DECISIONE DELLA COMMISSIONE

del 23 dicembre 1992

relativa ad un procedimento in forza dell'articolo 85 del trattato CEE

(IV/32.745 — Astra)

(I testi in lingua francese e inglese sono i soli facenti fede)

(93/50/CEE)

LA COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE,

visto il trattato che istituisce la Comunità economica europea,

visto il regolamento n. 17 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato [1], modificato da ultimo dall'atto di adesione della Spagna e del Portogallo, in particolare l'articolo 2,

vista la notificazione, presentata il 3 giugno 1988 da British Telecommunications plc (in appresso BT), Société Européenne des Satéllites SA (in appresso SES) e BT Astra SA, di una serie di accordi e di documenti connessi relativi alla commercializzazione e alla fornitura di servizi di trasmissione televisiva via satellite, notificazione inizialmente effettuata in vista di un'esenzione e successivamente integrata da BT con una domanda di attestazione negativa,

facendo seguito alla sua decisione del 3 aprile 1990 di avviare un procedimento nella fattispecie,

dopo aver dato modo alle imprese interessate di manifestare il proprio punto di vista sugli addebiti loro contestati, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1 del regolamento n. 17 e del regolamento n. 99/63 della Commissione, del 25 luglio 1963, relativo alle audizioni previste dall'articolo 19, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 17 del Consiglio [2], sentito il comitato consultivo in materia di intese e posizioni dominanti, considerando quanto segue:

I. I FATTI

(1) Il 3 giugno 1988 BT, SES e BT Astra SA hanno notificato alla Commissione delle Comunità europee, chiedendo esclusivamente un'esenzione, una serie di accordi e di documenti connessi relativi alla commercializzazione e alla fornitura di servizi di trasmissione televisiva via satellite; successivamente, nella sua risposta alla comunicazione degli addebiti della Commissione, BT ha sostenuto che l'articolo 85, paragrafo 1 non era applicabile agli accordi in questione e, con lettera del 5 dicembre 1990, ha chiesto formalmente che la notificazione fosse considerata modificata in tal senso.

A. Le parti

(2) SES è una società lussemburghese costituita nel 1985 per l'esercizio di satelliti. Il suo primo satellite, Astra IA, lanciato nel dicembre del 1988, è stato il primo satellite di media potenza non di proprietà di un'organizzazione di telecomunicazioni (OT) ad offrire servizi internazionali di televisione in Europa. Al momento della notificazione SES non aveva ancora un fatturato. Il capitale necessario per far fronte al costo di acquisto del satellite, alla sua messa in orbita e alle altre spese, quali quelle di commercializzazione e di assicurazione, era stato raccolto con l'apporto di circa venti azionisti di vari paesi, membri della Comunità e altri, e con crediti bancari assistiti da garanzia statale.

Nel 1991 il fatturato di SES ammontava a 3 471 954 747 LFR. Un secondo satellite di media potenza di SES, Astra IB, è stato lanciato nel febbraio del 1991.

(3) BT ha una serie di consociate, nessuna delle quali opera nel settore dei satelliti. Il suo fatturato totale nell'esercizio chiuso nel marzo 1992 è ammontato a ± 13 337 000 000 UKL.

BT è un operatore titolare di una concessione che lo autorizza a svolgere attività di telecomunicazioni nel Regno Unito, compresa la trasmissione di segnali verso satelliti.

Secondo la clausola 1.1 della concessione rilasciata a BT a norma della sezione 7 del «Telecommunications Act» del 1984, BT ha l'obbligo della «fornitura universale di servizi di telecomunicazione» nei confronti di chiunque richieda detti servizi; la clausola 5 impone inoltre a BT di prendere tutte le misure necessarie per fornire ai suoi clienti servizi di collegamento internazionale nella misura necessaria per soddisfare tutte le richieste ragionevoli relative a detti servizi. La clausola 53-5-b prevede eccezioni e limiti a tali obblighi in determinati casi,

[1] GU n. 13 del 21. 2. 1962, pag. 204/62.
[2] GU n. 127 del 20. 8. 1963, pag. 2268/63.

fra l'altro se la domanda di detti servizi in una determinata area è, o sembra essere, insufficiente per coprire il costo della loro messa a disposizione nell'area in questione.

Distribuzione televisiva via satellite

(4) I programmi televisivi vengono trasmessi per diverse vie, come la radiodiffusione terrestre, il cavo e i satelliti. È possibile anche combinare più modi di trasmissione, per esempio inviando via satellite a un distributore via cavo segnali che quest'ultimo provvede poi a far pervenire agli utenti finali. La trasmissione via satellite comporta le fasi seguenti:

1. i programmi televisivi sono realizzati da un «fornitore di programmi»;

2. i segnali sono trasmessi dallo studio televisivo ad una stazione di terra da cui parte il collegamento («tratta in salita») verso il satellite; i fornitori di programmi devono accordarsi, per tale servizio, con un operatore munito di un'apposita concessione, che nella maggior parte dei paesi comunitari è uno solo, ossia l'OT;

3. sul satellite i segnali sono ricevuti ed amplificati da un ripetitore («transponder») che li ritrasmette verso terra. Ogni satellite è munito di più ripetitori, 16 nel caso del satellite Astra IA;

4. i segnali ritrasmessi verso terra («tratta in discesa») sono captati da un'antenna parabolica per satelliti; la stazione ricevente può essere:

   a) un distributore via cavo che trasmette il segnale via cavo ai telespettatori;

   b) un sistema di antenna per satelliti centralizzata (SMATV — Satellite Master Antenna TV) che distribuisce i programmi alle camere di un albergo o gli appartamenti di un condominio;

   c) un telespettatore che riceve direttamente i segnali per mezzo di un'antenna parabolica per satelliti collocata sul tetto: si parla in tal caso di ricezione diretta in casa (DTH — direct-to-home).

Le dimensioni dell'antenna ricevente dipendono dalla potenza del satellite. Per captare satelliti di bassa potenza sono necessarie antenne paraboliche molto grandi, di diametro superiore a un metro e mezzo, mentre i segnali di satelliti di media e alta potenza possono essere captati con antenne molto più piccole, adatte al tetto di una casa unifamiliare.

Per quanto riguarda la copertura geografica o «impronta» del satellite, i satelliti di bassa e media potenza possono coprire l'intera Europa, mentre quelli di alta potenza hanno generalmente una copertura limitata ad un solo paese.

(5) Fino al lancio di Astra 1A tutti i satelliti in Europa erano gestiti da OT, individualmente o in comune. Le diverse fasi della trasmissione di programmi televisivi sono oggetto di diritti di esclusiva conferiti agli OT da trattati internazionali e da leggi nazionali.

1. La tratta in salita

A norma dei regolamenti sulla radiodiffusione dell'Unione internazionale delle telecomunicazioni e delle leggi nazionali sulle telecomunicazioni degli Stati membri della Comunità europea solo gli operatori ai quali è stata rilasciata una concessione sono autorizzati a trasmettere segnali in salita verso satelliti. Nella maggior parte dei paesi comunitari, all'epoca della notificazione, vi era un solo concessionario, ossia l'OT. Nel Regno Unito il duopolio istituito dal Telecommunications Act del 1984 ha avuto come conseguenza l'esistenza di due concessionari per la tratta in salita, BT e Mercury Communications Ltd; altre sette concessioni per la fornitura di servizi nella tratta in salita sono state rilasciate nel periodo 1988-1989 ed una licenza generale («class licence») è stata introdotta in seguito. Tuttavia, al momento in cui è stato concluso il contratto per la costituzione dell'impresa comune, BT era il solo concessionario del Regno Unito che fornisse effettivamente un servizio di collegamento in salita ai fini della distribuzione televisiva internazionale. SES è invece concessionaria per la tratta in salita nel Lussemburgo.

2. Il segmento spaziale (satelliti)

I satelliti geostazionari per telecomunicazioni in orbita appartengono per la maggior parte ad organizzazioni internazionali, quali Intelsat (Organizzazione internazionale delle telecomunicazioni via satellite), Eutelsat (Organizzazione europea delle telecomunicazioni via satellite), Inmarsat (Organizzazione internazionale dei satelliti marittimi) o ad OT nazionali, le quali ne hanno anche la gestione.

I trattati Intelsat e Eutelsat, firmati tra l'altro da tutti gli Stati membri, vietano ad altri soggetti di mettere in esercizio altri satelliti accanto a quelli Intelsat e Eutelsat senza essersi assoggettati ad una procedura di approvazione o «coordinamento». Nella notificazione e nelle fasi successive del procedimento le parti hanno fatto riferimento principalmente alla procedura Eutelsat.

Eutelsat è stata costituita nel 1982 con una convenzione intergovernativa, firmata fino ad oggi da 32 governi europei (detti «le parti»). Accanto alla convenzione vi è un «accordo operativo» firmato dalle OT (dette «i firmatari») degli

Stati che sono parti contraenti della convenzione. Ogni Stato designa un «firmatario»; nel Regno Unito il firmatario Eutelsat è BT.

Le OT firmatarie finanziano i satelliti Eutelsat proporzionalmente all'utilizzazione che ne fanno; in altri termini, più un'OT sfrutta la capacità di un satellite, più alto sarà il suo contributo. Le OT firmatarie si suddividono anche le entrate nella medesima proporzione. Al momento della costituzione dell'impresa comune BT aveva la quota d'investimento di maggiore entità.

Inizialmente Eutelsat aveva in esercizio quattro satelliti per telecomunicazioni di bassa potenza. Il primo della serie dei satelliti Eutelsat II di media potenza dello stesso tipo di Astra (ossia captabili con un'antenna parabolica di 60-90 cm) è stato lanciato nell'agosto del 1989.

Ai sensi della convenzione Eutelsat, quando una parte o un'OT viene a conoscenza del fatto che qualcuno intende mettere in esercizio un satellite o un impianto per il collegamento in salita o in discesa con un satellite indipendentemente da Eutelsat nell'ambito della sua giurisdizione, la parte o l'OT di cui trattasi ha l'obbligo di comunicare ad Eutelsat tutte le informazioni pertinenti. Le autorità Eutelsat devono allora accertare se il funzionamento del satellite estraneo a Eutelsat:

— sarà tecnicamente compatibile con i satelliti Eutelsat;

— non arrecherà al sistema Eutelsat un considerevole pregiudizio economico (1).

Per quanto riguarda il satellite Astra l'assemblea di Eutelsat è giunta alla conclusione che non avrebbe arrecato un pregiudizio considerevole al sistema Eutelsat a condizione che, fra l'altro:

— Astra fosse usato solo per trasmissioni televisive in una direzione;

— non più di quattro canali Eutelsat passassero dai satelliti Eutelsat ad Astra.

(1) Articolo XVI a) della convenzione Eutelsat.
Nel 1992, l'assemblea dei membri di Eutelsat ha adottato una risoluzione secondo la quale solo quei sistemi via satellite non-Eutelsat che forniscono «servizi riservati» saranno soggetti all'intera procedura della consultazione prevista dall'articolo XVI a).

Il SAO (Signatory Affairs Office)

In esito a un esame del ruolo di BT quale firmatario Eutelsat, lo «Office of Telecommunications» (OFTEL) ha annunciato nel novembre del 1989 che un Ufficio degli affari del firmatario (SAO) avrebbe svolto le funzioni di BT in quanto firmatario indipendentemente dal ramo commerciale di BT; ciò significa che tutti gli operatori del Regno Unito titolari di una concessione possono ora accedere alla capacità di Eutelsat (e Intelsat) nel segmento spaziale a parità di trattamento rispetto a BT.

3. La tratta in discesa

Le leggi della maggior parte dei paesi della Comunità impongono a chi ha in esercizio un satellite di ottenere il consenso dell'OT locale per la ricezione nel territorio di detta OT dei segnali in discesa provenienti dai satelliti stessi. Inoltre, nel caso di Astra, Eutelsat ha chiesto un «coordinamento» non solo per quanto riguarda la tratta in salita e l'esercizio del satelite, ma anche per la tratta in discesa verso qualsiasi paese parte di Eutelsat.

L'impresa comune

(6) Il satellite Astra IA di SES dispone complessivamente di 16 ripetitori per i quali occorreva trovare un cliente. Poiché il mercato della televisione via satellite era caratterizzato da una prevalenza di canali in lingua inglese, SES aveva concluso che la maggior parte dei fornitori di programmi (potenzialmente) interessati a trasmettere per mezzo di Astra sarebbe stata situata nel Regno Unito. Di conseguenza, prima di lanciare il satellite, è stato deciso di attribuire un minimo di 9 e un massimo di 11 dei 16 ripetitori a una «impresa comune» costituita da BT e SES con lo scopo dichiarato di

— offrire agli esercenti di programmi televisivi aventi origine nel Regno Unito un pacchetto di servizi comprendente un collegamento in salita a cura di BT nel Regno Unito e l'uso dei ripetitori del satellite di SES;

— promuovere lo sviluppo del mercato dei satelliti:

a) incoraggiando i fabbricanti di antenne paraboliche adatte alla cosiddetta ricezione diretta in casa (DTH) ad aumentare la produzione,

b) inducendo i negozianti a promuovere e a vendere tali attrezzature e

c) convincendo i telespettatori a comprare antenne paraboliche in modo da poter captare direttamente dal loro tetto i segnali di Astra.

(7) Nel corso del procedimento sono stati esaminati i seguenti accordi e altri documenti:

— il contratto «principale» o di impresa comune, del 17 dicembre 1987, con il quale SES e BT convenivano di costituire l'impresa comune al 50 % BT Astra SA, e SES si impegnava a dare in locazione dei ripetitori all'impresa comune affinché questa potesse a sua volta, tramite un «operatore del Regno Unito titolare di una concessione» (e quindi non necessariamente BT), metterli a disposizione degli utenti finali nell'ambito di un contratto globale comprendente anche la tratta in salita;

— quattro lettere accessorie del 17 settembre 1987 concernenti:

  — la concessione a BT di opzioni sui ripetitori del satellite Astra;

  — l'impegno di SES con riferimento alla clausola 6(4) del contratto relativa alla sua obbligazione di non deviare fuori del Regno Unito i collegamenti via satellite;

  — la costituzione di una società di commercializzazione comune (Satellite Promotions SA);

  — La concessione per l'uso del satellite Astra rilasciata dal governo lussemburghese a SES;

— il piano commerciale dell'impresa comune BT/SES, che specificava le attività assegnate a ciascuna delle parti: BT si sarebbe concentrata sulla «commercializzazione dei servizi», vale a dire sulla ricerca di clienti per il servizio, mentre SES si sarebbe dedicata alla «commercializzazione al dettaglio», vale a dire all'industria delle attrezzature di ricezione e agli utenti finali;

— i patti sui servizi principali e accessori, anch'essi concernenti le attività commerciali;

— i contratti tra BT e i fornitori di programmi televisivi. Essi non hanno contenuto uniforme. La maggior parte ha una durata di dieci anni, con un corrispettivo forfettario da versare anticipatamente dal cliente per l'intero periodo e comprendente sia la tratta in salita, sia la locazione dei ripetitori; il prezzo pagato diminuisce in proporzione al numero dei ripetitori locati. Un contratto ha una durata di tre anni, prorogabile fino a dieci; per i primi tre anni è previsto un canone mensile, successivamente un importo globale. In un solo contratto sono indicati distintamente gli importi pagati per la tratta in salita e per la locazione dei ripetitori.

La dutata dei contratti di impresa comune doveva essere commisurata alla «vita» tecnica del satellite Astra, ossia normalmente dieci anni.

(8) La Commissione, nel valutare i contratti, ha considerato in particolare le disposizioni seguenti:

1. La clausola 3, secondo la quale i ripetitori oggetto del contratto di impresa comune tra SES e BT erano locati a BT Astra SA che li avrebbe a sua volta locati a «un operatore del Regno Unito titolare di una concessione». Ai sensi di una lettera accessoria del 17 dicembre 1987 tra le parti, SES accettava che l'impresa comune concedesse a BT opzioni per nove ripetitori, da esercitare entro un periodo specificato. A sua volta BT avrebbe offerto ai fornitori di programmi un contratto unico comprendente sia il collegamento in salita a cura di BT, sia uno spazio sul satellite Astra.

2. La clausola 5, riguardante i diritti e gli obblighi di BT «in quanto concessionario per il Regno Unito». Il paragrafo 1 disponeva che BT, pur avendo il diritto di determinare la componente per il servizio di collegamento in salita da includere nel prezzo globale da addebitare al cliente, si sarebbe consultata con SES all'atto della fissazione di tale prezzo.

3. La clausola 6, riguardante i diritti e gli obblighi di SES. La clausola 6 (1) stabiliva che SES, pur essendo libera di fissare il prezzo da addebitare ai clienti del Regno Unito per l'uso della capacità del satellite Astra, si sarebbe consultata con BT all'atto della fissazione di tale prezzo anche nel caso in cui BT non fosse «l'operatore concessionario».

4. La clausola 5 (2), che obbligava BT a dare la preferenza al satellite Astra nella vendita di servizi televisivi e a non scoraggiare l'uso di Astra con la sua politica commerciale e dei

prezzi, per esempio addebitando ai clienti che si avvalessero della nuova serie di satelliti di media potenza Eutelsat II (non ancora lanciati al momento dell'accordo di impresa comune) margini o canoni per la tratta in salita inferiori a quelli chiesti per Astra.

5. La clausola 6 (5) che analogamente obbligava SES ad adoperarsi per assicurare il ricorso ai servizi di BT per il collegamento in salita verso i ripetitori, coerentemente con la lettera accessoria del 17 dicembre 1987 con cui SES concedeva a BT l'opzione su nove di essi.

6. La clausola 6 (4) che imponeva a SES di non cercare di deviare programmi aventi origine nel Regno Unito, ossia programmi fisicamente realizzati principalmente in uno studio nel Regno Unito, verso tratte in salita al di fuori di tale paese. Secondo la lettera accessoria del 17 dicembre 1987 relativa alla clausola 6 (4), SES doveva altresì astenersi dall'incoraggiare i fornitori di programmi a realizzare i loro programmi in lingua inglese in studi fuori del Regno Unito. Specificamente SES aveva l'obbligo di non indurre i fornitori di programmi ad utilizzare studi e collegamenti in salita verso il satellite nel Lussemburgo offrendo condizioni commerciali preferenziali «per la capacità sul satellite o per la tratta in salita» (visto che SES era la concessionaria per la tratta in salita nel Lussemburgo).

7. Le clausole 5 (3), 6 (2) e 7, contenenti disposizioni intese a facilitare il passaggio al satellite Astra di clienti che si erano finora serviti di altri satelliti. In tale contesto BT poteva offrire a chi fosse già suo cliente (e trasmettesse attraverso i satelliti Intelsat 1 o Eutelsat 1) un servizio di «doppia illuminazione», ossia di trasmissione simultanea ai due satelliti. Poiché i clienti avrebbero esitato a chiedere la «doppia illuminazione» se ciò avesse comportato il pagamento di due canoni interi, i contratti prevedevano che BT e SES si assumessero una parte dei costi. Inoltre BT si impegnava ad agevolare, a determinate condizioni, il recesso anticipato dai contratti da parte dei clienti.

8. La clausola 6 (4) che, sebbene SES fosse contrattualmente libera di commercializzare a suo piacimento i ripetitori non inclusi nel contratto di impresa comune, limitava tale libertà stipulando che tutti i programmi aventi origine nel Regno Unito (ossia realizzati in studi nel Regno Unito) trasmessi verso il satellite Astra dovevano essere commercializzati tramite l'impresa comune e la clausola 6 (5) secondo la quale le condizioni offerte a un altro cliente che intendesse instaurare un collegamento in salita dal Regno Unito non potevano essere più favorevoli di quelle offerte all'impresa comune. Inoltre SES si sarebbe adoperata per garantire che i servizi offerti da BT Astra nel Regno Unito non fossero «reciprocamente incompatibili» con i servizi offerti da SES in altri paesi.

9. La clausola 6 (6) in forza della quale, salvo patti contrari tra BT e SES, quest'ultima non avrebbe utilizzato ripetitori su satelliti diversi da Astra IA per programmi realizzati o trasmessi in salita dal Regno Unito finché fossero rimasti disponibili ripetitori inclusi nel contratto di impresa comune.

10. La clausola 9 del contratto di impresa comune ed i termini dei contratti per i clienti che stabilivano che il fornitore di programmi avrebbe versato a BT un unico importo a copertura del servizio di collegamento in salita e della locazione dei ripetitori. Quest'ultimo importo sarebbe stato trasferito integralmente da BT a BT Astra SA che a sua volta ne avrebbe trasferito il 90 % a SES; il 10 % sarebbe tornato a BT come «commissione di BT». Altrimenti detto, per la sua partecipazione all'impresa comune, BT avrebbe ricevuto:

— il canone per il collegamento in salita;

— la commissione di BT del 10 % sulla locazione dei ripetitori.

La clausola 9 faceva riferimento anche a un «pagamento Eutelsat» che SES doveva ad Eutelsat per ogni ripetitore; in risposta a una richiesta di informazioni della Commissione, il direttore generale di Eutelsat ha dichiarato

che «non esiste alcun pagamento ad Eutelsat, alcun patto per un corrispettivo non pecuniario e alcuno scambio o transazione di qualunque genere avente un qualsiasi valore economico tra Eutelsat e SES o altre parti che si possa considerare connesso all'utilizzazione del satellite lussemburghese (Astra). Non abbiamo avuto in visione il contratto di impresa comune del 17 dicembre 1987 di cui alla Vs. lettera e non siamo a conoscenza del suo contenuto».

Poiché il contratto di impresa comune non conferiva a BT un diritto di esclusiva assoluta, in teoria qualsiasi altro «concessionario del Regno Unito» avrebbe potuto prendere in locazione da BT Astra la capacità dei ripetitori e concludere i contratti comprendenti il collegamento in salita e l'uso dei ripetitori con i fornitori di programmi. Tuttavia se si fosse verificata tale eventualità BT Astra avrebbe continuato a versare a BT il 10 % qualificato come «commissione di BT»; il «concessionario» che avrebbe svolto di fatto la funzione di coordinamento avrebbe ricevuto solo il canone per il suo servizio di collegamento in salita, mentre BT avrebbe continuato a ricevere il 10 % per un'operazione in cui non aveva apparentemente alcun ruolo, se non quello di essere contitolare dell'impresa comune.

Scioglimento dell'impresa comune

(9) Il 3 aprile 1990 la Commissione, essendo giunta alla conclusione preliminare che i contratti notificati ricadevano nel campo d'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1 del trattato CEE e non potevano beneficiare di un'esenzione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3, ha avviato un procedimento a norma del regolamento n. 17. Successivamente le parti hanno presentato una proposta secondo la quale il contratto di impresa comune, gli impegni contenuti nelle lettere accessorie e i contratti relativi ai servizi connessi sarebbero stati sciolti, ma i contratti con i clienti conclusi ai sensi dei contratti di impresa comune sarebbero rimasti in vigore secondo una novazione che avrebbe contemplato la locazione dei ripetitori da parte di SES direttamente a BT anziché tramite l'impresa comune. Poiché la soppressione dell'impresa comune nella catena dei contratti di locazione dei ripetitori da SES fino ai fornitori di programmi non comportava alcuna reale modifica dello status quo, la Commissione ha inviato alle parti, il 26 luglio 1990, una comunicazione degli addebiti; le parti hanno manifestato i propri punti di vista per iscritto nonché oralmente, in un'audizione appositamente tenuta nei giorni 13 e 14 novembre 1990.

(10) Il 30 gennaio 1991 le parti hanno sottoscritto un patto di scioglimento dei contratti di impresa comune ferme restando le condizioni contenute nella proposta di cui al punto 9.

II. VALUTAZIONE GIURIDICA

A. Articolo 85 paragrafo 1

(11) Gli accordi tra le parti hanno limitato la concorrenza sui mercati della messa a disposizione di capacità dei ripetitori di satelliti per la distribuzione di programmi televisivi e dei servizi di collegamento nella tratta in salita. Gli effetti della cooperazione tra le parti si sono esplicati sia nel Regno Unito, sia in altre parti della Comunità.

1. *Restrizioni sul mercato della capacità nel segmento spaziale*

(12) SES e BT sono diretti concorrenti sul mercato europeo della messa a disposizione di capacità nel segmento spaziale per la trasmissione di programmi televisivi.

(13) In quanto proprietaria del satellite Astra, IA SES poteva offrire sedici ripetitori ai fornitori di programmi che intendessero trasmettere via satellite.

(14) BT offre dal 1983 ai fornitori di programmi capacità nel segmento spaziale sui satelliti Eutelsat (e Intelsat). A norma dell'articolo 16 dell'accordo operativo Eutelsat tutte le domande di attribuzione di capacità nel segmento spaziale di Eutelsat devono passare attraverso i firmatari, nel Regno Unito, BT. Questa provvedeva alla messa a disposizione finale dei ripetitori e concludeva i contratti con i clienti; ai termini dell'accordo operativo sono infatti esclusi contatti diretti tra questi e Eutelsat. Benché l'attribuzione finale delle capacità nel segmento spaziale sia decisa non dal singolo firmatario ma dal consiglio dei firmatari, al momento in cui fu concluso il contratto di impresa comune BT era il firmatario che deteneva la maggiore quota d'investimento. Secondo la notificazione, BT effettuava più servizi di distribuzione televisiva via satellite di qualsiasi altra organizzazione europea di telecomunicazioni; il fatto che BT non fosse la vera proprietaria della capacità nel segmento spaziale offerta ai clienti non significa, contrariamente a quanto essa ha sostenuto, che non fosse in concorrenza con SES, visto il contesto degli accordi Eutelsat.

In proposito va osservato che l'assemblea di Eutelsat aveva enunciato come condizione per il coordinamento di Astra che «i firmatari devono impegnarsi ad accrescere gli sforzi comuni e l'aggressività ... alla ricerca di nuovi affari ... in particolare per compensare la perdita di entrate dovuta all'esercizio del satellite lussemburghese (Astra)». BT, in quanto firmatario per il Regno Unito, doveva conciliare questo impegno con il patto concluso con SES secondo il quale doveva dare la «preferenza» al satellite Astra.

(15) BT ha altresì dichiarato che BT e SES non potevano essere considerati concorrenti perché nel 1986-1987 BT non poteva offrire ai clienti capacità di media potenza ma solo capacità di bassa potenza su Intelsat e Eutelsat; solo a metà del 1990 è stato lanciato il primo satellite di media potenza della serie Eutelsat II. Questa argomentazione deve essere respinta in quanto presuppone che vi siano mercati distinti e separati delle capacità di bassa e di media potenza. In realtà i satelliti di bassa e di media potenza offrono ai clienti le stesse possibilità per quanto riguarda la copertura geografica e la trasmissione a centrali di distribuzione via cavo; i satelliti di media potenza offrono in più solo la possibilità di ricezione diretta in casa (DTH) con antenne paraboliche relativamente piccole. Ma la trasmissione diretta alle case e la trasmissione via cavo possono aver luogo simultaneamente. Nei paesi con una rete di cavi altamente sviluppata, in cui vi è quindi minor necessità di una ricezione individuale, gli abbonati al cavo non sanno se i programmi che ricevono siano trasmessi attraverso satelliti di bassa o di media potenza o per qualche altra via.

Da statistiche recenti (1) risulta che il 73 % di tutte le case europee che ricevono canali Astra li ricevono via cavo (o attraverso antenne centralizzate); in paesi con una fitta rete di cavi come il Belgio e i Paesi Bassi tale percentuale arriva quasi fino al 100 %.

La stessa BT ha dichiarato nella risposta alla comunicazione degli addebiti che «è evidente che i satelliti di media potenza erano in concorrenza con le capacità di bassa potenza», facendo riferimento in tale contesto alla procedura di coordinamento Eutelsat intesa a stabilire l'impatto competitivo delle capacità di media potenza sulle capacità di bassa potenza.

(16) Con il contratto di impresa comune e in particolare con la clausola 6 (4) secondo la quale tutti i canali con programmi aventi origine nel Regno Unito sarebbero stati commercializzati attraverso l'impresa comune, SES conveniva di non entrare nel mercato di cui trattasi in posizione indipendente ma in cooperazione con un concorrente diretto, ossia BT. La restrizione della concorrenza derivante dalla clausola 6 (4) era aggravata da clausole specifiche del contratto principale tra le parti che costituivano anch'esse restrizioni della concorrenza ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1, e precisamente:

— la clausola 6 (1) che imponeva a SES di consultarsi con BT nel fissare il prezzo da addebitare ai clienti del Regno Unito per l'uso dello spazio sui ripetitori del satellite Astra;

— la clausola 5 (2) che imponeva a BT di non offrire per l'uso di altri satelliti per trasmissioni televisive condizioni più favorevoli di quelle praticate per Astra.

Grazie a queste due disposizioni era possibile allineare le condizioni per l'uso della capacità dei ripetitori di Astra e di tutti i satelliti sui quali BT offriva in noleggio delle capacità: la clausola 6 (1) realizzava tale allineamento rispetto alle altre capacità esistenti su satellite, la clausola 5 (2) per quanto riguarda le capacità future. Benché la clausola 5 (2) facesse riferimento ai satelliti Eutelsat II, tale riferimento aveva solo valore esemplificativo e l'obbligo di BT di non discriminare il satellite Astra nella sua politica dei prezzi e nelle sue altre politiche valeva per tutti gli «altri satelliti per servizi televisivi». I patti in questione comportavano un coordinamento globale e di portata estremamente estesa tra le due parti in materia di prezzi e privavano i clienti di un nuovo canale alternativo di accesso alla capacità di ripetitori su satelliti dal Regno Unito.

L'allineamento di cui sopra era tanto più grave in quanto, a prescindere dal suo ruolo in Eutelsat, BT era anche per proprio conto un potenziale concorrente diretto di SES: grazie alla sua situazione finanziaria e alle sue conoscenze tecniche e commerciali nel settore dei satelliti, BT non avrebbe incontrato alcun ostacolo se avesse voluto entrare indipendentemente nel mercato dell'esercizio di satelliti. Il fatto che se ne sia finora astenuta non dimostra, contrariamente a quanto sostiene BT, che essa non sia un potenziale operatore sul mercato, ma è un elemento di carattere puramente soggettivo che non può essere preso in considera-

(1) «Cable & Satellite Express», 10 luglio 1992.

zione ai fini dell'esame della concorrenza potenziale.

Inoltre, le restrizioni alla messa a disposizione della capacità dei ripetitori si estendevano

1. al di là dei ripetitori oggetto del contratto tra BT e SES,

2. al di fuori del Regno Unito e

3. al di là dello stesso satellite Astra.

Per quanto riguarda i punti 1 e 2: la clausola 6 (4) disponeva che tutti i programmi originari del Regno Unito dovevano essere commercializzati attraverso l'impresa comune con BT e che SES non avrebbe dovuto cercare di deviare i programmi realizzati nel Regno Unito verso tratte in salita fuori del Regno Unito.

Come chiarito in una delle lettere accessorie, SES doveva altresì astenersi dall'incoraggiare i fornitori di programmi dal realizzare i loro programmi in lingua inglese in studi fuori del Regno Unito. Anche se essi lo avessero fatto, la clausola 6 (5), che stabiliva che i clienti che utilizzavano un collegamento in salita dal Regno Unito senza passare per l'impresa comune non potevano beneficiare di condizioni più favorevoli dei clienti dell'impresa comune, escludeva che si potesse trarre alcun beneficio dall'aggirare quest'ultima.

Per quanto riguarda il punto 3 si consideri la clausola 6 (6) che obbligava SES a non utilizzare ripetitori su satelliti diversi da Astra IA per programmi realizzati o trasmessi in salita dal Regno Unito finché fosse ancora disponibile uno dei ripetitori oggetto dell'accordo di impresa comune.

2. *Restrizioni sul mercato della tratta in salita*

(17) I fornitori di programmi del Regno Unito che intendevano prendere in locazione i ripetitori del satellite Astra erano costretti a farlo tramite l'impresa comune. Anche se in teoria avrebbero potuto rivolgersi ad un concessionario diverso da BT, l'obbligo di SES di assicurare l'uso del collegamento in salita di BT verso i ripetitori [clausola 6 (5)] e il fatto che la «commissione di BT» del 10 % sarebbe stata comunque versata a BT, quale che fosse «l'operatore titolare di una concessione» al quale BT Astra SA avesse in definitiva locato i ripetitori perché li mettesse a disposizione dei clienti, facevano sì che in realtà la controparte contrattuale di fronte alla quale si trovavano i fornitori di programmi desiderosi di accedere ad Astra era BT. Secondo la clausola 3 (1) il servizio offerto ai clienti dall'«operatore concessionario» doveva comprendere i ripetitori e la tratta in salita. Spinti dalle condizioni più favorevoli offerte nell'eventualità che optassero per una locazione a lungo termine, la maggior parte dei clienti (per una quota corrispondente a otto dei nove ripetitori affittati al 1° dicembre 1989) conclusero con BT contratti decennali. I patti comportavano le seguenti restrizioni:

Restrizioni tra le parti

— concorrenza tra le parti per i servizi nella tratta in salita: BT e SES sono diretti concorrenti nel mercato della tratta in salita in quanto ambedue titolari di una concessione per la fornitura di servizi di collegamento in salita. È vero che le concessioni di BT e SES erano valide solo per i rispettivi territori nazionali, ma le frontiere nazionali non rappresentano un impedimento per i fornitori di programmi che possono sia inviare i loro programmi, con mezzi convenzionali o altri, in un altro paese per far partire da lì la tratta in salita, sia installare studi televisivi nella località in cui le condizioni sono più favorevoli. All'audizione orale, SES ha confermato che quattro programmi televisivi tedeschi venivano trasmessi verso satelliti diversi da Astra in Germania, irradiati in discesa verso il Lussemburgo e nuovamente trasmessi in salita al satellite Astra IA dalla stessa SES. RTL-4, già RTL-Véronique, un canale destinato principalmente a telespettatori di lingua olandese, ha installato uno studio nel Lussemburgo per beneficiare di un collegamento diretto in salita con Astra IA a cura di SES.

Tuttavia varie clausole del contratto principale tra BT e SES sopprimevano qualsiasi concorrenza reale tra le parti per quanto riguarda la tratta in salita: la clausola 5 (1) obbligava BT a consultarsi con SES nel fissare il prezzo per l'elemento relativo al collegamento in salita; la clausola 5 (2) imponeva a BT di non chiedere un canone inferiore per un eventuale servizio di collegamento in salita verso altri satelliti, ad esempio Eutelsat II; le clausole 6 (4) e 6 (5) erano intese a distogliere SES dall'indurre i fornitori di programmi a utilizzare i suoi impianti di collegamento in salita nel Lussem-

burgo offrendo condizioni commerciali preferenziali per la capacità sul satellite o per i servizi nella tratta in salita.

Ambedue le parti hanno sostenuto che queste disposizioni non avevano alcuna conseguenza pratica in quanto i fornitori di programmi del Regno Unito non sarebbero stati comunque interessati ad un servizio di collegamento in salita effettuato da SES nel Lussemburgo, previo invio dei programmi dal Regno Unito o direttamente, dopo aver spostato gli studi televisivi. Tuttavia, come illustrato dai casi dei canali televisivi tedeschi e olandesi citati sopra, i movimenti transfrontalieri nel mercato della tratta in salita sono realmente possibili. Le disposizioni del contratto di impresa comune e in particolare la lettera accessoria alla clausola 6 (4) erano proprio intese ad impedire questo tipo di movimenti e non potevano essere, come suggerito dalle parti, prive di ogni significato pratico. Di fatto BT ha successivamente confermato che le limitazioni imposte alle attività di SES nella tratta in salita dal Lussemburgo erano state inserite perché «si temeva un dumping dei prezzi per il collegamento in salita che avrebbe indotto una distorsione nelle decisioni di una società televisiva operante razionalmente sotto il profilo economico ... Il Lussemburgo, vista la lontananza della maggior parte dei consumatori, avrebbe potuto avere interesse a fissare per tale capacità (nella tratta in salita) un prezzo irrealisticamente basso».

Restrizioni nei confronti di terzi

— esclusione di altri fornitori (potenziali) di collegamenti in salita: il fatto che, nel quadro dell'impresa comune, la maggior parte dei fornitori di programmi che hanno firmato i contratti per la clientela di BT sono legati a BT per i servizi nella tratta in salita per una durata di dieci anni rappresenta per gli altri operatori titolari di una concessione nel Regno Unito un'esclusione assoluta decennale dalla possibilità di fornire tale servizio per quanto riguarda il satellite Astra, che è rimasto l'unico satellite europeo di media potenza per tre anni dopo la conclusione dei contratti. La clausola 6 (6), per di più, stabiliva che SES non poteva utilizzare ripetitori su altri satelliti [ad esempio Astra (IB)] per programmi originari o collegati in salita nel Regno Unito fino a quando rimaneva in servizio un satellite incluso nel contratto di impresa comune. Inoltre, finché non sono stati conclusi i patti di cui al punto 5.2, non vi erano altri fornitori di servizi nella tratta in salita che avessero accesso a capacità di Eutelsat o Intelsat nel segmento spaziale;

— limitazione della scelta dei clienti: i clienti del Regno Unito interessati a trasmettere attraverso Astra erano costretti ad accettare i servizi di collegamento in salita offerti da BT mentre avrebbero potuto o potrebbero spuntare condizioni più favorevoli altrove. L'abbinamento del servizio di collegamento in salita di BT con la capacità sul satellite Astra era aggravato dal fatto che i contratti stipulati con la maggior parte dei clienti prevedevano il pagamento di un unico importo forfettario per i due elementi del contratto. Non conoscendo il prezzo addebitato rispettivamente per la tratta in salita e per la capacità dei ripetitori, i clienti si trovavano nell'impossibilità di negoziare le condizioni che venivano loro imposte.

3. *Rilevanza e effetti sul commercio tra Stati membri*

(18) Per i motivi suesposti i contratti hanno provocato gravi restrizioni della concorrenza che, date le dimensioni di tutte le parti interessate, compresi i clienti, sono da considerare rilevanti. Per la natura stessa dei servizi di cui trattasi e tenuto conto anche delle singole clausole intese a scoraggiare o a impedire attività transfrontaliere sui mercati tanto dei ripetitori quanto della tratta in salita, il commercio tra Stati membri è stato pregiudicato; l'articolo 85 paragrafo 1 del trattato CEE è quindi applicabile.

B. Articolo 85 paragrafo 3

(19) Perché la Commissione dichiari inapplicabile ai sensi dell'articolo 85 paragrafo 3 il divieto di cui all'articolo 85 paragrafo 1 devono essere soddisfatte tutte le condizioni di cui al medesimo paragrafo 3. In primo luogo gli accordi restrittivi devono produrre, sotto il profilo del miglioramento della produzione e della distribuzione o della promozione del progresso tecnico o economico, benefici superiori agli svantaggi derivanti dalla limitazione della concorrenza.

In via generale le parti hanno sostenuto che le eventuali restrizioni della concorrenza risultanti dalla loro cooperazione erano più che compensati dai benefici in termini di progresso economico nella fornitura di servizi di televisione via satellite e di più efficace distribuzione dei medesimi. Si può

ammettere che Astra, come primo satellite di proprietà privata ad offrire servizi internazionali di televisione in concorrenza con i satelliti Intelsat ed Eutelsat ed ancor più come primo satellite di media potenza, abbia contribuito ad accrescere la concorrenza sul mercato delle trasmissioni televisive via satellite. Tuttavia, a giudizio della Commissione, tali benefici sono stati prodotti dall'esistenza del satellite Astra in quanto tale e non dagli accordi stipulati tra BT e SES per la commercializzazione e l'esercizio del satellite. Si tratta quindi di accertare se SES avrebbe potuto entrare nel mercato con il satellite Astra IA indipendentemente dagli accordi con BT oppure, come sostenuto dalle parti, se tali accordi erano indispensabili perché riuscisse ad entrare in lizza un nuovo concorrente nei confronti dei sistemi Eutelsat e Intelsat esistenti.

(20) Le parti non hanno sostenuto che SES doveva collaborare con BT per superare i primi ostacoli che si opponevano all'entrata di nuovi operatori nel mercato del settore, e cioè gli altissimi costi di acquisto e di lancio del satellite stesso. SES era in grado di sostenerli da sola ed ha del resto dichiarato che non intendeva cercare un socio per entrare nel mercato della fornitura di capacità di trasmissione di programmi televisivi via satellite. Tuttavia le caratteristiche specifiche di detto mercato rappresentavano un ostacolo all'entrata di rilevanza tale che SES concluse che esso era superabile solo attraverso gli accordi con BT.

(21) In particolare le parti hanno addotto che SES, se voleva sfruttare la domanda nel Regno Unito, «non aveva alternative» alla costituzione di un'impresa comune con BT in quanto:

— il fatto che BT fosse il firmatario Eutelsat per il Regno Unito ha in ultima analisi permesso a SES di ottenere il consenso di Eutelsat per l'esercizio del satellite: a una procedura di coordinamento devono infatti partecipare due firmatari Eutelsat e SES aveva quindi bisogno di un secondo firmatario oltre alle PTT lussemburghesi che la appoggiavano in quanto società avente sede nel Lussemburgo. Sulla base di quanto già spiegato per quanto riguarda i programmi in lingua inglese (cfr. sopra, punto 6) e del manifesto interesse di BT a fornire servizi nella tratta in salita, fu scelta quest'ultima società;

— il fatto che BT, al momento della conclusione degli accordi, fosse il solo operatore ad offrire effettivamente un servizio nella tratta in salita dal Regno Unito garantiva ai potenziali clienti un accesso senza problemi all'indispensabile collegamento in salita verso il satellite Astra.

Queste considerazioni possono aver effettivamente determinato il comportamento di SES all'epoca, ma non costituiscono valide ragioni obiettive che giustifichino gli accordi restrittivi tra le parti.

(22) Le parti hanno fatto presente che, pur non essendovi disposizioni in tal senso nella convenzione Eutelsat, SES doveva avere l'appoggio di un secondo firmatario per avviare con successo la procedura di coordinamento Eutelsat. È stato inoltre accertato che, oltre un anno prima della stipula del contratto principale, BT si offrì di contribuire al successo commerciale del sistema di satelliti Astra di SES, allora allo stadio di progetto, presentandosi tra l'altro come il necessario secondo firmatario. BT dichiarò esplicitamente che questa assistenza sarebbe stata prestata nel quadro di un accordo tra BT e SES. È quindi comprensibile che SES, come dichiarato nella risposta alla comunicazione degli addebiti, non si aspettasse che BT prestasse i suoi servizi in quanto firmatario senza una qualche compensazione.

Non vi sono tuttavia ragioni obiettive che giustifichino l'imposizione a SES di un rapporto di associazione come contropartita dell'assistenza di BT nella procedura di coordinamento. L'articolo XVI della convenzione Eutelsat dispone solo che un firmatario, se viene a conoscenza dell'intenzione di un operatore sul suo territorio di utilizzare impianti non di Eutelsat nel segmento spaziale, deve fornire tutte le informazioni pertinenti e atte a consentire alle parti di stabilire se Eutelsat rischi di subire un pregiudizio considerevole. Questa disposizione non impone in alcun modo al firmatario che avvia una procedura di coordinamento di concludere un accordo di collaborazione con l'operatore che si propone di entrare nel mercato, né vi sono altre disposizioni in tal senso nella convenzione o nell'accordo operativo. In realtà, come si è rilevato sopra al punto 8.10, il direttore generale di Eutelsat ha dichiarato di non essere a conoscenza degli accordi tra BT e SES. In altri termini l'obbligo di BT di avviare una procedura di coordinamento ai sensi dell'articolo XVI è sorto nel momento stesso in cui essa si è resa conto che vi erano clienti interessati ad usare il satellite Astra nel Regno Unito; BT ha prodotto una corrispon-

denza con fornitori di programmi risalente a molto tempo prima della stipulazione del contratto con SES in cui tale interesse era chiaramente espresso. Un fornitore di programmi, in una lettera del 9 ottobre 1986, annunciò «formalmente» a BT, quale firmatario di Eutelsat per il Regno Unito, il suo «concreto interesse ad utilizzare Astra» ed espresse la sua preoccupazione per il fatto che BT non avesse notificato tale interesse ad una precedente riunione di Eutelsat.

SES ha fatto osservare che secondo la dichiarazione di Oftel sull'istituzione dell'Ufficio degli affari del firmatario (SAO) (cfr. sopra, punto 5.2) BT ha diritto a una commissione equivalente al 7 % del canone per il segmento spaziale a copertura delle spese sostenute per i suoi servizi in quanto firmatario; SES ha paragonato detta commissione alla commissione del 10 % dovuta a BT ai sensi degli accordi notificati. La dichiarazione di Oftel non può tuttavia essere presa come termine di paragone nel caso in esame in quanto si riferisce a situazioni in cui BT funge da intermediario per i candidati all'uso di capacità nel segmento spaziale sui satelliti Eutelsat (e Intelsat) e comprende un insieme di attività del firmatario molto più ampio della sua sola partecipazione alla procedura di coordinamento. Inoltre gli accordi tra BT e SES si spingevano assai oltre il mero pagamento della commissione a BT e provocavano le gravi restrizioni della concorrenza illustrate sopra ai punti 12 e segg.

In ogni caso un accordo stipulato allo scopo di agevolare o seguire una procedura attraverso la quale l'entrata di nuovi concorrenti è assoggettata all'approvazione dei concorrenti già presenti sul mercato non può beneficiare di un'esenzione a norma dell'articolo 85 paragrafo 3, che è subordinata alla realizzazione di vantaggi obiettivi quali miglioramenti della produzione o della distribuzione o progressi tecnici ed economici.

(23) La Commissione non può ammettere che i contratti tra BT e SES fossero indispensabili per garantire agli emittenti di programmi del Regno Unito l'accesso ai necessari servizi di collegamento in salita di BT, al momento l'unico fornitore di fatto di detti servizi per la distribuzione televisiva via satellite nel Regno Unito.

A giudizio della Commissione, BT era tenuta, sia ai sensi delle condizioni 1 e 5 della sua concessione a norma del Telecommunications Act del 1984, sia a norma della legislazione comunitaria, e segnatamente dell'articolo 86, a prestare i servizi di collegamento in salita senza chiedere di partecipare alla locazione dei ripetitori del satellite di SES e senza farsi di conseguenza attribuire la commissione del 10 % sui proventi della locazione della capacità del satellite da parte di SES.

In risposta alla comunicazione degli addebiti SES ha sostenuto che al momento della conclusione dei contratti non era «affatto chiaro» che potesse contare su un obbligo di BT a prestare servizi di collegamento in salita ai sensi della sua concessione ed ha fatto rilevare che la decisione di Oftel nel caso PanAmSat, con la quale è stato stabilito che l'obbligo di BT sorge fin dal momento in cui riceve da una persona stabilita nel Regno Unito la richiesta di un dato servizio, a condizione che il cliente sia disposto a pagare un prezzo ragionevole, è stata emessa solo nel marzo del 1988. SES ha inoltre addotto che, anche se la posizione di Oftel su questo punto fosse stata chiara nel periodo precedente la conclusione del contratto di impresa comune nel dicembre del 1987, BT non sarebbe stata probabilmente costretta a costruire una stazione di terra se i clienti non avessero già stipulato dei contratti per la prestazione del servizio.

Le tesi di SES non possono essere accolte. In primo luogo, se gli obblighi derivanti dalla concessione di BT non erano chiari nel momento in cui SES aveva bisogno di rassicurare i clienti sulla disponibilità di un collegamento in salita verso il satellite Astra, la situazione non poteva certo essere chiarita concludendo accordi restrittivi con BT. PanAmSat, che ebbe effettivamente delle difficoltà ad ottenere da BT un servizio nella tratta in salita, non concluse con essa un contratto di impresa comune ma protestò presso Oftel. SES invece non tentò di giungere alla prova dei fatti. Ben prima della conclusione degli accordi BT aveva avviato una corrispondenza con fornitori di programmi chè si dichiaravano chiaramente interessati al satellite Astra IA; nell'ottobre del 1986 un cliente potenziale di Astra annunciò «formalmente» a BT di essere «concretamente interessato» ad usare Astra (cfr. sopra, punto 22) anche in presenza di possibilità limitate di ricezione nella tratta in discesa nei paesi dell'Europa settentrionale. In assenza di altri operatori in grado di trasmettere nella tratta in salita segnali per la distribuzione televisiva, in quel momento tutti i servizi di collegamento in salita dal Regno Unito al satellite Astra IA dovevano necessariamente essere assicurati da BT. Tuttavia,

prima che detti clienti potessero tradurre il loro interesse in impegni sufficientemente saldi da far scattare l'obbligo di BT di prestare il servizio di collegamento in salita (ai sensi della condizione 53.6 della concessione di BT non è necessario che venga effettivamente stipulato un contratto), furono messi a punto i patti tra SES e BT. Di nuovo non si giunse alla prova dei fatti. Inoltre non è chiaro perché BT decise effettivamente che la costruzione di una stazione di terra dedicata era giustificata semplicemente in virtù dei patti con SES; BT ha dichiarato essa stessa di aver installato «una nuova stazione terminale dedicata per il collegamento in salita con il satellite Astra IA ... prima che BT si assicurasse un qualsiasi cliente per i servizi relativi al satellite Astra IA».

Infine il capitale investito da BT in tali impianti rappresentava ± 3 % della spesa totale di SES per la costruzione e il lancio del satellite. Per garantire a BT il recupero del suo investimento doveva pur bastare un accordo meno restrittivo del contratto di impresa comune.

Per quanto riguarda il diritto comunitario, deve essere evidente che, sul piano dei principi generali, nel settore delle telecomunicazioni, caratterizzato da attività che possono essere svolte solo da operatori titolari come BT di apposita concessione, i servizi attribuiti in concessione devono essere a libera disposizione dei partecipanti al mercato e la loro prestazione non può essere subordinata alla conclusione da parte dei candidati all'entrata nel mercato di patti restrittivi con l'operatore titolare della concessione. Il fatto che SES «non fosse convinta che la normativa comunitaria fosse sufficiente a obbligare BT a fornire servizi nella tratta in salita» non giustifica la soluzione da essa finalmente scelta. Ancora una volta SES non ha atteso la prova dei fatti.

(24) Le parti sono state informate fin dall'inizio che, sulla base degli argomenti illustrati sopra in relazione al coordinamento Eutelsat e ai servizi nella tratta in salita, le condizioni di cui all'articolo 85, paragrafo 3 non apparivano soddisfatte. Fu quindi sviluppata a difesa degli accordi un'ulteriore serie di argomentazioni che adduceva

— i benefici di un unico contratto globale con i clienti, comprendente sia il collegamento in salita, sia la capacità dei ripetitori,

— la necessità che BT partecipasse alla ricerca di clienti per Astra IA nel Regno Unito.

(25) Secondo le parti un contratto unico con i clienti, comprendente il collegamento in salita e la capacità del satellite, rendeva un'unica entità, BT, sola responsabile dell'intero servizio. Per il cliente questa formula risultava non solo conveniente, ma anche atta ad accelerare la soluzione dei problemi tecnici; nel quadro del pacchetto di servizi BT sarebbe stata assai probabilmente pronta ad ovviare a un deterioramento della qualità dei segnali indipendentemente dalla sua origine, ad esempio rafforzando il segnale in salita per compensare un segnale più debole nella tratta in discesa; diversamente, BT non sarebbe stata responsabile di quest'ultima deficienza. Se vi fossero due contratti distinti l'operatore della tratta in salita (BT) e l'esercente del satellite (SES) si preoccuperebbero solo della parte di loro competenza e non vi sarebbe un controllo del servizio nel suo insieme. Nessuno dei due sarebbe disposto ad intervenire per ovviare a un inconveniente finché non fosse individuato il punto della catena di trasmissione in cui si situa il guasto.

(26) A giudizio della Commissione non vi è motivo di ritenere che un contratto globale presenti vantaggi tecnici che non sarebbero offerti da due contratti separati. Si possono anzi addurre i seguenti argomenti in senso contrario:

a) per prestare un servizio di collegamento in salita un operatore come BT deve essere titolare di una concessione. In contropartita dell'autorizzazione a prestare detti servizi il concessionario deve garantire, per quanto possibile, che il servizio raggiunga effettivamente i telespettatori, consentendo loro una ricezione chiara e continua dei programmi televisivi sul proprio schermo. Se l'operatore che provvede al collegamento in salita, può influire sulla qualità del prodotto finale ricevuto dal telespettatore, ha l'obbligo, secondo la Commissione, di prestare il miglior servizio possibile. Se successivamente risulta che un maggior impegno dell'operatore nella tratta in salita è stato reso necessario da disfunzioni in una parte dell'interconnessione di cui non è direttamente responsabile, egli ha naturalmente diritto a una compensazione da parte dell'ente responsabile della disfunzione stessa;

b) la tesi delle parti che contratti distinti tenderebbero a rallentare la correzione di disfunzioni

dei segnali ignora che anche nell'ambito di un contratto globale la parte responsabile della disfunzione è tenuta a risarcire l'altra di qualsiasi perdita subita. È quindi nell'interesse di ciascuna parte che le disfunzioni siano identificate e riparate immediatamente per limitare la loro eventuale responsabilità finale. Questo interesse non è in alcun modo legato all'esistenza di un contratto globale;

c) nella dichiarazione del direttore generale di Oftel sul satellite indipendente PanAmSat (cfr. sopra, punto 23) si cita la condizione 35 della concessione di BT che vieta in generale le vendite collegate. Il direttore generale osserva che sebbene nel caso dei satelliti Intelsat (e lo stesso vale per Eutelsat) gli utenti non possano accedere direttamente al settore dei satelliti e BT sia autorizzata, in quanto firmatario, a fornire sia il collegamento in salita, sia la capacità del satellite, lo stesso ragionamento non sarebbe più valido «con l'avvento di sistemi di satelliti indipendenti ... e si imporrebbe una separazione». «Se vi fosse un sistema di satelliti indipendente ... i clienti sarebbero liberi di concludere in proprio degli accordi con l'operatore indipendente del satellite.» Nelle considerazioni del direttore generale non viene citata alcuna ragione tecnica che giustifichi l'esercizio della tratta in salita e del satellite da parte di un unico ente.

La tesi della Commissione è stata confermata dai fornitori di programmi che utilizzano il satellite Astra IA. Una serie di utenti che, nel loro insieme, si servono della maggior parte dei ripetitori hanno negato che un contratto globale presentasse vantaggi tecnici. Per illustrare la non rispondenza al vero della tesi secondo la quale BT sarebbe l'unico punto di riferimento dei clienti in caso di problemi, i fornitori di programmi hanno citato un inconveniente tecnico verificatosi nella primavera del 1989. Un fornitore di programmi, essendosi rivolto a BT in quanto diretto responsabile secondo i contratti con la clientela, fu successivamente invitato a rivolgersi a SES per risolvere il problema; anche un altro fornitore di programmi ha dichiarato di essersi finalmente deciso ad affrontare il problema direttamente con SES perché BT tardava a risolverlo.

(27) Sempre a difesa dei contratti globali con i clienti le parti hanno sostenuto che è più razionale negoziare un unico contratto per l'insieme di un servizio piuttosto che avviare trattative distinte per ciascun elemento. Inoltre un cliente che abbia stipulato un unico contratto che copre sia la tratta in salita, sia la capacità dei ripetitori si trova avvantaggiato nel caso in cui debba chiedere un risarcimento per un disservizio. Per esempio se il collegamento in salita non funziona per colpa di BT, il cliente beneficerà di uno sconto per il segmento spaziale oltre che per la tratta in salita. Nel caso di due contratti distinti sarebbe poco probabile che una parte concedesse uno sconto per il disservizio imputabile all'altra controparte.

A giudizio della Commissione l'eventuale maggiore efficacia risultante dalla negoziazione di un contratto unico non comporta benefici superiori agli inconvenienti insiti in un pacchetto contrattuale globale dal punto di vista sia dei clienti, che devono acquistare i servizi in blocco, sia dei prestatori di servizi concorrenti che si trovano esclusi dal mercato. Per quanto riguarda i risarcimenti in caso di disservizio, è vero che se si stipulassero contratti distinti questi dovrebbero includere delle clausole intese ad esentare i clienti dall'obbligo di pagare un servizio «A» di cui non hanno potuto beneficiare non per propria colpa bensì perché un terzo, prestatore di un servizio «B» dalla cui esecuzione dipende quella del servizio «A», lo ha assicurato in modo insoddisfacente o non lo ha affatto assicurato.

(28) In conclusione la Commissione ritiene che un contratto globale non produca alcun beneficio atto a giustificare gli accordi tra le parti. Questa valutazione tiene conto delle opinioni espresse da quattro fornitori di programmi che utilizzano il satellite Astra IA per mezzo dei contratti con i clienti conclusi con BT:

1. il fornitore di programmi X, che aveva preso in locazione più ripetitori su Astra IA ha dichiarato: «Il principale argomento trattato nell'incontro [con i funzionari della Commissione] è l'insoddisfazione di X per la "commissione" dei servizi nel suo contratto ... con BT ...» ... «La mancanza di trasparenza nell'abbinare il collegamento in salita e i ripetitori costituisce un difetto importante»; «X ha finito per stipu-

lare un contratto con BT solo perché non aveva alternative ... in quanto BT aveva ottenuto un diritto di esclusiva per commercializzare un certo numero di ripetitori del satellite Astra a clienti del Regno Unito»; «come acquirente, X avrebbe preferito trattare con SES».

2. il fornitore di programmi Y ha dichiarato che avrebbe preferito due contratti perché vi sarebbe stato spazio per negoziare prezzi diversi. Diversi mesi prima di firmare un contratto con BT per due ripetitori su Astra IA, Y aveva scritto a Oftel segnalando «le gravi difficoltà che incontriamo per ottenere quotazioni concorrenziali per la fornitura di capacità su satelliti di media potenza ...»; «noi di Y, insieme ad altre società di televisione via satellite, abbiamo invitato Eutelsat e SES Astra a presentare offerte per la messa a disposizione di dette capacità. Ambedue le organizzazioni ci hanno informato che dovevamo trattare tramite British Telecom International»; «la situazione è per noi ancor più spiacevole in quanto BT esige, nell'ambito del contratto per la capacità sul satellite, che ci serviamo per il collegamento in salita della loro stazione di terra sita a Woolwich. Ci sembra che essi sfruttino il loro monopolio per imporre una vendita collegata».

3. il fornitore di programmi Z ha dichiarato che «si decise che era meglio trattare con un'unica persona per l'insieme del contratto e del servizio». Nel soppesare questa dichiarazione la Commissione ha tenuto conto dei seguenti elementi:

— non sono state spiegate le ragioni di questa decisione; per quanto riguarda i vantaggi tecnici derivanti dall'avere a che fare con un unico soggetto, la prima risposta di Z quando fu chiesto a chi si sarebbe rivolto in caso di problemi è stata «SES»;

— nel momento in cui fu stipulato il contratto, Z era per il 25 % di proprietà di BT; tutte le decisioni importanti, come il noleggio dei ripetitori, erano prese all'unanimità dai tre azionisti.

4. il fornitore di programmi Q è una società avente sede fuori del Regno Unito che, ancor prima dell'entrata nel mercato di Astra IA, si era vista costretta a installare i suoi studi televisivi a Londra perché non era chiaro se l'OT competente per il suo territorio avrebbe offerto un servizio di collegamento in salita con la capacità nel segmento spaziale di Intelsat, servizio che BT era invece disposta a fornire. Q ha dichiarato che poiché «aveva già scelto Londra come luogo di trasmissione, British Telecom era l'unica organizzazione che poteva procurare accesso alla capacità di Astra». Q cita alcuni vantaggi derivanti dall'avere un contratto globale, ma sembra essere partito dal presupposto che la capacità di Astra poteva essere acquisita solo tramite BT; del resto i vantaggi citati non hanno mai dovuto subire la prova dei fatti.

Le parti hanno sostenuto che all'epoca dei fatti non si era manifestato un interesse dei clienti per servizi separati e che le dichiarazioni rese oggi dai fornitori di programmi, visto che le condizioni del mercato sono mutate, non riflettono necessariamente il loro atteggiamento al momento della conclusione dei contratti. È vero che la Commissione non ha trovato traccia di richieste scritte dei clienti a BT e a SES intese ad ottenere servizi distinti e non riuniti in un pacchetto. BT ha tuttavia riconosciuto, nel corso del procedimento, che aveva avviato colloqui in merito ad Astra IA con emittenti di programmi prima della conclusione dei contratti con SES; tali colloqui non avevano però avuto riscontro in una corrispondenza «messa agli atti». Tuttavia, in una lettera a Oftel, citata nel precedente punto 2, un fornitore di programmi ha dichiarato che egli stesso ed altri avevano chiesto direttamente a SES la fornitura di capacità sul satellite, ma che avevano dovuto rivolgersi a BT come ente con cui trattare. In ogni caso ai clienti sarebbero stati necessariamente negati servizi non riuniti in un pacchetto alla luce della clausola 3 (1) del contratto principale, ai sensi della quale «il servizio offerto ai clienti comprenderà i ripetitori oggetto del presente contratto più la tratta in salita».

SES ha sostenuto che, scegliendo di stipulare contratti a lungo termine, i clienti hanno dimostrato di non ritenersi danneggiati dall'abbinamento dei servizi. La Commissione ritiene invece più proba-

bile che la scelta dei clienti sia stata determinata dallo sconto fino al 50 % di cui potevano beneficiare optando per un contratto a lungo termine.

(29) Per quanto riguarda l'aspetto commerciale, le parti hanno sostenuto che era necessario mettere in comune la rispettive specializzazioni, risorse ed esperienze per promuovere l'uso del satellite Astra. BT, avendo maturato vari anni di esperienza nella commercializzazione e nella fornitura di servizi via satellite a fornitori di programmi televisivi nel Regno Unito, era addetta alla ricerca di clienti, mentre le responsabilità commerciali di SES si riferivano alla promozione «al dettaglio», intendendo con ciò sia i produttori di attrezzature, sia i telespettatori.

La Commissione non è d'accordo con la tesi secondo cui SES non avrebbe potuto trovare dei clienti nel Regno Unito da sola, senza la collaborazione commerciale di BT. Il numero totale dei fornitori di programmi televisivi interessati alla televisione via satellite nel Regno Unito era inferiore a dieci al momento della costituzione dell'impresa comune e non si vede perché il servizio commerciale di SES non avrebbe potuto avvicinare per proprio conto tali clienti potenziali. Un fornitore di programmi ha del resto dichiarato che il direttore commerciale di SES si era impegnato personalmente in un'attivissima promozione del satellite Astra nel Regno Unito vari anni prima che esso fosse lanciato e che fosse stipulato il contratto di impresa comune. SES ha ribattuto che i suoi primi approcci con i clienti si sono tradotti in contratti vincolanti solo con l'aiuto di BT. Visto che i clienti potenziali erano stati informati molto presto e ben prima che venissero firmati i primi contratti con la clientela che doveva trattare con BT, non è possibile stabilire in via retrospettiva se i clienti ritenessero che la partecipazione di BT fosse indispensabile a tal fine. Va tuttavia rilevato che SES ha venduto i ripetitori che non rientravano negli accordi di impresa comune direttamente a fornitori di programmi in una serie di paesi, senza essere costretta a passare per un'impresa comune con l'organizzazione locale di telecomunicazioni.

Infine è vero che la partecipazione di BT alla «vendita» dei ripetitori del satellite Astra ha facilitato il passaggio ad Astra dei clienti di BT che si servivano di Eutelsat e Intelsat grazie alle disposizioni dell'accordo di impresa comune in materia di «doppia illuminazione» e di risoluzione anticipata dei contratti in corso, ma parecchi clienti si sono detti convinti che la riduzione del costo del segmento spaziale che avrebbero potuto spuntare se BT non fosse stata cointeressata al satellite Astra avrebbe ampiamente compensato i costi aggiuntivi che avrebbero dovuto sostenere se la «doppia illuminazione» non fosse stata gratuita.

(30) Le attività commerciali «al dettaglio» svolte da SES rappresentano il prolungamento di un settore di attività nel quale, secondo le parti, «aveva già operato su scala paneuropea, compreso il Regno Unito» e nel quale avrebbe comunque continuato ad operare anche senza gli accordi con BT.

Conclusioni

(31) Sulla base di quanto precede la Commissione è giunta alla conclusione che gli accordi tra BT e SES

— non hanno contribuito ad alcun miglioramento e non hanno apportato alcun beneficio al mercato di cui trattasi e

— non erano indispensabili per consentire l'entrata di SES nel mercato della messa a disposizione di capacità nel segmento spaziale

e che, di conseguenza, gli accordi notificati non potevano beneficiare di un'esenzione.

Stando così le cose, non è necessario accertare se siano soddisfatte le altre condizioni di cui all'articolo 85, paragrafo 3.

C. Articolo 3 del regolamento n. 17

(32) Ai sensi dell'articolo 3 del regolamento n. 17 la Commissione, se constata un'infrazione dell'articolo 85, può obbligare mediante decisione le imprese interessate a porre fine a detta infrazione. Ciò comporta non solo lo scioglimento degli accordi restrittivi conclusi tra le parti, ma anche l'eliminazione degli effetti restrittivi contenuti nei contratti conclusi con imprese terze in base ai suddetti accordi restrittivi.

Nel caso in esame le parti, dopo essere state sentite in conformità dell'articolo 19, paragrafi 1 e 2 del suddetto regolamento, hanno informato la Commissione che il contratto di impresa comune da esse stipulato, i diversi patti accessori e impegni contenuti nelle lettere connesse erano stati sciolti al 30 gennaio 1991; ai sensi delle disposizioni del patto di scioglimento, il contratti con i clienti in corso rimangono in vigore, salvo che i ripetitori

sono locati direttamente da SES a BT anziché per mezzo dell'impresa comune; alla scadenza di detti contratti BT non avrà più alcun diritto per quanto riguarda i ripetitori interessati o qualsiasi altro ripetitore su Astra IA o Astra IB.

(33) Lo scioglimento del contratto di impresa comune garantirà l'autonomia commerciale delle parti. Tuttavia, i contratti con i clienti stipulati da BT nel quadro degli accordi di impresa comune continuano ad essere validi senza alcuna modificazione, ai sensi della clausola 5.1 (i) del patto di scioglimento tra le parti.

Detti contratti con i clienti perpetuano gli effetti restrittivi derivanti dal contratto di impresa comune, poiché i clienti che intendevano trasmettere i loro programmi per mezzo del satellite Astra IA non avevano la scelta di concludere accordi separati, da un lato, per il servizio di collegamento in salita e, dall'altro, per la locazione delle capacità dei ripetitori. Inoltre, i termini di questi contratti con clienti erano determinati da BT e SES nel quadro dell'accordo di impresa comune, vale a dire in situazione di concorrenza falsata. Ciò non significa che i contratti con i clienti rientrano anch'essi nel campo di applicazione dell'articolo 85, paragrafo 1, unicamente a causa dei loro collegamenti con gli accordi orizzontali restrittivi. Tuttavia, gli effetti restrittivi che questi contratti perpetuano potranno essere eliminati solo quando i clienti avranno acquisito il diritto di revisione. Di conseguenza, essi dovranno avere la facoltà di restare legati ai contratti conclusi con BT, di recedere da tali contratti o di rinegoziarne i termini. A tal fine ed entro un mese dalla notificazione della presente decisione, BT e SES informeranno i fornitori di programmi che hanno stipulato con BT, prima del 30 gennaio 1991, contratti per servizi internazionali di distribuzione televisiva attraverso il satellite Astra IA che, per un periodo di quattro mesi a decorrere dalla ricezione di detta informazione, hanno il diritto di

— rinegoziare i termini del contratto o

— recedere dal contratto, salvo ragionevole preavviso.

I clienti che scelgono di rinegoziare o di recedere devono in ogni caso ricevere l'assicurazione che i servizi di collegamento in salita e l'uso della capacità dei ripetitori continueranno ad essere loro forniti senza interruzione durante il periodo transitorio.

I contratti con i clienti che per scelta di questi continuano a rimanere in vigore alle condizioni originarie saranno restrittivi della concorrenza solo se provocheranno l'esclusione di fornitori di collegamenti in salita diversi da BT. Tuttavia, una tale esclusione sembra improbabile alla luce delle condizioni di mercato attuali, in particolare vista la possibilità per i fornitori di collegamenti in salita del Regno Unito di accedere per mezzo dell'Ufficio degli affari del firmatario (SAO) alla capacità di Eutelsat e Intelsat nel segmento spaziale e l'aumento della capacità del segmento spaziale stesso, fra l'altro grazie all'entrata in servizio, nel frattempo, di Astra IB. Qualora sopraggiungessero nuovi elementi, potrebbero essere aperti nuovi procedimenti indipendenti da quelli che hanno portato alla presente decisione,

HA ADOTTATO LA PRESENTE DECISIONE:

Articolo 1

Il contratto principale del 17 dicembre 1987 tra la Société Européenne des Satellites SA e la British Telecommunications plc, nonché l'insieme delle lettere e dei patti accessori che disciplinavano la cooperazione delle due parti nella prestazione congiunta di un servizio di distribuzione televisiva via satellite (in prosieguo globalmente denominati «gli accordi») hanno costituito un'infrazione dell'articolo 85, paragrafo 1 del trattato CEE protrattasi fino al 30 gennaio 1991, data del loro scioglimento.

Articolo 2

Per il periodo di vigenza degli accordi di cui all'articolo 1 è negata l'esenzione a norma dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato CEE.

Articolo 3

Entro un mese dalla data di notificazione della presente decisione, la British Telecommunications plc e la Société Européenne des Satellites SA comunicheranno per iscritto i fornitori di programmi televisivi che hanno stipulato con BT, prima del 30 gennaio 1991, contratti per

la fornitura di servizi di distribuzione televisiva attraverso il satellite Astra IA, la decisione della Commissione, e in particolare il tenore degli articoli 1 e 2, avvertendoli che, per un periodo di quattro mesi dalla ricezione di detta comunicazione, hanno il diritto, se lo desiderano, di

— rinegoziare detti contratti o

— recedere dai contratti stessi, salvo ragionevole preavviso dato a BT che, a sua volta, informa SES dell'avvenuta comunicazione.

Una copia della lettera inviata ai sensi del presente articolo ai fornitori di programmi televisivi, entro il termine di cui al primo comma, è contestualmente inviata alla Commissione.

Articolo 4

a) British Telecommunications plc
British Telecom Centre
81 Newgate Street
GB-London EC1A 7AJ

b) Société Européenne des Satellites SA
Château de Betzdorf
L-6815 Luxembourg

sono destinatari della presente decisione.

Fatto a Bruxelles, il 23 dicembre 1992.

Per la Commissione

Leon BRITTAN

Vicepresidente