DECISÃO DA COMISSÃO

de 23 de Dezembro de 1992

relativa a um processo de aplicação do artigo 85º do Tratado CEE

(IV/32.745 — Astra)

(Apenas fazem fé os textos nas línguas francesa e inglesa)

(93/50/CEE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia,

Tendo em conta a Regulamento nº 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado (1), com a última redacção que lhe foi dada pelo Acto de Adesão de Espanha e de Portugal, e, nomeadamente, o seu artigo 2º,

Tendo em conta a notificação para isenção apresentada nos termos do artigo 4º do Regulamento nº 17, em 3 de Junho de 1988, pelas sociedades British Telecommunications plc («BT»), Société européenne des satellites SA («SES») e BT Astra SA, de uma série de acordos e documentos conexos relativos à comercialização e prestação de serviços de radiodifusão televisiva por satélite, notificação essa que foi posteriormente alterada pela BT a fim de incluir também um pedido de certificado negativo,

Tendo em conta a decisão da Comissão, de 3 de Abril de 1990, de dar início a um processo no presente caso,

Após ter dado às empresas interessadas a oportunidade de se pronunciarem sobre as acusações da Comissão, nos termos do nº 1 do artigo 19º do Regulamento nº 17 e do Regulamento nº 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos nºs 1 e 2 do artigo 19º do Regulamento nº 17 do Conselho (2),

Após consulta do Comité consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes,

Considerando o seguinte:

I. OS FACTOS

(1) Em 3 de Junho de 1988, as sociedades British Telecommunications plc, Société européenne des satellites SA e BT Astra SA notificaram à Comissão das Comunidades Europeias um pedido de isenção para uma série de acordos e documentos conexos relativos à comercialização e prestação de serviços de radiodifusão televisiva por satélite; subsequentemente, na sua resposta à comunicação das acusações da Comissão, a BT alegou que o nº 1 do artigo 85º não era aplicável a estes acordos e, por carta de 5 de Dezembro de 1990, requereu formalmente que a notificação fosse considerada alterada nesta matéria.

A. As partes

(2) A SES é uma sociedade luxemburguesa criada em 1985 com o objectivo de explorar satélites. O seu primeiro satélite, Astra IA, lançado em Dezembro de 1988, foi o primeiro satélite de média potência não pertencente às organizações de telecomunicações («OTs») a oferecer serviços internacionais de televisão na Europa. No momento da notificação, a SES não dispunha ainda de um volume de negócios. O capital necessário para cobrir os custos da compra do satélite, do seu lançamento e outras despesas, como a comercialização e seguros, foi reunido através de financiamentos de cerca de vinte accionistas de vários Estados-membros e não membros da CEE e através de empréstimos bancários garantidos pelo Estado.

Em 1991, o volume de negócios da SES cifrou-se em 3 471 954 747 francos luxemburgueses. Um segundo satélite de média potência da SES, o satélite Astra IB, foi lançado em Fevereiro de 1991.

(3) A BT tem várias filiais, das quais nenhuma opera no sector dos satélites. O volume de negócios total da BT para o ano findo em Março de 1992 foi de ± 13 337 000 000 libras esterlinas.

A BT é um operador licenciado, autorizado a desenvolver actividades no domínio das telecomunicações no Reino Unido, incluindo o estabelecimento de ligações ascendentes para transmissão de sinais aos satélites.

Em conformidade com a cláusula 1.1 da licença concedida à BT nos termos da secção 7 do «Telecommunications Act» de 1984, a BT fica obrigada ao «fornecimento universal de serviços de telecomunicações» a qualquer pessoa que requeira tais serviços; a cláusula 5 determina, além disso, que a BT deverá tomar todas as medidas necessárias para fornecer serviços de conexão internacional aos seus clientes, na dimensão necessária para corresponder a todos os pedidos razoáveis para esse tipo de serviços. A cláusula 53-5-b define as excepções e limites a estas obrigações em determina-

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

dos casos, entre outros quando a procura desses serviços numa determinada área é, ou afigura-se que provavelmente será, insuficiente para cobrir os custos da implantação desse serviço nessa área.

Distribuição de televisão por satélite

(4) Os canais de televisão são transmitidos por diversos meios, tais como radiodifusão terrestre, por cabo e por satélite. Existe também a possibilidade de combinar meios de transmissão, por exemplo transmitir via satélite para um operador de cabo que retransmite para os telespectadores. A transmissão por satélite implica as etapas seguintes:

1. Os canais de televisão são preparados por um «fornecedor de programas».

2. Os sinais são transmitidos a partir dos estúdios de televisão para uma estação terrestre, de onde é efectuada a transmissão para o satélite (ligação ascendente); os fornecedores de programas devem estabelecer contratos de fornecimento destes serviços de ligação ascendente com o operador licenciado, que é exclusivamente a OT na maioria dos países da CE.

3. No satélite, a recepção e amplificação dos sinais é efectuada por um respondedor, sendo depois reenviados para terra. Os satélites estão cobertos por vários destes respondedores, 16 no caso do satélite Astra IA.

4. Aquando da retransmissão dos sinais para terra (ligação descendente) estes são captados por uma antena parabólica de recepção de sinais de satélite; os receptores podem ser:

   a) Um operador de cabo que retransmite o sinal por cabo aos telespectadores;

   b) Sistemas SMATV (Satellite Master Antenna TV) que procedem à distribuição a residentes de um hotel ou bloco de aprtamentos, ou

   c) Telespectadores que recebem directamente os sinais colocando antenas parabólicas nos respectivos telhados; esta última modalidade é referida normalmente pela designação «recepção doméstica directa» («direct-to-home» — DHT).

A dimensão da antena parabólica depende da potência do satélite a captar: os satélites de baixa potência requerem antenas parabólicas de grande dimensão, com mais de 1,5 metros de diâmetro, enquanto que os sinais emitidos por satélites de média e alta potência podem ser captados através de antenas muito menores, apropriadas para instalação em telhados de residências particulares.

Quanto à cobertura geográfica, ou «área útil de cobertura» do satélite, os satélites de baixa e média potência podem cobrir toda a Europa, enquanto que a recepção dos satélites de alta potência é geralmente circunscrita a um só país.

(5) Até ao lançamento do «Astra IA», todos os satélites da Europa eram explorados individual ou colectivamente por OTs. As várias etapas da transmissão de canais de televisão estão cobertas por direitos exclusivos conferidos às OTs por tratados internacionais e pelas legislações nacionais:

1. A ligação ascendente

Em conformidade com o regulamento das radiocomunicações da União internacional das telecomunicações e com as legislações nacionais dos Estados-membros da Comunidade no domínio das telecomunicações, a transmissão ascendente de sinais para os satélites apenas é permitida aos «operadores licenciados». Na maioria dos países europeus ao tempo desta notificação apenas havia um único operador licenciado: a OT. No caso do Reino Unido, em resultado do duopólio criado pelo «Telecommunications Act» de 1984 existem dois fornecedores autorizados de ligações ascendentes, a BT e a Mercury Communications Ltd; sete outras licenças para o fornecimento da ligação ascendente foram concedidas no período 1988/1989 e subsequentemente uma licença de classe foi introduzida. Contudo, no momento da conclusão do acordo de criação de empresa comum a BT constituía o único operador licenciado no Reino Unido que prestava efectivamente serviços de ligação ascendente para distribuição de televisão a nível internacional. A SES é igualmente um fornecedor de ligações ascendentes licenciado no Luxemburgo.

2. O segmento espacial (satélites)

As organizações internacionais como a *Intelsat* (Organização internacional de satélites de telecomunicações), a *Eutelsat* (Organização europeia de satélites de telecomunicações) e a *Inmarsat* (Organização internacional de satélites marítimos) e as organizações nacionais de telecomunicações possuem e exploram a maioria dos satélites geoestacionários em órbita destinados às telecomunicações. Os tratados Intelsat e Eutelsat, que foram assinados *inter alia* por todos os Estados-membros, restringem a exploração de outros satélites por outras entidades paralelamente aos satélites Intelsat e Eutelsat, sujeitando-as a um processo de aprovação ou de «coordenação». Na notificação e trâmites subsequentes, as partes referiram-se principalmente ao processo da Eutelsat.

A Eutelsat foi criada em 1982 através de uma convenção intergovernamental, presentemente assinada por 32 governos europeus (denomina-

dos as «partes»). Existe um acordo anexo à convenção, o «acordo de exploração», assinado pelas OTs (denominadas os «signatários») dos Estados que são partes da convenção. Cada país membro nomeia um «signatário», sendo a BT o signatário da Eutelsat no Reino Unido.

As organizações de telecomunicações signatárias financiam os satélites Eutelsat proporcionalmente ao grau de utilização do mesmo, por outras palavras, quanto mais a OT utiliza a capacidade dos respondedores num satélite Eutelsat, maior será a sua contribuição; as OTs signatárias também partilham as receitas na mesma proporção. Aquando da conclusão do acordo de empresa comum, a BT detinha a maior quota de investimento.

No início, a Eutelsat explorava quatro satélites de comunicações de baixa potência. O primeiro satélite da série Eutelsat II de satélites de média potência, do mesmo tipo do Astra (isto é, possibilitando a recepção por meio de antenas parabólicas de 60-90 cm), foi lançado em Agosto de 1990.

Nos termos da Convenção Eutelsat, quando uma parte ou uma OT toma conhecimento de que uma entidade pretende explorar satélites e/ou equipamento de ligação ascendente e descendente a satélites independentemente da Eutelsat e no âmbito da jurisdição das partes, essa parte ou OT deverá comunicar todas as informações relevantes à Eutelsat. As autoridades Eutelsat deverão determinar se a exploração desse satélite não Eutelsat:

— é tecnicamente compatível com os satélites Eutelsat,

— não causa danos económicos significativos ao sistema Eutelsat (1).

Relativamente ao satélite Astra, a assembleia da Eutelsat concluiu que este não causaria danos significativos ao sistema Eutelsat desde que, nomeadamente:

— o satélite Astra fosse utilizado para transmissão televisiva num sentido apenas,

— não fossem transferidos mais de quatro canais Eutelsat dos satélites da Eutelsat para o satélite Astra.

(1) Artigo XVI a) da Convenção Eutelsat.
Em 1992 a Assembleia geral de sócios adoptou uma resolução de acordo com a qual somente os sistemas de satélite não-Eutelsat fornecendo «serviços reservados» serão sujeitos integralmente ao procedimento de consulta do artigo XVI a).

O «SAO»

No seguimento de uma análise do papel da BT enquanto signatária da Eutelsat, o gabinete das telecomunicações («Oftel» — Office of Telecommunications) anunciou em Novembro de 1989 que um gabinete para os assuntos dos signatários («SAO» — Signatory Affairs Office) passaria a desempenhar as funções da BT enquanto signatário, independentemente do departamento comercial da BT; tal significa que os operadores licenciados do Reino Unido têm agora acesso à capacidade do segmento espacial da Eutelsat (e da Intelsat) em pé de igualdade com a BT.

3. A ligação descendente

A legislação da maioria dos países da CE determina que um operador de serviços por satélite deverá obter o consentimento da OT local, tendo em vista à recepção de sinais de satélite (ligação descendente) no território desta OT. Além disso, no caso do Astra, a Eutelsat exigiu a «coordenação» não só no que diz respeito à ligação ascendente ao satélite e à sua exploração, mas também relativamente à ligação descendente para quaisquer países membros de Eutelsat.

A empresa comum

(6) O satélite Astra IA da SES dispõe de um total de 16 respondedores para os quais havia que encontrar clientes. Na medida em que o mercado da televisão por satélite se caracterizava por um predomínio dos canais em língua inglesa, a SES concluiu que a maioria dos fornecedores de canais (potencialmente) interessados em difundir através do Astra se localizariam no Reino Unido. Por conseguinte, antes do lançamento do satélite foi tomada a decisão de atribuir no mínimo nove e no máximo 11 dos 16 respondedores a uma empresa comum criada pela BT e a SES, cujo objectivo expresso seria:

— oferecer aos operadores de programas de televisão, com origem no Reino Unido, um serviço global constituído por uma ligação ascendente efectuada pela BT no Reino Unido e por espaço de respondedor no satélite da SES,

— fomentar o desenvolvimento do mercado dos satélites:

a) encorajando os fabricantes de antenas parabólicas adequadas à chamada recepção doméstica directa («direct-to-home» — DTH) a aumentarem a produção,

b) encorajando os retalhistas nas acções de promoção e venda deste equipamento e

c) encorajando os telespectadores a comprar estas antenas para que possam receber os sinais do satélite Astra directamente nos respectivos telhados.

(7) No decurso do processo de notificação foram examinados os acordos e outros documentos seguintes:

— o acordo «principal» ou acordo de empresa comum, de 17 de Dezembro de 1987, celebrado entre a SES e a BT, no qual estas concordavam em criar a empresa comum BT Astra SA com participações iguais e mediante o qual a SES se comprometia a alugar respondedores à empresa comum para posterior fornecimento a clientes finais através de um «operador licenciado do Reino Unido» (portanto não necessariamente a BT), constituindo este aluguer um contrato global que incluía a ligação ascendente,

— quatro cartas datadas de 17 de Dezembro de 1987 relativas:

— à atribuição à BT de opções sobre os respondedores do satélite Astra,

— ao compromisso assumido pela SES em relação à cláusula 6 (4) do acordo e respeitante à obrigação de não desviar do Reino Unido a actividade do satélite,

— à formação de uma empresa comum de comercialização (Satellite Promotions SA),

— à autorização à SES concedida pelo Governo do Luxemburgo no que diz respeito à utilização do satélite Astra,

— O plano de comercialização da empresa comum BT/SES, pormenorizando as actividades de comercialização a empreender pelas partes: a BT concentrar-se-ia na «comercialização das capacidades», isto é, encontrar clientes para o serviço, e a SES concentrar-se-ia na «comercialização a retalho», isto é, a indústria de equipamento de recepção e os utilizadores finais,

— os acordos relativos ao serviço principal e aos serviços separados, igualmente relacionados com actividades de comercialização,

— os acordos entre a BT e os fornecedores de programas de televisão, acordos estes que não são uniformes. A maioria vigora por um período de dez anos, sendo paga adiantadamente pelo cliente uma quantia fixa pela totalidade do período, abrangendo tanto a ligação ascendente como o aluguer do respondedor; o preço pago decresce proporcionalmente ao número de respondedores alugados. Um dos acordos tem uma vigência de três anos, havendo a possibilidade de prorrogação até dez anos; no primeiro período de três anos o cliente paga mensalmente, sendo a partir de então cobrada uma quantia fixa global. Apenas num acordo se estabelece a distinção entre os montantes pagos respectivamente pela ligação ascendente e pelo aluguer do respondedor.

As disposições do acordo de empresa comum vigorariam enquanto o satélite Astra permanecesse tecnicamente «vivo», isto é, em princípio dez anos.

(8) As disposições específicas relevantes para a análise da Comissão foram as seguintes:

1. Cláusula 3. Os respondedores abrangidos pelo acordo de empresa comum entre a SES e a BT foram alugados à BT Astra SA, que por seu turno os alugaria a um «operador licenciado do Reino Unido». Em conformidade com uma carta trocada entre as partes e anexa ao acordo datado de 17 de Dezembro de 1987, a SES concordou em que a empresa comum concederia à BT um direito de opção sobre 9 respondedores, a utilizar dentro de um período determinado. A BT ofereceria por sua vez aos fornecedores de programas um contrato único abrangendo a ligação ascendente a efectuar pela BT e um espaço no satélite Astra.

2. A cláusula 5 definia os direitos e obrigações da BT «enquanto operador licenciado do Reino Unido». O ponto 1 previa que, embora a BT tivesse o direito de determinar a componente relativa ao serviço de ligação ascendente a incluir no preço total pago pelo cliente, deveria consultar a SES ao fixar este preço.

3. A cláusula 6 definia os direitos e obrigações da SES. A cláusula 6 (1) determinava que, embora a SES tivesse o direito de fixar o preço a cobrar aos clientes do Reino Unido pela utilização do espaço de respondedor no satélite Astra, deveria consultar a BT para a fixação desse preço mesmo no caso de não ser a BT o «operador licenciado».

4. A cláusula 5 (2) vinculava a BT a tornar o satélite Astra o satélite de primeira escolha em termos de comercialização de serviços de televisão e a não desencorajar a utilização do As-

tra na sua política de comercialização e de preços, por exemplo não praticando para os clientes que utilizassem o novo satélite de média potência da série Eutelsat II (ainda não lançado na época do acordo de empresa comum) margens ou tarifas para a ligação ascendente inferiores às praticadas para os clientes do Astra.

5. De forma análoga, a cláusula 6 (5) vinculava a SES a envidar os melhores esforços para garantir a utilização dos serviços da BT na ligação ascendente aos respondedores, o que era consentâneo com a carta anexa ao acordo datado de 17 de Dezembro de 1987, na qual a SES concedia direito de opção à BT relativamente a 9 respondedores.

6. A cláusula 6 (4) vinculava a SES a não procurar desviar programas com origem no Reino Unido, ou seja, programas fisicamente preparados essencialmente num estúdio do Reino Unido, para transmissão por ligação ascendente fora do Reino Unido. Segundo a carta anexa ao acordo datado de 17 de Dezembro de 1987 e relativa à cláusula 6 (4), a SES também deveria abster-se de encorajar fornecedores de programas a prepararem os seus programas em língua inglesa em estúdios fora do Reino Unido. Mais especificamente, a SES era obrigada a não induzir os fornecedores de programas a utilizar estúdios situados no Luxemburgo e a efectuar aí a ligação ascendente, através de condições comerciais preferenciais «quer para a capacidade de satélite quer para os serviços de ligação ascendente» (uma vez que a SES beneficia de uma licença de prestação de serviços de ligação ascendente no Luxemburgo).

7. As cláusulas 5 (3), 6 (2) e 7 continham disposições destinadas a facilitar a transferência para o satélite Astra de clientes que até então utilizavam serviços de outros satélites. Neste contexto, a BT podia proporcionar aos seus clientes que transmitiam através dos satélites Intelsat I ou Eutelsat I a facilidade de «dupla iluminação», ou seja, a transmissão simultânea para ambos os satélites. Na medida em que os clientes poderiam hesitar em adoptar a «dupla iluminação» se tal significasse pagar na íntegra dois alugueres, estas disposições determinavam que a BT e a SES suportariam parte dos custos. Além disso, a BT comprometia-se a facilitar, sob certas condições, a rescisão antecipada pelos clientes dos contratos existentes.

8. Embora a SES tivesse a liberdade, do ponto de vista contratual, de comercializar como melhor lhe aprouvesse os respondedores não abrangidos pelas disposições da empresa comum, a sua liberdade estava limitada pela cláusula 6 (4), que determinava que todos os programas com origem no Reino Unido (ou seja, preparados em estúdios do Reino Unido, transmitidos para o satélite Astra, teriam de ser comercializados através da empresa comum, bem como pela cláusula 6 (5), que determinava que quando um cliente planeasse estabelecer uma ligação ascendente a partir do Reino Unido, as condições oferecidas a esse terceiro não poderiam ser mais favoráveis que as oferecidas à empresa comum. Além disso, a SES esforçar-se-ia por garantir que o serviço oferecido pela BT Astra no Reino Unido não seria «mutuamente incompatível» com o serviço oferecido pela SES noutros países.

9. A cláusula 6 (6) determinava que a SES não utilizaria respondedores diferentes dos do satélite Astra IA para programas preparados no Reino Unido ou transmitidos a partir do Reino Unido enquanto qualquer dos respondedores abrangidos por este acordo pudesse ser utilizado, salvo se a BT e a SES acordassem algo em contrário.

10. Em conformidade com a cláusula 9 do acordo de empresa comum e nos termos dos contratos com clientes, o fornecedor do canal pagava à BT uma quantia global cobrindo o serviço de ligação ascendente e o aluguer do respondedor. Este último montante era transferido na sua totalidade pela BT para a BT Astra SA, a qual por seu turno transferia 90 % para a SES; os restantes 10 % revertiam de novo para a BT a título de «taxa de serviço da BT». Isto é, a BT recebia pela sua participação no acordo de cooperação na empresa comum:

— o pagamento da ligação ascendente,

— a taxa de 10 % pelo serviço da BT no aluguer do respondedor.

A cláusula 9 referia-se igualmente a um «pagamento Eutelsat», a efectuar pela SES à Eutelsat por cada respondedor; em resposta a um pedido de informação por parte da Comissão, o director-geral da Eutelsat declarou que «não

existem quaisquer tipos de pagamentos à Eutelsat nem tão pouco quaisquer outras disposições relativas a pagamento em espécie em vez de numerário, nem qualquer intercâmbio ou transacção de qualquer tipo que possa ter valor entre a Intelsat e a SES ou qualquer outra parte e que se possa presumir estarem relacionados com a utilização do satélite GDL (Astra). Não dispomos nem tomámos conhecimento do conteúdo do acordo de empresa comum, de 17 de Dezembro de 1987, a que se refere a vossa carta».

Dado que o acordo de empresa comum não conferia qualquer exclusividade absoluta à BT, teoricamente qualquer outro «operador licenciado do Reino Unido» poderia ter alugado a capacidade de respondedor à BT Astra e concluído com os fornecedores de programas contratos abrangendo a ligação ascendente e o espaço de respondedor. Contudo, nessa eventualidade, a «taxa de serviço da BT» de 10 % continuaria a ser paga pela BT Astra à BT; o «operador licenciado» que exercesse de facto a função de coordenação receberia apenas o pagamento correspondente às actividades de estabelecimento da ligação ascendente, enquanto a BT continuaria a receber 10 % por uma operação na qual não desempenhava qualquer função evidente, exceptuando o facto de ser co-proprietária da empresa comum.

Cessação do acordo de empresa comum

(9) Em 3 de Abril de 1990, a Comissão, tendo chegado à conclusão preliminar de que as disposições notificadas eram abrangidas pelo nº 1 do artigo 85º do Tratado CEE e não podiam beneficiar de qualquer isenção prevista no nº 3 do artigo 85º deu início a um processo nos termos do Regulamento nº 17. Subsequentemente, as partes apresentaram uma proposta pela qual seria posto termo ao acordo de empresa comum, cartas conexas e acordos de prestação de serviço, mas em que os acordos com os clientes celebrados ao abrigo das disposições do acordo de empresa comum permaneceriam em vigor, mediante uma novação de que resultariam alugueres directos de respondedores à BT por parte da SES e não através da empresa comum. Na medida em que o desaparecimento da empresa comum do circuito de aluguer de respondedores pela SES, em última análise aos fornecedores de programas, não alterava na realidade o *statu quo*, a Comissão enviou, em 26 de Julho de 1990, uma comunicação de acusações às partes, tendo estas apresentado os seus pontos de vista por escrito e tendo-se pronunciado oralmente numa audição realizada para o efeito em 13 e 14 de Novembro de 1990.

(10) Em 30 de Janeiro de 1991 as partes assinaram um acordo pondo termo às disposições relativas à empresa comum, mediante condições idênticas às que constavam da proposta referida no ponto 9.

II. APRECIAÇÃO JURÍDICA

A. Nº 1 do artigo 85º

(11) As disposições acordadas entre as partes restringem a concorrência nos mercados de fornecimento de capacidade de respondedor de satélite para distribuição de canais de televisão e de serviços de ligação ascendente a satélites. Os efeitos da cooperação estabelecida entre as partes fizeram-se sentir tanto no Reino Unido como noutras partes da CEE.

1. *Restrições no mercado de capacidade de segmento espacial*

(12) A SES e a BT são concorrentes directos no mercado europeu de fornecimento de capacidade de segmento espacial para a transmissão de canais televisivos.

(13) Enquanto proprietária do satélite Astra IA, a SES estava em condições de oferecer 16 respondedores a fornecedores de programas interessados em meios de transmissão por satélite.

(14) Desde 1983, a BT tem vindo a oferecer a fornecedores de programas capacidade de segmento espacial em satélites Eutelsat (e Intelsat). Em conformidade com o artigo 16º do acordo de exploração Eutelsat, todos os pedidos de atribuição a fornecedores de programas de capacidade do segmento espacial da Eutelsat deverão passar pelos signatários, ou seja, a BT no Reino Unido. A BT tomava providências para disponibilizar os respondedores e concluía os contratos com os clientes, estando excluídos contactos directos entre estes últimos e a Eutelsat, nos termos de acordo do exploração. Embora a atribuição final de capacidade do segmento espacial não seja determinada pelos signatários a título individual mas antes pelo conselho dos signatários, no momento da conclusão do acordo de empresa comum a BT era o signatário com a maior quota de investimento. Segundo a notificação, a BT prestava então mais serviços de distribuição de televisão por satélite que qualquer outra organização de telecomunicações europeia; o facto de a BT não ser efectivamente proprietária da capacidade do segmento espacial oferecido aos clientes não significa, como esta alegou, que não fosse concorrente da SES, tendo em conta o contexto dos acordos Eutelsat.

É elucidativo notar que a assembleia da Eutelsat declarou ser condição para o processo de coordenação do Astra o facto de «existir um maior esforço conjunto e uma maior agressividade por parte dos signatários ... no intuito de encontrar novos contratos ..., nomeadamente para compensar as perdas de receita decorrentes da entrada em funcionamento do satélite GDL (Astra)». A BT, enquanto signatária do Reino Unido, tinha de conciliar este compromisso com a obrigação de tornar o Astra o satélite «de primeira escolha», nos termos do acordo com a SES.

(15) A BT alegou, além disso, que a BT e a SES não podiam ser consideradas concorrentes, já que a BT, em 1986/1987, não estava em condições de oferecer aos clientes capacidade de satélite de média potência, mas apenas capacidade Intelsat e Eutelsat de baixa potência; o primeiro satélite de média potência da série Eutelsat II foi lançado apenas em meados de 1990. Este argumento deve ser rejeitado na medida em que pressupõe que existem mercados separados e distintos para a capacidade de satélite de baixa e de média potência. Na realidade, os satélites de baixa potência e de média potência oferecem aos clientes as mesmas possibilidades do ponto de vista da cobertura geográfica e da transmissão para pontos de entrada de redes de cabo; os satélites de média potência dispõem simplesmente da característica adicional de permitirem a recepção doméstica directa («direct-to-home»-DTH) por antenas de diâmetro relativamente pequeno. A transmissão DTH e a transmissão por cabo podem no entanto ser simultâneas. Em países com sistemas bastante desenvolvidos de distribuição por cabo, em que há portanto menos exigências do ponto de vista da recepção individual, os assinantes da rede de cabo não saberão se os programas que recebem estão a ser transmitidos através de satélites de baixa ou de média potência ou de facto por outros meios.

Estatísticas recentes (1) indicam que 73 % dos lares europeus que recebem canais Astra recebem-nos por cabo (e sistemas SMATV), atingindo esta percentagem quase 100 % em países com densas redes de cabo, como a Bélgica e os Países Baixos.

A própria BT declarou na sua resposta à comunicação das acusações o seguinte: «é claro que os satélites de média potência estavam a concorrer com a capacidade de baixa potência», referindo neste contexto o processo de coordenação da Eutelsat destinado a determinar o impacte em termos concorrenciais da capacidade de média potência sobre a capacidade de baixa potência.

(16) Em conformidade com o acordo de empresa comum, nomeadamente a cláusula 6 estipulando que todos os canais de programas com origem no Reino Unido transmitidos para o satélite Astra seriam comercializados através da empresa comum, a SES acordou em não entrar no mercado em questão de forma independente, mas em cooperação com um concorrente directo, a BT. A restrição da concorrência decorrente da cláusula 6 (4) foi reforçada por cláusulas específicas constantes do acordo principal celebrado entre as partes, que constituíam também restrições da concorrência na acepção do nº 1 do artigo 85º, nomeadamente:

— a cláusula 6 (1), nos termos da qual a SES devia consultar a BT ao proceder à fixação do preço a cobrar aos clientes do Reino Unido pela utilização do espaço de respondedor no satélite Astra,

— a cláusula 5 (2), que vinculava a BT a não oferecer condições mais favoráveis que as do Astra no que se refere à utilização de outros satélites para serviços de televisão.

Através destas duas disposições era possível harmonizar as condições de utilização da capacidade de respondedor no Astra e em todos os satélites em que a BT alugava capacidade: a cláusula 6 (1) realizava este alinhamento em relação a outras capacidades de satélite existentes e a cláusula 5 (2) em relação à capacidade de satélite futura. Embora a cláusula 5 (2) se referisse aos satélites Eutelsat II, fazia-o apenas a título de exemplo, sendo a obrigação da BT de não discriminar o satélite Astra através da política de preços ou de outras políticas extensivas a todos os «outros satélites destinados a serviços de televisão». Estas disposições implicavam uma coordenação de preços global e de grande alcance entre ambas as partes e privavam os clientes de uma nova fonte alternativa de oferta de capacidade de respondedor no Reino Unido.

A gravidade deste alinhamento é tanto maior se se considerar que, para além do seu papel na Eutelsat, a BT também era por si mesma um potencial concorrente directo da SES: dada a posição da BT em termos financeiros, bem como o seu saber-fazer técnico e comercial no sector dos satélites, a BT não teria quaisquer dificuldades em entrar de forma independente no mercado da exploração de satélites; o facto de não o ter querido fazer até ao presente, que a BT alega indicar que não era um potencial concorrente no mercado, traduz uma apreciação de natureza puramente subjectiva e não

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

pode constituir fundamento para determinar o grau potencial de concorrência.

Além disso, as restrições relativas à oferta de capacidade de respondedor ultrapassavam:

1. Os respondedores abrangidos pelo acordo entre a BT e a SES.

2. O Reino Unido.

3. O próprio satélite Astra:

No que se refere aos pontos 1. e 2.: a cláusula 6 (4) determinava que todos os programas com origem no Reino Unido deviam ser comercializados através da empresa comum com a BT e que a SES não procuraria desviar tais programas com o intuito de estabelecer a ligação ascendente fora do Reino Unido.

Como ficou claro numa das cartas anexas ao acordo, a SES também devia abster-se de encorajar os fornecedores de programas a elaborarem os seus programas em língua inglesa em estúdios fora do Reino Unido. Mesmo no caso de os clientes o fazerem, a cláusula 6 (5), ao determinar que os clientes que estabelecessem ligação ascendente a partir do Reino Unido sem passar pela empresa comum não poderiam beneficiar de condições mais favoráveis que os clientes da empresa comum, garantia que não haveria qualquer benefício em evitar a empresa comum.

No que se refere ao ponto 3.: A cláusula 6 (6) vinculava a SES a não utilizar respondedores diferentes dos do satélite Astra IA para programas elaborados no Reino Unido ou transmitidos a partir do Reino Unido enquanto continuasse disponível qualquer dos respondedores abrangidos pelo acordo de empresa comum.

2. *Restrições no mercado das ligações ascendentes*

(17) Os fornecedores de programas do Reino Unido que pretendessem alugar capacidade de respondedor no satélite Astra eram obrigados a fazê-lo através da empresa comum. Embora teoricamente se pudesse recorrer a um operador licenciado diferente da BT, a obrigação que recaía sobre a SES de garantir a utilização da ligação ascendente da BT aos respondedores (cláusula 6 (5) e o facto de a «taxa de serviço da BT» de 10 % reverter para a BT independentemente do «operador licenciado» ao qual a BT Astra SA alugasse o respondedor para posterior utilização pelos clientes, significavam que para o acesso ao «Astra» os fornecedores de programas deparavam-se com um parceiro contratual que era na realidade a BT. Em conformidade com a cláusula 3 (1), o serviço oferecido pelo «operador licenciado» aos clientes incluía o(s) respondedor(es) e a ligação ascendente. A maioria dos clientes (ou seja, o equivalente a oito dos nove respondedores alugados até 1 de Dezembro de 1989, induzidos pelas condições mais favoráveis no caso de optarem por alugueres de longo prazo, subscreveram contratos por dez anos com a BT. As disposições dos acordos implicavam as restrições seguintes:

Restrições entre as partes

— Concorrência entre as partes nos serviços de ligação ascendente: a BT e a SES são concorrentes directos no mercado das ligações ascendentes, já que ambas dispõem de licença de prestação desses serviços de ligação ascendente. Embora as licenças da BT e da SES sejam apenas referidas aos respectivos territórios nacionais, os fornecedores de programas não estão limitados pelas fronteiras nacionais e poderiam transmitir os seus programas para outro território por meios convencionais ou outros, para aí procederem à ligação ascendente, ou poderiam instalar estúdios na localidade em que as condições fossem mais favoráveis. No decurso da audição oral, a SES confirma que quatro canais de televisão alemães estabeleciam ligação ascendente a satélites distintos do Astra na Alemanha, estabelecem a ligação descendente para o Luxemburgo e em seguida estabelecem de novo uma ligação ascendente ao satélite Astra IA através da SES. A RTL 4, anteriormente denominada RTL Véronique, que é um canal destinado primordialmente a audiências de língua neerlandesa, instalou um estúdio no Luxemburgo a fim de possibilitar a ligação ascendente directa através da SES ao satélite Astra IA.

Contudo, várias cláusulas do acordo principal entre a BT e a SES eliminavam qualquer concorrência efectiva entre ambas no que diz respeito ao serviço de ligação ascendente: a cláusula 5 (1) vinculava a BT a consultar a SES ao fixar o preço para a componente da ligação ascendente, a cláusula 5 (2) vinculava a BT a não cobrar taxas inferiores para a ligação ascendente na eventualidade de serviços de ligação ascendente a outros satélites (por exemplo satélites Eutelsat II) e as cláusulas 6 (4) e 6 (5) destinavam-se a impedir a SES de induzir os fornecedores de programas a usarem as suas instalações para ligação ascendente no Luxem-

burgo mediante a prática de condições comerciais preferenciais para a capacidade de satélite ou para os serviços de ligação ascendente.

Ambas as partes argumentaram que estas disposições não tinham quaisquer consequências práticas, na medida em que os fornecedores de programas do Reino Unido não estariam de qualquer forma interessados em que a SES efectuasse a ligação ascendente no Luxemburgo, quer a partir da transmissão proveniente do Reino Unido quer directamente em caso de transferência dos estúdios de televisão. O movimento transfronteiras é contudo possível no mercado da ligação ascendente, como o ilustra o caso dos canais de televisão alemães e holandeses atrás referidos. As disposições do acordo de empresa comum e, nomeadamente, a carta anexa à cláusula 6 (4), destinavam-se precisamente a impedir este tipo de movimento e não podiam deixar de ter qualquer significado prático, como sugerem as partes. De facto, a BT confirmou subsequentemente que as restrições impostas à SES relativamente às suas actividades de ligação ascendente no Luxemburgo foram inseridas porque «havia uma preocupação quanto à possibilidade de *dumping* nos preços da ligação ascendente, o que iria distorcer a decisão economicamente racional de uma empresa de televisão ... Teria sido no interesse do Luxemburgo, dado que a maioria dos clientes estavam longe de praticar preços para esta capacidade de ligação ascendente a um preço muito baixo».

Restrições em relação a terceiros

— Exclusão de outros fornecedores potenciais de ligações ascendentes: o facto de, em virtude do acordo de empresa comum, a maioria dos fornecedores de programas que assinaram os contratos de clientes da BT estarem vinculados a esta empresa por um período de dez anos relativamente aos serviços de ligação ascendente representa uma exclusão total durante esse período de outros operadores licenciados do Reino Unido prestarem este serviço relativamente ao satélite Astra, o qual nos três anos posteriores à conclusão dos acordos era o único satélite europeu de média potência. Além disso, segundo a cláusula 6 (6) a SES não podia utilizar respondedores em outros satélites (por exemplo, Astra IB) para programas elaborados no Reino Unido ou transmitidos aparte do Reino Unido enquanto continuasse disponível qualquer dos respondedores abrangidos pelo acordo de empresa comum. Por outro lado, outros fornecedores de ligações ascendentes tão-pouco tinham acesso à capacidade do segmento espacial da Eutelsat ou da Intelsat até à introdução das disposições SAO referidas no ponto 5.2.

— Limitação da possibilidade de escolha do cliente: os clientes do Reino Unido interessados em difundir através do satélite Astra foram obrigados a aceitar o serviço de ligação ascendente fornecido pela BT, quando poderiam ter encontrado ou poderão encontrar condições mais favoráveis noutro fornecedor. O vínculo estabelecido entre o serviço de ligação ascendente da BT e a capacidade de satélite no Astra assumiu contornos ainda mais graves pelo facto de, nos termos dos contratos dos clientes, a maioria deles ser obrigada a pagar uma quantia fixa global abarcando ambos os elementos do contrato; desconhecendo o preço cobrado pela ligação ascendente separadamente da capacidade de respondedor, os clientes não estavam assim em posição de negociar as condições que lhes eram impostas.

3. *Incidência considerável sobre o comércio entre Estados-membros*

(18) Pelas razões acima apontadas os acordos redundaram em sérias restrições da concorrência, as quais foram consideráveis, dada a dimensão de todas as partes interessadas, incluindo os clientes abrangidos. Pela própria natureza do serviço em questão e considerando também as cláusulas específicas destinadas a desencorajar ou impedir actividades transfronteiras tanto no mercado de respondedores como no de ligações ascendentes, o comércio entre os Estados-membros foi afectado e o nº 1 do artigo 85º do Tratado CEE é por conseguinte aplicável.

B. Nº 3 do artigo 85º

(19) Para que a Comissão declare inaplicável a proibição constante do nº 1 do artigo 85º em conformidade com o nº 3 do mesmo artigo, é necessário que estejam preenchidas todas as condições enunciadas nesta disposição. Antes de mais, do acordo restritivo deverão resultar determinados benefícios do ponto de vista da melhoria da produção ou da distribuição, ou da promoção do progresso técnico ou económico, que compensem as desvantagens para a concorrência.

Como linha geral de argumentação as partes declararam que quaisquer restrições da concorrência resultantes da sua cooperação eram compensadas pelos benefícios daí resultantes em termos de progresso económico na prestação dos serviços de televisão por satélite e da melhoria subsequente na

distribuição. É reconhecido que o Astra, enquanto primeiro satélite privado de prestação de serviços de televisão internacional a concorrer com os satélites Eutelsat e Intelsat e sendo além disso o primeiro satélite de média potência, contribuiu para aumentar a concorrência no mercado da transmissão televisiva por satélite. No entanto, na opinião da Comissão, este benefício resultou da existência do satélite Astra enquanto tal e não dos acordos concluídos entre a BT e a SES, tendo em vista a comercialização e exploração do satélite. A questão consiste, pois, em saber se a SES poderia ter penetrado no mercado com o satélite Astra IA independentemente dos acordos com a BT ou se, ao invés, como as partes têm alegado, estes acordos eram indispensáveis para permitir o lançamento com êxito de um novo concorrente dos sistemas Eutelsat e Intelsat já existentes.

(20) As partes não alegaram que a SES tinha necessidade de cooperar com a BT para ultrapassar as primeiras barreiras que se deparam aos novos participantes no mercado neste sector, nomeadamente os elevados custos inerentes à aquisição do satélite em si e ao seu lançamento. A SES estava em condições de suportar só por si estes custos e efectivamente declarou que não tinha qualquer intenção de penetrar no mercado de fornecimento de capacidade de satélite para transmissão de canais televisivos com qualquer outro parceiro. Contudo, as características particulares deste mercado apresentam obstáculos à sua entrada que a SES considerou só poder ultrapassar através dos acordos com a BT.

(21) Relativamente a este ponto específico as partes argumentaram que, para que a SES pudesse tirar partido da procura no Reino Unido, «não tinha outra alternativa» se não criar uma empresa comum com a BT, porque:

— A posição da BT enquanto signatário do acordo Eutelsat pelo Reino Unido possibilitava à SES obter em última análise a aprovação da Eutelsat para a exploração do satélite; a Eutelsat requer a participação de dois signatários para dar início a um processo de coordenação, necessitando portanto a SES de outro signatário para além dos PTT do Luxemburgo, que apoiavam a empresa estabelecida no Luxemburgo. Tendo em vista as considerações relativas aos programas de língua inglesa (ver ponto 6 supra) e o interesse manifestado pela BT em fornecer serviços de ligação ascendente, a escolha recaiu sobre a BT.

— A posição da BT na época em que os acordos foram elaborados, enquanto único fornecedor efectivo de ligações ascendentes no Reino Unido, garantia aos potenciais clientes que não haveria problemas em obter a necessária ligação ascendente ao satélite Astra.

Embora estas considerações possam explicar o ponto de vista da SES na altura, não constituem razões objectivas válidas para os acordos restritivos concluídos entre as partes.

(22) As partes alegaram que embora não existam disposições nesse sentido na Convenção Eutelsat, a SES tinha necessidade de um segundo signatário para accionar com êxito o processo de coordenação da Eutelsat. Ficou igualmente comprovado que mais de um ano antes de ter sido concluído o acordo principal, a BT propôs-se contribuir para o sucesso comercial do então projectado sistema de satélite Astra da SES, actuando, nomeadamente, como segundo signatário. A BT declarou inequivocamente que prestaria esta assistência no contexto de um acordo entre a BT e a SES. Por conseguinte, é compreensível que a SES, como declarou na resposta à comunicação de acusações da Comissão, não esperasse que a BT disponibilizasse os seus serviços enquanto signatário sem alguma forma de compensação.

Não existiam, contudo, razões objectivas que justifiquem a imposição de uma associação à SES como troca pela ajuda da BT no processo de coordenação. O artigo XVI da Convenção Eutelsat apenas estipula que um signatário que tome conhecimento de qualquer entidade no seu território que pretenda utilizar equipamento de segmento espacial não Eutelsat, deverá comunicar todas as informações relevantes de forma a possibilitar às partes determinarem se é provável virem a surgir danos significativos para a Eutelsat. Esta disposição não exige de forma alguma que o signatário envolvido no processo de coordenação entre em qualquer tipo de acordo de cooperação com os candidatos ao mercado, nem existem quaisquer outras disposições desta natureza na convenção ou no Acordo de exploração. Na realidade, como ficou atrás referido no ponto 8.10, o director-geral da Eutelsat declarou não ter conhecimento dos acordos entre a BT e a SES. Por outras palavras, quando a BT teve conhecimento do interesse dos

clientes pelo satélite Astra no Reino Unido, tal facto só por si impunha à BT a obrigação de encetar um processo de coordenação nos termos no artigo XVI; a BT apresentou correspondência com fornecedores de programas e com data muito anterior à conclusão do acordo com a SES, na qual estava claramente expresso esse interesse. Numa carta datada de 9 de Outubro de 1986, um fornecedor de programas informava «formalmente» a BT enquanto signatário do Reino Unido à Eutelsat, do seu «grande interesse em utilizar o satélite Astra» e manifestava a sua preocupação pelo facto de a BT não ter comunicado tal interesse numa reunião anterior da Eutelsat.

A SES referiu que nos termos da declaração do Oftel relativa à criação do SAO (ver ponto 5.2) a BT tem direito a uma remuneração equivalente a 7 % da taxa cobrada pelo segmento espacial a fim de cobrir os custos dos serviços prestados enquanto signatário; a SES comparou esta remuneração à taxa de serviço da BT de 10 % exigida nos termos dos acordos notificados. A declaração do Oftel não pode, contudo, constituir um ponto de referência neste caso, na medida em que diz respeito a situações em que a BT actua como intermediário perante candidatos a capacidade do segmento espacial nos satélites Eutelsat (e Intelsat) e na medida em que tal implica um leque de actividades enquanto signatário muito mais vasto do que a participação no processo de coordenação só por si. Além disso, os acordos entre a BT e a SES ultrapassaram em muito o mero pagamento da taxa de serviço da BT e redundaram nas graves restrições da concorrência referidas nos pontos 12 e seguintes.

De qualquer forma, um acordo concluído com o objectivo de facilitar ou respeitar um processo no qual a entrada de novos concorrentes é condicionada à aprovação dos concorrentes já existentes no mercado não pode beneficiar de uma isenção nos termos do nº 3 do artigo 85º, cujas disposições se referem a vantagens objectivas como melhorias da produção, da distribuição ou progressos técnicos e económicos.

(23) A Comissão não pode aceitar que os acordos entre a BT e a SES eram indispensáveis para garantir que os fornecedores de programas do Reino Unido obteriam os serviços de ligação ascendente necessários por parte da BT, que era na altura o único fornecedor de facto de tais serviços para distribuição de televisão por satélite no Reino Unido.

É opinião da Comissão que, nos termos das cláusulas 1 e 5 da licença que lhe foi concedida ao abrigo do «Telecommunications Act» de 1984 e das disposições do direito comunitário, nomeadamente do artigo 86º, era obrigação da BT fornecer os serviços de ligação ascendente sem exigir participar no aluguer aos clientes de respondedores do satélite da SES, cobrando por esse meio a taxa de 10 % pelo serviço da BT, a deduzir das receitas da SES provenientes do aluguer da capacidade de satélite.

Em resposta à comunicação de acusações da Comissão, a SES alegou que na altura em que foram concluídos os acordos não era «nada evidente» que pudesse contar com a obrigação da BT fornecer os serviços de ligação ascendente por força da licença que lhe tinha sido concedida. A SES observou que a decisão do Oftel no caso PanAmSat só foi publicada em Março de 1988, altura em que ficou estabelecido que as obrigações da BT existem a partir do momento em que recebe um pedido por parte de uma entidade do Reino Unido para um determinado serviço, desde que o cliente esteja disposto a pagar um preço razoável. Além disso, a SES argumentou que, mesmo que a posição do Oftel sobre esta questão tivesse ficado clara no período que antecedeu a conclusão do acordo de empresa comum em Dezembro de 1987, a BT provavelmente não teria sido forçada a construir uma estação terrestre se os clientes não tivessem já subscrito contratos para o fornecimento deste serviço.

Os argumentos explanados pela SES não são aceitáveis. Antes de mais, se as obrigações que impendem sobre a BT nos termos da respectiva licença não fossem claras na altura em que a SES precisava de tranquilizar os clientes de que a ligação ascendente ao satélite Astra seria efectuada, não era pelo facto de subscrever acordos restritivos com a BT que a situação ficaria clarificada. A PanAmSat, a que se depararam de facto dificuldades em obter os serviços de ligação ascendente por parte da BT, não subscreveu um acordo de empresa comum com esta última, efectuando antes diligências junto do Oftel. A SES, no entanto, nunca ensaiou essa via. Muito antes da conclusão dos acordos entre as partes, a BT trocou correspondência com fornecedores de programas que manifestavam um interesse evidente no satélite Astra IA; em Outubro de 1986, um cliente potencial do Astra comunicou «formalmente» à BT que tinha «grande interesse» em utilizar o Astra (ver ponto 22 acima), mesmo no quadro de possibilidades restritas de recepção da ligação descendente nos países da Europa do norte. Dado que na altura não existiam outros fornecedores de ligações ascendentes para distribuição de televisão, todos os serviços de ligação ascendente ao satélite Astra IA a partir do Reino Unido caberiam necessaria-

mente à BT. Contudo, antes de esses clientes chegarem a traduzir o seu interesse em compromissos suficientemente firmes para accionar a obrigação do estabelecimento da ligação ascendente por parte da BT (em conformidade com a cláusula (53.6) da licença da BT não é necessário que haja de facto um contrato concluído), foram ultimados os acordos entre a BT e a SES. Mais uma vez, a questão não foi posta à prova. Além disso, não está claro por que razão a BT decidiu que se justificava a construção de uma estação terreste simplesmente em virtude do acordo de empresa comum celebrado com a SES; a própria BT declarou ter instalado um «novo terminal dedicado a ligações ascendentes para aceder ao satélite Astra IA ... antes de a BT ter garantido quaisquer clientes para o serviço relativamente ao satélite Astra IA».

Finalmente, o investimento de capital da BT nestas instalações representou ± 3 % da despesa total da SES na construção do satélite e respectivos custos de lançamento. Teria sido seguramente possível encontrar modalidades muito menos restritivas que o acordo de empresa comum para garantir que a BT recuperaria este investimento.

No que diz respeito ao direito comunitário nesta matéria, como princípio geral deverá ficar claro que no sector das telecomunicações, em que só os operadores beneficiando de uma licença, como é o caso da BT, podem desenvolver certas actividades, a prestação de serviços sujeitos a licença deverá estar à livre disposição dos participantes no mercado e não pode estar condicionada à conclusão de acordos restritivos entre aqueles que pretendem entrar no mercado e o operador licenciado. O facto de a SES não «se contentar com o facto de a legislação da CE ser suficiente para obrigar a BT a fornecer os serviços de ligação ascendente» não justifica a solução que finalmente adoptou. Mais uma vez, a SES não submeteu o assunto a prova.

(24) Desde o início, as partes foram informadas de que, com base nos argumentos acima descritos relativos à coordenação da Eutelsat e aos serviços de ligação ascendente, não pareciam estar preenchidas as condições do nº 3 do artigo 85º Uma outra linha de argumentação em defesa dos acordos foi posteriormente desenvolvida, referindo-se:

— aos benefícios de um contrato único com o cliente abarcando a ligação ascendente e a capacidade de respondedor

e

— à necessidade de a BT participar na angariação de clientes no Reino Unido para o Astra IA.

(25) Segundo as partes, um contrato único com o cliente abrangendo os serviços de ligação ascendente e a capacidade de satélite atribuía a uma só entidade, a BT, a responsabilidade pelo serviço no seu todo. Tal solução seria não só prática para o cliente, como permitiria solucionar mais rapidamente os problemas técnicos; ao abrigo do contrato global, a BT tomaria muito provavelmente medidas para reparar uma degradação na qualidade do sinal independentemente da origem da falha, fortalecendo por exemplo o sinal da ligação ascendente a fim de compensar um sinal mais fraco na ligação descendente, não sendo esta última deficiência, noutra situação, da responsabilidade da BT. No caso de existirem dois contratos separados, o fornecedor da ligação ascendente (BT) e o fornecedor do satélite (SES) vigiariam apenas os aspectos da sua própria responsabilidade e não haveria um controlo do serviço no seu todo. Também não tentariam efectuar qualquer correcção até se ter concluído em que parte do circuito de transmissão se encontrava a deficiência.

(26) No entanto, é opinião da Comissão que se verificam razões que expliquem por que motivo um contrato global ofereceria vantagens técnicas inexistentes no caso de dois contratos separados. Na realidade, as considerações seguintes contrariam tal argumentação:

a) Para fornecer serviços de ligação ascendente, um operador como a BT tem de possuir uma licença. Em troca do privilégio de ser autorizado a fornecer tais serviços, um operador licenciado deve assegurar, até ao limite das suas capacidades, que o serviço atinge de facto o telespectador sob a forma de uma recepção clara e contínua dos programas de televisão no ecrã. Se o fornecedor da ligação ascendente está em condições de influenciar a qualidade do produto final que é recebido pelo telespectador, então, na opinião da Comissão, é obrigado a fazer tudo o que for necessário nesse sentido. Se se verificar posteriormente que foram necessários esforços suplementares por parte dos fornecedores da ligação ascendente, devido a deficiências em partes do circuito de transmissão pelas quais este não é directamente responsável, o fornecedor da ligação ascendente tem obviamente direito a ser indemnizado pela entidade responsável pela deficiência;

b) O argumento das partes segundo o qual a existência de contratos separados tenderia a retar-

dar a resolução de problemas de sinal ignora o facto de que, mesmo ao abrigo de um contrato global, qualquer que seja a parte à qual se possa atribuir a deficiência, esta será responsável perante a outra por qualquer perda de receitas. É, pois, do interesse directo de cada uma das partes que as falhas sejam detectadas e reparadas imediatamente, de forma a limitar a sua potencial responsabilidade final. Tal interesse não está de forma alguma relacionado com a existência de um contrato global;

c) Na declaração do director-geral do Oftel relativa ao satélite independente «PanAmSat» (ver ponto 23 acima) é feita uma referência à cláusula (35) da licença da BT, a qual contém uma proibição geral de vendas condicionadas. O director-geral refere que, embora no caso dos satélites «Intelsat» (sendo o raciocínio idêntico relativamente à Eutelsat) os utilizadores não tenham cesso directo ao segmento espacial e seja permitido que a BT, enquanto signatária, forneça a ligação ascendente e o segmento espacial, este argumento deixa de ser válido «com o advento de sistemas independentes de satélites ... impondo-se pois a dissociação». «Caso existisse um sistema de satélite alternativo ... os clientes seriam livres de concluir os seus próprios acordos com o operador de satélite independente». Das observações do director-geral não consta qualquer referência a uma razão de ordem técnica que determine que a ligação ascendente e o segmento espacial devam ser fornecidos pela mesma entidade.

A posição da Comissão foi confirmada pelos fornecedores de programas que utilizam o satélite Astra IA. Os utilizadores que em conjunto alugam o maior número de respondedores negaram que houvesse quaisquer vantagens técnicas num contrato global. A fim de ilustrar o carácter falacioso do argumento segundo o qual a BT seria o único ponto de contacto dos clientes caso existissem problemas, os fornecedores de programas citaram o caso de um incidente técnico ocorrido na Primavera de 1989. Tendo contactado a BT como responsável directo nos termos dos contratos com os clientes, um fornecedor de programas foi posteriormente aconselhado a contactar a SES para solucionar o problema, enquanto outro fornecedor de programas declarou que numa fase posterior também discutiu o problema directamente com a SES, devido à demora da BT no tratamento da questão.

(27) Em defesa igualmente dos contratos globais com os clientes, as partes alegaram que é eficaz negociar apenas um contrato abarcando todo um serviço, em vez de entabular negociações de contratos separadamente para cada elemento. Além disso, um cliente possuindo um contrato único para a ligação ascendente e a capacidade de respondedor encontra-se numa posição mais favorável para garantir indemnizações por falhas. Por exemplo, se o serviço de ligação ascendente falhasse por culpa da BT, o cliente seria reembolsado tanto pela parte do serviço relativo ao satélite como pela parte referente à ligação ascendente. No caso de existirem dois contratos separados, uma das partes provavelmente não procederia ao reembolso se a falha tivesse ocorrido no serviço prestado pela outra parte.

É opinião da Comissão que a eficácia que poderá advir da negociação de um contrato único não compensa as desvantagens inerentes a este tipo de acordos vinculativos, tanto para os clientes, que se deparam com serviços globais, como para os concorrentes na prestação dos serviços em questão, que ficam assim excluídos. Quanto à indemnização por deficiências, as disposições contratuais aplicáveis no caso de existirem contratos separados deveriam presumivelmente conter cláusulas garantindo que os clientes não seriam obrigados a pagar um serviço «A» de que não puderam usufruir, não por qualquer falha da sua parte, mas porque uma terceira entidade fornecendo um serviço «B», do qual depende a execução do serviço «A», não prestou esse serviço «B» ou prestou-o de forma insatisfatória.

(28) Em conclusão, a Comissão considera que o contrato global não traz quaisquer benefícios que justifiquem os acordos entre as partes. Para chegar a esta conclusão, a Comissão teve em conta as opiniões expressas pelos quatro fornecedores de programas que utilizam o satélite Astra IA via contratos com os clientes com a BT:

1. O fornecedor de programas X, que alugou vários respondedores no satélite Astra IA, declarou que a principal questão levantada na reunião (com os funcionários da Comissão) é a insatisfação de X com o «agrupamento» dos serviços constante do acordo com a ... BT ... «A falta de transparência ao englobar num pacote

a ligação ascendente e os respondedores constitui uma grande objecção»; «X chegou a um acordo com a BT apenas porque não tinha outra alternativa ... A razão desta situação é que a BT obteve o direito exclusivo de comercializar um certo número de respondedores do satélite Astra aos clientes do Reino Unido»; «como comprador, X teria preferido tratar com a SES».

2. Um fornecedor de programas Y declarou que teria preferido dois contratos, porque teria havido então margem de manobra para negociar preços diferentes. Vários meses antes da assinatura final de um contrato com a BT relativo a dois respondedores no satélite Astra IA, Y escreveu ao Oftel referindo «os graves problemas com que nos defrontamos para obter preços concorrenciais de fornecimento de capacidade de satélite de média potência ...»; «nós, Y, tal como outras companhias de televisão por satélite, convidámos a Eutelsat e a SES Astra a apresentarem propostas para o fornecimento desta capacidade. Ambas as organizações nos informaram que devíamos negociar através da British Telecom International»; «o que torna a situação pior para nós é o facto de a BTI exigir que utilizemos a sua estação terrestre de ligação ascendente de Woolwich como parte do contrato de capacidade de satélite. Estamos convictos de que estão a utilizar uma situação de monopólio para efectuar uma venda condicionada».

3. O fornecedor de programas Z declarou: «considerou-se que era melhor contactar com uma só entidade para o contrato e o serviço global». Ao apreciar esta declaração, a Comissão teve em conta o facto de:

   — não terem sido apresentadas razões para a adopção deste ponto de vista; relativamente à vantagem técnica em contactar uma só entidade, a primeira reacção de Z quando se tratou de saber quem contactaria em caso de problemas foi responder «a SES»,

   — aquando da conclusão do contrato de cliente a BT detinha 25 % de Z; todas as decisões importantes, como o aluguer de respondedores, eram tomadas por unanimidade pelos três accionistas.

4. O fornecedor de programas Q não é uma empresa do Reino Unido; já antes do aparecimento do satélite Astra IA tinha de ter os seus estúdios em Londres, porque não era claro se a OT do seu próprio território forneceria serviços de ligação ascendente à capacidade do segmento espacial da Intelsat, serviço este que a BT estava disposta a fornecer. Q declarou que, como «já tinha as suas transmissões em Londres, a British Telecom era a única que podia fornecer capacidade no Astra». Embora Q mencione determinadas vantagens em dispor de um contrato global, o ponto de partida parece ter sido o facto de a capacidade no satélite Astra só poder ser adquirida através da BT; de igual modo, as vantagens referidas nunca foram testadas na prática.

As partes alegaram que na altura os clientes não manifestavam interesse num serviço fraccionado e que as declarações agora proferidas pelos fornecedores de programas, quando as condições do mercado se alteraram, não reflectem necessariamente aquilo que pediam na época em que os acordos foram concluídos. É verdade que a Comissão não encontrou qualquer prova de pedidos de serviços separados e fraccionados apresentados por escrito pelos clientes à BT e à SES. Contudo, tal como a BT referiu no decurso do processo, a BT começou as discussões sobre o Astra IA com os fornecedores de programas antes de os acordos com a SES terem sido concluídos, não estando no entanto tal facto comprovado por qualquer «correspondência no processo». Contudo, numa carta enviada ao Oftel, referida atrás no nº 2, um fornecedor de programas afirmava que ele e outros tinham contactado directamente a SES para o fornecimento de capacidade de satélite mas que tinham sido informados que as negociações deveriam ser efectuadas através da BT. Em qualquer caso, a separação dos serviços teria sido necessariamente negada aos clientes, tendo em conta a cláusula 3 (1) do acordo principal que estipulava que «o serviço oferecido aos clientes compreenderá os respondedores abrangidos por este acordo e a junção da ligação ascendente».

A SES declarou que ao optarem por contratos de longo prazo os clientes indicaram não se sentirem penalizados por um serviço global. Contudo, na opinião da Comissão, é mais provável que fosse o facto de beneficiarem de um desconto até 50 % ao

optarem por um contrato de longo prazo que tenha impelido os fornecedores de programas a fazer esta opção.

(29) Quanto à vertente comercialização, as partes alegaram que a conjugação das respectivas qualificações, recursos e experiências era necessária para promover a utilização do satélite Astra. A BT, dispondo de vários anos de experiência na comercialização e prestação de serviços de satélite a fornecedores de programas de televisão do Reino Unido, ficava incumbida de angariar clientes, enquanto as responsabilidades da SES na comercialização diziam respeito à promoção «retalhista», que incluía os fabricantes de equipamento e os telespectadores.

A Comissão não concorda que a SES não poderia só por si ter encontrado clientes no Reino Unido sem todos os esforços de comercialização envidados pela BT. O número total de fornecedores de programas de televisão interessados na televisão por satélite no Reino Unido era inferior a dez na altura em que foi concluído o acordo de empresa comum e não há qualquer razão aparente para que a equipa comercial da SES não pudesse abordar estes potenciais clientes. Na realidade, um fornecedor de programas declarou que o director comercial da SES já promovia activamente o satélite Astra vários anos antes do seu lançamento e antes do acordo de empresa comum. A SES argumentou que os seus contactos iniciais com clientes só se traduziram em contratos vinculativos com a assistência da BT. Dado que os clientes potenciais já estavam informados numa fase inicial de que deveriam negociar através da BT, muito antes de os primeiros contratos de clientes terem sido assinados, não é possível determinar retrospectivamente se os clientes consideravam que a participação da BT era indispensável nesta matéria. É necessário referir, contudo, que a SES vendeu os respondedores não abrangidos pelo acordo de empresa comum directamente a fornecedores de programas em vários países, sem necessidade de um acordo idêntico com a organização de telecomunicações local.

Finalmente, a participação da BT na «venda» de respondedores do satélite Astra facilitou de forma evidente a transferência dos clientes da BT nos satélites Eutelsat e Intelsat para o Astra, graças às disposições do acordo de empresa comum sobre «dupla iluminação» e à rescisão antecipada de contratos de clientes em vigor. Contudo, vários clientes observaram que estão convictos que a redução no preço do satélite que se poderia ter obtido na ausência de envolvimento da BT no satélite Astra teria amplamente compensado os custos suplementares em que teriam incorrido na ausência de «dupla iluminação» grátis.

(30) A comercialização «a retalho» que tem sido efectuada pela SES constitui o prosseguimento da actividade numa área em que, segundo as partes, «já tinha estado activa à escala pan-europeia, incluindo o Reino Unido», e que teria continuado em qualquer caso, inclusivamente na ausência dos acordos com a BT.

Conclusão

(31) Em virtude do que precede, a Comissão concluiu que, como os acordos entre a BT e a SES

— não introduziram quaisquer melhorias e benefícios no mercado em questão

e

— não eram indispensáveis para assegurar a penetração da SES no mercado de fornecimento de capacidade do segmento espacial,

os acordos notificados não eram susceptíveis de beneficiar de uma isenção.

Nestas circunstâncias, não é necessário examinar se estão preenchidas as outras condições enunciadas no nº 3 do artigo 85º

C. Artigo 3º do Regulamento nº 17

(32) Nos termos do artigo 3º do Regulamento nº 17, se a Comissão verificar a existência de uma infracção ao disposto no artigo 85º do Tratado CEE pode, através de decisão, obrigar as empresas em causa a pôr termo a essa infracção. Isto implica não só a cessação do acordo restritivo entre as partes mas também a eliminação dos efeitos restritivos existentes nos contratos concluídos com empresas terceiras ao abrigo do acordo restritivo acima referido.

No caso em apreço, após a audição das partes em conformidade com o disposto nos nºs 1 e 2 do artigo 19º do Regulamento nº 17, estas informaram a Comissão que tinham posto termo em 30 de Janeiro de 1991 ao acordo entre ambas para a criação de uma empresa comum, bem como aos vários acordos subordinados e cartas anexas; em virtude do disposto no acordo de cessação, os contratos com os clientes existentes permanecerão em vigor, sendo o aluguer de respondedor efectuado directamente entre a SES e a BT e não por intermédio

da empresa comum; após a cessação destes contratos, a BT deixará de ter quaisquer outros direitos relativamente aos respondedores em questão ou a quaisquer outros nos satélites Astra IA ou Astra IB.

(33) A cessação do acordo de empresa comum assegura a autonomia comercial das partes no futuro. No entanto, os contratos com clientes concluídos pela BT ao abrigo do acordo de empresa comum permanecem em vigor em conformidade com a cláusula 5 (1) i) do acordo de cessação celebrado entre as partes sem qualquer modificação.

Estes contratos mantêm os efeitos restritivos decorrentes do acordo de empresa comum porque os clientes que desejassem transmitir os seus programas por intermédio do satélite Astra IA não teriam a possibilidade de concluir contratos separados para, por um lado os serviços de ligação ascendente e por outro a utilização da capacidade de respondedor. Para além disso, as condições destes contratos de clientes foram determinadas pela BT e pela SES no contexto dos acordos de empresa comum, isto é em condições de concorrência distorcida. Isto não significa que os contratos com clientes sejam também abrangidos pelo nº 1 do artigo 85º apenas por estarem ligados ao acordo restritivo horizontal. Contudo, os efeitos restritivos que estes contratos perpetuam podem somente ser eliminados quando tiver sido dado aos clientes o direito de os reajustarem. Consequentemente, estes devem ter a opção de continuarem ligados aos contratos de clientes tal como assinados pela BT, de rescindirem esses contratos ou de renegociarem as suas condições. Para atingir este objectivo, no prazo de um mês a contar da data da notificação desta decisão à BT e à SES, estas informarão os fornecedores de programas que assinaram com a BT contratos de prestação de serviços internacionais de distribuição de televisão através do satélite Astra IA antes de 30 de Janeiro de 1991, que durante o período de quatro meses após terem sido informados do facto, podem, se assim o entenderem:

— renegociar as condições do contrato

ou

— denunciar o contrato, mediante um pré-aviso razoável.

Os clientes que escolherem renegociar ou denunciar devem em qualquer caso ter a certeza de que os serviços de ligação ascendente e a utilização da capacidade do respondedor, lhes continuarão a ser fornecidos sem interrupções durante o período de transição.

Os contratos com clientes que por opção destes continuem a vigorar nas condições iniciais apenas seriam restritivos da concorrência se conduzissem à exclusão dos fornecedores com ligação ascendente que não a BT. Contudo, tal exclusão não se afigura verosímil à luz das condições de mercado actuais, nomeadamente do grau de acessibilidade dos fornecedores de ligação ascendente do Reino Unido à capacidade do segmento espacial da Eutelsat e da Intelsat através do SAO, e de nova capacidade do segmento espacial adicional, como a do Astra IB, que entretanto ficou disponível. Caso venham a surgir novos elementos, poderão ser accionados processos independentes daqueles que levaram à presente decisão,

TOMOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1º

O acordo principal, de 17 de Dezembro de 1987, concluído entre a Société européenne des satellites SA e a British Telecommunications plc, bem como todas as cartas e acordos conexos relativos às disposições pelos quais ambas as partes cooperaram no fornecimento conjunto de um serviço de distribuição de televisão por satélite (denominados no seu conjunto «os acordos») constituíram uma infracção ao disposto no nº 1 do artigo 85º do Tratado CEE até 30 de Janeiro de 1991, data em que foi posto termo aos referidos acordos.

Artigo 2º

É recusada uma isenção nos termos do nº 3 do artigo 85º do Tratado CEE aos acordos referidos no artigo 1º pelo período em que estiveram em vigor.

Artigo 3º

No prazo de um mês a contar da data de notificação da presente decisão, a British Telecommunications plc e a Société européenne des satellites SA informarão por carta os fornecedores de programas televisivos, que celebraram com a BT contratos de prestação de serviços de teledistribuição, através do satélite Astra IA, antes de 30 de Janeiro de 1991, da decisão da Comissão e, nomeada-

mente, dos seus artigos 1º e 2º, e adverti-los-ão que durante um período de quatro meses após terem sido informados do facto podem, se assim o desejarem:

— renegociar as condições dos respectivos contratos

ou

— denunciar esses contratos mediante um pré-aviso razoável a dar à BT, que deve, por sua vez, informar sem tardar o SES de que tal pré-aviso foi dado.

Quando for enviada aos fornecedores de programas televisivos a carta prevista no presente artigo, deverá ser enviada simultaneamente cópia da mesma à Comissão.

Artigo 4º

São destinatárias da presente decisão:

a) British Telecommunications plc,
British Telecom Centre,
81 Newgate Street,
GB-Londres EC1A 7AJ;

b) Société européenne des satellites SA,
Château de Betzdorf,
L-6815 Luxemburgo.

Feito em Bruxelas, em 23 de Dezembro de 1992.

Pela Comissão

Leon BRITTAN

Vice-Presidente