BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 23 december 1992

inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag

(IV/32.745 — Astra)

(Slechts de teksten in de Engelse en in de Franse taal zijn authentiek)

(93/50/EEG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (1), laatstelijk gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Spanje en Portugal, inzonderheid op artikel 2,

Gezien de aanmelding met het oog op een ontheffing, die British Telecommunications plc (hierna: BT), Société européenne des satellites SA (hierna: SES) en BT Astra SA op 3 juni 1988 op grond van artikel 4 van Verordening nr. 17 hebben ingediend met betrekking tot een reeks overeenkomsten en daarbij behorende documenten inzake de verkoop en levering van diensten voor televisieomroep per satelliet, welke aanmelding achteraf door BT met een verzoek om een negatieve verklaring is aangevuld,

Gezien het besluit van de Commissie van 3 april 1990 om in deze zaak een procedure in te leiden,

Na overeenkomstig artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 en Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van Verordening nr. 17 van de Raad (2) de betrokken ondernemingen in de gelegenheid te hebben gesteld hun standpunt kenbaar te maken ten aanzien van de punten van bezwaar welke de Commissie in aanmerking heeft genomen,

Na raadpleging van het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt:

I. DE FEITEN

(1) Op 3 juni 1988 hebben BT, SES en BT Astra SA een reeks overeenkomsten en daarbij behorende documenten inzake de verkoop en levering van diensten voor televisieomroep per satelliet bij de Commissie aangemeld, met alleen een verzoek om ontheffing; achteraf heeft BT, in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie, aangevoerd dat artikel 85, lid 1, niet van toepassing was op de regeling, en bij brief van 5 december 1990 formeel gevraagd dat de aanmelding zou worden geacht in die zin te zijn gewijzigd.

Partijen

(2) SES is een Luxemburgse onderneming die in 1985 is opgericht met het oog op de exploitatie van satellieten. Haar eerste satelliet, de Astra I A, die in december 1988 werd gelanceerd, was de eerste satelliet met middelhoog vermogen die in Europa internationale televisiediensten aanbood, welke niet het eigendom was van telecommunicatieorganisaties („TO's"). Op het ogenblik van de aanmelding had SES nog geen omzet. Het kapitaal dat nodig was om de kosten voor de aankoop en de lancering van de satelliet en andere uitgaven, onder meer voor marketing en verzekering, te dekken, werd bijeengebracht door ongeveer twintig aandeelhouders uit verscheidene Lid-Staten en andere landen en door het aangaan van leningen met overheidswaarborg bij banken.

In 1991 haalde SES een omzet van 3 471 954 747 Lfr. Een tweede satelliet met middelhoog vermogen van SES, de Astra I B, werd in februari 1991 gelanceerd.

(3) BT heeft een aantal dochterondernemingen waarvan er geen enkele werkzaam is in de satellietsector. De totale omzet van BT gedurende het jaar dat eindigde in maart 1992, bedroeg ± 13 337 000 000 pond sterling.

BT is een gemachtigde exploitant aan wie vergunning is verleend om in het Verenigd Koninkrijk telecommunicatieactiviteiten, waaronder het opstralen van signalen naar satellieten, te verrichten.

Krachtens voorwaarde 1.1 van de op grond van Section 7 van de Telecommunications Act 1984 aan BT afgegeven vergunning is BT verplicht „universeel telecommunicatiediensten te leveren" aan elke persoon die daarom verzoekt; voorts verplicht voorwaarde 5 BT ertoe het nodige te doen om haar klanten internationale verbindingsdiensten te leveren, in zoverre zulks vereist is om aan elke redelijke vraag naar dergelijke diensten te voldoen. Voorwaarde 53-5-b bevat uitzonderingen

(1) PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.
(2) PB nr. 127 van 20. 8. 1963, blz. 2268/63.

en beperkingen op deze verplichtingen in een aantal gevallen, onder meer wanneer de vraag naar dergelijke diensten in een bepaald gebied onvoldoende is of naar verwachting onvoldoende zal zijn om de kosten voor het opzetten van die dienst in dat gebied te dekken.

Televisiedistributie per satelliet

(4) De overdracht van televisieprogramma's geschiedt op verschillende manieren: via de ether, via de kabel en per satelliet. Ook een combinatie is mogelijk, bij voorbeeld transmissie via een satelliet naar een kabelmaatschappij die het programma aan de kijkers doorgeeft. Satelliettransmissie omvat de volgende stappen:

1. een „programma-aanbieder" maakt een televisieprogramma;

2. de signalen worden van de televisiestudio naar een grondstation gestuurd vanwaar ze worden „opgestraald" naar de satelliet; voor dergelijke opstraaldiensten moet de programma-aanbieder een contract sluiten met een gemachtigde exploitant, die in de meeste Lid-Staten uitsluitend de TO zal zijn;

3. een „transponder" op de satelliet ontvangt en versterkt de signalen en straalt deze vervolgens terug naar de aarde. Elke satelliet is uitgerust met een aantal van dergelijke transponders; bij de Astra I A zijn dat er 16;

4. de signalen die naar de aarde worden „neergestraald", worden opgevangen met een schotelantenne; de ontvanger(s) kan (kunnen) zijn

   a) een kabelmaatschappij die vervolgens de signalen via de kabel aan de televisiekijkers doorgeeft,

   b) SMATV-systemen (Satellite Master Antenna TV) die de signalen naar de gasten in een hotel of de bewoners van een appartementsgebouw distribueren, of

   c) televisiekijkers die de signalen rechtstreeks ontvangen met een schotelantenne op het dak van hun woning; dit laatste wordt DTH-ontvangst (direct-to-home) genoemd.

   De grootte van de schotelantenne is afhankelijk van het vermogen van de satelliet die wordt gebruikt. Voor satellieten met laag vermogen zijn zeer grote schotels met een diameter van meer dan anderhalve meter nodig, terwijl de signalen van satellieten met middelhoog en hoog vermogen kunnen worden opgevangen met veel kleinere schotels die op het dak van individuele woningen kunnen worden geplaatst.

   Wat het geografische bereik (de „footprint" of het bedekkingsgebied) van de satelliet betreft, kunnen satellieten met laag en middelhoog vermogen geheel Europa bestrijken, terwijl de signalen van satellieten met hoog vermogen over het algemeen slechts in bepaalde landen kunnen worden ontvangen.

(5) Tot de lancering van de Astra I A werden alle satellieten in Europa op individuele of collectieve basis door TO's geëxploiteerd. Ten aanzien van de verschillende stappen in de overdracht van televisieprogramma's gelden exclusieve rechten die door internationale verdragen en nationale wettelijke regelingen aan de TO's zijn toegekend:

1. De opstraalverbinding

   Op grond van het Radioreglement van de Internationale Telecommunicatie Unie en de nationale telecommunicatiewetgeving van de Lid-Staten van de Gemeenschap zijn uitsluitend „gemachtigde exploitanten" bevoegd voor het opstralen van signalen naar satellieten. Ten tijde van de aanmelding was er in de meeste Europese landen slechts één gemachtigde exploitant: de TO. In het Verenigd Koninkrijk zijn er als gevolg van het door de Telecommunications Act 1984 in het leven geroepen duopolie twee gemachtigde aanbieders van opstraaldiensten, BT en Mercury Communications Ltd; in 1988-1989 zijn zeven andere vergunningen voor het leveren van opstraaldiensten verleend, en vervolgens een algemene vergunning („class licence"). Op het ogenblik dat de joint venture-overeenkomst werd gesloten, was BT evenwel de enige gemachtigde exploitant in het Verenigd Koninkrijk die daadwerkelijk opstraaldiensten voor internationale televisiedistributie leverde. SES is eveneens een gemachtigde aanbieder van opstraaldiensten in Luxemburg.

2. Het ruimtesegment (satellieten)

   De meeste geostationaire satellieten die voor telecommunicatiedoeleinden in een baan om de aarde zijn gebracht, zijn eigendom van en worden geëxploiteerd door internationale organisaties zoals Intelsat (Internationale Organisatie voor telecommunicatiesatellieten), Eutelsat (Europese Organisatie voor telecommunicatiesatellieten) en Inmarsat (Internationale Organisatie voor maritieme satellieten), of nationale TO's.

   Krachtens de Intelsat- en Eutelsat-conventies, waarbij onder meer alle Lid-Staten van de Gemeenschap partij zijn, is het andere personen verboden naast de Intelsat- en Eutelsat-satellieten andere satellieten te exploiteren zonder dat vooraf een procedure van goedkeuring of „coördinatie" heeft plaatsgevonden. In de aanmelding en de daaropvolgende procedure hebben de betrokken ondernemingen hoofdzakelijk naar de Eutelsat-procedure verwezen.

   Eutelsat werd in 1982 opgericht bij wege van een intergouvernementele conventie waarbij

momenteel 32 Europese landen (hierna de „partijen" genoemd) partij zijn. Naast de Conventie bestaat er een „Exploitatieovereenkomst" die door de TO's uit de ondertekenende partijen van de Conventie (hierna de „Ondertekenaars") is ondertekend. Elke partij wijst één Ondertekenaar aan; voor het Verenigd Koninkrijk is BT de Ondertekenaar.

De Ondertekenaars financieren de Eutelsat-satellieten in verhouding tot het gebruik dat zij ervan maken, m.a.w. hoe meer een TO gebruik maakt van transpondercapaciteit op een Eutelsat-satelliet, hoe groter haar bijdrage zal zijn; de Ondertekenaars delen in dezelfde verhouding in de inkomsten. Ten tijde van de oprichting van de joint venture bezat BT het grootste investeringsaandeel.

In het begin exploiteerde Eutelsat vier telecommunicatiesatellieten met laag vermogen. De eerste van de reeks Eutelsat II-satellieten met middelhoog vermogen, van hetzelfde type als de Astra (d.w.z. geschikt voor ontvangst met een schotelantenne van 60-90 cm), werd in augustus 1990 gelanceerd.

In de Eutelsat-conventie is bepaald dat, wanneer een lid of een TO er kennis van krijgt dat een lichaam voornemens is om binnen de jurisdictie van dat lid onafhankelijk van Eutelsat satellieten en/of op- en neerstraalapparatuur te exploiteren, dat lid of die TO verplicht is Eutelsat alle relevante informatie te verschaffen. De Eutelsat-autoriteiten onderzoeken dan of

— de exploitatie van de niet-Eutelsat-satelliet technisch compatibel zal zijn met de exploitatie van de Eutelsat-satellieten en of

— het Eutelsat-systeem daarvan geen economisch nadelige gevolgen van betekenis zal ondervinden (1).

Met betrekking tot de exploitatie van de Astra-satelliet besloot de Assemblée van Eutelsat dat het Eutelsat-systeem daarvan geen economisch nadelige gevolgen van betekenis zou ondervinden, inzonderheid op voorwaarde dat

— de Astra enkel voor unidirectionele televisietransmissie zou worden gebruikt;

— niet meer dan vier Eutelsat-kanalen van de Eutelsat-satellieten naar de Astra zouden worden overgebracht.

(1) Artikel XVI a) van de Eutelsat-conventie.
In 1992 heeft de Assemblée van partijen van Eutelsat een resolutie aangenomen waarin wordt vastgelegd dat alleen niet-Eutelsat-satellieten die gereserveerde diensten dragen, voor de volledige procedure voorzien in artikel XVI a) in aanmerking zullen komen.

Het SAO

Na grondig onderzoek van de rol van BT als Ondertekenaar van Eutelsat kondigde het Office of Telecommunications (Oftel) in november 1989 aan dat de functies van BT als Ondertekenaar zouden worden vervuld door een Signatory Affairs Office (SAO), onafhankelijk van BT's commerciële activiteiten. Dit betekent dat gemachtigde exploitanten in het Verenigd Koninkrijk nu op dezelfde voet als BT toegang hebben tot ruimtesegmentcapaciteit van Eutelsat (en Intelsat).

3. De neerstraalverbinding

Volgens de wettelijke regelingen van de meeste Lid-Staten moet een satellietexploitant de toestemming van de plaatselijke TO verkrijgen voor de ontvangst in het gebied van die TO van door satellieten neergestraalde signalen. In het geval van de Astra eiste Eutelsat daarenboven niet alleen „coördinatie" met betrekking tot de opstraalverbinding naar en de exploitatie van de satelliet, maar ook met betrekking tot de neerstraalverbinding naar alle landen die lid zijn van Eutelsat.

De joint venture

(6) De Astra I A-satelliet van SES beschikt in totaal over 16 transponders, waarvoor klanten dienden te worden gevonden. Uit het feit dat de satelliettelevisiemarkt door een overwicht van Engelstalige programma's werd gekenmerkt, leidde SES af dat de meeste programma-aanbieders die (potentieel) in uitzending via de Astra zouden zijn geïnteresseerd, in het Verenigd Koninkrijk zouden zijn gevestigd. Bijgevolg werd nog voor de lancering van de satelliet besloten om ten minste 9 en ten hoogste 11 van de 16 transponders te laten exploiteren door een door BT en SES opgerichte „joint venture", waarvan de doelstellingen werden omschreven als volgt:

— het aanbieden, aan exploitanten van programma's van oorsprong uit het Verenigd Koninkrijk, van een pakket diensten, bestaande uit een BT-opstraalverbinding vanuit het Verenigd Koninkrijk en transponderruimte op de satelliet van SES;

— het bevorderen van de ontwikkeling van de satellietmarkt door

a) de fabrikanten van voor DTH-ontvangst geschikte schotelantennes ertoe aan te zetten hun produktie te verhogen,

b) bij de detailhandelaren de promotie en de verkoop van deze apparatuur te stimuleren, en

c) de kijkers ertoe aan te sporen dergelijke schotels te kopen, zodat zij de Astra-signalen rechtstreeks thuis kunnen ontvangen.

(7) In de loop van de aanmeldingsprocedure werden de volgende overeenkomsten en daarbij behorende documenten onderzocht:

— de „hoofdovereenkomst" of joint venture-overeenkomst van 17 december 1987 tussen SES en BT, waarin zij besloten tot oprichting van de joint venture-maatschappij BT Astra SA met ieder een aandeel van 50 % en waarbij SES zich ertoe verbond aan de joint venture-maatschappij transponders te verhuren die deze via een „gemachtigde exploitant in het Verenigd Koninkrijk" (dus niet noodzakelijk BT) aan de eindgebruikers zou aanbieden in de vorm van een pakketovereenkomst die ook de opstraalverbinding zou omvatten;

— vier aanhangsels, gedateerd 17 december 1987, die betrekking hebben op

— de verlening aan BT van opties op transponders van de Astra-satelliet;

— de verbintenis van SES in verband met clausule 6 (4) van de overeenkomst betreffende haar verplichting om geen klanten voor satellietdiensten uit het Verenigd Koninkrijk weg te lokken;

— de oprichting van een gemeenschappelijke marketingonderneming (Satellite Promotions SA);

— de door de Luxemburgse overheid aan SES verleende vergunning voor het gebruik van de Astra-satelliet;

— het marketingplan van de joint venture van BT en SES, waarin beider taken op het gebied van marketing worden omschreven: BT zou zich concentreren op „facilities marketing", d.w.z. het werven van klanten voor de aangeboden dienst, en SES zou zich toeleggen op „retail marketing" (ontvangstapparatuur en eindgebruikers);

— de overeenkomsten inzake de hoofddiensten en afzonderlijke diensten, die eveneens betrekking hebben op de marketingactiviteiten;

— de overeenkomsten tussen BT en de programma-aanbieders. Deze overeenkomsten zijn niet eenvormig. De meeste gelden voor een periode van tien jaar, waarbij de klant vooraf één enkel bedrag voor de volledige periode betaalt, waarin zowel de vergoeding voor de opstraalverbinding als de huurprijs van de transponder is begrepen; de prijs die wordt betaald, vermindert in verhouding tot het aantal transponders dat wordt gehuurd. Eén overeenkomst geldt voor drie jaar met de mogelijkheid deze tot tien jaar te verlengen; gedurende de eerste drie jaar wordt de klant maandelijks een bedrag in rekening gebracht, daarna wordt één globale som betaald. Slechts in één overeenkomst zijn de vergoeding voor de opstraalverbinding en de huurprijs van de transponder gescheiden.

De joint venture-regeling zou zolang van kracht blijven als de Astra-satelliet technisch „in leven" zou blijven, d.w.z. normaliter tien jaar.

(8) De volgende individuele bepalingen waren voor het onderzoek van de Commissie van belang:

1. Clausule 3. De transponders waarop de joint venture-overeenkomst tussen SES en BT betrekking had, werden verhuurd aan BT Astra SA, die deze zou doorverhuren aan een „gemachtigde exploitant in het Verenigd Koninkrijk". Volgens een aanhangsel, gedateerd 17 december 1987, stemde SES ermee in dat de joint venture BT een optie zou verlenen op negen transponders, waarvoor binnen een vastgestelde periode klanten zouden moeten worden gevonden. Op haar beurt zou BT de programmamakers één enkel contract aanbieden dat zowel de opstraalverbinding door BT als ruimte op de Astra-satelliet zou omvatten.

2. Clausule 5 had betrekking op de rechten en verplichtingen van BT „in haar hoedanigheid van gemachtigde exploitant in het Verenigd Koninkrijk". Sub (1) werd bepaald dat BT weliswaar het recht had de prijs voor de opstraalverbinding vast te stellen, die in de totale aan de klant aangerekende prijs zou moeten worden begrepen, doch met SES overleg zou plegen bij de vaststelling van die prijs.

3. Clausule 6 had betrekking op de rechten en verplichtingen van SES. Clausule 6 (1) bepaalde dat, ofschoon SES het recht had de prijs vast te stellen die aan de klanten in het Verenigd Koninkrijk zou worden aangerekend voor het gebruik van transponderruimte op de Astra-satelliet, zij met BT overleg zou plegen bij de vaststelling van die prijs, ook in het geval dat BT niet de „gemachtigde exploitant" zou zijn.

4. Krachtens clausule 5 (2) was BT verplicht bij de verkoop van televisiediensten aan de Astra-satelliet de voorkeur te geven en geen zodanig prijs- en marketingbeleid te voeren dat het gebruik van de Astra zou worden ontmoedigd,

bij voorbeeld door klanten die van de satellieten met middelhoog vermogen van de nieuwe Eutelsat II-serie (welke op het ogenblik van de totstandbrenging van de joint venture nog niet waren gelanceerd) gebruik zouden maken, kleinere marges of lagere opstraalkosten aan te rekenen dan klanten die van de Astra gebruik zouden maken.

5. Evenzo verplichtte clausule 6 (5) SES ertoe haar uiterste best te doen om ervoor te zorgen dat voor de opstraalverbinding naar de transponders van de diensten van BT gebruik zou worden gemaakt, hetgeen in overeenstemming was met het aanhangsel van 17 december 1987 waarbij SES aan BT een optie op negen transponders verleende.

6. Krachtens clausule 6 (4) moest SES zich onthouden van pogingen om het opstralen van programma's van oorsprong uit het Verenigd Koninkrijk, d.w.z. programma's die materialiter grotendeels in een Britse studio tot stand komen, naar een plaats buiten het Verenigd Koninkrijk te verleggen. Overeenkomstig het aanhangsel van 17 december 1987 met betrekking tot clausule 6 (4) mocht SES evenmin de programma-aanbieders ertoe aanzetten hun Engelstalige programma's in studio's buiten het Verenigd Koninkrijk te realiseren. Meer bepaald was het SES verboden de programmamakers ertoe over te halen gebruik te maken van studio's in en opstraalverbindingen vanuit Luxemburg, door hun commercieel voordeliger condities „met betrekking tot de satellietcapaciteit of met betrekking tot de opstraaldiensten" aan te bieden (aan SES is immers vergunning verleend voor het leveren van opstraaldiensten in Luxemburg).

7. De clausules 5 (3), 6 (2) en 7 bevatten bepalingen die erop gericht waren de overstap naar de Astra-satelliet te vergemakkelijken voor klanten die tot dan toe gebruik maakten van satellietdiensten op andere satellieten. In dit verband zou BT haar bestaande klanten (die via de Intelsat I- of Eutelsat I-satellieten uitzonden) de mogelijkheid van „double illumination", d.w.z. simultane transmissie naar beide satellieten, kunnen aanbieden. Aangezien de klanten aarzelend zouden staan tegenover deze mogelijkheid indien zulks zou betekenen dat tweemaal een volledige huurprijs zou moeten worden betaald, werd in deze regeling bepaald dat BT en SES een deel van de kosten zouden dragen. Daarnaast verbond BT zich ertoe om het onder bepaalde voorwaarden voor klanten gemakkelijker te maken bestaande contracten voortijdig te beëindigen.

8. Ofschoon SES contractueel vrij was ten aanzien van de marketing van de transponders die buiten de joint venture-regeling vielen, werd die vrijheid beperkt door clausule 6 (4), volgens welke voor alle programma's van oorsprong uit het Verenigd Koninkrijk (d.w.z. tot stand gekomen in studio's in het Verenigd Koninkrijk) die naar de Astra-satelliet zouden worden opgestraald, de marketing via de joint venture zou geschieden, alsook door clausule 6 (5), die bepaalde dat, indien een klant een opstraalverbinding vanuit het Verenigd Koninkrijk wenste, aan die derde geen voordeliger condities mochten worden aangeboden dan aan de joint venture. Voorts zou SES zich inspannen om ervoor te zorgen dat de dienst die BT Astra SA in het Verenigd Koninkrijk aanbood, niet „wederzijds onverenigbaar" was met de door SES in andere landen aangeboden dienst.

9. In clausule 6 (6) werd bepaald dat, behoudens andersluidende overeenkomst tussen BT en SES, SES met betrekking tot in het Verenigd Koninkrijk gerealiseerde of vanuit het Verenigd Koninkrijk opgestraalde programma's geen gebruik zou maken van transponders op andere satellieten dan Astra 1A, zolang een van de transponders waarop de overeenkomst betrekking had, beschikbaar bleef.

10. Overeenkomstig clausule 9 van de joint venture-overeenkomst en de bepalingen van de contracten met de klanten, betaalde de programma-aanbieder aan BT één bedrag waarin zowel de vergoeding voor de opstraaldienst als de huurprijs van de transponder was begrepen. De huurprijs werd in zijn geheel door BT aan BT Astra SA doorgestort, die op haar beurt 90 % daarvan aan SES overmaakte; 10 % ging terug naar BT als „BT-dienstenvergoeding" („BT Service Charge"). BT ontving dus als deelnemer in de joint venture

— de vergoeding voor de opstraalverbinding en

— 10 % van de huurprijs van de transponder als dienstenvergoeding.

Clausule 9 verwees ook naar een „Eutelsatbetaling", een bedrag dat SES per transponder aan Eutelsat diende over te maken; in antwoord op een verzoek om inlichtingen van de Commissie stelde de directeur-generaal van Eutelsat dat „er geen sprake is van betalingen van welke aard ook aan Eutelsat, noch van

enige andere regeling of vergoeding in natura i.p.v. in geld, noch van enige in geld waardeerbare ruil of transactie tussen Eutelsat en SES of enige andere partij, die zouden kunnen worden geacht verband te houden met het gebruik van de GDL (Astra)-satelliet. De inhoud van de joint venture-overeenkomst van 17 december 1987 waar u in uw brief naar verwijst, hebben wij niet gezien en wij zijn er ook niet van op de hoogte".

Aangezien de joint venture-overeenkomst geen absolute exclusiviteit aan BT verleende, zou theoretisch om het even welke andere „gemachtigde exploitant in het Verenigd Koninkrijk" de transpondercapaciteit van BT Astra SA hebben kunnen huren en de contracten inzake opstraalverbinding en transponderruimte met de programma-aanbieders hebben kunnen sluiten. In dat geval zou BT Astra SA echter de dienstenvergoeding van 10 % aan BT blijven betalen; de „gemachtigde exploitant" die daadwerkelijk voor de coördinatie zorgt, zou enkel de vergoeding voor het leveren van de opstraaldienst ontvangen, terwijl BT 10 % zou blijven ontvangen voor een verrichting waarbij zij ogenschijnlijk geen rol speelt, behalve dat zij gedeeltelijk eigenaar is van de joint venture.

Beëindiging van de joint venture

(9) Op 3 april 1990 heeft de Commissie een procedure op grond van Verordening nr. 17 ingeleid, aangezien zij tot de voorlopige conclusie was gekomen dat de aangemelde regeling onder toepassing van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag viel en niet in aanmerking kon komen voor een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3. Daarop werd door partijen een voorstel gedaan krachtens hetwelk de joint venture-overeenkomst, met de aanhangsels en de dienstenovereenkomsten, zou worden beëindigd, doch de op basis van de joint venture-regeling met klanten gesloten overeenkomsten van kracht zouden blijven ingevolge een novatie waardoor SES de transponders in plaats van via de joint venture rechtstreeks aan BT zou verhuren. Omdat de verwijdering van de joint venture uit de keten van verhuur van transponders die bij SES begint en bij de programma-aanbieders eindigt, in feite niets aan de toestand verandert, heeft de Commissie op 26 juli 1990 een mededeling van punten van bezwaar aan partijen toegezonden. Partijen hebben hun standpunt schriftelijk en tijdens een hoorzitting op 13 en 14 november 1990 mondeling kenbaar gemaakt.

(10) Op 30 januari 1991 hebben partijen een overeenkomst ondertekend waarbij hun joint venture-regeling wordt beëindigd onder dezelfde voorwaarden als zijn vervat in het voorstel waarnaar in punt 9 wordt verwezen.

II. JURIDISCHE BEOORDELING

A. Artikel 85, lid 1

(11) Door de regeling tussen partijen werd zowel op de markt voor de levering van satelliettranspondercapaciteit voor televisiedistributie als op de markt voor opstraaldiensten de mededinging beperkt. De gevolgen van de samenwerking tussen partijen deden zich zowel in het Verenigd Koninkrijk als elders in de Europese Gemeenschap gevoelen.

1. *Beperkingen op de markt voor ruimtesegmentcapaciteit*

(12) SES en BT zijn rechtstreekse concurrenten op de Europese markt voor de levering van ruimtesegmentcapaciteit voor de transmissie van televisieprogramma's.

(13) Als eigenaar van de Astra I A-satelliet kon SES 16 transponders aanbieden aan programmamakers bij wie een vraag naar satelliettransmissie bestond.

(14) BT biedt sinds 1983 aan de programmamakers ruimtesegmentcapaciteit op Eutelsat- (en Intelsat-)satellieten aan. Volgens artikel 16 van de Eutelsat-exploitatieovereenkomst moeten alle verzoeken om toewijzing van Eutelsat-ruimtesegmentcapaciteit aan programma-aanbieders via de Ondertekenaars geschieden. In het Verenigd Koninkrijk is dit BT. BT zorgde voor de terbeschikkingstelling van de transponders en sloot de overeenkomsten met de klanten, aangezien volgens de exploitatieovereenkomst rechtstreekse contacten tussen de klant en Eutelsat zijn uitgesloten. Ofschoon in laatste instantie niet de individuele Ondertekenaar maar de Raad van Ondertekenaars over de toewijzing van ruimtesegmentcapaciteit beslist, was BT op het ogenblik dat de joint venture werd opgericht, de Ondertekenaar met het grootste investeringsaandeel. Volgens de aanmelding leverde BT meer satellietdiensten voor televisiedistributie dan enige andere Europese telecommunicatieorganisatie; gezien de context van de Eutelsat-regeling, betekende het feit dat de ruimtesegmentcapaciteit die BT aan de klanten aanbood niet werkelijk haar eigendom was, niet — zoals zij heeft aangevoerd — dat zij niet met SES concurreerde.

Het is veelbetekenend dat de Assemblée van Eutelsat als voorwaarde voor de coördinatie van de Astra stelde dat „de Ondertekenaars zich gezamenlijk meer en agressiever zouden inspannen ... om nieuwe klanten te vinden ... om met name het verlies aan inkomsten als gevolg van de ingebruikname van de GDL (Astra)-satelliet goed te maken". In haar hoedanigheid van Ondertekenaar in het Verenigd Koninkrijk moest BT deze verbintenis verzoenen met haar verplichting krachtens de overeenkomst met SES om van Astra de „voorkeur"-satelliet te maken.

(15) Daarnaast heeft BT aangevoerd dat BT en SES niet als concurrenten konden worden beschouwd, omdat BT in 1986-1987 de klanten geen capaciteit op satellieten met middelhoog vermogen maar alleen capaciteit op Intelsat- en Eutelsat-satellieten met laag vermogen kon aanbieden; pas midden 1990 werd de eerste satelliet met middelhoog vermogen van de Eutelsat II-serie gelanceerd. Dit argument moet worden verworpen, omdat het uitgaat van de veronderstelling dat er afzonderlijke en van elkaar gescheiden markten voor capaciteit op satellieten met laag vermogen en voor capaciteit op satellieten met middelhoog vermogen bestaan. In feite bieden satellieten met laag vermogen en satellieten met middelhoog vermogen de klanten dezelfde mogelijkheden met betrekking tot het geografische bereik en de transmissie naar de headends van kabeltelevisienetten; satellieten met middelhoog vermogen hebben alleen als bijkomende eigenschap dat ze DTH-ontvangst (rechtstreekse ontvangst door individuele kijkers) met relatief kleine schotelantennes mogelijk maken. DTH-transmissie en doorgifte via de kabel kunnen echter terzelfder tijd plaatsvinden. In landen met goed ontwikkelde kabelsystemen, waar er dus minder behoefte aan individuele ontvangst bestaat, zullen de kabelabonnees niet weten of de programma's die zij ontvangen via satellieten met laag vermogen of via satellieten met middelhoog vermogen (of misschien nog op een andere wijze) worden overgedragen.

Recente statistieken (1) wijzen uit dat voor 73 % van de Europese gezinnen die via de Astra getransmitteerde programma's ontvangen, dit via de kabel (of een SMATV-systeem) geschiedt, en dat dit percentage in sterk bekabelde landen zoals België en Nederland bijna 100 % bedraagt.

In haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar heeft BT zelf gesteld dat „het duidelijk (is) dat de satellieten met middelhoog vermogen concurreerden met die met laag vermogen", waarbij werd verwezen naar de Eutelsat-coördinatieprocedure die erop was gericht vast te stellen welk concurrentie-effect de satellieten met middelhoog vermogen zullen hebben op die met laag vermogen.

(16) Volgens de joint venture-overeenkomst, in het bijzonder clausule 6 (4) waarin werd bepaald dat voor alle programma's van oorsprong uit het Verenigd Koninkrijk die naar de Astra-satelliet zouden worden opgestraald, de marketing via de joint venture zou geschieden, stemde SES ermee in de betrokken markt niet onafhankelijk doch in samenwerking met een rechtstreekse concurrent, BT, te betreden. De uit clausule 6 (4) voortvloeiende beperking van de concurrentie werd versterkt door bepaalde clausules in de hoofdovereenkomst tussen partijen, die eveneens beperkingen van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, opleverden, namelijk:

— clausule 6 (1), volgens welke SES BT moest raadplegen bij de vaststelling van de prijs die aan klanten in het Verenigd Koninkrijk zou worden aangerekend voor het gebruik van transponderruimte op de Astra-satelliet;

— clausule 5 (2), volgens welke BT met betrekking tot het gebruik van andere satellieten voor televisiediensten dan de Astra geen voordeliger condities mocht aanbieden.

Door deze twee bepalingen konden de voorwaarden voor het gebruik van transpondercapaciteit op de Astra en op alle satellieten waarop BT capaciteit huurde, op elkaar worden afgestemd: clausule 6 (1) zorgde voor deze afstemming met betrekking tot bestaande capaciteit op andere satellieten en clausule 5 (2) regelde zulks met betrekking tot toekomstige satellietcapaciteit. Clausule 5 (2) verwees weliswaar naar de Eutelsat II-satellieten, doch alleen bij wijze van voorbeeld, en het verbod voor BT om de Astra-satelliet te discrimineren in haar prijsbeleid of in enig ander beleid was ook van toepassing op alle „andere satellieten voor televisiediensten". Deze regeling leidde tot een allesomvattende en verstrekkende prijscoördinatie tussen de twee partijen, waardoor de klanten werden beroofd van een nieuwe, alternatieve bron voor de levering van transpondercapaciteit in het Verenigd Koninkrijk.

Deze afstemming was des te ernstiger, wanneer in aanmerking wordt genomen dat BT, nog afgezien van haar rol in Eutelsat, ook op zich een rechtstreekse potentiële concurrent van SES was: gelet op de financiële positie van BT en haar technische en commerciële know-how in de satellietsector, zouden er voor BT geen belemmeringen bestaan om onafhankelijk haar intrede te doen op de markt voor de exploitatie van satellieten; dat zij dit tot nu toe niet heeft willen doen, hetgeen door BT werd aangevoerd als bewijs dat zij geen potentiële marktdeelnemer was, is een louter subjectieve overweging waarop geen beroep kan worden ge-

(1) „Cable & Satellite Express", 10. 7. 1992.

daan bij de vaststelling of er sprake is van potentiële concurrentie.

Bovendien reikten de beperkingen in verband met de levering van transpondercapaciteit verder dan

1. de transponders waarop de overeenkomst tussen BT en SES betrekking had,

2. het Verenigd Koninkrijk en

3. de Astra-satelliet zelf.

Ad 1 en 2: in clausule 6 (4) werd bepaald dat voor alle programma's van oorsprong uit het Verenigd Koninkrijk de marketing via de joint venture met BT diende te geschieden en dat SES geen pogingen zou ondernemen om het opstralen van programma's van oorsprong uit het Verenigd Koninkrijk naar een plaats buiten het Verenigd Koninkrijk te verleggen.

Zoals in een van de aanhangsels duidelijk werd gemaakt, diende SES zich er ook van te onthouden programma-aanbieders ertoe aan te zetten hun Engelstalige programma's in studio's buiten het Verenigd Koninkrijk te realiseren. Zelfs indien klanten dit zouden doen, waarborgde clausule 6 (5), waarin werd bepaald dat klanten die buiten de joint venture om van een opstraalverbinding vanuit het Verenigd Koninkrijk gebruik zouden maken, geen voordeliger condities zouden kunnen verkrijgen dan de klanten van de joint venture, dat het omzeilen van de joint venture geen voordelen zou opleveren.

Ad 3: clausule 6 (6) verplichtte SES ertoe om voor in het Verenigd Koninkrijk gerealiseerde of vanuit het Verenigd Koninkrijk opgestraalde programma's geen transponders te gebruiken op andere satellieten dan de Astra I A-satelliet, zolang nog een van de transponders waarop de joint venture-overeenkomst van toepassing was, beschikbaar was.

2. *Beperkingen op de markt voor opstraalverbindingen*

(17) Britse programmamakers die transpondercapaciteit wensten te huren op de Astra-satelliet, waren verplicht dit te doen via de joint venture. Ofschoon zij zich in theorie tot een andere gemachtigde exploitant dan BT hadden kunnen wenden, hadden de verplichting voor SES om te waarborgen dat van de opstraalverbinding van BT naar de transponders gebruik zou worden gemaakt (clausule 6 (5)), en het feit dat de „BT-dienstenvergoeding" („BT Service Charge") van 10 % naar BT zou gaan, ongeacht aan welke „gemachtigde exploitant" BT Astra SA uiteindelijk de transponder zou verhuren om aan klanten te worden doorverhuurd, tot gevolg dat in werkelijkheid programma-aanbieders die toegang tot de Astra wensten te verkrijgen, gedwongen waren met BT te contracteren. Volgens clausule 3 (1) omvatte de dienst die de „gemachtigde exploitant" aan de klanten aanbood, zowel de transponder(s) als de opstraalverbinding. Hiertoe aangezet door de voordeliger condities bij langlopende huur, sloten de meeste klanten (namelijk die welke acht van de negen op 1 december 1989 verhuurde transponders voor hun rekening namen) met BT contracten voor tien jaar. De regeling behelsde de volgende beperkingen:

Beperkingen tussen partijen

— Concurrentie inzake opstraaldiensten tussen partijen: BT en SES zijn rechtstreekse concurrenten op de markt voor opstraaldiensten, aangezien aan beide vergunning is verleend voor het leveren van dergelijke diensten. Ofschoon de vergunningen van BT en SES alleen betrekking hadden op hun respectieve nationale grondgebieden, zijn programma-aanbieders niet aan nationale grenzen gebonden en kunnen zij hun programma's met conventionele of andere middelen naar een ander grondgebied sturen om vandaar te worden opgestraald, ofwel studio's oprichten op de plaats waar de voorwaarden het gunstigst zijn. Tijdens de hoorzitting heeft SES verklaard dat vier Duitse televisieprogramma's vanuit Duitsland werden opgestraald naar andere satellieten dan de Astra, neergestraald naar Luxemburg en dan opnieuw naar de Astra I A-satelliet worden opgestraald door SES. RTL-4, voorheen RTL-Véronique, een televisiestation dat in hoofdzaak op een Nederlandstalig publiek is gericht, heeft in Luxemburg een studio opgericht om een rechtstreekse opstraalverbinding door SES naar de Astra I A mogelijk te maken.

Door verschillende clausules in de hoofdovereenkomst tussen BT en SES werd echter elke daadwerkelijke concurrentie tussen hen uitgeschakeld met betrekking tot de opstraaldienst: krachtens clausule 5 (1) was BT verplicht om met SES overleg te plegen bij de vaststelling van de vergoeding voor de opstraalverbinding, die in de totale prijs was begrepen, clausule 5 (2) verbood BT lagere vergoedingen aan te rekenen voor het leveren van opstraalverbindingen naar andere satellieten (bij voorbeeld die van Eutelsat II), en met de clausules 6 (4) en 6 (5) werd beoogd SES ervan te weerhouden programmamakers ertoe aan te zetten gebruik te maken van haar opstraalfaciliteiten in

Luxemburg, door tegen commercieel voordeliger condities satellietcapaciteit of opstraaldiensten aan te bieden.

Beide partijen hebben aangevoerd dat deze bepalingen geen praktische gevolgen hadden, aangezien programmamakers in het Verenigd Koninkrijk hoe dan ook niet geïnteresseerd zouden zijn geweest in een opstraalverbinding door SES vanuit Luxemburg, hetzij na transmissie vanuit het Verenigd Koninkrijk, hetzij rechtstreeks in het geval van verplaatsing van televisiestudio's.

Grensoverschrijdende bewegingen zijn echter mogelijk op de markt voor opstraaldiensten, zoals wordt aangetoond door het hierboven aangehaalde geval van de Duitse en Nederlandse televisiestations. De bepalingen van de joint venture-overeenkomst en met name het aanhangsel met betrekking tot clausule 6 (4) waren er juist op gericht dergelijke bewegingen te voorkomen, en zulks kan niet, zoals partijen suggereren, zonder praktische betekenis zijn geweest. BT heeft achteraf zelf bevestigd dat de aan SES opgelegde beperkingen in verband met haar opstraalactiviteiten in Luxemburg in de regeling werden ingevoegd omdat „er bezorgdheid bestond over een eventuele dumping van de prijzen voor opstraaldiensten, hetgeen een vervalsend effect zou hebben op het normale beleid van een op basis van rationele economische overwegingen handelende televisiemaatschappij ... Aangezien de meeste klanten zich op verre afstand bevonden, zou het in het belang van Luxemburg kunnen zijn geweest om de prijs van die opstraalcapaciteit op een onrealistisch laag peil vast te stellen".

Beperkingen ten opzichte van derden

— Uitsluiting van andere (potentiële) leveranciers van opstraaldiensten: het feit dat volgens de joint venture-regeling de meeste programmaaanbieders die met BT hebben gecontracteerd, wat opstraaldiensten betreft voor een periode van tien jaar aan BT zijn gebonden, betekent dat het andere gemachtigde exploitanten in het Verenigd Koninkrijk gedurende tien jaar absoluut onmogelijk wordt gemaakt om dergelijke diensten te leveren met betrekking tot de Astra-satelliet, die tot drie jaar na het tot stand komen van de regeling de enige Europese satelliet met middelhoog vermogen was. Voorts mocht SES volgens clausule 6 (6) met betrekking tot in het Verenigd Koninkrijk gerealiseerde of daarvandaan opgestraalde programma's geen gebruik maken van transponders op andere satellieten (zoals bij voorbeeld de Astra I B), zolang een van de transponders waarop de overeenkomst betrekking had beschikbaar bleef. Bovendien hadden andere leveranciers van opstraaldiensten tot de invoering van de hierboven onder punt 5.2 vermelde SAO-regeling geen toegang tot ruimtesegmentcapaciteit van Eutelsat of Intelsat.

— Beperking van de keuzemogelijkheden van de klanten: klanten in het Verenigd Koninkrijk die geïnteresseerd waren in uitzendingen via de Astra, waren verplicht om de door BT geleverde opstraaldiensten te aanvaarden, terwijl zij elders voordeliger condities hadden kunnen of nog kunnen verkrijgen.

Het samenvoegen van de opstraaldiensten van BT en de satellietcapaciteit op de Astra in één pakket werd nog verergerd doordat de meeste klanten op grond van hun contract verplicht waren om één enkel bedrag te betalen dat betrekking had op beide onderdelen van het contract; aangezien de klanten niet wisten welke prijs enerzijds voor de opstraalverbinding en anderzijds voor de transpondercapaciteit werd aangerekend, waren zij niet in staat om over de hun opgelegde condities te onderhandelen.

3. *Merkbaarheid van de concurrentiebeperkingen en gevolgen van de handel tussen Lid-Staten*

(18) Om bovengenoemde redenen leidde de regeling tot ernstige beperkingen van de mededinging die, gezien de omvang van alle betrokken ondernemingen (met inbegrip van de klanten), merkbaar waren. Ingevolge de aard zelf van de betrokken diensten en gelet op de individuele clausules die erop gericht waren grensoverschrijdende activiteiten op zowel de markt voor transpondercapaciteit als de markt voor opstraaldiensten te ontmoedigen of te verhinderen, werd de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloed, zodat artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag van toepassing was.

B. Artikel 85, lid 3

(19) De Commissie kan het verbod van artikel 85, lid 1, slechts op grond van artikel 85, lid 3, buiten toepassing verklaren indien aan alle in artikel 85, lid 3, vastgestelde voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats moeten uit de concurrentiebeperkende overeenkomst bepaalde voordelen op het vlak van de verbetering van de produktie of de verdeling der produkten of de verbetering van de technische of economische vooruitgang voortvloeien, waardoor de nadelen voor de mededinging worden goedgemaakt.

Als algemeen argument hebben partijen aangevoerd dat, indien hun samenwerking tot beperkingen van de mededinging leidde, dit werd goedgemaakt door de voordelen op het vlak van de economische vooruitgang met betrekking tot de levering van diensten voor satelliettelevisie en de ver-

betering van de verdeling van die diensten, welke daaruit voortvloeiden. De Astra was de eerste satelliet voor internationale televisiediensten in particuliere handen die met de Intelsat- en Eutelsat-satellieten concurreerde en bovendien de eerste satelliet met middelhoog vermogen, en als zodanig droeg hij inderdaad bij tot een toename van de mededinging op de markt voor de transmissie van televisieprogramma's per satelliet. De Commissie is echter van mening dat deze voordelen het resultaat waren van het bestaan van de Astra-satelliet op zich en niet voortvloeiden uit de regeling tussen BT en SES met het oog op de exploitatie van de satelliet. De vraag is dus of SES zonder de regeling met BT met de Astra I A-satelliet haar intrede op de markt had kunnen doen of dat, zoals partijen hebben aangevoerd, die regeling onmisbaar was om een nieuwe concurrent voor de bestaande Eutelsat- en Intelsat-systemen in staat te stellen met succes de markt te betreden.

(20) Partijen hebben niet gesteld dat SES met BT moest samenwerken om de eerste hindernissen te overwinnen waarmee nieuwe marktdeelnemers in deze sector worden geconfronteerd, namelijk de hoge kosten voor de aankoop en de lancering van de satelliet. SES was in staat die kosten alleen te dragen, en zij heeft zelf verklaard dat het niet haar bedoeling was om zich met welke partner ook op de markt voor de levering van satellietcapaciteit voor de transmissie van televisieprogramma's te begeven. Volgens SES vormden de bijzondere kenmerken van die markt evenwel een hindernis voor haar intrede, en zij besloot dat die alleen kon worden overwonnen door middel van de regeling met BT.

(21) Partijen hebben in het bijzonder aangevoerd dat, wilde SES op de vraag in het Verenigd Koninkrijk kunnen inspelen, zij „geen ander alternatief" had dan een joint venture aan te gaan met BT, en wel om de volgende redenen:

— de positie van BT als organisatie die voor het Verenigd Koninkrijk aan Eutelsat deelneemt, stelde SES in staat de goedkeuring van Eutelsat voor de exploitatie van de satelliet te verkrijgen; Eutelsat eist dat het initiatief voor de coördinatieprocedure van twee Ondertekenaars uitgaat, zodat SES naast de Luxemburgse PTT, die de in Luxemburg gevestigde onderneming steunde, nog een andere Ondertekenaar nodig had. Gezien de overwegingen inzake Engelstalige programma's (zie punt 6) en het duidelijke belang van BT bij de levering van opstraaldiensten, viel de keuze op BT;

— op het ogenblik dat de regeling tot stand kwam, was BT het enige bedrijf dat daadwerkelijk opstraaldiensten in het Verenigd Koninkrijk leverde, zodat potentiële klanten er zeker van konden zijn dat zij zonder problemen de noodzakelijke opstraalverbinding naar de Astra-satelliet zouden verkrijgen.

Deze overwegingen mogen dan wel toentertijd ten grondslag hebben gelegen aan de zienswijze van SES, ze vormen geen geldige, objectieve rechtvaardiging voor de concurrentiebeperkende regeling tussen partijen.

(22) Partijen hebben aangevoerd dat, ofschoon er geen bepalingen in die zin voorkomen in de Eutelsat-conventie, SES een tweede Ondertekenaar nodig had om met kans op succes aan de Eutelsat-coördinatieprocedure te beginnen. Ook staat vast dat meer dan een jaar vóór het sluiten van de hoofdovereenkomst BT had aangeboden om een bijdrage te leveren tot het commerciële welslagen van het toen geplande Astra-satellietsysteem van SES, onder meer door op te treden als de tweede vereiste Ondertekenaar. BT stelde duidelijk dat die medewerking zou worden verleend in het kader van een overeenkomst tussen BT en SES. Het is dus begrijpelijk dat SES, zoals zij in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie heeft verklaard, van BT niet verwachtte dat deze haar diensten als Ondertekenaar zou verlenen zonder enige vorm van compensatie.

Er bestond echter geen enkele objectieve rechtvaardiging om SES tot een partnerschap te verplichten als tegenprestatie voor de medewerking van BT bij de coördinatieprocedure. Artikel XVI van de Eutelsat-conventie bepaalt slechts dat wanneer een Ondertekenaar er kennis van krijgt dat een persoon op haar grondgebied voornemens is van andere ruimtesegmentuitrusting dan die van Eutelsat gebruik te maken, zij verplicht is Eutelsat alle relevante informatie te verschaffen, zodat de leden kunnen onderzoeken of Eutelsat daarvan nadelige gevolgen van betekenis zal ondervinden. Deze bepaling vereist geenszins dat de Ondertekenaar die bij de coördinatieprocedure is betrokken, in enige vorm een samenwerkingsovereenkomst met de aspirant-marktdeelnemer sluit, en de overeenkomst of de exploitatieovereenkomst bevat evenmin bepalingen in die zin. Zoals opgemerkt in punt 8.10, heeft de directeur-generaal van Eutelsat verklaard dat hij niet op de hoogte was van de regeling tussen BT en SES. Met andere woorden, toen BT gewaar werd dat klanten in het Verenigd Koninkrijk belangstelling hadden voor de Astra-satelliet, was zij op grond van artikel XVI reeds alleen door dit feit verplicht tot coördinatie; BT heeft briefwisseling met programma-aanbieders overgelegd die dateert van lang voordat de overeenkomst met SES werd gesloten, en waarin die

belangstelling duidelijk tot uiting komt. In een brief van 9 oktober 1986 bracht een programmamaker BT in haar hoedanigheid als Ondertekenaar van Eutelsat voor het Verenigd Koninkrijk „formeel" op de hoogte van zijn „zeer reële belangstelling voor gebruik van de Astra" en gaf hij uiting aan zijn bezorgdheid over het feit dat BT daarvan geen melding had gemaakt op een vorige Eutelsat-vergadering.

SES heeft erop gewezen dat BT krachtens de verklaring van het Oftel betreffende de oprichting van het SAO (zie punt 5.2) recht heeft op een vergoeding gelijk aan 7 % van de vergoeding voor het ruimtesegment, ten einde de kosten te dekken in verband met de verlening door haar van diensten als Ondertekenaar; SES vergeleek die vergoeding met de 10 % „BT-dienstenvergoeding" die krachtens de aangemelde regeling verschuldigd is. Op de Oftel-verklaring kan echter in de onderhavige zaak niet worden gesteund, aangezien ze betrekking heeft op situaties waarin BT optreedt als tussenpersoon ten behoeve van gegadigden voor ruimtesegmentcapaciteit op Eutelsat- (en Intelsat-)satellieten en het daarbij gaat om veel bredere activiteiten van BT als Ondertekenaar dan alleen maar haar rol in de coördinatieprocedure. Bovendien ging de regeling tussen BT en SES veel verder dan de loutere betaling van de „BT-dienstenvergoeding" en had ze de in de punten 12 en volgende vermelde ernstige beperkingen van de mededinging tot gevolg.

Hoe het ook zij, een overeenkomst die wordt gesloten met het oog op het vergemakkelijken van of het voldoen aan een procedure waarbij de intrede op de markt van nieuwe concurrenten afhankelijk wordt gesteld van de instemming van reeds op de markt aanwezige concurrenten, kan niet in aanmerking komen voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, waarvoor moet worden voldaan aan vereisten met betrekking tot objectieve voordelen zoals een verbetering van de produktie of de distributie of technische en economische vooruitgang.

(23) De Commissie kan niet aanvaarden dat de regeling tussen BT en SES onmisbaar was om te waarborgen dat BT, die op dat ogenblik de facto de enige leverancier van opstraaldiensten voor televisiedistributie per satelliet in het Verenigd Koninkrijk was, de Britse programmamakers de nodige opstraaldiensten zou leveren.

De Commissie is van mening dat BT zowel op grond van de voorwaarden 1 en 5 van haar vergunning, verleend krachtens de Telecommunications Act 1984, als uit hoofde van het Gemeenschapsrecht, inzonderheid artikel 86 van het EEG-Verdrag, verplicht was de opstraaldiensten te leveren zonder te eisen dat zij werd betrokken bij de verhuur van transponders op de SES-satelliet aan klanten, waarbij zij een dienstenvergoeding van 10 % ontving welke in mindering werd gebracht op de inkomsten van SES uit de verhuur van de satellietcapaciteit.

SES heeft in antwoord op de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie aangevoerd dat het op het ogenblik waarop de regeling tot stand kwam, „verre van duidelijk" was of BT uit hoofde van haar vergunning verplicht was om opstraaldiensten te leveren. Zij heeft erop gewezen dat de beslissing van het Oftel in de PanAmSat-zaak, waarbij werd vastgesteld dat de verplichtingen van BT ontstaan zodra zij van een persoon in het Verenigd Koninkrijk een verzoek om een bepaalde dienst ontvangt, mits de klant bereid is een redelijke prijs te betalen, pas in maart 1988 werd genomen. Voorts heeft SES aangevoerd dat, zelfs indien het standpunt van het Oftel in dit verband duidelijk zou zijn geweest in de periode voorafgaand aan het sluiten van de joint venture-overeenkomst in december 1987, BT wellicht niet verplicht zou zijn geweest een grondstation te bouwen, indien niet reeds met klanten contracten betreffende de levering van de dienst waren gesloten.

De argumenten van SES kunnen niet worden aanvaard. In de eerste plaats zou, gesteld dat de verplichtingen van BT uit hoofde van haar vergunning onduidelijk waren op het ogenblik waarop SES de klanten ervan moest overtuigen dat voor opstraalverbindingen naar de Astra-satelliet zou worden gezorgd, het treffen van een concurrentiebeperkende regeling met BT die situatie niet opheldere. PanAmSat, die inderdaad moeilijkheden ondervond om opstraaldiensten van BT te verkrijgen, sloot geen joint venture met deze laatste maar tekende protest aan bij het Oftel. SES echter heeft het probleem nooit aan de orde gesteld. Geruime tijd voor de totstandkoming van de regeling tussen partijen voerde BT briefwisseling met programmaaanbieders die duidelijk blijk hadden gegeven van belangstelling voor de Astra I A-satelliet. In oktober 1986 bracht een potentiële Astra-klant BT „formeel" op de hoogte van zijn „zeer reële belangstelling" om van de Astra gebruik te maken (zie punt 22), zelfs al waren de ontvangstmogelijkheden in de Noordeuropese landen beperkt. Bij gebreke van andere leveranciers van opstraaldiensten voor televisiedistributie op dat ogenblik zouden alle opstraaldiensten naar de Astra I A-satelliet vanuit het Verenigd Koninkrijk noodzakelijkerwijs aan BT toekomen. Voordat die klanten hun voornemen konden omzetten in verbintenissen die voldoende concreet waren om de verplichting

van BT tot het leveren van opstraaldiensten in werking te doen treden (volgens voorwaarde 53.6 van de vergunning van BT is het niet nodig dat daadwerkelijk een contract wordt gesloten), bestond er echter reeds de definitieve regeling tussen BT en SES. Zoals gezegd werd het probleem niet aan de praktijk getoetst. Bovendien is het niet duidelijk waarom BT louter op grond van de joint venture-overeenkomst met SES wel besliste dat de bouw van een specifiek grondstation verantwoord was; BT heeft zelf verklaard dat zij een „nieuwe specifieke opstraalterminal voor toegang tot de Astra I A-satelliet (had opgericht) ... voordat BT ook maar één klant voor diensten op de Astra I A-satelliet had weten te werven".

Ten slotte vertegenwoordigde de investering van BT in deze installaties ± 3 % van de totale uitgaven van SES voor de bouw en lancering van de satelliet. Het lijdt geen twijfel dat ook een regeling die in veel geringere mate de concurrentie zou hebben beperkt dan bij de joint venture-overeenkomst het geval was, BT de zekerheid had kunnen geven dat zij deze investering zou terugverdienen.

In zoverre in dit verband het Gemeenschapsrecht aan de orde is, dient als algemeen beginsel duidelijk te worden gesteld dat in de telecommunicatiesector, die wordt gekenmerkt door het feit dat bepaalde activiteiten enkel door gemachtigde exploitanten zoals BT mogen worden verricht, de toegang tot de levering aan marktdeelnemers van aan een vergunning onderworpen diensten vrij moet zijn en niet ervan kan worden afhankelijk gemaakt dat nieuwkomers op de markt met de gemachtigde exploitant concurrentiebeperkende overeenkomsten sluiten. Het feit dat SES niet „ervan overtuigd was dat het Gemeenschapsrecht voldoende was om BT ertoe te verplichten opstraaldiensten te leveren" vormt geen rechtvaardiging voor de oplossing die zij uiteindelijk koos. Nogmaals: SES heeft het probleem niet aan de praktijk getoetst.

(24) Vanaf het begin van de aanmeldingsprocedure werd aan partijen te kennen gegeven dat op grond van bovenstaande argumenten in verband met de Eutelsat-coördinatie en de opstraaldiensten voorlopig moest worden geconcludeerd dat niet aan de vereisten van artikel 85, lid 3, was voldaan. Naderhand werd ter rechtvaardiging van de regeling een nieuwe argumentatie ontwikkeld met betrekking tot

— de voordelen van één enkel pakketcontract met de klant dat zowel de opstraalverbinding als de transpondercapaciteit omvatte, en

— de noodzaak dat BT werd betrokken bij het werven van klanten voor de Astra I A in het Verenigd Koninkrijk.

(25) Door met de klant één enkel contract te sluiten dat zowel de opstraalverbinding als de satellietcapaciteit omvatte, werd volgens partijen BT als enige verantwoordelijk voor de dienst als geheel. Dit was niet alleen handig voor de klant, het kon er ook toe leiden dat technische problemen sneller werden verholpen. Bij de pakketregeling mag worden verwacht dat, wanneer het signaal van slechte kwaliteit is, BT maatregelen zal treffen om dit te verhelpen, ongeacht waar de oorzaak ligt, bij voorbeeld door het opstraalsignaal te versterken om een zwakker neerstraalsignaal te compenseren, terwijl dit laatste gebrek anders niet onder de verantwoordelijkheid van BT zou vallen. Bestonden er twee afzonderlijke contracten, dan zouden de leverancier van de opstraalverbinding (BT) en de leverancier van satellietcapaciteit (SES) elk slechts toezicht uitoefenen in de mate waarin zij zelf verantwoordelijk zijn en zou controle op de dienst als geheel ontbreken. Geen van beide zou bereid zijn corrigerende maatregelen te treffen, alvorens is vastgesteld in welk gedeelte van het transmissiepad de oorzaak van dit gebrek zich bevindt.

(26) De Commissie is echter van mening dat niet is aangetoond waarom een pakketcontract meer technische voordelen zou bieden dan twee afzonderlijke contracten. Met name weerleggen de volgende overwegingen dit argument:

a) om opstraaldiensten te leveren moet een exploitant zoals BT over een vergunning beschikken. Als tegenprestatie voor de verlening van die vergunning moet hij, voor zover hij daartoe in staat is, waarborgen dat de dienst de kijker daadwerkelijk bereikt in de vorm van een duidelijke en ononderbroken ontvangst van de televisieprogramma's op zijn scherm. Indien de leverancier van de opstraalverbinding in staat is de kwaliteit te beïnvloeden van het eindprodukt dat door de kijker wordt ontvangen, dan is hij volgens de Commissie verplicht alles te doen wat daartoe noodzakelijk is. Mocht achteraf blijken dat de extra inspanningen van de leverancier van de opstraalverbinding noodzakelijk waren als gevolg van gebreken in gedeelten van het transmissiepad waarvoor hij niet rechtstreeks verantwoordelijk is, dan heeft hij natuurlijk een aanspraak op vergoeding jegens degene die verantwoordelijk is voor het gebrek;

b) partijen gaan, waar zij betogen dat bij afzonderlijke contracten signaalproblemen minder

snel zouden worden verholpen, voorbij aan het feit dat zelfs bij een pakketcontract de partij die voor het gebrek verantwoordelijk blijkt te zijn, ten opzichte van de andere partij aansprakelijk is voor elk verlies van inkomsten. Alle partijen hebben er bijgevolg direct belang bij dat gebreken worden opgespoord en onmiddellijk verholpen, ten einde hun potentiële aansprakelijkheid te beperken. Dit belang houdt geenszins verband met het bestaan van een pakketcontract;

c) in de verklaring van de directeur-generaal van het Oftel met betrekking tot de onafhankelijke „PanAmSat"-satelliet (zie punt 23) wordt verwezen naar voorwaarde 35 van de vergunning van BT, die een algemeen verbod van koppelverkoop inhoudt. De directeur-generaal wijst erop dat, ofschoon in het geval van de „Intelsat"-satellieten (en dezelfde redenering zou opgaan voor Eutelsat) gebruikers geen rechtstreekse toegang tot de satellietsector hebben en BT als Ondertekenaar zowel opstraaldiensten als satellietcapaciteit mag leveren, dit argument niet langer zou gelden „met de komst van onafhankelijke satellietsystemen ... en een ontkoppeling nodig zou zijn". „Indien er een alternatief satellietsysteem bestond, ... zouden de klanten vrij zijn om zelf een regeling te treffen met de onafhankelijke satellietexploitant." Nergens in de opmerkingen van de directeur-generaal worden technische redenen vermeld waarom de leverancier van de opstraalverbinding ook de satellietcapaciteit zou moeten leveren.

Het standpunt van de Commissie werd bevestigd door programma-aanbieders die gebruik maken van de Astra I A-satelliet. De gebruikers die te zamen het grootste gedeelte van de transponders huren, hebben ontkend dat een pakketcontract technische voordelen biedt. Om de ongeldigheid te illustreren van het argument dat BT in geval van problemen het enige contactpunt zou zijn voor de klanten, hebben programmamakers het geval aangehaald van een technisch incident dat zich voordeed in de lente van 1989. Een programma-aanbieder die contact had opgenomen met BT, die contractueel de rechtstreeks verantwoordelijke was, kreeg later de raad om zich voor de oplossing van het probleem tot SES te wenden, terwijl een andere programmamaker heeft verklaard dat hij in een later stadium het probleem ook rechtstreeks met SES besprak, omdat BT te traag was geweest om er iets aan te doen.

(27) Nog ter rechtvaardiging van de pakketcontracten met de klanten hebben partijen aangevoerd dat het efficiënter is om in plaats van over contracten voor elk element afzonderlijk, over één enkel contract te onderhandelen, dat de dienst in zijn geheel bestrijkt. Bovendien zou een klant die één enkel contract sluit dat zowel de opstraalverbinding als de transpondercapaciteit bestrijkt, in een betere positie verkeren om vergoeding te verkrijgen voor gebreken. Indien bij voorbeeld de opstraalverbinding het laat afweten door de schuld van BT, zal de klant een korting ontvangen die zowel op het satellietgedeelte van de dienst als op de opstraalverbinding betrekking heeft. In het geval van twee afzonderlijke contracten is het weinig waarschijnlijk dat de ene partij een korting zal toestaan wegens gebreken in de dienst die de andere partij moet leveren.

De Commissie is van mening dat de efficiëntie waarvan sprake zou kunnen zijn wanneer slechts over één enkel contract behoeft te worden onderhandeld, de nadelen niet goedmaakt die een dergelijke bindende regeling met zich brengt, zowel voor de klanten die met pakketdiensten worden geconfronteerd, als voor concurrenten die aldus worden verhinderd de betrokken diensten te leveren. Wat de vergoeding voor gebreken betreft, zou in het geval van afzonderlijke contracten de regeling inderdaad bepalingen dienen te bevatten die waarborgen dat de klant niet wordt verplicht om te betalen voor een dienst „A" die hij niet heeft verkregen, wanneer dit niet aan een fout van hem zelf is toe te schrijven, maar aan het feit dat een derde die een dienst „B" moet leveren waarvan de levering van dienst „A" afhankelijk is, die dienst „B" niet naar behoren of in het geheel niet heeft geleverd.

(28) Tot besluit is de Commissie van mening dat het pakketcontract geen voordelen met zich brengt die de regeling tussen partijen rechtvaardigen. De Commissie is tot deze conclusie gekomen, rekening houdende met de standpunten van de vier programma-aanbieders die gebruik maken van de Astra I A-satelliet via contracten met BT:

1. Programma-aanbieder X, die verschillende transponders op de Astra I A heeft gehuurd, heeft verklaard: „Het voornaamste punt waarover tijdens de bijeenkomst [met ambtenaren van de Commissie] is gesproken, betrof de ontevredenheid van X over de „bundeling" van diensten in zijn overeenkomst met ... BT ...".

„Het gebrek aan doorzichtigheid bij het samenvoegen van de opstraalverbinding en de transponders in één pakket vormt een ernstig bezwaar"; „X is alleen tot een overeenkomst gekomen met BT, omdat er geen alternatief was ... De reden hiervan is dat BT exclusieve rechten heeft verkregen om een aantal transponders op de Astra-satelliet bij Britse klanten te plaatsen"; „Als afnemer zou X liever met SES te maken hebben gehad."

2. Programma-aanbieder Y heeft verklaard dat hij de voorkeur zou hebben gegeven aan twee contracten, omdat er dan ruimte zou zijn geweest om verschillende prijzen te bedingen. Een aantal maanden voordat hij uiteindelijk een contract betreffende twee transponders op de Astra I A met BT sloot, schreef Y naar het Oftel in verband met „de ernstige problemen die wij ondervinden om concurrerende offertes te verkrijgen voor de levering van capaciteit op satellieten met middelhoog vermogen ..."; „wij bij Y hebben samen met andere satelliettelevisiemaatschappijen Eutelsat en SES Astra gevraagd om offertes in te dienen voor de levering van dergelijke capaciteit. Beide organisaties hebben ons meegedeeld dat wij ons tot British Telecom International moeten wenden"; „Wat het voor ons nog moeilijker maakt, is dat BTI als onderdeel van het contract inzake satellietcapaciteit eist dat wij haar grondstation voor opstraalverbindingen te Woolwich gebruiken. Volgens ons maken zij aldus gebruik van hun monopolie met het oog op koppelverkoop."

3. Programma-aanbieder Z heeft verklaard dat „zij van mening waren dat het beter was om voor het contract en de dienst in hun geheel met één persoon te maken te hebben". Bij de beoordeling van deze verklaring heeft de Commissie rekening gehouden met

— het feit dat niet werd verduidelijkt waarop deze zienswijze berustte; wat betreft het technische voordeel van de omstandigheid met één persoon te maken te hebben, was de eerste reactie van Z op de vraag met wie hij contact zou opnemen in geval van problemen: „SES";

— het feit dat op het ogenblik waarop het contract met de klant werd gesloten, BT 25 % van het aandelenkapitaal van Z bezat; alle belangrijke beslissingen, onder meer in verband met de huur van transponders, werden bij unanimiteit genomen door de drie aandeelhouders.

4. Q is een niet-Britse programma-aanbieder die reeds vóór de komst van de Astra I A verplicht was zijn studio's in Londen te vestigen, omdat het niet duidelijk was of de TO in zijn eigen land opstraalverbindingen naar Intelsat-ruimtesegmentcapaciteit zou leveren, een dienst die BT bereid was te leveren. Q heeft verklaard dat, aangezien hij „zich voor de transmissie reeds in Londen had gevestigd, British Telecom de enige was die capaciteit op de Astra kon leveren". Ofschoon Q een aantal voordelen van een pakketcontract noemt, lijkt zijn uitgangspunt te zijn geweest dat alleen via BT capaciteit op de Astra kon worden verkregen; de door hem genoemde voordelen werden ook nooit aan de praktijk getoetst.

Partijen hebben aangevoerd dat er toentertijd geen belangstelling van klanten voor niet-gebundelde diensten bestond en dat de verklaringen die programma-aanbieders nu — bij een gewijzigde conjunctuur — afleggen, niet noodzakelijkerwijs een weergave zijn van hun wensen ten tijde van de sluiting van de overeenkomsten. Het is waar dat de Commissie geen bewijs heeft gevonden van schriftelijke verzoeken van klanten aan BT en SES met betrekking tot afzonderlijke, niet-gebundelde diensten. Zoals BT in de loop van de procedure heeft opgemerkt, heeft zij echter vóór de totstandkoming van de regeling met SES mondeling besprekingen over Astra I A met programma-aanbieders gevoerd, doch bestaat hiervan geen bewijs in de vorm van „briefwisseling in het dossier". In een brief aan Oftel echter, waaraan wordt gerefereerd in punt 2, stelde een programma-aanbieder dat hij en anderen zich rechtstreeks tot SES hadden gewend voor de levering van capaciteit op de satelliet, maar werden verwezen naar BT als de eenheid waarmee zij hiervoor moesten handelen. Hoe het ook zij, ingevolge clausule 3 (1) van de hoofdovereenkomst, waarin werd bepaald, dat „de aan de klanten aangeboden dienst de transponders waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en daarnaast de opstraalverbinding omvat", zouden niet-gebundelde diensten onvermijdelijk aan de klanten zijn geweigerd.

SES heeft verklaard dat de klanten, door voor langlopende contracten te kiezen, duidelijk hebben gemaakt dat zij niet werden benadeeld door de bundeling van de diensten. De Commissie acht het

evenwel waarschijnlijker dat de programma-aanbieders zich bij die keuze hebben laten leiden door de besparingen die bij een langlopend contract tot 50 % bedroegen.

(29) Wat betreft marketing, hebben partijen aangevoerd dat het samenbrengen van hun respectieve kennis, middelen en ervaring nodig was om het gebruik van de Astra-satelliet te promoten. BT, die verschillende jaren ervaring had inzake marketing en levering van satellietdiensten aan Britse aanbieders van televisieprogramma's, had tot taak klanten te werven, terwijl SES zich moest toeleggen op „retail marketing", d.w.z. promotie bij de producenten van apparatuur en de kijkers.

De Commissie aanvaardt niet dat SES, zonder de marketinginspanningen van BT, zelf geen klanten in het Verenigd Koninkrijk zou hebben kunnen vinden. Op het ogenblik dat de joint venture tot stand kwam, waren er in het Verenigd Koninkrijk in totaal minder dan tien televisieprogrammamakers met interesse voor satelliettelevisie, en er is geen voor de hand liggende reden waarom de commercieel verantwoordelijken van SES die potentiële klanten niet zelf hadden kunnen benaderen. Eén programma-aanbieder heeft verklaard dat de commerciële directeur van SES zelf zeer actief promotie voor de Astra-satelliet voerde in het Verenigd Koninkrijk, en dit verschillende jaren vóór de lancering van de satelliet en de totstandkoming van de joint venture. SES heeft aangevoerd dat haar eerste contacten met klanten slechts met de hulp van BT in bindende overeenkomsten werden omgezet. Gelet op het feit dat potentiële klanten reeds in een vroeg stadium ervan in kennis werden gesteld dat zij via BT zaken moesten doen, en dat geruime tijd voordat de eerste contracten met klanten werden ondertekend, is het niet mogelijk om achteraf vast te stellen of de klanten het gevoel hadden dat de betrokkenheid van BT in dit verband onmisbaar was. Er moet evenwel op worden gewezen dat SES de transponders die buiten de joint venture-regeling vielen, in een aantal landen rechtstreeks aan programmamakers heeft verkocht, zonder dat daarvoor een joint venture met de plaatselijke telecommunicatieorganisatie nodig was.

Ten slotte werd het, als gevolg van BT's betrokkenheid bij de „verkoop" van transponders op de Astra-satelliet, voor klanten van BT op Eutelsat en Intelsat inderdaad gemakkelijker om over te schakelen naar de Astra wegens de bepalingen van de joint venture-overeenkomst betreffende „double illumination" en vervroegde beëindiging van bestaande contracten. Verscheidene klanten hebben echter opgemerkt dat zij geloven dat de vermindering van de satellietprijs, die mogelijk zou zijn geweest indien BT niet bij de Astra-satelliet betrokken was geweest, ruimschoots zou hebben opgewogen tegen de extrakosten die zij zonder gratis „double illumination" zouden hebben moeten dragen.

(30) De activiteiten van SES inzake „retail marketing" vormen de voortzetting van haar activiteiten op een gebied waarop zij volgens partijen „reeds op paneuropese basis, onder meer ook in het Verenigd Koninkrijk, bedrijvig was geweest", en die zij in elk geval zou hebben voortgezet, ook zonder de regeling met BT.

Besluit

(31) Gelet op het voorgaande, besluit de Commissie dat, aangezien de regeling tussen BT en SES

— niet tot enige verbetering of enig voordeel op de betrokken markt leidde, en

— niet onmisbaar was opdat SES haar intrede kon doen op de markt voor de levering van ruimtesegmentcapaciteit,

de aangemelde regeling niet in aanmerking kon komen voor een ontheffing.

Onder die omstandigheden is het niet nodig te onderzoeken of aan de overige vereisten van artikel 85, lid 3, is voldaan.

C. Artikel 3 van Verordening nr. 17

(32) Naar luid van artikel 3 van Verordening nr. 17 kan de Commissie, indien zij een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag vaststelt, de betrokken ondernemingen verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken. Dit houdt niet alleen in de beëindiging van de concurrentiebeperkende overeenkomsten tussen de partijen, maar ook de eliminatie van concurrentiebeperkende gevolgen in contracten die met derde ondernemingen zijn gesloten onder de voorwaarden van voornoemde concurrentiebeperkende overeenkomsten.

In het onderhavige geval hebben partijen, na overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van Verordening nr. 17 te zijn gehoord, de Commissie ervan in kennis gesteld dat de joint venture-overeenkomst tussen hen, met verscheidene bijbehorende over-

eenkomsten en aanhangsels, op 30 januari 1991 is beëindigd; volgens de bepalingen van de overeenkomst tot beëindiging zullen de bestaande contracten met klanten van kracht blijven, waarbij de transponders in plaats van via de joint venture-maatschappij rechtstreeks door SES aan BT worden verhuurd; bij het verstrijken van die contracten zal BT geen rechten meer bezitten in verband met de betrokken transponders of andere transponders op de Astra I A of de Astra I B.

(33) Door de beëindiging van de joint venture-overeenkomst is de commerciële autonomie van de partijen voor de toekomst gewaarborgd. Ingevolge clausule 5.1 (i) van de beëindigingsovereenkomst blijven de contracten die BT uit hoofde van de joint venture-regeling met klanten heeft gesloten echter van kracht zonder enige wijziging.

Die contracten bestendigen de concurrentiebeperkende gevolgen van de joint venture-overeenkomst omdat klanten die hun programma's wensten uit te zenden via de Astra I A-satelliet, niet de keuze werd gegeven om afzonderlijke contracten af te sluiten voor enerzijds de opstraaldiensten en anderzijds het huren van de transpondercapaciteit. Voorts zijn de voorwaarden van de met die klanten gesloten contracten door BT en SES vastgesteld in het kader van de joint venture, d.w.z. in een situatie waarin de mededinging vervalst was. Dit wil niet zeggen dat de met de klanten gesloten contracten, louter vanwege hun band met de concurrentiebeperkende horizontale overeenkomsten, ook onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen. De concurrentiebeperkende gevolgen die door deze contracten worden bestendigd kunnen echter alleen worden geëlimineerd wanneer de klanten het recht van aanpassing hebben gehad. Aan klanten dient derhalve de optie gegeven te worden om de contracten zoals die zijn gesloten met BT te handhaven, die contracten te beëindigen, of over de voorwaarden daarvan opnieuw in onderhandeling te treden. Met dit oogmerk, en wel binnen een maand nadat deze beschikking hun ter kennis is gebracht, moeten BT en SES de programmamakers die vóór 30 januari 1991 met BT contracten betreffende internationale televisiedistributiediensten via de Astra I A-satelliet hebben gesloten, ervan op de hoogte brengen dat zij gedurende vier maanden na ontvangst van dat bericht gerechtigd zijn om indien zij dat wensen

— opnieuw over de voorwaarden van het contract te onderhandelen, of

— het contract te beëindigen, waarbij een redelijke opzeggingstermijn in acht moet worden genomen.

Klanten die besluiten opnieuw over de voorwaarden te onderhandelen ofwel het contract te beëindigen, dient in elk geval te worden gewaarborgd dat de opstraaldiensten en het gebruik van de transpondercapaciteit zonder onderbreking aan hen zullen worden geleverd tijdens de overgangsperiode.

Contracten die op verzoek van de klant ongewijzigd van kracht blijven, zouden alleen dan concurrentiebeperkend zijn indien zij zouden leiden tot een uitsluiting van andere leveranciers van opstraaldiensten dan BT. In het licht van de huidige marktsituatie, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid voor leveranciers van opstraaldiensten in het Verenigd Koninkrijk om via het SAO toegang te verkrijgen tot Eutelsat- en Intelsat-ruimtesegmentcapaciteit en tot de bijkomende nieuwe ruimtesegmentcapaciteit, onder meer op de Astra I B, die ondertussen beschikbaar is geworden, komt een dergelijke uitsluiting echter onwaarschijnlijk voor. Indien zich nieuwe elementen zouden voordoen, zou het wenselijk kunnen zijn een procedure in te stellen, onafhankelijk van die welke tot de onderhavige beschikking heeft geleid,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

De hoofdovereenkomst van 17 december 1987 tussen Société européenne des satéllites SA en British Telecommunications plc en alle bijbehorende aanhangsels en overeenkomsten betreffende de regeling op grond waarvan de twee partijen samenwerkten bij de gezamenlijke levering van een dienst voor televisiedistributie per satelliet (samen „de overeenkomsten" genoemd), leverden een inbreuk op op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag tot 30 januari 1991, de datum waarop die overeenkomsten werden beëindigd.

Artikel 2

Voor de in artikel 1 genoemde overeenkomsten wordt voor de periode gedurende welke zij van kracht waren, een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag geweigerd.

Artikel 3

Binnen een maand nadat deze beschikking hun ter kennis is gebracht, brengen British Telecommunications plc (BT) en Société européenne des satellites SA (SES) de aanbieders van televisieprogramma's die vóór 30 januari 1991 met BT contracten betreffende televisiedistributiediensten via de Astra I A-satelliet hebben gesloten, schriftelijk op de hoogte van de onderhavige beschik-

king, inzonderheid van de artikelen 1 en 2, en delen zij hun mee dat zij gedurende vier maanden na ontvangst van dat bericht gerechtigd zijn om indien zij dat wensen

— opnieuw over de voorwaarden van hun contract te onderhandelen, of

— hun contract te beëindigen, waarbij een redelijke opzeggingstermijn in acht moet worden genomen jegens BT, die op haar buurt onmiddellijk SES ervan op de hoogte dient te stellen dat het contract is opgezegd.

Wanneer de brief uit hoofde van dit artikel 3 binnen de genoemde termijn van een maand aan aanbieders van televisieprogramma's wordt toegezonden, wordt terzelfder tijd een afschrift daarvan aan de Commissie overgemaakt.

Artikel 4

Deze beschikking is gericht tot

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 Luxemburg.

Gedaan te Brussel, 23 december 1992.

Voor de Commissie

Leon BRITTAN

Vice-Voorzitter