DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 23 de diciembre de 1992

relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE

(IV/32.745 — Astra)

(Los textos en lengua francesa e inglesa son los únicos auténticos)

(93/50/CEE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea,

Visto el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (1), cuya última modificación la constituye el Acta de adhesión de España y de Portugal, y, en particular, su artículo 2,

Vista la notificación con miras a una exención, realizada el 3 de junio de 1988, de conformidad con el artículo 4 del Reglamento nº 17, por British Telecommunications plc (en lo sucesivo, «BT»), la Société Européenne des Satéllites SA (en lo sucesivo, «SES») y BT Astra SA, de una serie de acuerdos y documentos conexos relativos a la comercialización y oferta de servicios de distribución de televisión vía satélite, notificación posteriormente modificada por BT para incluir asimismo una solicitud de declaración negativa,

Vista la decisión del 3 de abril de 1990 de incoar el procedimiento en relación con este asunto,

Tras haber dado a las empresas interesadas la oportunidad de dar a conocer sus puntos de vista en relación con las objeciones formuladas por la Comisión, de conformidad con el apartado 1 del artículo 19 del Reglamento nº 17 y con el Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo (2),

Previa consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes,

Considerando lo que sigue:

I. HECHOS

(1) El 3 de junio de 1988, British Telecommunications plc (BT), la SES y BT Astra SA notificaron a la Comisión una serie de acuerdos y documentos conexos relativos a la comercialización y suministro de servicios de distribución de televisión vía satélite, solicitando una exención. Posteriormente, en su respuesta al pliego de cargos de la Comisión, BT mantenía que el apartado 1 del artículo 85 no era aplicable a los acuerdos y, mediante carta de 5 de diciembre de 1990, solicitó formalmente que la notificación se considerase modificada al respecto.

A. Las partes

(2) SES es una sociedad luxemburguesa creada en 1985 con el objetivo de explotar satélites. Su primer satélite, Astra IA, lanzado en diciembre de 1988, fue el primero de mediana potencia que no pertenecía a entidades de telecomunicación (ET) y ofrecía servicios de televisión internacional en Europa. Cuando se realizó la notificación, SES aún no tenía volumen de negocios. Los recursos necesarios para cubrir los costes de compra y lanzamiento del satélite y otros gastos, tales como los comercialización y seguros, fueron financiados con la aportación de unos veinte accionistas procedentes de diversos Estados miembros y de otros países y con préstamos bancarios con garantía estatal.

En 1991, el volumen de negocios de SES ascendió a 3 471 954 747 francos luxemburgueses. En febrero de 1991, se lanzó el segundo satélite SES de mediante potencia (Astra IB).

(3) BT tiene diversas filiales, de las que ninguna opera en el sector de los satélites. El volumen de negocios total de BT durante el año que finalizó en marzo de 1992 fue de aproximadamente 13 337 000 000 de libras esterlinas.

BT es un operador autorizado para desarrollar actividades de telecomunicación en el Reino Unido, incluido el enlace ascendente de señales con satélites.

De conformidad con la condición 1.1 de la autorización de BT, concedida en virtud del artículo 7 de la «Telecommunications Act» (Ley sobre telecomunicaciones), de 1984, BT tiene una obligación de «suministro universal de servicios de telecomunicación» respecto de toda persona que requiera dichos servicios; la condición 5 exige a BT la adopción de las medidas necesarias para proporcionar servicios de conexión internacional a sus clientes en la medida en que sea necesario para satisfacer las demandas razonables en relación con dichos servicios. La condición 53.5.b establece ex-

(1) DO nº 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62.
(2) DO nº 127 de 20. 8. 1963, p. 2268/63.

cepciones y limitaciones a esta obligaciones en algunos casos, por ejemplo, si la demanda de dichos servicios en una determinada zona es, o es probable que sea, insuficiente para cubrir sus costes de establecimiento en la misma.

Distribución de televisión vía satélite

(4) Los canales de televisión se pueden transmitir por diversos medios: por vía terrestre, por cable y por satélite. También es posible una combinación de los mismos, por ejemplo, vía satélite hasta un operador de un servicio de distribución por cable, que los transmite a los telespectadores. La transmisión vía satélite lleva consigo las etapas siguientes:

1) Los canales de televisión son preparados por un «proveedor de programas».

2) Las señales se transmiten a partir de un estudio de televisión a una estación terrena, desde donde se realiza el «enlace ascendente» con el satélite; los proveedores de programas deben contratar estos servicios de enlace ascendente con un operador autorizado, que en la mayoría de los países comunitarios es exclusivamente la ET.

3) En el satélite, las señales son recibidas y amplificadas por un «transpondedor», transmitiéndose a continuación de nuevo a la tierra. Los satélites están cubiertos por varios de estos transpondedores (16 en el caso del satélite Astra IA).

4) Al realizarse el «enlace descendente» de las señales con tierra, éstas son captadas por una antena parabólica receptora; el receptor puede ser:

   (1) un operador de un servicio de distribución por cable, que transmite le señal por cable a los telespectadores;

   (2) una antena colectiva (Satellite Master Antenna TV), que canaliza la distribución a las habitaciones de un hotel o a los apartamentos de un bloque; o

   (3) telespectadores que reciben las señales directamente a través de antenas parabólicas colocadas en sus tejados; el último tipo se conoce como recepción directa en el hogar.

   El tamaño de la antena parabólica receptora depende de la potencia del satélite utilizado. Los satélites de baja potencia requieren antenas parabólicas de grandes dimensiones, de más de 1,5 metros de diámetro, mientras que las señales procedentes de satélites de mediana o elevada potencia pueden captarse mediante antenas parabólicas mucho más pequeñas, idóneas para tejados individuales.

   En cuanto a la zona de cobertura, denominada «huella» del satélite, los satélites de baja y mediana potencia pueden cubrir toda Europa, mientras que los satélites de elevada potencia se limitan generalmente a la recepción en un solo país.

(5) Hasta el lanzamiento de «Astra», en Europa todos los satélites eran explotados, individual o colectivamente, por entidades de telecomunicación. Las diversas etapas de la transmisión de canales de televisión están cubiertas por derechos de exclusiva conferidos a las ET por los tratados internacionales y las legislaciones nacionales:

1) Enlace ascendente

   De conformidad con el reglamento de radiocomunicaciones de la Unión internacional de telecomunicaciones y con la legislación sobre telecomunicaciones de los Estados miembros, únicamente pueden transmitir señales a los satélites los «operadores autorizados». En la mayor parte de los países europeos en el momento de la notificación sólo existía un operador autorizado: la ET. En el Reino Unido, el duopolio creado por la «Telecommunications Act», de 1984, dio lugar a dos proveedores de enlace ascendente: BT y Mercury Communications Ltd Kingston Communications (Hull) plc también fue autorizada y seis otras autorizaciones para suministrar servicios de enlace ascendente y, además, a continuación se introdujo una licencia de clase. Sin embargo, al celebrarse el acuerdo de creación de la empresa en participación, BT era el único operador autorizado del Reino Unido que suministraba efectivamente servicios de enlace ascendente para la distribución de televisión a escala internacional. Asimismo, SES está autorizado a proporcionar enlace ascendente en Luxemburgo.

2) Segmento espacial (satélites)

   Los satélites geoestacionarios que están en órbita para fines de telecomunicación son, en su mayor parte, propiedad de organizaciones internacionales, tales como Intelsat (Organización internacional de telecomunicaciones por satélite), Eutelsat (Organización europea de telecomunicaciones por satélite), Inmarsat (Organización internacional de telecomunicaciones marítimas por satélite), o de entidades de telecomunicación nacionales, que se encargan de su explotación.

   Los tratados de Intelsat y Eutelsat, que han sido suscritos, entre otros, por todos los Estados miembros, establecen la obligación de seguir un procedimiento de aprobación o «coordinación» para explotar satélites junto a los satélites Intelsat y Eutelsat. En la notificación y en el procedimiento subsiguiente, las partes se refirieron principalmente al procedimiento de Eutelsat.

   Eutelsat fue creada en 1982 por un convenio internacional, en el que participan actualmente 32 países europeos (denominados las «partes»).

Existe un «acuerdo de explotación» anexo al convenio, que ha sido suscrito por las ET (denominadas los «signatarios») de los Estados participantes en el convenio. Cada país miembro designa un «signatario»; en el Reino Unido, BT es el signatario de Eutelsat.

Las ET signatarias financian los satélites Eutelsat en proporción a su utilización; esto es, cuanta más capacidad de transpondedor utilice una ET en un satélite Eutelsat, mayor será su contribución; las ET signatarias también participan en los ingresos en la misma proporción. Al crearse la empresa en participación, BT poseía la mayor cuota de inversión.

En un principio, Eutelsat explotó cuatro satélites de telecomunicación de baja potencia. En agosto de 1990, se lanzó el primero de la serie de satélites de mediana potencia Eutelsat II del mismo tipo que Astra (esto es, satélites que permiten la recepción con una antena parabólica de 60 a 90 cm).

Con arreglo al convenio Eutelsat, si llega a conocimiento de una de las partes o una ET que una entidad desea explotar satélites o equipo de enlace ascendente o descendente con independencia de Eutelsat dentro del ámbito de competencia de dicha parte, ésta o la ET están obligadas a suministrar toda la información oportuna a Eutelsat. Las autoridades de Eutelsat deben determinar si la explotación del satélite no perteneciente a Eutelsat:

— será técnicamente compatible con la explotación de los satélites Eutelsat;

— no causará al sistema Eutelsat daños económicos significativos (1).

Con respecto al satélite Astra, la asamblea de Eutelsat concluyó que no se producirían daños económicos significativos al sistema Eutelsat en la medida en que, entre otras cosas:

— Astra fuese utilizado para la transmisión de televisión en un único sentido;

— no más de cuatro canales Eutelsat pasasen de los satélites de Eutelsat a Astra.

(1) Artículo XVI a) de la Convención Eutelsat.
En 1992, la asamblea de Eutelsat adoptó una resolución según la cual sólo serían sometidos al procedimiento de consulta completo previsto en el artículo XVI a) aquellos sistemas de satélite ajenos a Eutelsat que prestaran «servicios reservados».

JAS

Tras un detallado análisis del papel de BT como signatario de Eutelsat, en noviembre de 1989, la Oficina de telecomunicaciones «OFTEL» anunció que una junta de asuntos del signatario (JAS) desempeñaría las funciones de BT como signatario, independientemente de la rama comercial de BT; ello significa que actualmente los operadores autorizados en el Reino Unido tienen acceso al segmento espacial de Eutelsat (y de Intelsat) en las mismas condiciones que BT.

3) Enlace descendente

Las legislaciones de la mayor parte de los Estados miembros exigen que las empresas de explotación de satélites obtengan el consentimiento de la ET correspondiente para la recepción en el territorio de ésta de señales de enlace descendente procedentes de satélites. Además, en el caso de Astra, Eutelsat exigía «coordinación», no sólo respecto del enlace ascendente con el satélite y la explotación del mismo, sino también en lo relativo al enlace descendente con los países miembros de Eutelsat.

Empresa en participación

(6) El satélite Astra IA, de SES, dispone de un total de 16 transpondedores para los que había que encontrar clientes. Dado que el mercado de la televisión vía satélite se caracterizaba por el predominio de canales de lengua inglesa, SES concluyó que la mayoría de proveedores de canales posiblemente interesados en la difusión a través de Astra estarían localizados en el Reino Unido. Por consiguiente, antes del lanzamiento del satélite se tomó la decisión de asignar un mínimo de 9 y un máximo de 11 de los 16 transpondedores a una empresa en participación establecida por BT y SES, cuyo objetivo sería:

— ofrecer a los operadores de programas de televisión originados en el Reino Unido un servicio global consistente en un enlace ascendente llevado a cabo por BT a partir de este país y en espacio de transpondedor en el satélite de SES;

— fomentar el desarrollo del mercado de satélites:

a) incitando a aumentar su producción a los fabricantes de antenas parabólicas adecuadas para la denominada «recepción directa en el hogar»;

b) estimulando a los minoristas a promocionar y vender este tipo de equipo; y

c) alentando a los telespectadores a comprar estas antenas parabólicas para poder recibir las señales de Astra directamente en sus tejados.

(7) En el curso del procedimiento de notificación, fueron examinados los acuerdos y documentos siguientes:

— El acuerdo «principal» de creación de una empresa en participación entre SES y BT, de 17 de diciembre de 1987, en el que ambas partes decidieron el establecimiento en partes iguales de la empresa en participación BT Astra SA, y por el que SES se comprometió a arrendar transpondedores a la empresa en participación para que ésta, a su vez, los pusiera a disposición de los usuarios finales a través de un «operador autorizado en el Reino Unido» (por lo tanto, no necesariamente BT), sobre la base de un contrato global que incluyera el enlace ascendente.

— Cuatro cartas, con fecha 17 de diciembre de 1987, relativas a:

  — la asignación a BT de opciones de transpondedores en el satélite Astra,

  — el compromiso de SES en relación con el apartado 4 de la cláusula 6 del acuerdo relativa a su obligación de no desarrollar actividades en materia de satélites fuera del Reino Unido,

  — la formación de una empresa de comercialización conjunta (Satellite Promotions SA),

  — la autorización de SES para utilizar el satélite Astra concedida por el Gobierno luxemburgués;

— el plan de comercialización de la empresa en participación BT/SES, que especificaba las actividades de comercialización que debía desarrollar cada una de las partes: BT debía concentrarse en la «comercialización del servicio», esto es, en la búsqueda de clientes, y SES en la «comercialización minorista», esto es, en el sector de equipos de recepción y en los usuarios finales;

— los acuerdos de servicio generales y específicos, relativos igualmente a las actividades de comercialización;

— los acuerdos entre BT y los proveedores de programas de televisión. Estos acuerdos no son uniformes; la mayor parte de ellos se establecen por un período de diez años, pagando el cliente una suma global por anticipado para todo el período, correspondiente al enlace ascendente y al arrendamiento de transpondedores. El precio pagado disminuye en proporción al número de transpondedores arrendados. Un acuerdo se ha establecido por tres años, con posibilidad de ampliarlo hasta diez, debiendo pagar el cliente una suma mensual en el primer período de tres años y una cantidad global posteriormente. Sólo en un acuerdo se establece una distinción entre los importes pagados por el enlace ascendente y por el arrendamiento de transpondedores.

Los acuerdos sobre la empresa en participación se iban a seguir aplicando durante el período de vida técnica del satélite Astra, esto es, normalmente durante diez años.

(8) Las disposiciones en las que se centró el examen de la Comisión han sido:

1) Cláusula 3. Los transpondedores cubiertos por el acuerdo sobre la empresa en participación entre SES y BT eran arrendados a BT Astra SA que, a su vez, los arrendaría a un «operador autorizado en el Reino Unido». Conforme a una carta entre las partes, de 17 de diciembre de 1987, SES accedió a que la empresa en participación concediese a BT opciones sobre nueve transpondedores, de los que debería disponer dentro de un período fijado. A su vez, BT ofrecería un único contrato a los proveedores de programas que incluyese el enlace ascendente por parte de BT y capacidad disponible en el satélite Astra.

2) La cláusula 5 contenía los derechos y obligaciones de BT «en la medida en que se el operador autorizado en el Reino Unido». Su apartado 1 establecía que, si bien BT tenía la facultad de determinar el componente relativo al servicio ascendente que se cargaría en el precio total cobrado al cliente, consultaría con SES a la hora de fijar este precio.

3) La cláusula 6 establecía los derechos y obligaciones de SES. Su apartado 1 establecía que, aunque SES tenía la facultad de determinar el precio que debía cobrarse a los clientes del Reino Unido por la utilización de capacidad de transpondedor en el satélite Astra, consultaría con BT a la hora de fijar este precio aunque BT no fuera el «operador autorizado».

4) El apartado 2 de la cláusula 5 obligaba a BT a hacer del satélite Astra el satélite de mejor calidad para la comercialización de servicios de televisión, y a no desalentar la utilización de Astra mediante la política de precios y de comercialización, por ejemplo, cobrando a los

clientes que utilizasen la nueva serie de satélites de mediana potencia Eutelsat II (aún no lanzados al crearse la empresa en participación) unos márgenes o unos precios de enlace ascendente inferiores a los cobrados por la utilización del satélite Astra.

5) Análogamente, el apartado 5 de la cláusula 6 obligaba a SES a hacer cuanto estuviera en su mano para garantizar el empleo de los servicios de enlace ascendente con los transpondedores de BT, lo cual se ajustaba a la carta de 17 de diciembre de 1987 mediante la cual SES concedía opciones a BT respecto de nueve transpondedores.

6) El apartado 4 de la cláusula 6 prohibía a SES intentar desviar programas originados en el Reino Unido (esto es, programas que en su mayor parte se hayan preparado físicamente en un estudio del Reino Unido) para realizar su enlace ascendente fuera del Reino Unido. Conforme a la carta de 17 de diciembre de 1987 relativa al apartado 4 del cláusula 6, SES también debía abstenerse de incitar a los proveedores de programas a preparar sus programas en lengua inglesa en estudios localizados fuera del Reino Unido. En concreto, SES, no podía inducir a los proveedores de programas a utilizar estudios en Luxemburgo y enlace ascendente a partir de dicho país ofreciendo condiciones comerciales preferentes «ya sea en lo relativo a la capacidad de los satélites o a los servicios de enlace ascendente» (al estar autorizada SES para ofrecer estos servicios en Luxemburgo).

7) El apartado 3 de la cláusula 5, el apartado 2 de la cláusula 6 y la cláusula 7 contenían disposiciones encaminadas a facilitar la transferencia al satélite Astra de los clientes que venían utilizando otros satélites. En este contexto, BT, transmitiendo por medio de los satélites Intelsat I o Eutelsat I, proporcionaría a sus clientes el servicio de «doble iluminación», esto es, la transmisión simultánea hacia ambos satélites. Dado que los clientes podrían mostrarse indecisos respecto de esta «doble iluminación» si ello significase tener que pagar íntegramente dos arrendamientos, estas medidas establecían que BT y SES soportarían una parte de los costes. Ademas, BT se comprometió, bajo ciertas condiciones, a facilitar una pronta resolución de los contratos existentes por parte de los clientes.

8) Aunque, desde un punto de vista contractual, SES era libre de comercializar como considerase oportuno los transpondedores no cubiertos por los acuerdos sobre la empresa en participación, su libertad estaba limitada por el apartado 4 de la cláusula 6, que establecía que todos los programas originados en el Reino Unido (esto es, preparados en estudios localizados en el Reino Unido) que estuviesen enlazados con el satélite Astra deberían comercializarse a través de la empresa en participación, y por el apartado 5 de la cláusula 6, que establecía que cuando un cliente planease realizar un enlace ascendente a partir del Reino Unido, las condiciones ofrecidas al mismo no podrían ser más favorables que las ofrecidas a la empresa en participación. Además, SES procuraría garantizar que el servicio ofrecido por BT Astra en el Reino Unido no fuese «incoherente» con el servicio ofrecido por SES en otros países.

9) El apartado 6 de la cláusula 6 establecía que, a menos que se hubiese acordado lo contrario entre BT y SES, esta última no utilizaría transpondedores de satélites distintos del Astra IA para los programas preparados en el Reino Unido o cuyo enlace ascedente se hubiera efectuado a partir de dicho país mientras que alguno de los transpondedores contemplados en el acuerdo estuviese disponible.

10) Con arreglo a la cláusula 9 del acuerdo sobre la empresa en participación, el proveedor de canales pagaba a BT una suma global correspondiente al servicio de enlace ascendente y al arrendamiento de transpondedores. Esta última cantidad era íntegramente transferida por BT a BT Astra SA, que, a su vez, la transfería en un 90 % a SES; el 10 % volvía a BT en concepto de «tarifa de servicios de BT». Con otras palabras, por tomar parte en la empresa en participación, BT recibía:

— el precio del enlace ascendente;

— el 10 % del arrendamiento de los transpondedores en concepto de tarifa de servicios.

Asimismo, la cláusula 9 hacía referencia al pago por transpondedor que debería efectuar SES a Eutelsat. En respuesta a una solicitud de información de la Comisión, el director general de Eutelsat declaraba que «no existe ningún tipo de pago a Eutelsat, ni ningún acuerdo de pago en especie, como tampoco ningún intercambio o transacción con valor del tipo que fuere entre Eutelsat y SES o cual-

quier otra parte, que pudiera considerarse relacionado con la utilización del satélite GDL (Astra). No hemos visto el acuerdo de creación de la empresa en participación, de 17 de diciembre de 1982, al que se hace referencia en su carta, ni conocemos su contenido».

Dado que el acuerdo de creación de la empresa en participación no concedía ningún derecho exclusivo a BT, cualquier otro «operador autorizado en el Reino Unido» podría, teóricamente, haber arrendado la capacidad de transpondedor a BT Astra y suscrito contratos con los proveedores de programas relativos al enlace ascendente y a la capacidad de transpondedor. Sin embargo, en este caso la tarifa de servicios de BT, del 10 %, seguiría siendo pagada por BT Astra a BT; el «operador autorizado», que realiza de hecho la función de coordinación, únicamente recibiría la suma correspondiente a sus actividades de enlace ascendente, mientras que BT seguiría recibiendo un 10 % por una operación en la que no desempeñaría una función aparente, salvo la de ser propietario parcial de la empresa en participación.

Fin de la empresa en participación

(9) El 3 de abril de 1990, de conformidad con el Reglamento nº 17, la Comisión inició un procedimiento tras el cual llegó a la conclusión preliminar de que los acuerdos notificados entraban en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE, por lo que no podían acogerse a una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85. Posteriormente, las partes presentaron una propuesta en virtud de la cual se pondría fin al acuerdo de creación de la empresa en participación y al contenido de las cartas y acuerdos de servicio conexos, aunque los acuerdos concertados con los clientes en el marco de la empresa en participación seguirían en vigor mediante novación consistente en el arrendamiento directo de transpondedores de SES a BT en lugar de a través de la empresa en participación. Dado que la situación no se modificó realmente con la supresión de la empresa en participación de la cadena de arrendamientos de transpondedores que existía desde SES hasta, en última instancia, los proveedores de programas, el 26 de julio de 1990, la Dirección General de Competencia envió un pliego de cargos a las partes, que dieron a conocer sus puntos de vista por escrito y oralmente en la audiencia celebrada a tal efecto el 13 y 14 de noviembre de 1990.

(10) El 30 de enero de 1991, las partes firmaron un acuerdo por el que ponían fin a la empresa en participación, sujeto a las mismas condiciones contenidas en la propuesta mencionada en el considerando 9.

II. VALORACIÓN JURÍDICA

A. Apartado 1 del artículo 85

(11) Los acuerdos concertados entre las partes limitaron la competencia en el mercado de suministro de capacidad de transpondedor para la distribución de canales de televisión por satélite y en el mercado de servicios de enlace ascendente. Los efectos de la cooperación entre las partes se manifestaron tanto en el Reino Unido como en otros lugares de la Comunidad.

1. *Limitaciones en el mercado de capacidad de segmento espacial*

(12) SES y BT son competidores directos en el mercado de suministro de capacidad de segmento espacial para la transmisión de canales de televisión.

(13) Como propietario del satélite Astra 1A, SES podía ofrecer 16 transpondedores a los proveedores de programas que pretendían transmitir vía satélite.

(14) Desde 1983, BT ha venido ofreciendo capacidad de segmento espacial a los proveedores de programas mediante los satélites Eutelsat (e Intelsat). De conformidad con el artículo 16 del acuerdo de explotación de Eutelsat, todas las solicitudes de asignación de capacidad de segmento espacial de Eutelsat a los proveedores de programas debe pasar por los signatarios, que en el Reino Unido es BT. BT decidió la utilización definitiva de los transpondedores y concertó los contratos con los clientes, al estar exluidos los contactos entre éstos y Eutelsat con arreglo al acuerdo de explotación. Aunque la asignación final de la capacidad de segmento espacial no la realiza un único signatario, sino el consejo de signatarios, al crearse la empresa en participación, BT era el signatario con la mayor cuota de inversión. Según la notificación, esta empresa proporcionaba más servicios de distribución de televisión por satélite que ninguna otra entidad europea de telecomunicación; el hecho de que no poseyese realmente la capacidad de segmento espacial que ofrecía a los clientes no significa, como alega BT, que no competía con SES, dado el alcance de los acuerdos de Eutelsat.

Es significativo observar que la asamblea de Eutelsat declarase como condición para la coordinación de Astra «un mayor esfuerzo conjunto y una mayor iniciativa por parte de los signatarios ... como parte de una acción encaminada a encontrar nuevas operaciones comerciales ... con objeto, particularmente, de compensar la pérdida de ingresos derivada de la puesta en funcionamiento del satélite GDL (Astra)», BT, como signatario del Reino Unido, tenía que compatibilizar este compromiso con su obligación derivada del acuerdo con SES de hacer de Astra el satélite «de mejor calidad».

(15) BT ha manifestado, asimismo, que BT y SES no podían considerarse competidores, ya que, entre 1986 y 1987, BT no podía ofrecer a los clientes satélites de mediana potencia, sino únicamente satélites Intelsat y Eutelsat de baja potencia; hasta finales de 1990 no se lanzó la primera serie de satélites Eutelsat II de mediana potencia. Este argumento debe rechazarse en la medida en que presupone la existencia de mercados distintos para los satélites de baja potencia y para los de mediana potencia. De hecho, los satélites de baja y de mediana potencia ofrecen a los clientes las mismas posibilidades desde el punto de vista de su cobertura geográfica y de la transmisión a las cabeceras de los sistemas de distribución; los satélites de mediana potencia sencillamente ofrecen, además, la posibilidad de una recepción directa en el hogar (DTH) por medio de antenas parabólicas relativamente pequeñas. No obstante, la transmisión directa al hogar y la transmisión por cable pueden tener lugar simultáneamente. En países con sistemas de transmisión por cable muy desarrollados, en los que, por consiguiente, existen menores necesidades de recepción individual, los abonados a los servicios de transmisión por cable no saben si los programas que reciben son transmitidos por medio de satélites de baja o de mediana potencia, o por otros medios.

Estadísticas recientes (1) indican que el 73 % de los hogares europeos que reciben canales Astra los reciben por cable (y antena colectiva); el porcentaje en países con sistemas de distribución por cable muy desarrollados, tales como Bélgica y los Países Bajos, es cercano al 100 %.

En su respuesta al pliego de cargos, BT declaró: «es evidente que los satélites de mediana potencia competían con los de baja potencia», haciendo referencia, en este contexto, al procedimiento de coordinación de Eutelsat encaminado a determinar los efectos de los satélites de mediana potencia sobre los de baja potencia desde el punto de vista de la competencia.

(1) «Cable & Satellite Express», 10. 7. 1992.

(16) De conformidad con el acuerdo de creación de la empresa en participación y, en particular, con el apartado 4 de la cláusula 6, que establecía que todos los programas originados en el Reino Unido y enlazados con el satélite Astra se deberían comercializar a través de la empresa en participación, SES acordó no acceder al mercado en cuestión independientemente, sino en colaboración con un competidor directo, BT. La restricción de la competencia derivada del apartado 4 de la cláusula 6 se veía reforzada por disposiciones específicas contenidas en el acuerdo principal entre las partes, que también constituían restricciones de competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 85, a saber:

— el apartado 1 de la cláusula 6, que obligaba a SES a consultar con BT para el establecimiento del precio que se cobraría a los clientes del Reino Unido por la utilización de capacidad de transpondedor en el satélite Astra;

— el apartado 2 de la cláusula 5, que prohibía a BT ofrecer condiciones más favorables para la utilización de otros satélites de televisión que para la utilización de Astra.

Mediante estas dos disposiciones, podían alinearse las condiciones de utilización de la capacidad de transpondedor en el satélite Astra y en todos los satélites que arrendaba BT: el apartado 1 de la cláusula 6 lograba dicho ajuste respecto de la capacidad de otros satélites existentes, y el apartado 2 de la cláusula 5 respecto de la capacidad de futuros satélites. Aunque el apartado 2 de la cláusula 5 se refería a los satélites Eutelsat II, sólo era a título de ejemplo, y la obligación de BT de no discriminar al satélite Astra a través de su política de precios o de otras políticas se hizo extensiva a todos los «otros satélites para servicios de televisión». Estos acuerdos suponían una coordinación de precios global y de gran alcance entre ambas partes, privando a los clientes de una oferta nueva y alternativa de capacidad de transpondedor en el Reino Unido.

Este alineamiento se veía agravado por el hecho de que, aparte de su función en Eutelsat, BT era también, por derecho propio, un posible competidor directo de SES: dada la posición económica de BT, así como sus conocimientos tecnológicos y comerciales en el sector de los satélites, BT no encontraría obstáculos para acceder independientemente al mercado de explotación de satélites; su falta de voluntad para hacerlo hasta la fecha, que, según BT, indica que la empresa no puede aspirar a entrar en el mercado, es meramente una consideración subjetiva que no puede servir de base

para determinar las posibilidades en materia de competencia.

Además, las restricciones relativas a la oferta de capacidad de transpondedor iban más allá

1) de los transpondedores cubiertos por el acuerdo entre BT y SES,

2) del Reino Unido, y

3) del propio satélite Astra.

Ad 1) y 2): el apartado 4 de la cláusula 6 establecía que todos los programas originados en el Reino Unido deberían comercializarse a través de la empresa en participación con BT y que SES no debería tratar de realizar fuera del Reino Unido el enlace ascendente de programas originados dentro de dicho país.

Como aclaraba una de las cartas, SES también debía abstenerse de alentar a los proveedores de programas a preparar sus programas en lengua inglesa en estudios localizados fuera del Reino Unido. En el caso de que los clientes lo hiciesen, se garantizaba que no fuese ventajoso actuar al margen de la empresa en participación en virtud del apartado 5 de la cláusula 6, que establecía que los clientes que realizasen el enlace ascendente a partir del Reino Unido sin contar con la misma, no podrían disfrutar de condiciones más favorables que las de sus clientes.

Ad 3): el apartado 6 de la cláusula 6 prohibía a SES utilizar transpondedores de satélites distintos del satélite Astra IA para la transmisión de programas preparados en el Reino Unido, o cuyo enlace ascendente se hubiera efectuado en dicho país, mientras que alguno de los transpondedores cubiertos por el acuerdo de creación de la empresa en participación estuviese disponible.

2. *Restricciones en el mercado de enlace ascendente*

(17) Los proveedores de programas del Reino Unido que deseaban arrendar capacidad de transpondedor del satélite Astra se veían en la obligación de hacerlo a través de la empresa en participación. Aunque teóricamente se podría haber recurrido a un operador autorizado distinto de BT, la obligación de SES de garantizar el empleo del enlace ascendente con los transpondedores de BT (apartado 5 de la cláusula 6) y el hecho de que la tarifa de servicios de BT, del 10 %, iría a esta empresa, independientemente de la identidad del operador autorizado al que BT Astra SA arrendase el transpondedor para su oferta a los clientes, significaban que, en realidad, el interlocutor con quien los proveedores de programas tenían que contratar para acceder a Astra era BT. De conformidad con el apartado 1 de la cláusula 3, el servicio ofrecido a los clientes por el «operador autorizado» comprendía el transpondedor (o transpondedores) y el enlace ascendente. Debido a las condiciones más favorables, los clientes optaron por contratos de arrendamiento a largo plazo; la mayoría de ellos (esto es, los clientes que habían arrendado 8 de los 9 transpondedores a 1 de diciembre de 1989) celebraron contratos con BT por una duración de diez años. Los acuerdos implicaban las restricciones siguientes.

Restricciones entre las partes

— Competencia entre las partes por los servicios de enlace ascendente: BT y SES son competidores directos en el mercado de enlace ascendente al estar autorizadas ambas para prestar dicho servicio. Aunque las autorizaciones de estas sociedades se referían únicamente a sus respectivos territorios nacionales, los proveedores de programas no están limitados por las fronteras nacionales y pueden, ya sea transmitir sus programas, por medios convencionales o de otro tipo, a otro territorio para su enlace ascendente, ya sea crear estudios en la localidad con condiciones más favorables. Durante la audición SES ha confirmado que cuatro programas de la televisión alemana eran objeto de enlace ascendente con satélites distintos de Astra en Alemania, realizándose su enlace descendente en Luxemburgo y, a continuación, su enlace ascendente con el satélite Astra IA por parte de SES. RTL 4, anteriormente RTL Véronique, canal destinado principalmente a telespectadores de habla neerlandesa, estableció un estudio en Luxemburgo para permitir que SES realizase directamente el enlace acendente con Astra IA.

Sin embargo, varias cláusulas contenidas en el acuerdo principal celebrado entre BT y SES hacían imposible la competencia entre ambas empresas en lo relativo al servicio de enlace ascendente: el apartado 1 de la cláusula 5 obligaba a BT a consultar con SES a la hora de establecer el precio del componente de enlace ascendente; el apartado 2 de la cláusula 5 prohibía a BT cobrar unos precios de enlace ascendente menores en el caso de enlace con otros satélites (por ejemplo, los satélites Eutelsat II); y los apartados 4 y 5 de la cláusula 6 pretendían impedir que SES alentase a los proveedores de programas a utilizar sus instalaciones de enlace ascendente de Luxemburgo mediante la concesión de condiciones comerciales

preferentes en cuanto a la capacidad de los satélites o a los servicios de enlace ascendente.

Ambas partes han sostenido que estas disposiciones no tienen consecuencias prácticas, ya que, en cualquier caso, los proveedores de programas del Reino Unido no habrían estado interesados en un enlace ascendente realizado por SES en Luxemburgo, bien en el caso de transmisión a partir del Reino Unido, bien directamente en el caso de una relocalización de los estudios de televisión. No obstante, los movimentos transfronterizos en el mercado del enlace ascendente son posibles, como muestra el caso de los canales de televisión alemán y neerlandés mencionados anteriormente. Las disposiciones de la empresa en participación y, en particular, la carta relativa al apartado 4 de la cláusula 6 estaban destinadas, precisamente, a impedir este tipo de movimentos y no han podido dejar de tener repercusiones prácticas, como pretenden las partes. De hecho, BT confirmó posteriormente que las restricciones sobre SES en lo relativo a sus actividades de enlace ascendente en Luxemburgo se incluyeron debido a que «existía la preocupación de que pudiera producirse un dumping del enlace ascendente que distorsionara la decisión de una empresa de televisión racional desde el punto de vista económico .... Ello podría haber redundado en beneficio de Luxemburgo, dado que la mayor parte de los clientes estaban lejos de haber puesto un precio demasiado bajo a esta capacidad de enlace ascendente».

Restricciones respecto de terceros

— Exclusión de otros posibles proveedores de enlace ascendente: el hecho de que, en el marco de la empresa en participación, la mayor parte de los proveedores de programas que firmaron contratos de cliente con BT estén vinculados a esta empresa en lo relativo a los servicios de enlace ascendente durante un período de diez años significa la imposibilidad absoluta de que otros operadores autorizados en el Reino Unido presten este servicio durante diez años en relación con el satélite Astra (que hasta tres años después de la celebración de los acuerdos era el único satélite europeo de mediana potencia). Asimismo, hasta el establecimiento de los acuerdos de la JAS mencionados en el punto 2 del considerando 5, otros proveedores de enlace ascendente no tuvieron acceso al segmento espacial de Eutelsat e Intelsat.

— Limitación de las posibilidades de elección de los clientes: los clientes del Reino Unido interesados en la difusión vía Astra se veían obligados a aceptar el servicio de enlace ascendente prestado por BT, mientras que podían haber encontrado o pueden encontrar condiciones más favorables en otra parte. La vinculación del servicio de enlace ascendente de BT a la capacidad del satélite Astra se veía agravada por el hecho de que, con arreglo a los contratos con los clientes, la mayor parte de éstos se veían obligados a pagar una suma global que cubría los dos elementos del contrato; al no estar al corriente del precio que se les cobraba por el enlace ascendente y por la capacidad de transpondedor, los clientes no estaban en condiciones de negociar las condiciones que se les imponían.

3. *Magnitud de las restricciones y efectos sobre el comercio entre Estados miembros*

(18) Por las razones expuestas anteriormente, los acuerdos dieron lugar a restricciones apreciables de la competencia, debido a las dimensiones de todas las partes implicadas, incluidos los clientes. Por la propia naturaleza del servicio en cuestión y por los efectos de las distintas cláusulas encaminadas a desalentar o impedir las actividades transfronterizas en los mercados de los transpondedores y del enlace ascendente, el comercio entre los Estados miembros se vio afectado, por lo que es aplicable el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

B. Apartado 3 del artículo 85

(19) Para que la Comisión declare que la prohibición del apartado 1 del artículo 85 es inaplicable de conformidad con el apartado 3 del artículo 85, deben cumplirse todos los requisitos de dicho apartado 3. En primer lugar, el acuerdo restrictivo debe traducirse en ciertas ventajas desde el punto de vista de la producción o la distribución, o del progreso técnico o económico, que compensen sobradamente los perjuicios causados a la competencia.

Como argumento general, las partes han alegado que las restricciones de competencia derivadas de su colaboración quedaban sobradamente compensadas por las ventajas resultantes desde el punto de vista del progreso económico en la prestación de servicios de televisión por satélite y de la mejora

de la distribución. Cierto es que Astra ha contribuido a aumentar la competencia en el mercado de la transmisión de televisión por satélite, al constituir el primer satélite privado destinado a la prestación de servicios de televisión internacional que entró en competencia con los satélites de Intelsat y Eutelsat, y al tratarse del primer satélite de mediana potencia. Sin embargo, en opinión de la Comisión, estas ventajas se derivaban de la existencia del satélite en sí y no de los acuerdos concertados entre BT y SES relativos a su comercialización y explotación. Así pues, se trata de determinar si SES podría haber entrado en el mercado con el satélite Astra IA sin necesidad de recurrir a acuerdos con BT, o si, como las partes han sostenido, estos acuerdos eran indispensables para permitir la aparición de un nuevo competidor de los sistemas existentes de Eutelsat e Intelsat.

(20) Las partes no han mantenido que SES necesitase colaborar con BT para superar los primeros obstáculos de acceso al mercado, a saber, los grandes costes de adquisición del satélite y los costes de lanzamiento. SES estaba en condiciones de soportar estos costes por sí sola, habiendo llegado a declarar que no deseaba acceder con ningún socio al mercado de suministro de capacidad de satélite para la transmisión de canales de televisión. Sin embargo, las características particulares de este mercado representaban obstáculos de acceso al mismo que SES decidió podría vencer únicamente por medio de los acuerdos con BT.

(21) Concretamente, las partes han mantenido que, para hacer frente a la demanda del Reino Unido, SES «no tenía otra alternativa» que crear una empresa en participación con BT, ya que:

— la posición de BT como signatario de Eutelsat en el Reino Unido permitía a SES obtener finalmente la aprobación de Eutelsat para la explotación del satélite; Eutelsat requiere dos signatarios para iniciar el procedimiento de coordinación, por lo cual SES necesitaba otro signatario además del servicio de correos, teléfonos y telégrafos (PTT) de Luxemburgo, que apoyaba a la empresa radicada en Luxemburgo. A la vista de las consideraciones relativas a los programas en lengua inglesa (véase el considerando 6) y del interés de BT en suministrar servicios de enlace ascendente, la elección recayó en esta empresa;

— la condición de BT de único proveedor de enlace ascendente en el Reino Unido al establecerse los acuerdos, garantizaba a los clientes que no encontrarían problemas para la obtención del enlace ascendente con el satélite Astra.

Aunque estas consideraciones pueden haber determinado el punto de vista de SES, no constituyen razones que justifiquen objetivamente los acuerdos restrictivos concertados entre las partes.

(22) Las partes han indicado que, si bien no existen disposiciones al respecto en el Convenio Eutelsat, SES necesitaba un segundo signatario para emprender con posibilidades de éxito el procedimiento de coordinación de Eutelsat. También se ha hecho constar que, más de un año antes de la celebración del acuerdo principal, BT ofreció sus servicios para contribuir al éxito comercial del entonces proyecto de sistema de satélites Astra de SES, en particular, actuando como el segundo signatario requerido. BT declaró claramente que esta asistencia se prestaría en el contexto de un acuerdo entre BT y SES. Por consiguiente, es comprensible que SES, como ha declarado en su respuesta al pliego de cargos de la Comisión, no esperase que BT prestara sus servicios como signatario sin alguna forma de compensación.

No obstante, no había razones objetivas que justificasen la imposición a SES de la obligación de asociarse como compensación por la asistencia de BT en el procedimiento de coordinación. El artículo XVI del Convenio Eutelsat establece, simplemente, que todo signatario que advierta que alguien pretende utilizar un segmento espacial no perteneciente a Eutelsat dentro de su territorio debe facilitar toda la información pertinente, a fin de permitir a las partes valorar la posibilidad de que se deriven daños significativos para Eutelsat. Esta disposición no requiere, de ningún modo, que el signatario que haya iniciado el procedimiento de coordinación llegue a algún tipo de acuerdo de cooperación con las empresas que pretenden acceder al mercado; tampoco existen otras disposiciones en el convenio o en el acuerdo de explotación en este sentido. De hecho, como se ha mencionado en el punto 10 del considerando 8, el director general de Eutelsat declaró no estar al corriente de ningún acuerdo entre BT y SES. En otras palabras, cuando BT cayó en la cuenta de los intereses de los clientes del Reino Unido por el satélite Astra, surgió su obligación de coordinar de conformidad con el artículo XVI. BT ha presentado correspondencia con los proveedores de programas, que data de mucho antes de la celebración del acuerdo con SES, en la que se expresaba clara-

mente dicho interés. En una carta de fecha 9 de octubre de 1986, un proveedor de programas informó «formalmente» a BT de su «gran interés en utilizar Astra» y manifestó su preocupación por el hecho de que BT no hubiera hecho constar dicho interés en una reunión anterior de Eutelsat.

SES ha señalado que, según la declaración de OFTEL sobre el establecimiento de la JAS (véase el punto 2 del considerando 5), BT tiene derecho a recibir una suma equivalente al 7 % de los gastos de segmento espacial para cubrir los gastos en que incurre al prestar sus servicios como signatario; SES comparaba esta cantidad al 10 % de la tarifa de servicios de BT contemplado en los acuerdos notificados. No obstante, la declaración de OFTEL no puede utilizarse como punto de referencia en este caso, en la medida en que hace alusión a situaciones en las que BT actúa como intermediario de las empresas que buscan capacidad de segmento espacial en los satélites Eutelsat (e Intelsat), e implica una gama de actividades como signatario que rebasa con creces su mera participación en el procedimiento de coordinación. Además, los acuerdos entre BT y SES iban mucho más allá del simple pago de la tarifa de servicios de BT, dando lugar a las importantes restricciones de la competencia mencionadas en los considerandos 12 y siguientes.

En cualquier caso, un acuerdo cuyo objetivo es fomentar la aplicación de un procedimiento que supedita la entrada de nuevos competidores a la aprobación de los competidores ya implantados en el mercado no puede acogerse a una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85, que requiere la existencia de ventajas objetivas, tales como mejoras en la producción o en la distribución o avances técnicos o económicos.

(23) La Comisión no puede aceptar que los acuerdos entre BT y SES fueran indispensables para garantizar el suministro de los servicios de enlace ascendente necesarios a los proveedores de programas del Reino Unido por parte de BT, que entonces era, de hecho, el único proveedor de tales servicios para la distribución de televisión vía satélite en el Reino Unido.

En opinión de la Comisión, de conformidad con las condiciones 1 y 5 de su autorización en el marco de la Telecommunications Act, de 1984, y con las disposiciones del derecho comunitario, en particular, con el artículo 86, BT tenía la obligación de proporcionar los servicios de enlace ascendente sin exigir a los clientes participar en el arrendamiento de los transpondedores del satélite de SES, lo que le permitía cobrar una tarifa de servicios del 10 %, que se deducía de los ingresos de SES por el arrendamiento del satélite.

En respuesta al pliego de cargos de la Comisión, SES señaló que, al celebrarse los acuerdos, «no estaba ni mucho menos claro» que SES pudiera contar con la obligación de BT de prestar servicios de enlace ascendente de conformidad con su autorización. Asimismo, señaló que, hasta marzo de 1988, no se publicó la decisión de OFTEL en el «caso PanAmSat», que establecía que las obligaciones de BT nacerían desde el preciso momento en que un cliente del Reino Unido le pidiera la prestación de un servicio determinado, siempre que éste estuviese dispuesto a pagar un precio adecuado. Además, SES mantenía que, incluso en el caso de que la posición de OFTEL al respecto hubiera sido clara en el período anterior a la celebración del acuerdo de creación de la empresa en participación, en diciembre de 1987, BT probablemente no se hubiera visto obligada a construir una estación terrena si los clientes no hubiesen concertado ya contratos para el suministro del servicio.

Los argumentos de SES no pueden aceptarse. En primer lugar, si las obligaciones de BT derivadas de su autorización no estaban claras en el momento en que SES debía garantizar a sus clientes la prestación del servicio de enlace ascendente con el satélite Astra, la situación no se iba a clarificar concertando acuerdos restrictivos con BT. PanAmSat, que encontraba dificultades para obtener los servicios de enlace ascendente de BT, no creó una empresa en participación con ésta, sino que presentó sus quejas a OFTEL. Sin embargo, SES nunca puso en tela de juicio la cuestión. Mucho antes de la concertación de los acuerdos entre las partes, BT intercambió correspondencia con los proveedores de programas que habían expresado un interés manifiesto por el satélite Astra IA. En octubre de 1986, un posible cliente de Astra informó «formalmente» a BT de que tenía «gran interés» en utilizar Astra (véase el considerando 22), incluso habida cuenta de las limitadas posibilidades de enlace descendente existentes en los países del norte de Europa. En ausencia de otros proveedores de enlace ascendente para la distribución de televisión en dicha fecha, todos los servicios de enlace ascendente con el satélite Astra IA a partir del Reino Unido deberían ser acaparados necesariamente por BT. No obstante, los acuerdos entre BT y SES fueron concertados antes de que estos

clientes pudieran concretar su interés en compromisos lo suficientemente firmes para hacer efectiva la obligación de enlace ascendente de BT (de conformidad con la condición 53.6 de la autorización de BT no es necesario suscribir un contrato). Una vez más, la cuestión no se examinó. Además, no está claro por qué BT decidió que estaba justificada la construcción de una estación terrena especializada, simplemente en virtud del acuerdo de creación de la empresa en participación con SES; la propia BT ha declarado que instaló un «nuevo terminal especializado para el enlace ascendente con el satélite Astra IA [...] antes de que BT garantizase a los clientes el servicio en el satélite Astra IA».

Por último, la inversión de capital de BT en estas instalaciones representaba aproximadamente el 3 % del gasto total de SES en la construcción y lanzamiento de satélites. Debe haber sido posible la concertación de algún tipo de acuerdo mucho menos restrictivo que el de creación de la empresa en participación para garantizar a BT la recuperación de su inversión.

En lo que respecta al Derecho comunitario, debe quedar claro, como cuestión general de principio, que en el sector de telecomunicaciones, caracterizado por actividades que sólo pueden llevar a cabo operadores autorizados, tales como BT, la prestación de servicios sometidos a autorización debe estar a disposición de todos los posibles clientes, sin imponer a éstos la obligación de concertar acuerdos restrictivos con el operador autorizado. El hecho de que SES no estuviese «convencido de que el Derecho comunitario pudiera obligar a BT a prestar servicios de enlace ascendente» no justifica la solución por la que optó finalmente. Una vez más, SES no examinó la cuestión.

(24) Desde el principio, las partes fueron informadas de que, sobre la base de los argumentos expuestos anteriormente en relación con los servicios de coordinación y enlace ascendente de Eutelsat, los requisitos del apartado 3 del artículo 85 parecían no haberse cumplido. Posteriormente, se presentaron nuevos argumentos en apoyo de los acuerdos, relacionados con:

— las ventajas de un contrato único con el cliente, relativo tanto al enlace ascendente como a la capacidad de transpondedor;

— la necesidad de que BT participase en la búsqueda de clientes del Reino Unido para Astra IA.

(25) Según las partes, un contrato único con el cliente, relativo al servicio de enlace ascendente y al suministro de capacidad de satélite, hacía recaer la responsabilidad de todo el servicio en una única entidad, BT. Esto no sólo era cómodo para el cliente, sino que además podía llevar a una resolución más rápida de los problemas técnicos; en virtud del acuerdo global, era muy probable que BT tomase medidas para corregir la degradación de la calidad de las señales, independientemente de su origen, por ejemplo, reforzando la señal de enlace ascendente para compensar la debilidad de la señal de enlace descendente, deficiencia ésta que, de otro modo, no constituiría responsabilidad de BT. Si hubiese dos contratos separados, la empresa que realiza el enlace ascendente (BT) y la que proporciona el satélite (SES) se limitarían a sus propias responsabilidades, por lo que no existiría un control del servicio en su conjunto. Éstas tampoco estarían dispuestas a adoptar medidas correctoras antes de haberse determinado a qué nivel de la ruta de transmisión se sitúa la deficiencia.

(26) Sin embargo, en opinión de la Comisión, no se ha demostrado que un contrato global ofrezca ventajas técnicas que no ofrecen dos contratos distintos. De hecho, las siguientes consideraciones son contrarias a dicho argumento.

a) Con el fin de proporcionar servicios de enlace ascendente, un operador, tal como BT, debe estar en posesión de una autorización. Como compensación por el privilegio que supone prestar dichos servicios, el operador autorizado debe garantizar, en la medida en que le sea posible, una recepción clara y continua de los programas de televisión en la pantalla del telespectador. Si el proveedor de enlace ascendente es capaz de influir en la calidad del producto final recibido por el telespectador, está obligado, en opinión de la Comisión, a hacer todo lo necesario al respecto. Si el proveedor de enlace ascendente ha debido esforzarse por subsanar deficiencias en partes de la ruta de transmisión de las que no es directamente responsable, éste tendrá derecho, evidentemente, a una indemnización por parte de la entidad responsable de dicha deficiencia.

b) La opinión de las partes de que dos contratos distintos tenderían a retardar la solución de los

problemas de señales no tiene en cuenta el hecho de que, incluso en el marco de un contrato global, la parte que resulta ser responsable de la deficiencia debe resarcir a la otra de la pérdida de ingresos correspondiente. Así, la inmediata detección y solución de las deficiencias va directamente en interés de ambas partes, con objeto de limitar sus posibles responsabilidades. Este interés no está vinculado, de ningún modo, a la existencia de un contrato global.

c) En la declaración del director general de OFTEL relativa al satélite independiente «PanAmSat» (véase el considerando 23), se hace alusión a la condición 35 de la licencia de BT, que contiene una prohibición general de las ventas asociadas. El director general señala que, aunque en el caso de los satélites Intelsat (y el mismo razonamiento se podría aplicar a los de Eutelsat), los usuarios no disponen de acceso directo a los satélites, y se permite a BT suministrar el enlace ascendente y los satélites en su calidad de signatario, esto no puede mantenerse «con la llegada de sistemas de satélites independientes, [...] y sería necesaria la concertación de contratos distintos. Si hubiese un sistema de satélites alternativos, [...] los clientes tendrían la libertad de llegar a sus propios acuerdos con los operadores de satélites independientes». En las observaciones del director general, no se hace mención alguna de razones técnicas que justifiquen el suministro del enlace ascendente y de los satélites por parte de la misma entidad.

La posición de la Comisión quedó confirmada por los proveedores de programas que utilizaban el satélite Astra IA. Un conjunto de usuarios que arrendaban la mayor parte de los transpondedores negaron que un contrato global presentase ventajas técnicas. Para ilustrar la falacia del argumento de que BT sería el único interlocutor de los clientes en caso de problemas, los proveedores de programas citaron el caso de un incidente técnico ocurrido en la primavera de 1989. A un proveedor de programas que se había puesto en contacto con BT, responsable directo en virtud de los contratos con los clientes, se le aconsejó ponerse en contacto con SES para resolver el problema, mientras que otro proveedor de programas señaló que finalmente también discutió el problema directamente con SES, ya que BT se había demorado en abordarlo.

(27) En apoyo de los contratos globales con los clientes, las partes también han sostenido que es más eficaz desde el punto de vista contractual suscribir un único contrato relativo a un servicio global que entablar negociaciones distintas para cada elemento. Además, un cliente con un único contrato relativo al enlace ascendente y a la capacidad de transpondedor está en mejor situación para obtener una indemnización por las posibles deficiencias. Por ejemplo, si el servicio de enlace ascendente sufre una deficiencia atribuible a BT, el cliente obtendrá una rebaja relativa tanto a la utilización de los satélites como al enlace ascendente. En el caso de existir dos contratos distintos, no es fácil que una parte conceda una rebaja por las deficiencias en el servicio de la otra.

En opinión de la Comisión, la eficacia que puede derivarse de la existencia de un único contrato no supera los inconvenientes resultantes de dicho acuerdo vinculante, ni para los clientes, que deben aceptar servicios globales, ni para los posibles competidores en la prestación de los servicios correspondientes, que se ven así excluidos. En cuanto a la indemnización por deficiencias, es cierto que los acuerdos contractuales concertados en el caso de contratos distintos deberán contener disposiciones que garanticen que los clientes no se ven obligados a pagar por un servicio «A» del que no han podido disponer, no por su propia culpa, sino porque una tercera entidad que proporciona un servicio «B» del que depende la prestación del servicio «A» no ha prestado este servicio «B» satisfactoriamente, o no lo ha prestado en absoluto.

(28) En conclusión, la Comisión considera que el contrato global no implica ventajas que justifiquen los acuerdos entre las partes. Para llegar a esta conclusión, la Comisión tomó en consideración las opiniones expresadas por los cuatro proveedores de programas que utilizaban el satélite Astra IA, mediante contratos celebrados con BT.

1) El proveedor de programas X, que arrendaba varios transpondedores de Astra IA, manifestó que: «La cuestión principal planteada en la reunión [con funcionarios de la Comisión] es la insatisfacción de X con la "globalización" de servicios en su acuerdo con [...] BT [...]» [...]. «La falta de transparencia al agrupar el

enlace ascendente y los transpondedores constituye una objeción principal»; «X llegó a un acuerdo con BT sólo porque no tenía otra alternativa [. . .]. Ello se debía a que BT poseía el derecho de comercialización exclusiva de varios transpondedores del satélite Astra en el Reino Unido»; «como comprador, X habría preferido negociar con SES».

2. El proveedor de programas Y declaró que habría preferido dos contratos, ya que en tal caso podría haber negociado precios diferentes. Varios meses antes de firmar finalmente un contrato con BT relativo a dos transpondedores de Astra IA, Y escribió a OFTEL en relación con «los serios problemas que estamos encontrando para obtener precios competitivos para el suministro de capacidad de satélites de mediana potencia [. . .]»; «junto con otras empresas de televisión por satélite, hemos invitado a Eutelsat y a SES Astra a presentar ofertas para el suministro de dicha capacidad. Ambas organizaciones nos han informado de que debemos dirigirnos a British Telecom International. Lo peor para nosotros es que BTI nos exige utilizar su estacion terrena de enlace ascendente situada en Woolwich como parte del contrato de utilización de los satélites. Creemos que esto supone la utilización de su monopolio para realizar una venta asociada».

3. El proveedor de programas Z señaló que: «se llegó a la conclusión de que era mejor tratar con un único interlocutor en lo relativo al servicio y contrato global». Para valorar esta afirmación, la Comisión tomó en consideración:

— el hecho de que no se presentasen las razones de esta opinión; en relación con la ventaja técnica de tratar con una sola entidad, Z declaró que en caso de problemas se dirigiría en primer lugar a SES;

— al concertarse el contrato de cliente, BT controlaba el 25 % de Z; todas las decisiones importantes, tales como las relativas al arrendamiento de transpondedores, eran tomadas por unanimidad por los tres accionistas.

4. El proveedor de programas Q es una empresa no británica, que ya antes de la aparición de Astra IA se vio en la obligación de localizar sus estudios en Londres, ya que no estaba claro si la ET de su propio territorio proporcionaría servicios de enlace ascendente con el segmento espacial de Intelsat, servicio que BT estaba dispuesta a suministrar. Q manifestó que dado que «ya había localizado sus transmisiones en Londres, British Telecom era la única empresa que le podría proporcionar capacidad en el satélite Astra». Aunque Q cita algunas ventajas derivadas del contrato global, su punto de partida parece haber sido que sólo se podía disponer de la capacidad de Astra a través de BT; además, las ventajas que citaba nunca se comprobaron en la práctica.

Las partes han mantenido que no había clientes interesados por un servicio no global cuando se concertaron los acuerdos, y que las recientes afirmaciones realizadas por los proveedores de programas, con unas condiciones de mercado diferentes, no reflejan necesariamente sus deseos de entonces. Es cierto que la Comisión no ha encontrado pruebas escritas de solicitudes de los clientes a BT y SES para la prestación de servicios separados. No obstante, como hizo constar en el curso del procedimento, BT había entablado conversaciones con los proveedores de programas en relación con Astra IA antes de la concertación de los acuerdos con SES, de las que, sin embargo, no existían «pruebas epistolares en el expediente». En cualquier caso, a los clientes se les habrían denegado necesariamente servicios no globales a la vista del apartado 1 de la cláusula 3 del acuerdo principal, que establecía que «El servicio ofrecido a los clientes comprenderá los transpondedores cubiertos por este acuerdo y el enlace ascendente».

SES ha afirmado que, al optar por contratos a largo plazo, los clientes habían mostrado no haberse sentido perjudicados por el servicio global.

Sin embargo, en opinión de la Comisión, los ahorros de hasta el 50 % que realizaban los proveedores de programas al optar por un contrato a largo plazo fueron probablemente el elemento determinante de su elección.

(29) Desde el punto de vista de la comercialización, las partes han sostenido que era necesaria la agrupación de sus cualificaciones, recursos y experiencia respectivos para fomentar la utilización del satélite Astra. BT, que contaba con varios años de experiencia en la comercialización y suministro de servicios de satélite a los proveedores de programas de televisión de Reino Unido, se encargaba de encontrar clientes, mientras que SES se ocupaba de promover el sector «minorista», incluidos los fabricantes de equipo y los telespectadores.

La Comisión disiente de la afirmación de que SES no podía haber encontrado clientes por sí misma en el Reino Unido, sin contar con las actividades de comercialización de BT. El número total de proveedores de programas de televisión interesados en la televisión por satélite en el Reino Unido era inferior a diez al crearse la empresa en participación, y no existen razones aparentes por las que la sección comercial de SES no pudiera haberse dirigido a estos posibles clientes por sí misma. De hecho, un proveedor de programas ha afirmado que el propio director comercial de SES estaba promoviendo muy activamente el satélite Astra en el Reino Unido varios años antes de su lanzamiento y antes de la creación de la empresa en participación. SES ha mantenido que sus contactos iniciales con clientes sólo dieron lugar a contratos vinculantes con el servicio de asistencia de BT. Habida cuenta de que se informó a los posibles dientes desde muy pronto de que deberían tratar con BT, mucho antes de que se firmasen los contratos del primer cliente, no es posible averiguar si los clientes estimaban que la participación de BT al respecto era indispensable. Con todo, debe observarse que SES ha vendido los transpondedores no cubiertos por los acuerdos de la empresa en participación directamente a los proveedores de programas de diversos países, sin necesidad de crear una empresa en participación con la entidad de telecomunicaciones nacional.

Por último, es cierto que la participación de BT en la «venta» de transpondedores del satélite Astra facilitó la transferencia de los clientes de BT de Eutelsat e Intelsat a Astra, gracias a las disposiciones del acuerdo de creación de la empresa en participación sobre «doble iluminación» y a la pronta resolución de los contratos con los clientes existentes. Sin embargo, varios clientes han indicado que estiman que la reducción en el precio del satélite que podrían haber logrado de no haber participado BT en el satélite Astra habría compensado ampliamente los gastos adicionales que hubiesen tenido que efectuar si no hubiesen contado con una «doble iluminación» gratuita.

(30) La comercialización «minorista» realizada por SES supone la continuación de un sector de actividad en el que, según las partes, «ya ha actuado a escala europea, con inclusión del Reino Unido», y que habría proseguido en cualquier caso, incluso de no haber existido los acuerdos con BT.

Conclusión

(31) A la vista de lo expuesto anteriormente, la Comisión ha llegado a la conclusión de que, considerando que los acuerdos entre BT y SES:

— no han dado lugar a mejoras ni ventajas en el mercado en cuestión, y

— no eran indispensables para garantizar la entrada de SES en el mercado de suministro de capacidad de segmento espacial, los acuerdos notificados no pueden ser objeto de exención.

En estas condiciones, no es necesario examinar si se cumplen los otros requisitos del apartado 3 del artículo 85.

C. Artículo 3 del Reglamento nº 17

(32) De conformidad con el artículo 3 del Reglamento nº 17, la Comisión puede, mediante decisión, determinar que existe una infracción al artículo 85 del Tratato y exigir a las empresas correspondientes que pongan fin a la misma. Lo anterior implica, no sólo la rescisión de los acuerdos restrictivos entre la partes, sino también la eliminación de aquellos efectos restrictivos emanantes de los contratos concluidos con terceras partes en aplicación de las condiciones de dichos acuerdos restrictivos.

En el caso que nos ocupa, tras haber sido oídas, de conformidad con los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17, las partes informaron a la Comisión de que el 30 de enero de 1991 habían rescindido el acuerdo de creación de una empresa en participación entre ellas, así como varios acuerdos auxiliares y otros pactos. Según las disposiciones del acuerdo por el que se ponía fin a

dicha empresa, los contratos con los clientes seguirán en vigor, con lo cual el arrendamiento de transpondedores se realiza directamente de SES a BT en lugar de pasar a través de la empresa en participación. A la expiración de dichos contratos, BT ya no tendrá derecho alguno respecto de los transpondedores afectados, ni respecto de los satélites Astra IA o Astra IB.

(33) La rescisión del acuerdo de creación de la empresa en participación asegura la autonomía comercial futura de las partes. Sin embargo, los contratos concertados por BT con sus clientes en el marco de la empresa en participación siguen en vigor en su totalidad de conformidad con el inciso i) de la cláusula 5.1 del acuerdo por el que se ponía fin a la empresa en participación.

Estos contratos perpetúan los efectos restrictivos que se derivan del acuerdo de creación de la empresa en participación, ya que a los clientes que deseaban transmitir sus programas a través del satélite Astra IA, no les fue otorgada la posibilidad de optar por la celebración de contratos separados para los servicios de enlace ascendente por un lado, y el alquiler de los transpondedores por otro. Más aún, las condiciones de los contratos firmados con los clientes, fueron determinadas por BT y SES en el contexto de los acuerdos que condujeron a la creación de la empresa en participación, a saber bajo condiciones de competencia distorsionadas. Este hecho no significa que los contratos celebrados con clientes, debido a sus vínculos con los acuerdos horizontales restrictivos, entran también en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85. Sin embargo, los efectos restrictivos que perpetúan sólo podrán ser eliminados cuando a los clientes se les reconozca el derecho a reajustarlos. Por lo tanto, dichos clientes deben poder optar ahora ya sea por el mantenimiento de sus contratos tal y como fueron firmados con BT o por rescindirlos o por renegociar sus condiciones. Para ello, y en el plazo de un mes a partir de la notificación de la presente Decisión a BT y SES, éstas deberán informar a los proveedores de programas que, antes del 30 de enero de 1991, hayan firmado contratos con BT relativos a servicios de distribución de televisión internacional por medio del satélite Astra IA, de que, durante un período de cuatro meses, tras haber sido informados al respecto, podrán, en el caso de que así lo deseen,

— renegociar las condiciones del contrato, o

— rescindir el contrato, mediante un preaviso razonable.

Aquellos clientes que elijan la renegociación o la rescisión de los contratos, deberán contar, en cualquier caso, con la garantía de que podrán seguir disfrutando sin interrupción de los servicios de enlace ascendente y transpondedores, durante el período transitorio.

Los contratos que, por elección del cliente, sigan sujetos a las condiciones originales deben evaluarse a la luz de las condiciones actuales del mercado, en particular, la accesibilidad de los proveedores de enlace ascendente del Reino Unido al segmento espacial de Eutelsat e Intelsat a través de la JAS y la nueva capacidad de segmento espacial que ha aparecido desde entonces, como la del satélite Astra IB. Si apareciesen nuevos elementos que indicasen que dichos contratos limitan la competencia, en particular al dar lugar a una exclusión de los proveedores de enlace ascendenle distintos de BT, podría iniciarse un procedimiento distinto del que ha llevado a la presente Decisión,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

El acuerdo principal, de 17 de diciembre de 1987, entre la Société Européenne des Satéllites SA y British Telecommunications plc, y todas las cartas y acuerdos conexos en virtud de los cuales ambas partes han colaborado para el suministro en común de un servicio de distribución de televisión por satélite (denominados colectivamente «los acuerdos»), constituyeron una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE hasta el 30 de enero de 1991, fecha en que se rescindieron dichos acuerdos.

Artículo 2

Los acuerdos mencionados en el artículo 1 no podrán beneficiarse de una exención, de conformidad con el apartado 3 del artículo 85 del Tratado, para el período en el que estuvieron en vigor.

Artículo 3

En el plazo de un mes a partir de la fecha de notificación de la presente Decisión, British Telecommunications plc (BT) y la Société Européenne des Satéllites SA (SES) informarán por escrito de dicha Decisión y, en particular, de sus artículos 1 y 2 a los proveedores de programas de televisión que hayan suscrito contratos con BT para la prestación de servicios de distribución de televisión a tra-

vés del satélite Astra IA antes del 30 de enero de 1991 y les notificarán que, durante un período de cuatro meses a partir de dicha información, dichos proveedores de programas tendrán derecho a:

— renegociar las condiciones de dichos contratos, o

— rescindir dichos contratos, mediante un preaviso razonable concedido a BT, quien, a su vez, informará sin demora a SES de que se le ha concedido tal preaviso.

Cuando se envíe en el plazo de un mes, a los proveedores de programas de televisión, la carta a que se refiere el presente artículo, se remitirá al mismo tiempo a la Comisión una copia de dicha carta.

Artículo 4

Los destinatarios de la presente Decisión serán:

— British Telecommunications plc
British Telecom Centre
81, Newgate Street
GB-London EC1A 7AJ;

— Société Européenne des Satéllites SA
Château de Betzdorf
L-6815 Luxembourg.

Hecho en Bruselas, el 23 de diciembre de 1992.

Por la Comisión

Leon BRITTAN

Vicepresidente