorica, certamente non disponibile ad operatori privi di risorse di programmazione sufficienti per poter realizzare un'offerta premium. In condizioni normali, un nuovo operatore potrebbe

accedere più facilmente a una piattaforma esistente se potesse scegliere tra più piattaforme concorrenti. Tale possibilità era disponibile in Italia prima della transazione proposta. In assenza di una piattaforma alternativa in Italia, tuttavia, i potenziali concorrenti DTH sul mercato italiano o i canali in chiaro interessati ad offrire i propri programmi agli abbonati della piattaforma combinata dipenderanno in futuro dall'accesso alla piattaforma di NewsCorp.

(199) Ciò significa che un qualunque operatore di pay-TV DTH non in grado di realizzare un'infrastruttura alternativa e qualunque canale in chiaro trasmesso via satellite in digitale che desideri raggiungere gli abbonati della piattaforma combinata, sarà obbligato a trasmettere i propri canali attraverso la piattaforma di NewsCorp. In assenza di misure correttive, NewsCorp acquisterà perciò un elevato grado di controllo sulle attività di questi concorrenti e sarà in grado di determinare in una certa misura le condizioni con cui gli altri operatori DTH a pagamento possono competere con l'entità combinata o le condizioni con cui gli abbonati possono accedere ai canali satellitari digitali in chiaro.

(200) NewsCorp sarà in grado di negare l'accesso alla sua piattaforma o di imporre condizioni non eque o discriminatorie.

(201) Inoltre, qualunque piattaforma di pay-TV alternativa interessata ad entrare sul mercato italiano dovrà disporre di un CAS per poter trasmettere programmi criptati. Come indicato in precedenza, NewsCorp è proprietaria del CAS di NDS (Videoguard). Nonostante l'esistenza di regole di accesso nella direttiva 95/47/CE⁽⁷²⁾ e nella direttiva 2002/19/CE⁽⁷³⁾ possa ridurre e attenuare le preoccupazioni in questa materia, alcune terze parti ritengono che l'accesso alla tecnologia di NDS potrà essere ostacolato se NewsCorp non aderirà a tali regole e non verrà messo in atto un meccanismo appropriato ed efficace per la composizione delle controversie. Diversamente, sorgeranno lunghe controversie sui prezzi che, nel frattempo, comprometteranno la possibilità di un'effettiva concorrenza. D'altra parte, l'adozione di un CAS differente da parte di un nuovo operatore potrebbe, nonostante gli obblighi di simulcrypt previsti dalla legge italiana che recepisce la direttiva 95/47/CE, costituire con ogni probabilità una barriera aggiuntiva all'ingresso sul mercato, poiché l'effettiva applicazione di tali obblighi di simulcrypt ha richiesto in passato due o tre anni e può risultare estremamente costosa.

⁽⁷²⁾ Direttiva 95/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa all'impiego di norme per l'emissione di segnali televisivi (GU L 281 del 23.11.1995, pag. 51).

⁽⁷³⁾ Direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime (GU L 108 del 24.4.2002, pag. 7).

- (202) La piattaforma combinata sarà in grado, in assenza di misure correttive, di elevare i costi dei concorrenti controllando l'accesso degli operatori terzi ai servizi della piattaforma DTH e al CAS.
- (203) Di conseguenza, la possibilità che una nuova emittente DTH che non possa istituire un'infrastruttura alternativa riesca a diventare operativa dipenderà dalla disponibilità di Newscorp a non sollevare barriere nel concedere l'accesso ai servizi della sua piattaforma. Inoltre, la possibilità che una nuova emittente DTH riesca a competere efficacemente con Newscorp dipenderà dalla disponibilità di quest'ultima a concedere in licenza il CAS di NDS o ad adempiere agli obblighi di simulcrypt in tempi congrui e a condizioni trasparenti e non discriminatorie.

4.5. Durata della posizione dominante

- (204) Tutte le prove raccolte mostrano che è altamente improbabile che un concorrente alternativo possa competere efficacemente con le parti nel prossimo futuro, con qualunque mezzo di trasmissione. e.Biscom, l'unico possibile concorrente attualmente sul mercato nel segmento del cavo, potrà raggiungere solo un milione di abitazioni nel prossimo futuro (il 5 % delle abitazioni italiane), mentre il satellite ha la capacità di raggiungere virtualmente tutte le abitazioni italiane. D'altra parte, si prevede che la DTT, secondo i piani del governo, inizi ad essere operativa in Italia solo all'inizio del 2007. Tuttavia, l'indagine della Commissione ha evidenziato che i tempi di entrata in funzione di questa tecnologia saranno presumibilmente più lunghi. Infine, nessuna piattaforma DTH alternativa sarà in grado di entrare sul mercato se non sarà garantito l'accesso ai contenuti e alle strutture tecniche. Esistono perciò argomenti ragionevoli e convincenti perché la Commissione concluda che, in seguito alla transazione, Newscorp continuerà ad essere l'unico operatore di pay-TV in Italia per un periodo considerevole nel prossimo futuro e che ciò impedirà verosimilmente una concorrenza efficace e significativa.

V. APPLICAZIONE DEL CONCETTO DI «CONCENTRAZIONE DI SALVATAGGIO»

- (205) Finora, la Commissione ha applicato solo due volte nelle proprie decisioni il concetto di «concentrazione di salvataggio» (la cosiddetta «failing company defence»), nel caso Kaliund Salz/MKD/Treuhand⁽⁷⁴⁾ (in appresso «Kali

und Salz») e nella decisione BASF/Eurodiol/Pantochim⁽⁷⁵⁾. Nel caso Kali und Salz, i criteri stabiliti dalla Commissione per l'applicazione del concetto di concentrazione di salvataggio sono stati i seguenti: a) l'impresa acquisita sarebbe stata costretta a breve termine ad uscire dal mercato; b) non esisteva nessun'altra alternativa all'acquisizione tale da produrre effetti meno restrittivi sulla concorrenza; c) l'impresa che procedeva all'acquisizione sarebbe comunque entrata in possesso della quota di mercato dell'impresa acquistata qualora quest'ultima fosse uscita dal mercato.

- (206) Secondo la sentenza relativa al caso Kali und Salz⁽⁷⁶⁾ (31 marzo 1998), la Corte di giustizia ha osservato che una concentrazione può essere considerata di salvataggio quando il deterioramento della struttura competitiva risultante dalla concentrazione si verificherebbe in forma analoga anche in assenza della concentrazione. Secondo la Corte di giustizia⁽⁷⁷⁾ «L'introduzione di questo criterio (il fatto che l'impresa acquirente acquisirebbe la quota di mercato dell'impresa acquisita) se l'impresa acquisita fosse costretta ad uscire dal mercato ha lo scopo di garantire che l'esistenza di un nesso causale tra la concentrazione e il deterioramento della struttura competitiva del mercato possa essere esclusa solo se la struttura competitiva risultante dalla concentrazione si deteriorerebbe in forma simile anche se la concentrazione non avesse luogo. Il criterio di assorbimento delle quote di mercato, benché non considerato dalla Commissione come sufficiente di per sé a precludere qualunque effetto negativo della concentrazione sulla concorrenza, aiuta così ad assicurare che la concentrazione abbia un effetto neutrale per quanto riguarda il deterioramento della struttura competitiva del mercato. Ciò è in linea con il concetto di nesso causale stabilito nell'articolo 2, paragrafo 2, del regolamento».
- (207) Nella decisione relativa al caso BASF/ Eurodiol/ Pantochim, la Commissione ha indicato che l'approccio adottato dalla Corte di giustizia è più ampio dei criteri stabiliti nella decisione della Commissione sul caso Kali und Salz. Secondo la Corte di giustizia, l'esistenza di un nesso causale tra la concentrazione e il deterioramento della struttura competitiva del mercato può essere esclusa, e perciò una concentrazione può essere considerata una concentrazione di salvataggio, solo se la struttura competitiva risultante dalla concentrazione si deteriorerebbe probabilmente in forma analoga anche se la concentrazione prospettata non avesse luogo, cioè anche se la concentrazione venisse vietata. In linea generale, in base alla decisione relativa al caso BASF/ Eurodiol/Pantochim, il concetto di «concentrazione di salvataggio» richiede che le imprese da acquisire possano essere considerate come «società in fallimento» e che la concentrazione non rappresenti la causa del deterioramento della

⁽⁷⁴⁾ Decisione della Commissione, del 14 dicembre 1993, relativa a un procedimento a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, caso IV/M.308 — Kali und Salz/MdK/Treuhand (GU L 186 del 21.7.1994, pag. 38).

⁽⁷⁵⁾ Decisione dell'11 luglio 2001 sul caso COMP/M.2314 — BASF/Eurodiol/Pantochim (GU L 132 del 17.2.2002, pag. 45), anche pubblicata sul sito web della Commissione: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽⁷⁶⁾ Cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia/Commissione.

⁽⁷⁷⁾ Punti 115 e seguenti della sentenza sulle cause riunite C-68/94 e C-30/95.

struttura competitiva. Ne consegue che, per poter applicare il concetto di concentrazione di salvataggio, devono essere soddisfatte due condizioni:

- a) l'impresa acquisita verrebbe costretta in breve tempo a uscire dal mercato se non fosse acquisita da un'altra impresa; e
- b) non esiste nessun'altra alternativa all'acquisizione tale da produrre effetti meno restrittivi sulla concorrenza.

(208) Tuttavia, l'applicazione di questi due criteri non esclude completamente la possibilità che le proprietà dell'impresa vengano acquisite da terze parti in caso di fallimento. Se tali proprietà fossero acquisite da imprese concorrenti nel corso della procedura fallimentare, gli effetti economici sarebbero simili a quelli di un'acquisizione delle stesse imprese fallite da parte di un acquirente alternativo. In quel caso particolare, perciò, la Commissione ha deciso che, oltre ai due criteri precedenti, era necessario stabilire che:

- a) le proprietà da acquisire sarebbero inevitabilmente scomparse o uscite dal mercato se la concentrazione non avesse avuto luogo.

(209) In ogni caso, l'applicazione del concetto di «concentrazione di salvataggio» richiede che il deterioramento della struttura competitiva risultante dalla concentrazione sia almeno non peggiore di quello che si sarebbe verificato in assenza della concentrazione.

(210) Nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti, Newscorp ha sostenuto che le condizioni per una «failing company defence» sussistano nel presente caso in quanto, in assenza della concentrazione, Telepiù avrebbe acquisito una posizione paragonabile a quella della piattaforma combinata dopo la concentrazione e, in ogni caso, le proprietà di Stream sarebbero inevitabilmente uscite dal mercato.

(211) Prima di prendere in esame questa asserzione, è opportuno ricordare che Newscorp sostiene che Stream, attualmente controllata congiuntamente da Newscorp e Telecom Italia, è la «società in fallimento» che uscirebbe dal mercato in assenza della concentrazione. La presente transazione è in effetti una combinazione tra il passaggio dal controllo congiunto al controllo esclusivo di Stream da parte di una delle società madri, Newscorp, e la sua concentrazione con un'altra società (Telepiù). Poiché Stream rappresenta una «divisione» separata di una singola «società», Newscorp, questa concentrazione solleva la domanda se l'eccezione della «failing company defence» possa essere applicata quando l'impresa acquirente è finanziariamente sana ma una delle sue divisioni, che sta fallendo, sia oggetto di una concentrazione con un'altra entità.

(212) Come sancito dalla Commissione nella decisione relativa al caso Rewe/Meinl⁽⁷⁸⁾, in un caso di «failing-division defence» e non di «failing-company defence», l'onere di provare l'assenza di un nesso di causalità tra la concentrazione e la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante ricade sulle imprese che procedono alla concentrazione. Diversamente, qualunque concentrazione che riguardi una divisione presumibilmente non redditizia potrebbe essere giustificata in base alla normativa sul controllo delle concentrazioni se l'impresa alienante dichiarasse di cessare le attività commerciali della divisione in oggetto qualora non si proceda alla concentrazione. Il caso Rewe/Meinl riguardava una divisione del gruppo Meinl che veniva acquisita da Rewe. L'importanza di dimostrare l'assenza di causalità è ancora maggiore nel caso in cui il presunto fallimento riguardi una divisione che è effettivamente l'impresa acquirente. Infine, si potrebbe ragionevolmente presumere che sia possibile che il gruppo acquirente possa avere ragioni strategiche per mantenere in vita la sua divisione in difficoltà anche se la concentrazione non venisse autorizzata.

a) L'IMPRESA IN DIFFICOLTÀ SAREBBE COSTRETTA AD USCIRE DAL MERCATO IN BREVE TEMPO SE NON VENISSE RILEVATA DA UN'ALTRA IMPRESA

(213) Newscorp sostiene che Stream sia attualmente un'«impresa in difficoltà» che, se la concentrazione non avesse luogo, uscirebbe dal mercato perché, in base alla logica economica e aziendale, la scelta degli azionisti di richiedere o meno il fallimento di Stream si basa sul confronto tra il valore attuale netto (negativo) dei futuri flussi di cassa (prima del servizio del debito) e la continuazione dell'attività con il valore attuale netto (forse negativo) derivante dal fallimento. Se il valore attuale netto in caso di fallimento risultasse essere maggiore di quello associato alla continuazione dell'attività, la decisione più razionale sarebbe quella di richiedere il fallimento, poiché non vi sono prospettive realistiche che Stream diventi redditizia come entità indipendente. Secondo Newscorp, i costi di uscita che Newscorp e soprattutto Telecom Italia affronterebbero oggi sono sensibilmente inferiori ai costi associati al proseguimento dell'attività, e Stream non è ancora uscita dal mercato solo per la prospettiva di concludere la transazione di cui trattasi. Alcune terze parti hanno tuttavia sostenuto che, con una gestione più accorta e iniziative più incisive per la lotta alla pirateria, il numero di abbonati e i ricavi corrispondenti potrebbero aumentare in misura considerevole.

(214) Nella presente transazione, l'impresa che acquisirebbe il controllo esclusivo dell'impresa in difficoltà è una delle

⁽⁷⁸⁾ Decisione della Commissione, del 3 febbraio 1999, relativa ad un procedimento a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio (caso IV/M.1221 — Rewe/Meinl) (GU L 274 del 23.10.1999, pag. 1).

sue società madri, che acquisirebbe anche il controllo esclusivo di un'altra impresa (Telepiù). Benché Stream abbia una personalità giuridica separata, sembra assolutamente improbabile che un'intera impresa (Newscorp) sarebbe costretta a uscire dal mercato. Newscorp funge da holding e Stream rappresenta solo una parte delle attività commerciali e delle consociate del gruppo Newscorp. Il ritiro di Stream dal mercato italiano delle pay-TV assumerebbe perciò la forma di una decisione dei vertici aziendali di abbandonare un'attività commerciale il cui sviluppo non ha corrisposto alle aspettative del consiglio d'amministrazione.

- (215) È inoltre importante osservare che le parti hanno sollevato questo argomento in una fase molto avanzata, mentre non vi avevano fatto cenno nella notifica. Ciò genera ulteriori perplessità sul valore probatorio di questa argomentazione, poiché la situazione non ha subito cambiamenti sostanziali dalla data della notifica.

b) NON ESISTE ALTRA ALTERNATIVA ALL'ACQUISIZIONE CHE ABBLIA EFFETTI MENO RESTRITTIVI SULLA CONCORRENZA

- (216) Newscorp sostiene che, in assenza di forti sinergie, qualunque acquirente potenziale affronterebbe una situazione analoga a quella di Newscorp e Telecom Italia. È anzi probabile che un altro acquirente si troverebbe in una situazione di maggiore incertezza riguardo alla redditività futura in quanto Newscorp e Telecom Italia, essendo gli attuali azionisti, possiedono maggiori informazioni sull'attività. Non esistono prospettive realistiche che emerga un'ipotesi di acquisizione meno restrittiva per la concorrenza, poiché è molto difficile immaginare un'entità con sinergie sufficienti per mutare profondamente le prospettive finanziarie per Stream rispetto alle proiezioni di JPMorgan⁽⁷⁹⁾, e anche perché nessun altro acquirente potenziale si è proposto per l'acquisto di Telepiù dal gruppo Vivendi a maggio-giugno 2002, quando è stata perfezionata la vendita a Newscorp. A questo riguardo JPMorgan osserva che, per quanto a sua conoscenza, nessun altro potenziale acquirente ha presentato un'offerta formale per Telepiù o per Stream. Ciò è accaduto nonostante il fatto che la transazione sia stata discussa pubblicamente nel 2001 e nel 2002 e il prezzo sia stato negoziato al ribasso da Newscorp nel corso di lunghe trattative, e non vi siano stati altri potenziali acquirenti interessati ad acquistare Stream da Newscorp quando è stata perfezionata la vendita al gruppo Vivendi.

⁽⁷⁹⁾ Documento allegato alla difesa di Newscorp, «Expert Report on Financial viability of Stream SpA». Questi documenti sembrano dimostrare che Stream non sarà finanziariamente solida come attività indipendente nel prossimo futuro e che, in mancanza di continui finanziamenti da parte dei due azionisti, sarebbe costretta al fallimento entro la prima metà del 2003.

- (217) Dal ragionamento della Commissione espresso nella decisione sul caso Kali und Salz appare evidente che l'onere di dimostrare che non vi siano potenziali acquirenti alternativi oltre all'impresa acquirente ricade, a giudizio della Commissione, sulla parte notificante. L'argomento di Newscorp non è sufficiente a soddisfare tale onere della prova. A prescindere da alcuni tentativi di trovare investitori puramente finanziari per Stream, Newscorp non ha indicato i potenziali acquirenti (oltre al gruppo Vivendi per Stream e a Newscorp per Telepiù) con cui Newscorp e il gruppo Vivendi hanno negoziato per la vendita delle rispettive società in Italia, né le ragioni per cui tali negoziazioni sono fallite. L'unico tentativo di vendere la propria partecipazione di controllo in Stream è stato fatto da Telecom Italia⁽⁸⁰⁾, ma né Stream né il gruppo Vivendi hanno cercato attivamente di trovare una soluzione meno restrittiva per la concorrenza rispetto alla concentrazione delle due imprese. In base alle informazioni disponibili alla Commissione, né Newscorp né Telecom Italia hanno mai richiesto un'offerta pubblica per Stream.

c) LE PROPRIETÀ DA ACQUISTARE SCOMPARIREBBERO INEVITABILMENTE DAL MERCATO SE NON SI PROCEDESSE ALLA CONCENTRAZIONE OPPURE L'IMPRESA ACQUIRENTE RILEVEREBBE LA QUOTA DI MERCATO DELL'IMPRESA ACQUISITA

- (218) Secondo Newscorp, le proprietà da acquisire scomparirebbero inevitabilmente dal mercato. Vi sono due proprietà principali attualmente detenute da Stream la cui allocazione futura è di importanza critica per le condizioni di concorrenza, vale a dire la sua base di abbonati e i diritti sui contenuti da essa attualmente detenuti. Gli abbonati DHT di Stream confluirebbero verosimilmente in Telepiù poiché non esistono altre piattaforme satellitari e il cavo è disponibile solo in aree limitate. Per quanto riguarda i diritti premium di Stream, Newscorp sostiene che molto probabilmente verrebbero acquisiti da Telepiù. In seguito al fallimento di Stream, i diritti tornerebbero ai rispettivi titolari, i quali potrebbero rimetterli in vendita.
- (219) Secondo Newscorp, Telepiù sarebbe l'azienda con maggiori probabilità di acquisire tali diritti (ad esempio a confronto con e.Biscom o con gli operatori in chiaro concorrenti). Ciò nonostante, è possibile sostenere ragionevolmente che almeno una parte dei contenuti (ad esempio, i diritti per la Champions League o per il tennis) non verrebbe necessariamente acquisita da Telepiù. Come indicato in precedenza, le televisioni in chiaro e a pagamento possono, almeno in una certa misura, competere per l'acquisto di questi diritti e si troverebbero in una posizione migliore per presentare un'offerta se la situazione finanziaria di Telepiù fosse più debole di quella della piattaforma combinata risultante dalla concentrazione. Newscorp non ha fornito indicazioni riguardo alla possibile acquisizione delle proprietà di

⁽⁸⁰⁾ Secondo le dichiarazioni di Telecom Italia in occasione dell'udienza verbale del 5 e 6 marzo 2003, nel 2001 Telecom Italia ha fornito un mandato a un istituto finanziario per la vendita della propria quota di partecipazione in Stream.

Stream, ad esempio i marchi e le reti di distribuzione, da parte di Telepiù o di altre imprese.

(220) Tuttavia, poiché nessuna delle prime due condizioni è soddisfatta nel presente caso, non è necessario assumere una posizione definitiva riguardo alla sussistenza o meno della terza condizione (la scomparsa inevitabile o l'uscita dal mercato delle proprietà da acquisire).

d) CONCLUSIONE

(221) La Commissione ritiene che Newscorp non sia riuscita a dimostrare l'inesistenza di un nesso causale tra la concentrazione e gli effetti sulla concorrenza in quanto le condizioni della concorrenza potrebbero deteriorarsi in modo simile o identico anche se non si procedesse alla concentrazione di cui trattasi. Tuttavia, il rischio che Stream esca dal mercato, se dovesse materializzarsi, è un fattore di cui tener conto nella valutazione della concentrazione in causa. La Commissione ritiene inoltre che un'autorizzazione della concentrazione subordinata a condizioni appropriate sarebbe più favorevole per gli utenti di un deterioramento della struttura del mercato causato dalla potenziale cessazione delle attività di Stream.

VI. IMPEGNI

(222) Il 13 marzo 2003, Newscorp ha presentato un insieme modificato di impegni (in appresso gli «impegni») in conformità con l'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento sulle concentrazioni, al fine di ottenere l'autorizzazione della concentrazione. Gli impegni sono esposti nell'allegato alla presente decisione e formano parte integrante della stessa.

(223) Gli impegni proposti da Newscorp si basano sui rimedi presentati alla Commissione il 31 ottobre 2002 e il 14 gennaio 2003. In seguito all'indagine e sulla base dei test di mercato condotti sui due insiemi di impegni sopra citati, la Commissione ha concluso che gli impegni presentati non erano sufficienti a dileguare le preoccupazioni in materia di concorrenza sollevate dall'operazione. Di conseguenza, la Commissione ha emanato una comunicazione ai sensi dell'articolo 18 del regolamento sulle concentrazioni.

(224) La Commissione ritiene che gli impegni presentati il 13 marzo 2003 affrontino e risolvano in modo soddisfacente le preoccupazioni in materia di concorrenza sollevate dalla concentrazione.

1. RIEPILOGO DEGLI IMPEGNI ASSUNTI DA NEWSCORP IL 13 MARZO 2003

(225) Gli impegni assunti da Newscorp il 13 marzo 2003 prevedono quanto segue:

Contratti esclusivi in corso

- a) Il diritto per gli studios cinematografici e le società calcistiche di rescindere unilateralmente i contratti stipulati con Stream e Telepiù senza l'applicazione di penali.
- b) Newscorp rinuncerà ai propri diritti esclusivi in relazione alle piattaforme televisive diverse dal DTH (terrestre, cavo, UMTS, Internet, ecc.). Inoltre, le parti rinunceranno a tutti i diritti di protezione relativi ai mezzi di trasmissione diversi dal DTH.
- c) Newscorp rinuncerà ai propri diritti esclusivi per i servizi pay-per-view, video-on-demand e near-video-on-demand su tutte le piattaforme.

Contratti esclusivi futuri

- d) Newscorp non sottoscriverà contratti di durata superiore a due anni con le società calcistiche e di durata superiore a tre anni con gli studios cinematografici. L'esclusività associata a questi contratti riguarderebbe solo la trasmissione in modalità DTH mentre non si applicherebbe ad altri mezzi di trasmissione (terrestre, cavo, UMTS e Internet). Inoltre, le parti rinunceranno ai propri diritti di protezione in relazione ai mezzi di trasmissione diversi dal DTH. Per quanto riguarda i diritti sul calcio e sugli eventi sportivi internazionali, alle controparti contrattuali verrà conferito il diritto di rescindere unilateralmente i contratti anno per anno.
- e) Newscorp non acquisterà diritti di protezione per il DTH e rinuncerà ai propri diritti esclusivi per i servizi pay-per-view, video-on-demand e near-video-on-demand su tutte le piattaforme.
- f) Newscorp non acquisterà, mediante contratti futuri o la rinegoziazione dei termini dei contratti esistenti, nessun diritto di protezione o di oscuramento in relazione al DTH.

Relazioni con concorrenti e terze parti: offerta all'ingrosso e accesso alla piattaforma e ai servizi tecnici.

- g) Newscorp offrirà alle terze parti interessate, senza vincoli e su base non esclusiva, il diritto di distri-

buire qualunque contenuto premium su piattaforme diverse dal DTH se e fino a quando la piattaforma combinata offrirà tali contenuti premium ai propri clienti al dettaglio. Tale offerta verrà fatta sulla base del principio del «retail minus».

- h) Newscorp concederà alle terze parti interessate e agli eventuali nuovi operatori nel DTH l'accesso alla propria piattaforma e all'interfaccia di programmazione dell'applicazione (API) secondo una formula non discriminatoria e orientata ai costi basata sui seguenti elementi: costi dei servizi direttamente attribuibili, una quota dei costi tecnici rilevanti (costi fissi e ordinari) e un ritorno ragionevole sul periodo appropriato. Nell'erogazione dei servizi di accesso, la piattaforma combinata non applicherà condizioni dissimili a transazioni equivalenti.
- i) Newscorp farà in modo che NDS conceda alle terze parti interessate, a prezzi equi e non discriminatori, le licenze per il suo sistema di accesso condizionato (CAS).
- j) Newscorp cercherà di stipulare accordi di simulcrypt in Italia non appena ciò risulti ragionevolmente possibile e, in ogni caso, entro 9 mesi dalla richiesta scritta di una terza parte interessata.

Dismissione dell'attività DTT e impegno a non intraprendere attività DTT.

- k) Dismissione delle proprietà di trasmissione terrestre digitali e analogiche di Telepiù e impegno a non intraprendere ulteriori attività di DTT, né come rete né come operatore al dettaglio. Le frequenze dovranno essere acquistate da una società interessata a includere la trasmissione a pagamento di uno o più canali nel proprio piano aziendale per l'utilizzo dell'attività dismessa dopo la transizione dalla trasmissione terrestre analogica a quella digitale in Italia.

Arbitrato

- l) Newscorp ha proposto una procedura di arbitrato al fine di garantire l'efficacia degli impegni presi. Tale sistema di arbitrato include tra l'altro la giurisdizione della AGCOM per le materie che rientrano nel suo ambito di competenza ai sensi della legge italiana, inclusa l'offerta all'ingrosso.

Durata degli impegni

- m) Gli impegni scadranno al più tardi il 31 dicembre 2011 a meno che la Commissione, su richiesta di

Newscorp o della piattaforma combinata, non decida di abbreviare tale periodo ritenendo che le condizioni della concorrenza non giustifichino più la continuazione di detti impegni.

2. VALUTAZIONE DEGLI IMPEGNI

- (226) Alla luce dell'indagine di mercato e di due test di mercato sugli impegni assunti in due momenti consecutivi da Newscorp, la Commissione ritiene che gli ultimi impegni siano sufficienti a risolvere i problemi in materia di concorrenza sollevati dall'operazione notificata.

2.1. OSSERVAZIONI GENERALI

- (227) La nuova entità deterrà una posizione monopolistica sul mercato della pay-TV e una posizione quasi-monopsonistica nei mercati inerenti l'acquisto dei canali televisivi, dei film premium, dei diritti per le squadre di calcio nazionali e dei canali televisivi, mentre deterrà una posizione dominante per l'acquisto di altri eventi sportivi non inclusi nella legge italiana di attuazione della direttiva «Televisione senza frontiere», considerati come eventi sportivi «internazionali».
- (228) L'ambizione e l'obiettivo principale alla base di qualunque pacchetto di rimedi dovrebbe essere la creazione delle condizioni necessarie alla sussistenza di una concorrenza efficace e/o allo sviluppo di una concorrenza potenziale. In un caso come quello di cui trattasi, detto obiettivo deve essere perseguito abbassando le barriere d'ingresso sui mercati interessati e creando vincoli competitivi che fungano da fattori disciplinanti e limitanti per l'operatore dominante. Il pacchetto di rimedi proposto da Newscorp è stato concepito e costruito in vista di questo obiettivo ultimo.

2.2. ACCESSO AI CONTENUTI (PUNTI 1-7 DEL TESTO DEGLI IMPEGNI)

- (229) Per quanto riguarda l'accesso ai contenuti, l'ambito e la durata dei diritti esclusivi detenuti dalla piattaforma combinata verranno ampiamente ridotti per consentire la contesa di detti diritti su base frequente (nel caso dei diritti DTH) o permanente (nel caso di diritti di natura diversa dal DTH). Inoltre, i contenuti premium destinati

alla trasmissione DTH dalla piattaforma combinata saranno resi pienamente disponibili alle piattaforme non-DTH attraverso l'offerta all'ingrosso e a prezzi proporzionati. Inoltre, Newscorp si impegna a non acquistare, attraverso contratti futuri o la rinegoziazione delle condizioni dei contratti esistenti, nessun diritto di protezione o di oscuramento in relazione al DTH.

2.2.1. *Contratti esclusivi in corso*

- (230) Per quanto riguarda i diritti sul calcio, gli impegni assunti da Newscorp prevedono che la piattaforma combinata conceda ai loro titolari un diritto di rescissione unilaterale a partire dalla stagione 2003/2004. Questa clausola aumenterà la contendibilità dei contenuti calcistici premium già dalla prossima stagione e faciliterà perciò le condizioni perché un potenziale concorrente possa entrare sul mercato della pay-TV.
- (231) Newscorp si è inoltre impegnata a rinunciare all'esclusività e ad altri diritti di protezione per la trasmissione non-DTH del calcio e di altri eventi sportivi. Ciò consentirà agli operatori in concorrenza su altri mezzi di trasmissione (cavo, Internet e UMTS) di avere un accesso diretto e immediato ai contenuti sportivi premium.
- (232) Per quanto riguarda i diritti cinematografici, Newscorp si è impegnata a rinunciare all'esclusività e ad altri diritti di protezione per la trasmissione non-DTH. Ciò consentirà agli operatori in concorrenza su altri mezzi di trasmissione (cavo, Internet e UMTS) di avere un accesso diretto e immediato ai contenuti cinematografici premium. Inoltre, alle controparti negli accordi con la piattaforma combinata verrà concesso il diritto di rescindere unilateralmente i propri contratti. Data la considerevole durata degli attuali contratti di licenza (output deal) stipulati con gli studios (sia con le major di Hollywood che con i produttori cinematografici italiani), il diritto di rescissione unilaterale rende più contendibili i diritti sui film premium a vantaggio dei potenziali nuovi operatori sul mercato della pay-TV, anche per quanto riguarda la trasmissione in modalità DTH. L'obbligo di rendere disponibile un'offerta all'ingrosso (cfr. sotto), unita al diritto di rescissione unilaterale detenuto dai produttori cinematografici (gli studios) aumenterà il più possibile la disponibilità dei contenuti premium senza compromettere completamente gli impegni contrattuali in essere tra le parti interessate alla concentrazione e i produttori cinematografici. L'impegno assunto sembra perciò sia adeguato che proporzionato.

2.2.2. *Contratti esclusivi futuri*

- (233) Per quanto riguarda i diritti sul calcio, la limitazione a due anni della durata dei contratti esclusivi futuri per la

trasmissione DTH stipulati con le squadre di calcio e il diritto di rescissione unilaterale concesso ai titolari dei diritti sul calcio rappresentano impegni efficaci, poiché renderanno i contenuti calcistici premium contendibili sul mercato ad intervalli regolari.

- (234) Per quanto riguarda i diritti cinematografici, verrà applicata una limitazione alla durata dei contratti esclusivi futuri per la trasmissione DTH agli output deal stipulati tra la piattaforma combinata e gli studios (sia le major di Hollywood che i produttori cinematografici italiani). La durata degli output deal futuri con gli studios non potrà superare i tre anni.
- (235) Una limitazione a due anni della durata massima dei contratti con i proprietari dei diritti sul calcio e a tre anni della durata dei contratti con gli studios appare appropriata alla luce dei risultati dei test di mercato. Mentre, all'interno degli studios, tutte le major di Hollywood erano unanimemente favorevoli all'assenza di limiti o, in ogni caso, alla maggior durata possibile dei loro contratti con la piattaforma combinata, nell'ambito delle squadre di calcio sono state espresse opinioni fortemente divergenti: alcune proponevano una durata massima di un anno, mentre altre avrebbero preferito durate più lunghe. In considerazione di tali opinioni e preferenze divergenti, che sembrano evidenziare la peculiarità del modello aziendale delle squadre di calcio rispetto a quello degli studios, la Commissione ritiene che una durata massima di due anni, in linea con la condizione imposta l'anno scorso dall'Autorità italiana garante per la concorrenza nel caso corrispondente, sia da considerarsi appropriata. Inoltre, a differenza degli studios, alle squadre di calcio verrà concesso un diritto di rescissione unilaterale anche per i contratti futuri. Tale diritto di rescissione costituisce un impegno appropriato in quanto consentirà di tener pienamente conto del valore reale dei diritti di ogni squadra specifica (che può essere soggetto a drastici cambiamenti in ogni stagione in funzione dei risultati ottenuti) durante la trattativa con la piattaforma combinata.
- (236) Per quanto riguarda i diritti cinematografici, Newscorp si è impegnata a non acquisire diritti di esclusività e altri diritti per i mezzi di trasmissione non-DTH. Ciò consentirà agli operatori in concorrenza su altre piattaforme (cavo, Internet e UMTS) di avere un accesso diretto ai contenuti cinematografici premium.
- (237) Newscorp si è inoltre impegnata a non acquistare, in relazione ai futuri accordi con gli studios, diritti esclusivi e altri diritti di protezione per i servizi pay-per-view, video-on-demand e/o near-video-on-demand.
- (238) Inoltre, Newscorp si è impegnata a non richiedere diritti di protezione sul DTH per la pay-TV in caso di rinegoziazione dei contratti attualmente in essere.

2.2.2.1. Proporzionalità degli impegni sulla durata dei contratti futuri con gli studios

- (239) Come indicato in precedenza, per quanto riguarda i diritti cinematografici, la durata degli accordi esclusivi futuri sul DTH con gli studios avranno una durata massima di tre anni. Tale limitazione della durata degli output deal con i produttori cinematografici ridurrà in misura significativa la preclusione del mercato dell'acquisto dei diritti cinematografici a vantaggio dei potenziali nuovi operatori sul mercato delle pay-TV. La riconosciuta importanza cruciale dei film premium come «motivazione» per la sottoscrizione degli abbonamenti alla pay-TV fa sì che l'ingresso al mercato risulti facilmente precluso ai potenziali nuovi operatori quando i film premium si trovino al di fuori della loro portata. Tale effetto di preclusione sarà una conseguenza inevitabile del cumulo dei contratti a lungo termine stipulati dall'operatore dominante con tutti i principali produttori cinematografici in relazione alla maggior parte della loro produzione, indipendentemente dal fatto che tale iniziativa sia intrapresa dall'operatore dominante, dal produttore cinematografico o da entrambi. Per la durata di un contratto di acquisto esclusivo, la sola possibilità di un'offerta da parte di un altro acquirente viene esclusa dalla natura stessa dell'accordo. In questo caso, a causa dell'effetto cumulativo di diversi accordi, tale effetto di preclusione viene esteso a una quota di mercato estremamente elevata di un mercato di approvvigionamento di importanza cruciale. In queste circostanze, la durata degli accordi costituisce un parametro molto importante. Se la piattaforma combinata fosse autorizzata a continuare anche in futuro a stipulare contratti a lungo termine con tali produttori cinematografici (ad esempio, a rinnovare i contratti in essere per la durata di dieci anni), le prospettive di ingresso nel mercato della pay-TV verrebbero semplicemente azzerate e la potenziale concorrenza verrebbe conseguentemente eliminata. Inoltre, tale durata di tre anni viene ritenuta proporzionata in quanto è in linea con i normali standard del settore per i contratti sottoscritti in passato con i produttori cinematografici italiani.
- (240) Viceversa, se la durata dei contratti esclusivi sopra citati è limitata a un massimo ragionevole, un potenziale acquirente avrà la possibilità di presentare un'offerta ad ogni studios su base più regolare e frequente. Ciò migliorerà la concorrenza sul versante dell'acquisto dei diritti per i film premium. In considerazione delle caratteristiche del mercato degli acquisti rilevante, una durata massima di tre anni garantirà un livello sufficiente di flessibilità per la concorrenza senza compromettere la possibilità per i fornitori di contenuti di assicurarsi la vendita dei diritti per un certo periodo di tempo. Benché più breve della durata attuale, un periodo di tre anni rimane sufficientemente lungo da eliminare qualunque preoccupazione legittima di natura tecnica o commerciale sul versante dell'offerta.
- (241) In alternativa alla durata inferiore degli output deal, le terze parti interessate hanno sostenuto che agli studios dovrebbe essere concesso un diritto di rescissione unilaterale in relazione ai contratti futuri. Dopo un'attenta considerazione di detta possibilità, la Commissione ha concluso che una soluzione di questo tipo non aumenterebbe la contendibilità dei diritti sui film premium altrettanto efficacemente di una riduzione della durata degli output deal e che, inoltre, potrebbe generare alcuni effetti indesiderati derivanti da un trasferimento sproporzionato del potere negoziale a favore degli studios, a svantaggio dei potenziali nuovi operatori.
- (242) Qualunque argomento avanzato in relazione al potere monopsonistico esercitabile dalla piattaforma combinata nel mercato dell'acquisto dei diritti deve essere attentamente controbilanciato — per quanto riguarda i diritti cinematografici — con il fatto che tale potere monopsonistico sussisterà solo se e finché gli studios (in particolare le major di Hollywood) manterranno il loro attuale modello di marketing basato su una segmentazione a «finestre», in virtù del quale le televisioni in chiaro possono presentare un'offerta per i diritti di un determinato film solo dopo che la «finestra delle pay-TV» sia stata debitamente sfruttata dagli operatori della televisione a pagamento. Nel momento in cui i titolari dei diritti decidessero di consentire alle televisioni in chiaro di presentare le proprie offerte per i diritti sui film in contemporanea con gli operatori delle pay-TV — quando cioè decidessero di eliminare la distinzione tra la «finestra delle televisioni in chiaro» e la «finestra delle pay-TV» — il potere monopsonistico della piattaforma combinata scomparirebbe ipso facto. Ciò vale in particolare nei paesi come l'Italia in cui la televisione in chiaro, benché ancora corrispondente a un mercato rilevante distinto, mostra innegabilmente una certa interazione con la pay-TV (come riconosciuto in precedenza) e in cui è noto che i principali gruppi di emittenti possiedono importanti risorse finanziarie. Per questa ragione, gli studios sono già in possesso di un potente strumento da esercitare a propria totale discrezione per controbilanciare un eventuale potere monopsonistico futuro della piattaforma combinata.
- (243) In secondo luogo, sarebbe irrealistico affidarsi al solo diritto di rescissione unilaterale da parte degli studios per eliminare le preoccupazioni relative a un possibile effetto di preclusione. Un diritto di rescissione unilaterale non consente una reale rinegoziazione completa tra il fornitore e i potenziali acquirenti. Al contrario, offre al fornitore la possibilità di prolungare automaticamente tutte le condizioni contrattuali stabilite inizialmente con l'acquirente. Nel contesto degli output deal con le pay-TV per i diritti sui film, tale condizione sarebbe particolarmente preoccupante, poiché esistono diversi fattori che potrebbero far propendere gli studios a favore dello status quo. Gli output deal con le pay-TV per i diritti sui film prevedono una lunga serie di condizioni commerciali. Ad esempio, la determinazione dei costi

può dipendere da diversi parametri tecnici. Tali parametri possono essere la classificazione dei film in base al successo ottenuto, somme forfettarie e/o prezzi variabili come il cosiddetto «Cent Per Subscriber» (CPS), il numero degli abbonati (che può essere soggetto a un preciso metodo di calcolo), garanzie minime o tetti massimi di prezzo. Altri fattori chiave sono, ad esempio, la durata, i film coperti dal contratto, il volume e le caratteristiche dei prodotti che il licenziatario deve acquistare ogni anno e/o per la durata della licenza, il numero di proiezioni, le date di disponibilità, le misure di sicurezza, i termini di pagamento e i beneficiari delle garanzie. Se le condizioni del mercato dovessero cambiare nel tempo, come è probabile che avvenga in base all'esperienza passata, uno qualunque di questi numerosi fattori chiave creerebbe un potenziale incentivo per gli studios a preservare lo status quo il più a lungo possibile. Quanto più forte sarà questa inerzia, tanto maggiore sarà l'effetto di preclusione nonostante l'esistenza teorica di un diritto di rescissione unilaterale.

(244) In terzo luogo, la totale incertezza riguardo a quando un determinato studios sceglierà di rescindere i propri contratti con la piattaforma combinata, a differenza di una data di scadenza fissa, non permetterebbe a un potenziale nuovo operatore di pianificare adeguatamente il proprio ingresso sul mercato, in particolare sotto il profilo finanziario. In effetti, per accedere al mercato, un potenziale nuovo operatore deve disporre di una massa critica di film premium. In relazione a questa limitazione, la posizione negoziale del nuovo operatore sarebbe particolarmente debole nel caso di un semplice diritto di rescissione unilaterale. Esso dovrebbe esercitare un'azione di persuasione e negoziare con ogni studios individualmente, affrontando una controparte consapevole che tutti gli altri studios hanno stipulato contratti a lungo termine e che non vi sono diritti disponibili immediatamente. Questa è un'altra ragione per cui un insieme di date di scadenza fisse, in base al quale diversi studios saranno alla ricerca di acquirenti regolarmente e più o meno simultaneamente, può essere considerato molto più efficace e soddisfacente. Inoltre, gli attuali contratti di metà delle major di Hollywood che riforniscono le parti interessate alla concentrazione prevedono date di scadenza distanti non più di tre mesi l'una dall'altra. Ciò significa che i nuovi contratti che esse dovranno stipulare con la piattaforma combinata scadranno probabilmente in date vicine, o addirittura insieme qualora la piattaforma combinata dovesse negoziare date di scadenza simultanee.

(245) Infine, è un dato di fatto che la maggior parte delle emittenti televisive a pagamento in posizione monopolistica/monopsonistica, se non tutte, hanno in passato stipulato output deal con durate molto lunghe. Ciò è accaduto, in particolare, con Telepiù nel 1996. Ciò dimostra chiaramente che la considerazione della durata come problema di conflitto verticale netto, in cui l'acquirente è necessariamente interessato ad abbreviare la durata del contratto contro l'interesse del fornitore, è eccessivamente semplicistica e non riflette accuratamente la realtà del mercato.

2.3. OFFERTA PREMIUM ALL'INGROSSO (PUNTO 10 DEL TESTO DEGLI IMPEGNI)

(246) L'offerta all'ingrosso ha lo scopo di permettere ai concorrenti della nuova entità su piattaforme diverse dal DTH di sussistere o di entrare sul mercato italiano della pay-TV. L'idea di base è che tale offerta all'ingrosso abbasserà le barriere d'ingresso nel mercato della pay-TV consentendo alle emittenti a pagamento non-DTH di accedere a contenuti premium che diversamente sarebbero troppo costosi per essere acquistati direttamente o che sono bloccati da contratti di esclusiva di lunga durata stipulati dagli attuali operatori con i fornitori di contenuti. Alcuni tipi di contenuti (in prevalenza, ma non esclusivamente, calcio e film) sono considerati «motivanti per l'abbonamento» e sono perciò cruciali per il successo di qualunque operazione di pay-TV.

(247) È risultato evidente, dai commenti espressi dalle terze parti durante i test di mercato condotti dalla Commissione, che questo particolare impegno, nella formulazione originale, sollevava tre problemi: a) l'ambito del concetto di «contenuti premium»; b) la disponibilità contrattuale dei diritti necessari per realizzare un'offerta all'ingrosso per piattaforme diverse dal DTH; c) la possibile combinazione dei prodotti; d) la determinazione del prezzo all'ingrosso dell'offerta in base al principio del «retail minus»; e) la disponibilità dell'offerta all'ingrosso a tutte le terze parti interessate.

(248) Per quanto riguarda l'ambito del concetto di «contenuto premium», l'impegno prevede ora che l'offerta all'ingrosso comprenda tutti i contenuti premium trasmessi dalla piattaforma combinata, anche quando tali contenuti vengono trasmessi attraverso un canale o un pacchetto «basic». Inoltre, l'offerta all'ingrosso includerà tutte le modalità di pay-TV; ciò significa che gli operatori terzi potranno offrire servizi pay-per-view e/o video-on-demand per i contenuti premium trasmessi dalla piattaforma combinata in tali modalità.

(249) Per quanto concerne la disponibilità contrattuale dei diritti necessari per realizzare un'offerta all'ingrosso, Newscorp ha presentato un impegno che include una clausola di «massimo sforzo» riguardo all'acquisto dei diritti non-DTH necessari per il funzionamento di tale offerta. Qualora la piattaforma combinata, pur avendo compiuto il massimo sforzo, non sia riuscita ad acquistare i diritti per la trasmissione a pagamento in modalità non-DTH di alcuni contenuti che essa ha diritto a trasmettere in modalità DTH, dovrà adottare tutte le misure necessarie per fornire un pacchetto di contenuti completo nell'ambito dell'offerta premium all'ingrosso che includa la fornitura di contenuti alternativi adatti.

(250) Per quanto riguarda la possibile combinazione dei prodotti, l'impegno ora prevede esplicitamente che l'offerta all'ingrosso venga messa a disposizione senza vincoli; in altre parole, il licenziatario dovrà avere la possibilità di usufruire dell'offerta all'ingrosso solo in relazione ai contenuti premium, senza essere obbligato a pagare i contenuti «basic» o a sostenerne in altro modo i costi.

(251) Per quanto riguarda la determinazione del prezzo dell'offerta all'ingrosso in base al principio del «retail minus», l'impegno è soddisfacente in quanto stabilisce i principi fondamentali senza limitare indebitamente la discrezionalità dell'autorità di sorveglianza in relazione all'uso di un determinato test, si tratti di valutare la possibilità di una contrazione dei margini o di qualunque altro esercizio del potere di mercato che abbia effetti restrittivi per la concorrenza. È inoltre prevista una separazione tra le operazioni all'ingrosso e quelle al dettaglio della piattaforma combinata, che sarà accompagnata da un'allocatione dei costi da eseguire in conformità con il principio della causalità. Ciò consentirà tra l'altro di identificare i costi evitabili nel calcolo del prezzo all'ingrosso.

(252) Per quanto riguarda la struttura di sconti da adottare in futuro, Newscorp si impegna a non operare discriminazioni tra le proprie operazioni al dettaglio e quelle di terze parti, né tra le condizioni praticate alle singole terze parti. In particolare, la piattaforma combinata non potrà configurare una struttura di sconti che consenta solo alle proprie operazioni al dettaglio di usufruire delle percentuali di sconto più elevate offerte dalle sue operazioni all'ingrosso, a svantaggio delle terze parti.

(253) In considerazione di quanto precede, si può concludere che il meccanismo dell'offerta all'ingrosso, oltre al principio del «retail minus» che esso incorpora, possono essere ritenuti strumenti adeguati per eliminare le preoccupazioni in materia di concorrenza sollevate in relazione all'accesso degli operatori non-DTH al mercato della pay-TV con riferimento all'accesso ai contenuti premium e all'esercizio illegittimo del potere di mercato.

2.4. DTT E DISMISSIONE DELLE FREQUENZE (PUNTO 9 DELLA PARTE I E INTERA PARTE III DEL TESTO DEGLI IMPEGNI)

(254) La dismissione delle attività di trasmissione terrestre da parte di Newscorp dovrebbe impedire che la sua posizione dominante sul DTH si estenda ad altre piattaforme tecniche e, per quanto possibile, consentire la nascita di un potenziale concorrente sul mercato della pay-TV. Questo è il presupposto alla base dell'impegno finale

assunto da Newscorp. La dismissione libererà le frequenze analogiche e digitali perché >possano sfruttare altri operatori, nell'assunto che le frequenze digitali rivestano in questo caso particolare importanza a causa delle funzionalità rese possibili dalle tecnologie digitali.

(255) Come complemento logico all'impegno di dismissione, Newscorp si è impegnata a non intraprendere attività di DTT né come operatore di rete né come fornitore al dettaglio, consentendo così la nascita di operatori alternativi.

(256) Su questo sfondo, l'impegno ad abbandonare le frequenze terrestri e a non intraprendere attività DTT appaiono sufficienti a stabilire condizioni favorevoli per il potenziale ingresso di altri operatori. Inoltre, il fatto che l'acquirente delle frequenze terrestri e delle attività dismesse debba essere un'impresa interessata ad includere nel proprio piano aziendale la trasmissione a pagamento di uno o più canali quando in Italia si sarà compiuta la transizione dalla televisione terrestre analogica a quella digitale assicura che la piattaforma combinata sarà soggetta anche alla concorrenza esercitata dai mezzi di trasmissione DTT.

2.5. ACCESSO ALLA PIATTAFORMA (PUNTO 11 DEL TESTO DEGLI IMPEGNI)

(257) L'accesso alla piattaforma e ai servizi tecnici necessari per operare sono strumentali per garantire che la concorrenza tra piattaforme sia effettivamente possibile. Gli impegni assunti da Newscorp prevedono un'ampia accessibilità alla piattaforma combinata in vista del raggiungimento di un'effettiva concorrenza.

(258) In considerazione di quanto precede, sarà facilitato l'ingresso di nuovi operatori sul mercato delle pay-TV e per le emittenti in chiaro sarà possibile trasmettere i canali via DTH. Inoltre, le preoccupazioni in materia di concorrenza derivanti dall'impossibilità per le terze parti interessate di accedere a due piattaforme alternative concorrenti prima della concentrazione (le piattaforme di Stream e di Telepiù) saranno compensate dagli impegni assunti da Newscorp.

2.6. RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE/ARBITRATO (PUNTO 15 DEL TESTO DEGLI IMPEGNI)

(259) Gli impegni assunti sono in gran parte di tipo comportamentale. È perciò di importanza cruciale istituire un

efficace sistema di monitoraggio. Gli impegni proposti prevedono un sistema di sorveglianza efficace. In particolare, prevedono un meccanismo di composizione delle controversie che comporta da una parte un sistema di arbitrato privato e, dall'altra parte, la giurisdizione dell'autorità italiana garante per le comunicazioni su materie chiave come l'accesso alla piattaforma e l'offerta all'ingrosso.

2.7. LA DURATA DEGLI IMPEGNI AVRÀ TERMINE AL PIÙ TARDI IL 31 DICEMBRE 2011

- (260) La Commissione ritiene che la durata proposta degli impegni fornisca garanzie sufficienti a consentire il ripristino di un'effettiva concorrenza.

3. CONCLUSIONE SUGLI IMPEGNI ASSUNTI DA NEWSCORP

- (261) In considerazione di quanto precede, la Commissione ritiene che gli impegni assunti da Newscorp siano sufficienti a eliminare gli effetti restrittivi per la concorrenza nei mercati rilevanti, tenendo conto delle caratteristiche specifiche della concentrazione di cui trattasi.

VII. COLLEGAMENTO CON TELECOM ITALIA

1. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

- (262) In base allo «Shareholder Agreement» (cfr. il considerando 12) stipulato con Newscorp, Telecom Italia detiene una partecipazione di minoranza nell'entità combinata (19,9%), nomina un membro del consiglio d'amministrazione (finché possiederà almeno il [0-10]*% del capitale di voti dell'entità combinata) e detiene una serie di diritti riguardanti la protezione dei suoi investimenti nella piattaforma (modifica dei regolamenti, modifica dell'oggetto dell'attività aziendale, aumento/diminuzione del capitale, emissione di titoli, politica sui dividendi, diritti di liquidazione e diritti specifici riguardanti la possibilità di IPO (Initial Public Offer) o di vendita dell'entità combinata da parte di Newscorp).

- (263) Nonostante la condizione di socio di minoranza di Telecom Italia, sembrerebbe irrealistico considerare l'investimento della principale società di telecomunicazioni italiana come «puramente» finanziario. Ciò è dovuto in

parte al fatto che Telecom Italia è già presente direttamente nelle attività di trasmissione terrestre (attraverso due televisioni in chiaro: La 7 e MTV).

- (264) Inoltre, in base al «Framework Agreement» (cfr. il considerando 11), Telecom Italia partecipa, insieme a Newscorp, al finanziamento temporaneo (pre-concentrazione) di Stream (prima del perfezionamento della concentrazione) attraverso prestiti pro-rata per un ammontare non superiore (per entrambe le parti) alla somma complessiva di [...] * EUR. A Telecom Italia potrà essere chiesto di contribuire nella stessa proporzione alle perdite subite nel frattempo da Stream, anche mediante il conferimento di ulteriori fondi. Dopo l'acquisizione Telecom Italia, insieme a Newscorp, parteciperà al finanziamento della piattaforma combinata mediante contributi al capitale sociale proporzionati alla propria partecipazione azionaria, per un ammontare non superiore (per entrambe le parti) alla somma complessiva di [...] * EUR. L'importanza e la rilevanza degli investimenti di Telecom Italia in questa operazione e di conseguenza nella piattaforma combinata appare perciò evidente ⁽⁸¹⁾.

- (265) La partecipazione e il sostegno finanziario di Telecom Italia sono stati considerati un elemento chiave per Newscorp nella sua decisione di acquisire il controllo della piattaforma combinata. Questo elemento, benché contestato da Telecom Italia nelle sue osservazioni scritte in merito alla comunicazione degli addebiti ⁽⁸²⁾, è stato chiaramente confermato dalle dichiarazioni rese dalla parte notificante nel corso dell'udienza verbale.

- (266) L'accordo tra la piattaforma satellitare combinata e Telecom Italia presenterebbe inoltre una manifesta complementarità sotto il profilo industriale, commerciale e strategico. A questo riguardo, è importante osservare che si sta verificando una rapida convergenza tra il mercato delle telecomunicazioni e quello dei media, che in precedenza erano nettamente distinti. Questa distinzione viene ora progressivamente attenuata dall'evoluzione tecnologica che, a sua volta, sta stimolando nuove strategie e modelli aziendali finalizzati allo sfruttamento commerciale delle nuove possibilità risultanti da tale convergenza.

- (267) L'indagine di mercato ha evidenziato l'esistenza di specifiche preoccupazioni in relazione al possibile interesse della piattaforma combinata ad eleggere Telecom Italia

⁽⁸¹⁾ Cfr. l'articolo II, paragrafo 2.2 (Funding) e l'articolo IV, paragrafo 4.1 (Funding of the combined platform), del Framework Agreement.

⁽⁸²⁾ Cfr. il punto 4 delle osservazioni scritte di Telecom Italia in risposta alla versione non confidenziale della comunicazione degli addebiti della Commissione europea, ai sensi del regolamento (CE) n. 447/98 del Consiglio relativo alle notificazioni, ai termini e alle audizioni previste dal regolamento sulle concentrazioni.

quale partner privilegiato per i mercati delle telecomunicazioni. Alcune terze parti hanno sostenuto che ciò contribuirebbe a sterilizzare sin dall'inizio l'effettiva/potenziale concorrenza e potrebbe condurre le due parti a sviluppare strategie/comportamenti di rafforzamento reciproco sui mercati in cui si sta verificando tale convergenza.

- (268) Sono state inoltre espresse alcune preoccupazioni riguardo al fatto che il collegamento tra Telecom Italia e la piattaforma combinata finirebbe per condurre al consolidamento o al rafforzamento di una posizione dominante detenuta da Telecom Italia nei seguenti mercati: a) accesso a Internet, in particolare in banda larga, e b) telefonia fissa. La valutazione complessiva della transazione non dovrebbe ignorare i probabili effetti futuri che il collegamento tra Telecom Italia e la piattaforma combinata potrebbe produrre dopo la concentrazione nei citati mercati delle telecomunicazioni.

2. GIURISDIZIONE DELLA COMMISSIONE PER VALUTARE GLI EFFETTI DELLA PARTECIPAZIONE DI MINORANZA DI TELECOM ITALIA NEI MERCATI RILEVANTI AI SENSI DEL REGOLAMENTO SULLE CONCENTRAZIONI

- (269) Nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti, NewsCorp non ha contestato il diritto della Commissione a svolgere una valutazione, nel quadro del regolamento sulle concentrazioni, sulla posizione dell'azionista di minoranza Telecom Italia quale potenziale concorrente della piattaforma combinata nel mercato delle pay-TV. Ciò nonostante, l'impresa ha dichiarato che il regolamento sulle concentrazioni non conferisce alla Commissione l'autorità di vietare una transazione con la motivazione che essa creerebbe o rafforzerebbe una posizione dominante di una terza parte, vale a dire di un'entità diversa dalle imprese direttamente interessate alla transazione (Telecom Italia) ⁽⁸³⁾. Tuttavia, NewsCorp ricorda anche una serie di decisioni della Commissione in cui quest'ultima ha condotto, ai sensi del regolamento sulle concentrazioni, la valutazione di una posizione dominante detenuta da terze parti rispetto alle imprese interessate alla concentrazione in causa. Infine, l'impresa afferma che, teoricamente, «la Commissione ha certamente ragione nel ritenere che una tale transazione potrebbe creare o rafforzare una posizione dominante di una terza parte che, in quanto tale, potrebbe nuocere al benessere degli utenti» ⁽⁸⁴⁾.

- (270) In particolare, come riconosciuto da NewsCorp, nel caso Exxon/Mobil ⁽⁸⁵⁾ la Commissione ha concluso che una

transazione può essere vietata ai sensi del regolamento sulle concentrazioni quando crea o rafforza una posizione dominante detenuta da una terza parte o da più terze parti (cioè da parti diverse dalle imprese direttamente interessate alla concentrazione) per le seguenti ragioni: «Si può rilevare che l'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento sulle concentrazioni dichiara che le operazioni di concentrazione che creano o rafforzano una posizione dominante devono essere dichiarate incompatibili con il mercato comune. L'articolo 2, paragrafo 3, non si limita perciò a vietare le operazioni che possono determinare la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante da parte di una o più delle parti interessate all'operazione di concentrazione — cfr. anche i punti 1, 5 e 7 del preambolo al regolamento [...]. La Commissione ritiene che la creazione o il rafforzamento di una posizione dominante da parte di terzi non sia escluso dal campo di applicazione dell'articolo 2, paragrafo 3, del regolamento sulle concentrazioni.»

- (271) Nel caso Exxon/Mobil, la Commissione ha applicato i principi sopra esposti basandosi tra l'altro sui ragionamenti sviluppati in due sentenze, nella fattispecie quella della Corte di giustizia nel caso Kali und Salz ⁽⁸⁶⁾ e quella del Tribunale di primo grado nel caso Gencor/Commissione ⁽⁸⁷⁾.
- (272) Nel caso Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico ⁽⁸⁸⁾, la Commissione ha ravvisato che la concentrazione rafforzava una posizione dominante collettiva detenuta da due società elettriche diverse dalle imprese

⁽⁸⁶⁾ Cause riunite C-68/94 e C-30/95 Francia et al./Commissione Racc. 1998, pag. I-1375. Al considerando 171, la Corte afferma: «Un'operazione di concentrazione che crea o rafforza una posizione dominante delle parti interessate con un'entità non coinvolta nella concentrazione può dimostrarsi incompatibile con il sistema di concorrenza non distorta che il trattato CE intende garantire. Di conseguenza, se si accettasse che il regolamento è applicabile solo alle concentrazioni che creano o rafforzano una posizione dominante delle parti direttamente interessate all'operazione di concentrazione, il suo scopo [...] verrebbe parzialmente meno. Il regolamento verrebbe così privato di un aspetto non trascurabile della sua efficacia pur non essendo necessario dal punto di vista della struttura generale del sistema comunitario di controllo delle operazioni di concentrazione.»

⁽⁸⁷⁾ Caso T-102/96 Gencor/Commissione Racc. 1998, pag. II-753.

⁽⁸⁸⁾ Caso COMP/M.2434.

⁽⁸³⁾ Punto 7.1.1 della difesa di NewsCorp.

⁽⁸⁴⁾ Punto 7.3.5 della difesa di NewsCorp.

⁽⁸⁵⁾ Caso IV/M.1383, punti da 225 a 229.

direttamente interessate alla transazione. Analogamente, nel caso EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico⁽⁸⁹⁾, la Commissione ha riscontrato che l'acquisizione da parte di EnBW, EDP e Cajastur del controllo congiunto sulla società spagnola Hidrocantábrico avrebbe rafforzato la posizione dominante già detenuta collettivamente da Endesa e Iberdrola (nessuna delle quali era interessata direttamente alla concentrazione notificata). In quella decisione, la Commissione ha rilevato che EDF, che controllava congiuntamente EnBW, in seguito alla transazione avrebbe perso gli incentivi precedentemente esistenti ad espandere la capacità di interconnessione elettrica tra Francia e Spagna; tale situazione avrebbe portato all'eliminazione del primo potenziale concorrente indipendente spagnolo nei generatori elettrici (la stessa EDF) e al persistere dell'isolamento del mercato spagnolo dell'elettricità rispetto agli altri sistemi elettrici europei al di fuori della penisola iberica⁽⁹⁰⁾.

(273) Nelle sue osservazioni scritte, Telecom Italia ha ribattuto che, avendo la Commissione riconosciuto che Telecom Italia non avrà un interesse economico nella piattaforma combinata e non è una delle «imprese interessate» ai sensi del regolamento sulle concentrazioni, la Commissione agirebbe ultra vires se valutasse nel quadro del regolamento sulle concentrazioni i possibili effetti negativi derivanti dalla partecipazione di minoranza di Telecom Italia nella piattaforma combinata nei vari mercati rilevanti (il mercato italiano delle pay-TV e il mercato italiano dei servizi di telecomunicazione) per effetto della transazione nella forma in cui è stata interpretata⁽⁹¹⁾.

(274) In particolare, Telecom Italia replica che «se la presente operazione fosse strutturata in due fasi differenti e l'interesse non di controllo di Telecom Italia nella piattaforma combinata fosse acquisito in una fase successiva, tale acquisizione non ricadrebbe nel campo di applicazione del regolamento sulle concentrazioni e la Commissione sarebbe costretta ad applicare l'articolo 81 o l'articolo 82 del trattato CE per valutare gli eventuali problemi in materia di concorrenza derivanti dall'operazione. Di conseguenza, l'approccio adottato dalla Commissione in

questo caso comporta l'uso di un trattamento differente per due transazioni economicamente equivalenti»⁽⁹²⁾.

(275) Nella sua memoria scritta, Telecom Italia argomenta che «il rafforzamento della posizione dominante di Telecom Italia, qualora si realizzasse, avverrebbe in conseguenza della sua partecipazione di minoranza nella piattaforma combinata e non per effetto della concentrazione in causa»⁽⁹³⁾. Pertanto, Telecom Italia riconosce implicitamente l'esistenza di un nesso causale almeno tra la sua partecipazione di minoranza e i suoi possibili effetti negativi nei vari mercati interessati per effetto di questo «collegamento» minoritario. Ciò nonostante, Telecom Italia sembra ancora considerare la sua partecipazione nella piattaforma combinata come un'operazione indipendente dalla transazione che condurrebbe alla concentrazione.

(276) La Commissione ritiene che il ragionamento esposto da Telecom Italia non sia giuridicamente corretto. Negli accordi notificati da Newscorp, Telecom Italia partecipa alla concentrazione con una quota del 19,9 % ed è questa realtà fattuale l'elemento giuridicamente rilevante ai fini della valutazione della concentrazione notificata, non gli argomenti puramente ipotetici avanzati da Telecom Italia. Inoltre, come è stato chiarito nel corso dell'udienza verbale, la partecipazione azionaria di minoranza di Telecom Italia può essere considerata una «parte strutturale» della transazione notificata e non è evidentemente intercambiabile con una possibile acquisizione di una partecipazione di minoranza da parte di Telecom nella piattaforma combinata in una fase successiva, vale a dire dopo la concentrazione. Inoltre, senza tale partecipazione di minoranza, come affermato da Newscorp durante l'udienza verbale, la concentrazione non avrebbe avuto luogo nella forma notificata alla Commissione.

(277) È piuttosto artificioso sostenere che sarebbe possibile «estrarre» una parte essenziale della transazione alla base della concentrazione. Le prove disponibili indicano inoltre che è un esercizio ipotetico presentare l'acquisizione di una partecipazione di minoranza come un'operazione indipendente che Telecom Italia potrebbe concludere dopo la concentrazione.

(278) In base alla giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso Kali und Salz, la Commissione ritiene che qualunque decisione ai sensi del regolamento sulle concentra-

⁽⁸⁹⁾ Caso COMP/M.2684, punti 33 e 37.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. il considerando 33 del caso COMP/M. 2684. La transazione è stata alla fine approvata dopo che EDF e l'operatore di rete francese, EDF/RTE, hanno assunto l'impegno di adottare tutte le misure necessarie per aumentare la capacità di interconnessione tra Francia e Spagna a circa 4 000 MW rispetto ai 1 100 MW di partenza.

⁽⁹¹⁾ Cfr. il considerando 5 e, in particolare, i punti da 9 a 13 delle citate osservazioni scritte.

⁽⁹²⁾ Punti 14 delle osservazioni scritte.

⁽⁹³⁾ Punti 16 delle osservazioni scritte.

zioni debba riguardare la transazione che determina la concentrazione nella sua interezza, incluse le partecipazioni azionarie di minoranza. Telecom Italia omette il fatto che la transazione è stata strutturata in modo da mantenere la posizione di Telecom Italia quale azionista di minoranza nella piattaforma combinata. Ciò nonostante, né la parte notificante né Telecom Italia sono state in grado di dimostrare che, senza la partecipazione di Telecom Italia all'iniziativa, la transazione sarebbe stata ugualmente proposta e realizzata. Viceversa, è emerso chiaramente, anche dall'udienza verbale, che la presenza di Telecom Italia è essenziale perché si proceda alla transazione.

(279) La situazione fattuale e giuridica che emerge dalla transazione notificata permette alla Commissione di esaminare e valutare gli effetti della transazione in causa (incluse le partecipazioni azionarie minoritarie) in tutti i mercati rilevanti in cui essa potrebbe generare effetti negativi del tipo descritto nell'articolo 2 del regolamento sulle concentrazioni. Telecom Italia non sembra contestare l'esistenza di un «nesso causale» riguardante la sua partecipazione di minoranza e il possibile rafforzamento della sua posizione dominante nei mercati delle telecomunicazioni. Per le ragioni sopra esposte, la Commissione ritiene che la partecipazione di minoranza di Telecom Italia rappresenti parte integrante della transazione alla base della concentrazione.

(280) A questo riguardo, inoltre, in un caso recentemente sottoposto all'autorità spagnola garante per la concorrenza ai sensi dell'articolo 9 del regolamento sulle concentrazioni, *Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital* ⁽⁹⁴⁾, la Commissione ha esaminato la concentrazione tra le due piattaforme satellitari attive in Spagna ⁽⁹⁵⁾ (*Sogecable*, controllata dalle imprese Promotora de Informaciones SA («Prisa») e Group Canal+ SA («Group Canal+») e *Vía Digital*, controllata da Telefónica SA («Telefónica»), in una piattaforma combinata che sarebbe controllata congiuntamente da Prisa e Group Canal+. La Commissione ha riscontrato che la concentrazione avrebbe sollevato preoccupazioni in materia di concorrenza anche in relazione alla posizione di un'impresa (*Telefónica*) priva di un interesse di controllo nell'operazione, in alcuni mercati (mercati delle telecomunicazioni) non interessati direttamente dalla concentrazione ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁴⁾ M.COMP/2845 — *Sogecable/Canalsatélite Digital/Vía Digital*. Decisione della Commissione del 14 agosto 2002 sul caso, Cfr. il sito web della Commissione: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>

⁽⁹⁵⁾ COMP/M.2845. Il caso riguarda l'acquisizione da parte di Promotora de Informaciones SA (Prisa) e Group Canal+ del controllo congiunto sulla piattaforma satellitare combinata spagnola (derivante dall'integrazione tra *Sogecable* e *Vía Digital*). In questa operazione, *Telefónica* avrebbe avuto un ruolo di azionista di minoranza ma non avrebbe avuto alcun ruolo nel controllo congiunto dell'entità combinata.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. i considerando 96, 100 e 102 della citata decisione sulla concentrazione *Sogecable* in relazione al mercato dell'accesso a Internet in Spagna, e da 106 a 109 in relazione al mercato spagnolo della telefonia fissa.

(281) Nella misura in cui gli effetti negativi descritti nell'articolo 2 del regolamento sulle concentrazioni possono emergere dalla transazione (nella sua interezza) alla base di una concentrazione, la Commissione conclude che rientri nel suo ambito di competenza svolgere una valutazione competitiva e rispondere alle dichiarazioni e agli argomenti avanzati dalle terze parti interessate nel corso dell'indagine e dell'udienza verbale.

3. VALUTAZIONE AI SENSI DELL'ARTICOLO 2 DEL REGOLAMENTO SULLE CONCENTRAZIONI

A. Effetti orizzontali riguardanti il mercato italiano delle pay-TV

1. ELIMINAZIONE DELLA LIMITAZIONE ALLA CONCORRENZA PER LA PIATTAFORMA COMBINATA

1.1. Considerazioni generali

(282) La transazione e il collegamento tra Telecom Italia e la piattaforma di pay-TV monopolistica deve essere valutato dal punto di vista dei possibili effetti orizzontali che esso potrebbe generare sullo stesso mercato della pay-TV (in particolare, ai servizi pay-per-view e video-on-demand) i quali, a loro volta, avrebbero un effetto negativo per la concorrenza in alcuni mercati delle telecomunicazioni.

(283) In primo luogo è importante ricordare che, per quanto riguarda i servizi di pay-TV, l'indagine di mercato condotta in questo caso ha rivelato che determinati servizi, come il «pay-per-view» (PPV), il «near-video-on demand» (nVoD) e il «video-on-demand» (VoD), potrebbero essere considerati segmenti all'interno del mercato generale della pay-TV ⁽⁹⁷⁾.

(284) La situazione esistente prima della concentrazione e l'indagine di mercato condotta nel presente caso hanno evidenziato l'interesse di Telecom Italia in relazione ai servizi di pay-TV e/o il suo interesse riguardo all'uso di alcuni contenuti premium attraverso il suo mezzo di trasmissione proprio, anche nell'ipotesi in cui dovesse focalizzarsi su uno solo o su un numero limitato di seg-

⁽⁹⁷⁾ Il «pay-per-view» è un servizio in cui, oltre a pagare un abbonamento televisivo, il cliente deve pagare prodotto per prodotto i contenuti che desidera vedere (ad esempio, un film o un evento sportivo). Il «video-on-demand» e il «near-video-on-demand» sono modalità differenti con cui gli utenti di una pay-TV possono accedere ai contenuti video su base personalizzata.

menti di attività nel mercato della pay-TV (video-on-demand e pay-per-view).

(285) A questo riguardo, alcune terze parti hanno postulato che la partecipazione azionaria di Telecom Italia (e la sua presenza nel consiglio d'amministrazione della piattaforma combinata) le avrebbero fornito forti incentivi a contribuire a rafforzare la piattaforma anziché a competere contro di essa sul mercato della pay-TV, attraverso la sua rete cablata «interrotta» o mediante la sua infrastruttura a banda larga xDSL. Questa scelta strategica di Telecom Italia sarebbe apparsa credibile con l'obiettivo di recuperare le perdite accumulate negli ultimi anni con l'impresa comune Stream formata con Newscorp. Allo stesso tempo, Newscorp avrebbe avuto interesse a mantenere Telecom Italia all'interno della nuova entità per assicurarsi il suo importante sostegno finanziario.

(286) Tra gli argomenti principali avanzati nel corso del procedimento, è stato evidenziato il fatto che il «collegamento» avrebbe creato una convergenza di interessi tra le due imprese, oltre al fatto che ciò avrebbe fornito alle due parti un incentivo a sviluppare strategie/comportamenti comuni di rafforzamento reciproco sia in relazione al «mercato interessato» (pay-TV) che rispetto ai mercati in cui si verifica la convergenza tra i media e le telecomunicazioni (accesso a Internet a banda larga e telefonia fissa).

1.2. Argomenti di Newscorp

(287) Nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti ⁽⁹⁸⁾, Newscorp ha affermato che la presenza di Telecom Italia con una significativa partecipazione azionaria nella piattaforma combinata (in ogni caso attraverso un «coinvolgimento non di controllo») non riduce il possibile incentivo della stessa Telecom Italia a competere sul mercato della pay-TV (scegliendo di non rientrare e/o cooperando con la piattaforma combinata) rispetto alla situazione esistente prima della concentrazione, in cui Telecom Italia era proprietaria al 50 % di Stream. Inoltre, Newscorp ha dichiarato che non è corretto considerare Telecom Italia come un concorrente credibile nel prossimo futuro sul mercato della pay-TV, se si tiene conto delle effettive limitazioni tecniche delle tecnologie xDSL e UMTS per quanto riguarda la loro capacità di rappresentare alternative idonee alla trasmissione DTH, via cavo e DTT dei servizi di pay-TV.

(288) Inoltre, Newscorp sostiene che, in generale (e in particolare in relazione agli incentivi che la piattaforma combi-

nata avrebbe ad aderire a una strategia di cooperazione con Telecom Italia), l'onere della prova da applicare dovrebbe soddisfare le condizioni stabilite dal Tribunale di primo grado nel caso Tetra Laval ⁽⁹⁹⁾. Sostiene perciò che la Commissione dovrebbe dimostrare «la maggiore verosimiglianza dell'ipotesi che il gruppo combinato adotterebbe tale strategia» ⁽¹⁰⁰⁾.

1.3. Valutazione generale

(289) Su questo sfondo, la Commissione ha analizzato attentamente tutte le prove disponibili e il possibile impatto della transazione per quanto riguarda le preoccupazioni sollevate durante l'indagine di mercato in relazione al mercato italiano delle pay-TV. È così giunta alla conclusione che le prove raccolte a questo riguardo non permettono di stabilire che la transazione alla base della concentrazione (inclusa la partecipazione azionaria di minoranza di Telecom Italia) potrebbe provocare effetti negativi sulla concorrenza ⁽¹⁰¹⁾. Gli elementi alla base di questa conclusione sono illustrati dettagliatamente in appresso.

1.3.a) Incentivo per la piattaforma combinata a sfruttare il collegamento, consolidando la sua posizione dominante sul mercato della pay-TV mediante una discriminazione positiva nei confronti di Telecom Italia

(290) È vero che, in linea di principio, il collegamento tra la nuova entità e Telecom Italia potrebbe rafforzare ulteriormente la posizione dominante della nuova entità sul mercato della pay-TV. Telecom Italia è l'operatore dominante nell'accesso a banda larga xDSL ed è anche probabile che in futuro diventi un operatore molto forte nel settore dell'UMTS. I servizi di pay-TV, in particolare i contenuti video, possono essere erogati agli utenti finali attraverso vari mezzi di trasmissione: DTH, cavo e, in

⁽⁹⁹⁾ Caso T-5/02 — Tetra Laval SA/Commissione, sentenza del 25 ottobre 2002, punti 153 e 251.

⁽¹⁰⁰⁾ Punto 7.2.12 della difesa di Newscorp.

⁽¹⁰¹⁾ Per quanto riguarda l'onere della prova applicabile, cfr. le cause riunite C-68/94 e C-30/95, Francia et al./Commissione, Racc. 1998, pag. I-1375, in particolare i punti 110, 120, 128 e 246.

⁽⁹⁸⁾ Punti 7.1.1-7.2.12 della difesa di Newscorp.

una certa misura già oggi, mediante la tecnologia a banda larga xDSL⁽¹⁰²⁾, mentre la DTT sarà operativa nel prossimo futuro. Come spiegato in precedenza, la nuova piattaforma DTH avrà un ruolo di quasi-monopolista nel mercato della pay-TV. La concorrenza effettiva sarà probabilmente molto limitata, a causa della copertura limitata della rete via cavo dell'unico operatore di pay-TV alternativo già attivo sul mercato.

1.3.a)1. Indagine di mercato

- (291) A questo riguardo, durante l'indagine di mercato è stato sottolineato che Telecom Italia avrebbe potuto, già in questa condizione, rappresentare una delle principali limitazioni competitive per la nuova entità attraverso i suoi servizi via cavo o la sua rete a banda larga xDSL. Alcune terze parti hanno osservato che, a causa del collegamento descritto, è possibile che Telecom Italia scelga di non competere né sia incentivata a competere con la piattaforma e/o a rientrare nel mercato della pay-TV, anche attraverso la sua rete via cavo⁽¹⁰³⁾ e via ADSL.
- (292) A questo proposito, alcune terze parti hanno espresso preoccupazioni, nel corso dell'indagine di mercato e in risposta ai test di mercato, per quanto riguarda l'incentivo/interesse della nuova entità a sfruttare il suo collegamento con Telecom Italia per «sterilizzare» la minaccia competitiva rappresentata dall'operatore dominante in uno dei mezzi di trasmissione alternativi oggi esistenti per i servizi di pay-TV (accesso a Internet a banda larga)

⁽¹⁰²⁾ Nel contesto dell'accesso a Internet, il termine «ampiezza di banda» si riferisce alla velocità con cui possono essere trasferite le informazioni. Con l'aumento dell'ampiezza di banda, aumentano anche la velocità della linea e la quantità di informazioni che un sistema di telecomunicazioni può trasferire. Le moderne applicazioni Internet, in particolare il video-on-demand, richiedono la trasmissione di grandi quantità di informazioni e, perciò, richiedono interconnessioni a banda larga molto veloci per essere utilizzabili dagli utenti finali. Una forma di banda ad alta velocità è rappresentata dalla tecnologia «xDSL» (Digital Subscriber Line). Esistono diverse varianti della tecnologia DSL, come ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), HDSL (High data rate Digital Subscriber Line) e VDSL (Very high rate data Digital Subscriber Line), che vengono collettivamente definite tecnologie «xDSL». I servizi a banda larga possono essere offerti sulle attuali linee in rame se queste sono abilitate per le cosiddette tecnologie «abilitanti», ad esempio una delle tecnologie «xDSL» (Digital Subscriber Line). Le tecnologie xDSL sono in grado di convertire efficacemente un doppino in rame in una linea digitale ad alta velocità e, in questo modo, di superare le limitazioni tecniche degli anelli locali in rame. A questo riguardo, anche l'infrastruttura delle reti via cavo per l'accesso a Internet a banda larga offre prestazioni analoghe nei confronti degli utenti finali e può essere considerata intercambiabile con le tecnologie xDSL dal punto di vista della domanda.

⁽¹⁰³⁾ Teoricamente, Telecom Italia potrebbe riattivare il suo progetto di rete cablata interrotto nel 1998. Questa possibilità riguarda il completamento della sua rete cablata esistente in Italia, (il cosiddetto «progetto Socrate») inizialmente finalizzato a connettere [...] milioni di abitazioni a una rete HFC (Hyber Fiber Coaxial).

e che sarà probabilmente un forte operatore anche in uno dei mezzi di trasmissione futuri (UMTS).

- (293) Come è stato suggerito, tale obiettivo di sterilizzazione avrebbe potuto essere realizzato in forma più compiuta favorendo Telecom Italia rispetto ai suoi concorrenti nel mercato dell'accesso a Internet a banda larga, ad esempio rendendo i contenuti disponibili a Telecom Italia in condizioni più favorevoli (in termini di prezzo, qualità e tempi). In cambio di questo trattamento favorevole e in virtù del collegamento descritto, Telecom Italia potrebbe avere un minore incentivo a competere ad ampio raggio con la piattaforma combinata attraverso le sue operazioni esistenti.

1.3.a)2. Valutazione della Commissione

- (294) Per eseguire la sua valutazione, la Commissione ha analizzato tra l'altro lo stato attuale, nel caso specifico dell'Italia, delle tecnologie xDSL che potrebbero potenzialmente offrire servizi di pay-TV nel prossimo futuro in concorrenza con il mezzo di trasmissione satellitare. La Commissione ha inoltre analizzato i probabili incentivi che la piattaforma combinata potrebbe avere ad offrire un trattamento privilegiato a Telecom Italia rispetto ai suoi concorrenti.
- (295) In generale, le argomentazioni avanzate dalle terze parti non possono confutare la prova fattuale che, per quanto riguarda i servizi di pay-TV, Telecom Italia sta abbandonando le sue attività a tutto campo e, attualmente, non abbia in ogni caso alcun incentivo commerciale significativo a riattivare la sua rete via cavo per offrire servizi di pay-TV.
- (296) Per quanto riguarda le tecnologie di accesso a banda larga xDSL (in particolare ADSL), è vero che questa tecnologia potrebbe essere teoricamente considerata un mezzo di trasmissione idoneo per i servizi di pay-TV, in alternativa al DTH, anche nel prossimo futuro. Tuttavia, lo stato di sviluppo della tecnologia ADSL in Italia richiederebbe ingenti investimenti e una serie di interventi di ammodernamento della rete⁽¹⁰⁴⁾ per consentire il trasporto di «gruppi» di canali televisivi (una trasmissione che consenta cioè la visione simultanea da parte di tutti gli utenti finali di eventi in diretta, partite di calcio o film).
- (297) L'indagine della Commissione ha indicato che Telecom Italia, per ora, non ha destinato risorse a questo obiettivo. Ciò non esclude la possibilità che possa decidere di operare tali investimenti in futuro. In ogni caso, durante

⁽¹⁰⁴⁾ Ad esempio per rendere più ampie le funzionalità di rete attuali, sia a lungo termine che a livello locale.

l'indagine di mercato non è stato possibile raccogliere prove sufficienti per trarre la conclusione che Telecom Italia sia già pronta per rientrare sul mercato della pay-TV e che il suo «potenziale rientro» sarebbe reso largamente inoffensivo dal «collegamento» con la piattaforma combinata.

(298) Per quanto riguarda gli incentivi diretti e indiretti che la piattaforma combinata potrebbe avere a eleggere Telecom Italia come partner preferenziale per il suo ruolo di comproprietaria e per il suo cofinanziamento (pro quota) della piattaforma DTH (cioè gli incentivi derivanti dal «collegamento»), le clausole contrattuali stabilite tra la piattaforma e Telecom Italia ai fini della presente transazione non consentono di trarre tale conclusione, cioè che la piattaforma combinata adotterebbe un trattamento favorevole nei confronti del principale operatore delle telecomunicazioni in conseguenza diretta della transazione alla base della concentrazione (che include la partecipazione di minoranza).

(299) In considerazione di quanto precede, non è possibile concludere che, a causa della presenza di Telecom Italia come azionista di minoranza, la piattaforma combinata avrebbe ragionevolmente forti incentivi a eleggere il principale operatore delle telecomunicazioni come partner privilegiato, attenuando così la potenziale minaccia competitiva rappresentata da Telecom Italia e rafforzando la propria posizione dominante sul mercato italiano della pay-TV.

1.3.b) Incentivo per la piattaforma combinata e Telecom Italia a sviluppare condotte/strategie parallele o congiunte volte a limitare ulteriormente la restante limitazione alla concorrenza reciproca

(300) È vero che la transazione di cui trattasi e il collegamento tra la piattaforma di pay-TV monopolista e Telecom Italia potrebbero generare importanti incentivi tra le due parti per quanto riguarda il mercato della pay-TV (in particolare i servizi di pay-per-view e video-on-demand) i quali, a loro volta, potrebbero avere un effetto negativo per la concorrenza nei mercati delle telecomunicazioni. In particolare, Telecom Italia e l'entità combinata potrebbero coordinare le proprie attività per quanto riguarda a) i servizi di pay-TV e di video-on-demand e b) i servizi multimediali interattivi resi possibili dalla convergenza dei media.

1.3.b)1. Indagine di mercato

(301) Durante l'indagine di mercato, alcune terze parti hanno dichiarato alla Commissione che non sarebbe irragione-

vole attendersi che la piattaforma combinata cerchi di sfruttare il collegamento con Telecom Italia per avere accesso alla sua vasta base di clienti e che, di conseguenza, cerchi di allargare la sua base di abbonati traendo tutti i vantaggi possibili dal collegamento con il principale operatore di telecomunicazioni, eventualmente anche con iniziative commerciali comuni. Si potrebbe perciò ragionevolmente ipotizzare che sia il principale operatore di telecomunicazioni che la piattaforma combinata adottino forme di tacita o esplicita cooperazione.

(302) Alcune terze parti hanno sostenuto che, a causa del collegamento e della possibile «sterilizzazione» della minaccia competitiva, le due parti potrebbero essere incentivate a stipulare accordi che rendano possibili l'acquisto e/o l'offerta congiunta di prodotti o servizi ai clienti in modo da rafforzare le rispettive posizioni di mercato mediante uno sfruttamento incrociato delle proprietà e delle infrastrutture delle due imprese.

(303) Alcune terze parti hanno sottolineato i potenziali rischi derivanti dalla capacità di entrambe le parti di stipulare accordi preferenziali per la distribuzione dei contenuti della piattaforma combinata, o per l'associazione di contenuti multimediali e/o audiovisivi ai servizi di telecomunicazione. Inoltre, dai test di mercato è emerso che, a causa del loro collegamento (la partecipazione azionaria di minoranza e la presenza nel consiglio d'amministrazione), la nuova entità e Telecom Italia potrebbero avere un incentivo e un sufficiente margine di manovra per stringere alleanze/accordi più strategici, con effetti negativi sui potenziali concorrenti della nuova entità.

(304) Quasi tutte le terze parti sono concordi nel ritenere che ciò contribuirebbe ulteriormente a conferire alla piattaforma combinata e a Telecom Italia, nei rispettivi mercati, una posizione competitiva ineguagliabile dai concorrenti, nonché a facilitare l'adozione di strategie/comportamenti paralleli di «spartizione del mercato» all'interno dei segmenti di rispettivo interesse del mercato della pay-TV, limitando così ulteriormente la potenziale pressione competitiva che, in assenza del collegamento, Telecom Italia potrebbe esercitare ai margini del mercato italiano della pay-TV.

1.3.b)2. Argomenti di Newscorp

(305) Newscorp ha dichiarato che gli incentivi della piattaforma combinata a cooperare con Telecom Italia dopo la

concentrazione non sono materialmente influenzati dalla transazione, poiché la nuova piattaforma e Telecom Italia sono vincolate per contratto a partecipare al progetto e «non vi è motivo per cui la piattaforma combinata debba cercare di mantenere buoni rapporti con Telecom Italia. Inoltre, Telecom Italia non controlla la piattaforma combinata e, perciò, la strategia razionale di quest'ultima è di stipulare accordi di cooperazione solo ove questi rappresentino la strategia più redditizia per la stessa piattaforma combinata» ⁽¹⁰⁵⁾.

1.3.b)3. Valutazione della Commissione

(306) La Commissione ha analizzato attentamente gli argomenti e gli scenari sopra esposti tenendo conto del requisito giuridico che i descritti effetti negativi sulla concorrenza debbano essere causati dalla transazione alla base della concentrazione. In considerazione di ciò, le prove fattuali raccolte dalla Commissione durante l'intero procedimento non sono sufficienti a dimostrare che — qualora Telecom Italia non potesse esercitare di fatto un'influenza decisiva» sul comportamento commerciale strategico della piattaforma combinata — sia la piattaforma che Telecom Italia sarebbero incentivate a elaborare condotte/strategie parallele o congiunte e, di conseguenza, la transazione notificata rischierebbe di influire in misura significativa sulla situazione della concorrenza.

(307) In conclusione, l'indagine di mercato non ha fornito prove sufficienti a stabilire che i rischi per la concorrenza evidenziati dalle terze parti nel corso del procedimento si materializzerebbero nel prossimo futuro in conseguenza della transazione alla base della concentrazione (che include la partecipazione di minoranza di Telecom Italia nella piattaforma combinata).

2. CONCLUSIONE

(308) Pur non essendo irragionevole, alla luce dei precedenti storici e del contesto in cui avviene la concentrazione notificata, ritenere che il collegamento tra Telecom Italia e la piattaforma combinata (una significativa partecipazione di minoranza e la presenza nel consiglio d'amministrazione) possano eliminare una possibile fonte di potenziale concorrenza, non è stato possibile stabilire in modo conclusivo che tale collegamento contribuirebbe a

rafforzare ulteriormente la posizione dominante della piattaforma combinata sul mercato italiano della pay-TV.

B. *Mercati dei servizi di telecomunicazioni in cui la concentrazione potrebbe rafforzare la posizione dominante di Telecom Italia*

(309) Telecom Italia è attiva sul mercato italiano, tra l'altro, come fornitore di servizi di telefonia fissa, mobile e satellitare e come fornitore di servizi Internet (ISP), sia all'ingrosso che al dettaglio. Altri settori di attività di Telecom Italia sono la fornitura di servizi di creazione di siti Web, la vendita di spazi pubblicitari online e la fornitura di servizi multimediali. Le aree di attività di Telecom Italia più rilevanti nel contesto della presente concentrazione sono l'accesso a Internet e i servizi di telefonia fissa, entrambi correlati alla possibile erogazione di servizi multimediali.

(310) Telecom Italia detiene in Italia una posizione dominante sia nel mercato dell'accesso a Internet a banda larga che nel mercato della telefonia fissa.

1. ANALISI DEI POSSIBILI EFFETTI RESTRITTIVI PER LA CONCORRENZA DELLA TRANSAZIONE NEI MERCATI DELLE TELECOMUNICAZIONI IDENTIFICATI

1.1. *Considerazioni generali*

(311) La piattaforma combinata avrebbe il diritto di sfruttare su base esclusiva importanti contenuti sportivi (ad esempio, ma non solo, il calcio) e film. Mentre finora, sul mercato italiano, questi diritti sono stati sfruttati prevalentemente via satellite, l'esistenza di diritti di esclusiva negativa e di clausole di holdback nei contratti consente all'entità combinata di impedire l'uso degli stessi contenuti, o di una loro parte, su piattaforme di trasmissione differenti (ad esempio Internet). A tale riguardo, è opportuno osservare che, nel procedimento davanti all'autorità garante per la concorrenza relativo all'accordo «speculare» annullato citato al considerando 15, la piattaforma combinata si era già impegnata, tra l'altro, a rinunciare a tali diritti di esclusiva negativa e di holdback per le piattaforme diverse dal DTH.

1.2. *Indagine di mercato*

(312) L'indagine di mercato ha confermato che i diritti di natura multimediale come quelli detenuti dalla piatta-

⁽¹⁰⁵⁾ Punto 7.2.12 della difesa di Newscorp.

forma combinata (in particolare quelli sul calcio e sui contenuti sportivi) si prestano ad essere sfruttati in relazione a mezzi di trasmissione diversi dal DTH, indipendentemente dall'infrastruttura di rete (Internet, cavo, satellite o altro). In particolare, alcuni dei contenuti (ad esempio gli eventi calcistici) si prestano anche ad essere trasmessi in modalità di «streaming» con l'uso della tecnologia xDSL, ad esempio le azioni principali di una partita di calcio. A questo riguardo, nel corso del procedimento alcune terze parti hanno rilevato che, in virtù della sua partecipazione alla piattaforma combinata, Telecom Italia verrebbe a trovarsi in una posizione nettamente avvantaggiata per ottenere in via privilegiata la sottolicensing di diritti esclusivi su alcuni dei contenuti della piattaforma combinata che potrebbe quindi sfruttare sui mezzi di trasmissione in suo possesso, in particolare l'accesso a Internet a banda larga. Ad esempio, è stato sottolineato il rischio che, qualora i portali di Telecom Italia potessero ottenere tali contenuti a condizioni migliori (ad esempio in quasi-tempo-reale) rispetto ad altri portali, gli altri ISP subirebbero uno svantaggio competitivo chiaramente iniquo.

- (313) Nel contesto descritto è vero che, se venisse adottato un trattamento più favorevole, l'attuale potere di mercato di Telecom Italia — che deriva tra l'altro direttamente dalla sua ampia base di clienti — potrebbe essere rafforzato dalla sua capacità di aumentare e fidelizzare ulteriormente i clienti vecchi e nuovi lanciando offerte di servizi combinati che includano l'accesso a Internet a banda larga, la telefonia fissa e servizi per contenuti multimediali (le cosiddette offerte «triple»). L'enorme base di clienti del principale operatore di telecomunicazioni rappresenta un elemento di attrattiva e di rilievo sia per gli inserzionisti pubblicitari che per i fornitori di contenuti, rispetto alla base di clienti molto più ridotta degli operatori concorrenti.
- (314) In questo scenario, può esistere il rischio che i concorrenti del principale operatore di telecomunicazioni non riescano a presentare offerte equivalenti alle possibili offerte triple disponibili per Telecom Italia. Di conseguenza, gli altri operatori con licenza per i servizi di telecomunicazione diventerebbero verosimilmente sempre meno interessanti per gli inserzionisti pubblicitari (e per i fornitori di contenuti) ⁽¹⁰⁶⁾.

1.3. Argomenti di Newscorp

- (315) Newscorp ha fortemente contestato il fatto che la transazione possa rafforzare le posizioni dominanti di Telecom Italia nell'accesso a Internet a banda larga e nella telefonia fissa, grazie all'accesso preferenziale ai contenuti della piattaforma combinata, consentendo così di realizzare offerte «triple» di livello irraggiungibile per la con-

correnza. Viceversa, Newscorp ha dichiarato che «non è affatto evidente la ragione per cui gli altri azionisti della piattaforma combinata dovrebbero desiderare di avvantaggiare Telecom Italia [...]». La piattaforma combinata non ha nessun incentivo a concedere a Telecom Italia un accesso preferenziale ad alcun contenuto. La piattaforma combinata non è controllata da Telecom Italia e determina perciò autonomamente la propria strategia commerciale. La piattaforma combinata non ha alcuna necessità di cercare di mantenere buoni rapporti con Telecom Italia poiché quest'ultima si è impegnata contrattualmente all'investimento. La strategia razionale della piattaforma combinata consiste perciò nel concedere l'accesso ai propri contenuti di volta in volta, sulla base di normali condizioni commerciali, a qualunque terza parte interessata, inclusa tra gli altri Telecom Italia» ⁽¹⁰⁷⁾.

1.4. Argomenti di Telecom Italia

- (316) Telecom Italia ha dichiarato che la sua partecipazione alla piattaforma combinata rappresenta un investimento puramente finanziario. Secondo Telecom Italia, «la sua partecipazione di minoranza non persegue alcun obiettivo di natura industriale, commerciale o strategica. L'azienda aveva deciso dal 2000 di uscire dal mercato della pay-TV e, se il precedente accordo «speculare» (l'acquisizione del controllo esclusivo della piattaforma combinata da parte del gruppo Vivendi) fosse stato concluso, avrebbe venduto interamente la propria quota di partecipazione. Le ragioni per cui rimane come azionista di minoranza della piattaforma combinata [...]» sono legate alla possibilità di recuperare una parte degli investimenti effettuati: si tratta di una decisione strettamente finanziaria» ⁽¹⁰⁸⁾.

1.5. Valutazione della Commissione

- (317) In questo contesto, la Commissione ha analizzato con attenzione l'impatto della transazione in relazione alle possibili preoccupazioni in materia di concorrenza, in particolare il possibile rafforzamento di una posizione dominante di Telecom Italia nei mercati delle telecomunicazioni italiani rilevanti (accesso a Internet a banda larga e telefonia fissa).
- (318) Come accennato in precedenza, la Commissione non ha potuto stabilire che un trattamento più favorevole della piattaforma combinata nei confronti di Telecom Italia rispetto agli altri ISP/OLO rappresenterebbe una conseguenza diretta della transazione alla base della concentrazione (inclusa la partecipazione di minoranza del principale operatore di telecomunicazioni).

⁽¹⁰⁶⁾ I concorrenti di Telecom Italia in relazione ai servizi di accesso a Internet a banda larga sono: Fastweb (e.Biscom), Wind, Tiscali, Albacom, Gruppo I.net, MCI Worldcom (in particolare per i clienti aziendali). Alcune di queste società sono anche concorrenti del principale operatore di telecomunicazioni per quanto riguarda i servizi di telefonia fissa (Wind-Infostrada, Albacom, Fastweb, Tiscali).

⁽¹⁰⁷⁾ Punto 1.2.7 della difesa di Newscorp.

⁽¹⁰⁸⁾ Punto 24 delle osservazioni di Telecom Italia.

1.6. **Conclusioni**

- (319) In considerazione di quanto precede, si conclude che le prove raccolte nel corso del procedimento non sono sufficienti a stabilire che i possibili effetti restrittivi della concorrenza sui mercati italiani delle telecomunicazioni risulterebbero dalla transazione alla base della concentrazione (inclusa la partecipazione di minoranza di Telecom Italia).

2. CONCLUSIONE SUL COLLEGAMENTO DI TELECOM ITALIA

- (320) La concentrazione non condurrà al rafforzamento su base duratura della posizione dominante di Telecom Italia nei mercati delle telecomunicazioni (accesso a Internet a banda larga e telefonia fissa) presi in esame nella valutazione in virtù del collegamento di Telecom Italia con l'entità combinata.

4. IMPEGNI RELATIVI A TELECOM ITALIA

- (321) Come accennato al considerando 222 precedente, il 13 marzo 2003 Newscorp ha presentato un insieme modificato di impegni (in appresso gli «impegni»), in conformità con l'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento sulle concentrazioni, al fine di ottenere l'approvazione della concentrazione proposta. Come già indicato in precedenza, tali impegni si basano sui rimedi presentati alla Commissione il 31 ottobre 2002 e il 14 gennaio 2003.
- (322) Gli impegni proposti da Newscorp contengono una parte riguardante le relazioni tra la piattaforma combinata e Telecom Italia.

1. RIEPILOGO DEGLI IMPEGNI PRESENTATI DA NEWSCORP IL 13 MARZO 2003 RELATIVI A TELECOM ITALIA (PUNTO 13 DEL TESTO DEGLI IMPEGNI)

- (323) Gli impegni presentati da Newscorp relativamente alle sue relazioni con Telecom Italia prevedono quanto segue:

- a) Newscorp non realizzerà offerte comuni con Telecom Italia che combinino i servizi di pay-TV con l'accesso a Internet a banda larga, non adotterà comportamenti discriminatori a favore di Telecom Italia

per quanto riguarda la concessione di sottolicensing per i contenuti audiovisivi, non indurrà i suoi clienti a convogliare la via di ritorno dei servizi interattivi attraverso Telecom Italia e non stipulerà accordi strategici con Telecom Italia senza la previa autorizzazione della Commissione;

- b) gli impegni riguardanti Telecom Italia resteranno in vigore finché quest'ultima deterrà una partecipazione azionaria non inferiore al 5 % e avrà un membro nel consiglio di amministrazione della piattaforma combinata.

2. VALUTAZIONE DEGLI IMPEGNI RIGUARDANTI TELECOM ITALIA

- (324) In considerazione dei rilievi e delle conclusioni precedenti, la Commissione prende atto degli impegni presentati da Newscorp riguardo alle sue relazioni con Telecom Italia. Tali impegni, tuttavia, non costituiscono né condizioni né obblighi della presente decisione.

VIII. CONCLUSIONE

- (325) Per le ragioni sopra esposte, la Commissione conclude che, nella misura in cui verranno rispettati gli impegni assunti da Newscorp, la concentrazione proposta non creerà o rafforzerà una posizione dominante sul mercato dell'offerta dei servizi di pay-TV, sui mercati dell'acquisto dei diritti esclusivi per i film premium, gli eventi calcistici che si svolgono ogni anno a cui partecipano squadre nazionali e gli altri eventi sportivi e sul mercato dei canali televisivi, né produrrà un significativo impedimento alla concorrenza nel mercato comune o in una sua parte sostanziale. La concentrazione dovrebbe perciò essere dichiarata compatibile con il mercato comune ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento sulle concentrazioni e con l'accordo sul SEE ai sensi dell'articolo 57 del medesimo, a condizione che vengano rispettati gli impegni enunciati nell'allegato,

HA ADOTTATO LA PRESENTE DECISIONE:

Articolo 1

L'operazione notificata, in base alla quale The News Corporation Limited («Newscorp») acquisirebbe il controllo totale delle imprese Telepiù SpA e Stream SpA, viene dichiarata compatibile con il mercato comune e con l'accordo sul SEE.

Articolo 2

L'articolo 1 è subordinato al pieno rispetto da parte di Newscorp degli impegni enunciati nell'allegato, ad eccezione del punto 13 della parte II.

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

Fatto a Bruxelles, il 2 aprile 2003.

Articolo 3

È destinataria della presente decisione l'impresa seguente:

Per la Commissione
Mario MONTI
Membro della Commissione

ALLEGATO

Il testo originale completo delle condizioni e degli obblighi citati negli articoli 2 e 3 può essere consultato sul seguente sito web della Commissione:

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