

KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 23. december 1992

om en procedure i henhold til EØF-Traktatens artikel 85

(IV/32.745 — Astra)

(Kun den engelske og den franske udgave er autentiske)

(93/50/EØF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE
FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab,

under henvisning til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikler 85 og 86 ⁽¹⁾, senest ændret ved akten vedrørende Spaniens og Portugals tiltrædelse, særlig artikel 2,

under henvisning til den anmeldelse, som British Telecommunications plc (i det følgende benævnt »BT«), Société européenne des satellites SA (i det følgende benævnt »SES«) og BT Astra SA indgav den 3. juni 1988 i henhold til artikel 4 i forordning nr. 17, som vedrørte en række aftaler og hertil knyttede dokumenter om markedsføring og tilrådighedsstillelse af satellitbaseret tv-transmission, og som BT senere ændrede til også at omfatte begæring om negativattest,

under henvisning til Kommissionens beslutning af 3. april 1990 om at indlede en procedure,

efter at have givet de pågældende virksomheder lejlighed til at udtale sig vedrørende de af Kommissionen fremførte klagepunkter, jf. artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 samt Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 ⁽²⁾,

efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål, og

ud fra følgende betragtninger:

I. SAGSFREMSTILLING

- (1) Den 3. juni 1988 anmeldte BT, SES og BT Astra SA en række aftaler og hertil knyttede dokumenter om markedsføring og tilrådighedsstillelse af satellitbaseret tv-transmission til Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber; BT anførte i sit

svar på Kommissionens meddelelse af klagepunkter, at artikel 85, stk. 1, ikke finder anvendelse på aftalerne, og ved skrivelse af 5. december 1990 anmodede BT formelt om, at anmeldelsen blev betragtet som ændret i så henseende.

A. Parterne

- (2) SES er et luxembourgsk selskab, der blev oprettet i 1985 med henblik på drift af satellitter. Dets første satellit, Astra IA, der blev opsendt i december 1988, var den første satellit med mellemstor sendeeffekt, der ikke ejes af televirksomheder, som tilbyder internationale tv-tjenester i Europa. På anmeldelsestidspunktet havde SES stadig ikke nogen omsætning. Den kapital, der var nødvendig for at dække omkostningerne til købet af satellitten, til opsendelsen af den og andre udgifter såsom marketings- og forsikringsudgifter, blev dækket ved indskud fra ca. tyve aktionærer fra forskellige medlemsstater og andre samt statsgaranterede banklån.

I 1991 voksede SES's omsætning til 3 471 954 747 lfr. SES opsendte en anden satellit med mellemstor sendeeffekt, Astra IB, i februar 1991.

- (3) BT har en række datterselskaber, men ingen af disse selskaber er involveret i satellitsektoren. BT's samlede omsætning for det regnskabsår, der endte ultimo marts 1992, var på ca. 13 337 000 000 £.

BT er en koncessioneret operatør, der har ret til at udføre teleaktiviteter i Det Forenede Kongerige, hvilket omfatter uplinksignaler til satellitterne.

Ifølge betingelse 1.1 i BT's koncession, der er givet i henhold til § 7 i Telecommunications Act 1984, er der pålagt BT »universel levering af teletjenester« over for enhver person, der anmoder om sådanne tjenester; ifølge betingelse 5 skal BT endvidere tage alle nødvendige forholdsregler for at stille internationale forbindelser til rådighed for sine kunder, i det omfang det er nødvendigt for at tilfredsstille enhver rimelig efterspørgsel efter sådanne tjenester. Betingelse 53-5-b fastsætter undtagelser fra og begrænsninger i disse forpligtelser i visse tilfælde, bl.a. hvis efterspørgslen efter

⁽¹⁾ EFT nr. 13 af 21. 2. 1962, s. 204/62.

⁽²⁾ EFT nr. 127 af 20. 8. 1963, s. 2268/63.

sådanne tjenester i et bestemt område er eller sandsynligvis ser ud til at være utilstrækkelig til at dække omkostningerne ved at tilvejebringe de pågældende tjenester.

Tv-distribution via satellit

(4) Tv-kanaler transmitteres på forskellige måder, jordbaseret transmission, kabel-tv eller satellit-transmission. En kombination er også mulig, f.eks. via en satellit til et kabel-tv-selskab, som transmitterer til den endelige tv-seer. Transmission via satellit omfatter følgende trin:

1. Tv-programmer produceres af en »programleverandør«.
2. Signalerne transmitteres fra tv-studiet til en jordstation, hvorfra uplink-forbindelsen til satellitten finder sted; programleverandørerne må indgå kontrakter om sådanne uplink-tjenester med en koncessioneret operatør, der i de fleste EF-lande udelukkende er televirksomhederne.
3. På satellitten modtages og forstærkes signalerne ved hjælp af en »transponder« og retransmitteres derefter tilbage til jorden. Satellitterne har adskillige sådanne transpondere, og Astra I A-satellitten har således 16.
4. Når signalerne via »downlink«-forbindelsen kommer ned til jorden, fanges de af en parabolantenne; modtageren kan være
 - a) et kabel-tv-selskab, der derefter transmitterer signalet via kabel til tv-seerne
 - b) fællesantenne-systemer, der distribuerer til gæsterne i et hotel eller beboerne i lejlighedskomplekser, eller
 - c) tv-seere, der modtager signalerne direkte ved at placere antenner på taget; den sidste kategori benævnes DTH (direkte til hjemmet).

Antennens størrelse afhænger af den anvendte satellits styrke. Satellitter med lille sendeeffekt kræver meget store antenner, mere end halvanden meter i diameter, mens signalerne fra satellitter med mellemstor eller stor sendeeffekt kan fanges af meget mindre antenner, som kan placeres på taget.

Før så vidt angår det geografiske dækningsområde, eller satellittens »fodafttryk«, kan satellitter med lav eller mellemstor sendeeffekt dække hele Europa, mens satellitter med stor

sendeeffekt generelt kun anvendes til modtagelse i et enkelt land.

(5) Indtil opsendelsen af »Astra I A« blev alle satellitter i Europa drevet af televirksomheder, individuelt eller i fællesskab. De forskellige trin i transmissionen af tv-kanaler omfattes af enerettigheder, som er tildelt televirksomhederne ved internationale traktater og national lovgivning:

1. Uplink

Ifølge radioreglementerne inden for Den Internationale Telekommunikationsunion og de nationale telekommunikationslove i EF-landene er det kun »koncessionerede operatører«, som har lov til at sende signaler op til satellitterne. På tidspunktet for anmeldelsen var der i de fleste lande i Europa kun én koncessioneret operatør: televirksomheden. I Det Forenede Kongerige resulterede det duopol, der blev oprettet ved Telecommunications Act fra 1984, i to koncessionerede uplink-operatører, nemlig BT og Mercury Communications Ltd; syv andre koncessioner til at levere uplink-tjenester blev givet i 1988-89, og en typekoncession er siden da blevet indført. På det tidspunkt, da joint venture-aftalen blev indgået, var BT imidlertid den eneste koncessionerede operatør i Det Forenede Kongerige, som faktisk leverede uplink-tjenester til international tv-distribution. SES er ligeledes en koncessioneret uplink-operatør i Luxembourg.

2. Rumsegment (satellitter)

De geostationære satellitter til telekommunikationsformål er for hovedpartens vedkommende ejet og drevet af internationale organisationer såsom Intelsat (Den Internationale Telekommunikationssatellitorganisation), Eutelsat (Den Europæiske Telekommunikationssatellitorganisation), Inmarsat (Den Internationale Maritime Satellitorganisation) eller af nationale televirksomheder. Intelsat- og Eutelsat-konventionerne, der er underskrevet af bl.a. alle medlemsstaterne, begrænser andre personers adgang til at drive satellitter ved siden af Intelsat- og Eutelsat-satellitter, medmindre de har været igennem en godkendelses- eller »koordinations«-procedure. I anmeldelsen og de efterfølgende procedurer henviste parterne først og fremmest til Eutelsat-proceduren.

Eutelsat blev oprettet i 1982 ved en mellemstatslig konvention, der i øjeblikket er undertegnet af 32 europæiske regeringer (benævnt »parterne«). I tilknytning til konventionen er der en »driftsaftale«, der er undertegnet af televirksomhederne (benævnt »signatarer«) fra de

stater, der deltager i konventionen. Hvert medlemsland udpeger en »signatar«; i Det Forenede Kongerige er BT Eutelsat-signatøren.

Signatarerne finansierer Eutelsat-satellitterne i forhold til deres anvendelse af satellitterne, det vil med andre ord sige, at jo mere en televirksomhed anvender transponderkapacitet på en Eutelsat-satellit, desto større vil dens bidrag blive; signatarerne deler ligeledes indtægterne i samme forhold. På det tidspunkt, da joint venture-aftalen blev indgået, havde BT den største investeringsandel.

I begyndelsen drev Eutelsat fire telekommunikationssatellitter med lav sendeeffekt. Den første serie af Eutelsat II-satellitter med mellemstor sendeeffekt, der var af samme type som Astra (dvs. mulighed for at modtage med en antenne med diameter af 60-90 cm), blev opsendt i august 1990.

Når en part eller televirksomhed får kendskab til, at en enhed ønsker at anvende satellitter og/eller uplink- og downlinksatellitudstyr uafhængigt af Eutelsat inden for den pågældende parts jurisdiktion, skal denne part eller televirksomhed i henhold til Eutelsat-konventionen fremsende alle relevante oplysninger til Eutelsat. Eutelsat-myndighederne skal derefter afgøre, om driften af ikke-Eutelsat-satellitterne:

- vil være teknisk kompatibel med Eutelsat-satellitterne
- ikke vil påføre Eutelsat-systemet væsentlig økonomisk skade (*).

Med hensyn til Astra-satellitten fastslog Eutelsat-forsamlingen, at der ikke ville blive påført Eutelsat-systemet væsentlig økonomisk skade under forudsætning bl.a. af:

- at Astra kun ville blive anvendt til envejs-tv-transmission
- at der højst blev flyttet fire Eutelsat-kanaler fra Eutelsat-satellitterne til Astra.

(* Artikel XVI a) i Eutelsat-konventionen.

I 1992 vedtog Eutelsat's Assembly of Parties en resolution, ifølge hvilken kun de ikke-Eutelsat satellitsystemer, der leverer »reserverede tjenester«, vil være undergivet den fulde artikel XVI a) konsultationsprocedure.

SAO

Efter en gennemgang af BT's rolle som Eutelsat-signatar bebudede The Office of Telecommunications (»Ofotel«) i november 1989, at et Signatory Affairs Office (SAO) ville udføre BT's funktioner som signatar uafhængigt af BT's forretningsaktiviteter; dette betyder, at koncessionerede operatører i Det Forenede Kongerige nu har adgang til Eutelsat- (og Intelsat-) rumsegmentkapacitet på lige fod med BT.

3. Downlink

Lovgivningen i de fleste EF-lande kræver, at en satellitoperatør skal have tilladelse fra den lokale televirksomhed til at modtage downlink-signaler fra satellitterne på den pågældende televirksomheds område. For så vidt angik »Astra« krævede Eutelsat endvidere »koordination«, ikke blot med hensyn til uplink-forbindelsen til satellitten og driften af satellitten, men også med hensyn til downlink-forbindelsen til de forskellige landes parter i Eutelsat.

Joint venture-arrangementet

- (6) SES's Astra IA-satellit har i alt 16 transpondere, til hvilke der skulle findes kunder. Da tv-satellitmarkedet var karakteriseret ved en overvægt af engelsksprogede kanaler, konkluderede SES, at flertallet af de kanalleverandører, der (potentielt) var interesseret i transmission via Astra, ville være lokaliseret i Det Forenede Kongerige. Inden satellitten blev opsendt, blev der derfor truffet beslutning om at tildele mindst 9 og højst 11 af de 16 transpondere til et »joint venture«, der blev skabt af BT og SES, og hvis erklærede mål skulle være:

- at tilbyde operatører, der sender britiske tv-programmer, en pakketjeneste, der består i en BT uplink-forbindelse i Det Forenede Kongerige og transponderplads på SES's satellit
- at stimulere udviklingen af satellitmarkedet ved at:
 - a) tilskynde producenter af satellitantenner, der er egnede til såkaldte »direkte-til-hjemmet«-modtagelse (DTH), til at øge produktionen
 - b) tilskynde detailhandlere til at fremme salget af dette udstyr og

- c) tilskynde tv-seere til at købe disse antenner, således at de kan modtage Astras signaler direkte på deres hustag.

(7) Følgende aftaler og andre dokumenter blev undersøgt under anmeldelsesproceduren:

- »hovedaftalen« eller joint venture-aftalen af 17. december 1987 mellem SES og BT, i hvilken de aftalte at oprette 50 %-50 % joint venture-selskabet BT Astra SA, og ved hvilken SES forpligtede sig til at leje transpondere til joint venture-selskabet med henblik på videretilrådgivningsstillelse via en »koncessioneret operatør i Det Forenede Kongerige« (altså ikke nødvendigvis BT) til endelige kunder i form af en standardkontrakt, der også omfattede uplink-forbindelsen
- fire tillægsgodkendelser dateret den 17. december 1987 vedrørende
 - BT's tildeling af optioner med hensyn til transpondere på Astra-satellitten
 - SES's forpligtelse i relation til § 6, stk. 4, i aftalen, der går ud på, at SES ikke må forårsage omlægning af satellitaktiviteter væk fra Det Forenede Kongerige
 - oprettelse af en fælles markedsføringsvirksomhed (Satellite Promotions SA)
 - SES's koncession fra de luxembourgske myndigheder vedrørende anvendelsen af Astra-satellitten
- joint venture-markedsføringsplanen mellem BT og SES, som fordeler markedsføringsaktiviteterne mellem parterne: BT skulle koncentrere sig om »facilities marketing«, dvs. at finde kunder til tjenesten, og SES skulle koncentrere sig om »retail marketing«, dvs. modtageudstyrsindustrien og de endelige brugere
- de vigtigste tjenesteydelsesaftaler og separate tjenesteydelsesaftaler, som ligeledes vedrører markedsføringsaktiviteterne
- aftalerne mellem BT og tv-programleverandørerne. Disse aftaler er ikke ens. De fleste gælder for en periode af ti år, hvor kunden

skal betale en samlet sum på forhånd for hele perioden, der dækker både uplink- og transponderleje; prisen falder i forhold til antallet af lejede transpondere. En aftale gælder for tre år med mulighed for forlængelse til ti år; i de første tre år betaler kunden månedligt, og derefter betales en samlet sum. Kun i en af aftalerne skelnes der mellem beløbene for henholdsvis uplink- og transponderleje.

Joint venture-arrangementerne skulle fortsætte, så længe Astra-satellitten ville forblive teknisk »levedygtig«, dvs. normalt ti år.

(8) Følgende bestemmelser var af relevans for Kommissionens undersøgelse:

1. § 3. De transpondere, der var omfattet af joint venture-aftalen mellem SES og BT, blev lejet til BT Astra SA, som igen ville leje dem til en »koncessioneret operatør i Det Forenede Kongerige«. I henhold til et tillægsgodkendelse af 17. december 1987 var SES indforstået med, at joint venture-selskabet skulle give BT mulighed for at råde over 9 transpondere, og at de skulle tages i brug inden for en bestemt periode. BT ville til gengæld til programleverandører tilbyde en enkelt kontrakt, der både omfattede BT's uplink-forbindelse og en plads på Astra-satellitten.
2. § 5 omhandlede BT's rettigheder og forpligtelser, »når BT er den koncessionerede operatør i Det Forenede Kongerige«. Stk. 1 fastsætte, at selv om BT havde ret til at fastsætte den komponent for uplink-tjenesten, der skulle indgå i kundens samlede pris, ville BT konsultere SES, når BT fastsatte denne pris.
3. § 6 omhandlede SES's rettigheder og forpligtelser. § 6, stk. 1, bestemte, at selv om SES havde ret til at fastsætte den pris, der skulle gælde for kunder i Det Forenede Kongerige for benyttelse af transponder-plads på Astra-satellitten, skulle SES konsultere BT ved fastsættelsen af denne pris, også selv om BT ikke var den »koncessionerede operatør«.
4. § 5, stk. 2, forpligtede BT til at give Astra-satellitten en fortrinnsstilling i markedsføringen af tv-tjenester og til at afstå fra at skade Astra

- i sin prisfastsættelse og markedsføring, f.eks. ved at de kunder, der benytter den nye type Eutelsat II-satellitter med mellemstor sendeeffekt (endnu ikke opsendt på tidspunktet for joint venture-projektet), skulle betale en lavere pris eller lavere uplink-afgifter end de kunder, der anvender Astra.
5. § 6, stk. 5, forpligtede tilsvarende SES til mest muligt at arbejde for at sikre anvendelse af BT's uplink-tjenester til transponderne, hvilket var i overensstemmelse med tillægsdokumentet af 17. december 1987, hvorefter SES gav BT optioner med hensyn til 9 transpondere.
 6. § 6, stk. 4, forpligtede SES til at afstå fra at benytte uplink-forbindelser uden for Det Forenede Kongerige, når der er tale om programmer fra Det Forenede Kongerige, dvs. programmer, der fysisk i alt væsentligt er produceret i et studie i Det Forenede Kongerige. I henhold til tillægsdokumentet af 17. december 1987 med hensyn til § 6, stk. 4, skulle SES ligeledes afstå fra at tilskynde programleverandører til at producere deres engelsksprogede programmer i studier uden for Det Forenede Kongerige. SES var specielt forpligtet til ikke at tilskynde programleverandører til at benytte studier i Luxembourg og uplink-forbindelser fra Luxembourg ved at yde forretningsmæssige præferencevilkår »det være sig for satellitkapacitet eller for uplink-tjenester« (SES har koncession på at levere uplink-tjenester i Luxembourg).
 7. § 5, stk. 3, § 6, stk. 2, og § 7 indeholdt bestemmelser, der tog sigte på at lette overførsel til Astra-satellitten af kunder, der hidtil havde benyttet andre satellittjenester. I denne sammenhæng kunne BT yde sine bestående kunder (der transmitterer via Intelsat I- eller Eutelsat I-satellitter) en »double-illumination«-facilitet, dvs. samtidig transmission til begge satellitter. Da kunderne ville tøve med at benytte denne facilitet, hvis det indebar, at de skulle betale for to fulde lejeaftaler, fastsatte disse arrangementer, at BT og SES skulle bære en del af omkostningerne. Desuden forpligtede BT sig til på visse betingelser at lette mulighederne for, at kunderne kunne opsig bestående kontrakter før tiden.
 8. Selv om SES kontraktligt var frit stillet med hensyn til at markedsføre de transpondere, der ikke faldt ind under joint venture-arrangementerne, var SES's frihed begrænset af § 6, stk. 4, der bestemte, at alle programmer fra Det Forenede Kongerige (dvs. produceret i studier i Det Forenede Kongerige), der opsendes til Astra-satellitten, skulle markedsføres gennem joint venture-selskabet, og også begrænset af § 6, stk. 5, der fastsatte, at når en kunde planlagde at benytte en uplink-forbindelse fra Det Forenede Kongerige, kunne de vilkår, der blev tilbudt denne tredjepart, ikke være gunstigere end de vilkår, der blev tilbudt joint venture-selskabet. SES ville endvidere arbejde for at sikre, at den tjeneste, som BT Astra SA tilbød i Det Forenede Kongerige, ikke var »gensidigt uoverensstemmende« med den tjeneste, som SES tilbød i andre lande.
 9. § 6, stk. 6, fastsatte, at medmindre andet blev aftalt mellem BT og SES, ville SES ikke benytte transpondere på andre satellitter end Astra I A til programmer, der var produceret i eller opsendt fra Det Forenede Kongerige, når de transpondere, der omfattes af denne aftale, var ledige.
 10. I henhold til § 9 i joint venture-aftalen og vilkårene i kundekontakterne betalte kanalleverandøren BT en samlet sum til dækning af uplink-tjenesten og transponderlejen. BT videregav sidstnævnte beløb i sin helhed til BT Astra SA, der igen videregav 90 % til SES; 10 % blev tilbageført til BT som »serviceomkostninger til BT«. BT modtog med andre ord for sin deltagelse i joint venture-arrangementet:
 - uplink-afgift
 - 10 % i serviceomkostninger i forbindelse med transponder-lejen.
 - § 9 omhandlede også en »Eutelsat-betaling«, som SES skal foretage til Eutelsat pr. transponder; som svar på en anmodning fra Kommissionen om oplysninger erklærede Eutelsats generaldirektør, at »der overhovedet ikke foretages betalinger til Eutelsat eller er tale om betalingsarrangementer i form af naturalier eller kontanter eller om nogen

udveksling eller transaktion af nogen art, som indebærer værdier, for så vidt angår forholdet mellem Eutelsat og SES eller enhver anden part, som kunne anses for at være relevant i forbindelse med benyttelsen af GDL (Astra)-satellitten. Vi har ikke set og er ikke bekendt med indholdet af joint venture-aftalen af 17. december 1987, som omtales i Deres skrivelse».

Da joint venture-aftalen ikke gav nogen absolut eneret til BT, kunne enhver anden »koncessioneret operatør i Det Forenede Kongerige« teoretisk have lejet transponderkapacitet fra BT Astra og indgå kundekontrakter vedrørende uplink- og transponderplads med programleverandørerne. I dette tilfælde ville de 10 % »serviceomkostninger til BT« imidlertid fortsat blive betalt af BT Astra SA til BT; den »koncessionerede operatør«, der faktisk udfører den koordinerende funktion, ville kun modtage afgifterne for sine uplink-aktiviteter, mens BT fortsat ville modtage 10 % for en operation, i hvilken den ikke spillede en synlig rolle, bortset fra at være partener af joint venture-selskabet.

Ophævelse af joint-aftalen

- (9) Den 3. april 1990 indledte Kommissionen proceduren efter forordning nr. 17, da den var kommet til den foreløbige konklusion, at de anmeldte aftaler omfattes af EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, og ikke kunne indrømmes fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3. Parterne fremsatte derefter et forslag, hvorefter joint venture-aftalen og de tilknyttede tillægskrav og serviceaftaler skulle ophæves, mens kundeaftalerne, der var indgået under joint venture-aftalerne, fortsat skulle gælde i henhold til et nyt aftalegrundlag, der resulterede i direkte transponderleje fra SES til BT i stedet for via joint venture-selskabet. Da det forhold, at joint venture-selskabet blev fjernet som et led i »transponderlejekæden«, faktisk ikke ændrede status quo, sendte Kommissionen den 26. juli 1990 en meddelelse af klagepunkter til parterne, som fremsatte deres synspunkter skriftligt og mundtligt på en høring, der blev afholdt til dette formål den 13. og 14. november 1990.
- (10) Den 30. januar 1991 undertegnede parterne en aftale, der bragte deres joint venture-arrange-

menter til ophør på den betingelser, som er indeholdt i det under nr. 9 nævnte forslag.

II. RETLIG VURDERING

A. Artikel 85, stk. 1

- (11) Aftalerne mellem parterne begrænsede både konkurrencen på markedet for tilrådighedsstillelse af satellittransponderkapacitet til transmission af tv-kanaler og på markedet for uplink-tjenester. Virkningerne af samarbejdet mellem parterne mærkedes både i Det Forenede Kongerige og andre steder i EF.
1. *Restriktioner på markedet for rumsegmentkapacitet*
- (12) SES og BT er direkte konkurrenter på markedet for tilrådighedsstillelse af rumsegmentkapacitet til transmission af tv-kanaler.
- (13) Som ejer af Astra I A-satellitten kunne SES tilbyde 16 transpondere til programleverandører, som søger satellittransmission.
- (14) BT har siden 1983 tilbudt rumsegmentkapacitet på Eutelsat- (og Intelsat-)satellitter til programleverandører. I henhold til artikel 16 i Eutelsat-driftsaftalen skal alle ansøgninger om tildeling af rumsegmentkapacitet i Eutelsat passere gennem signatarerne, hvilket i Det Forenede Kongerige vil sige BT. BT stod for den endelige tilrådighedsstillelse af transpondere og indgik kundekontrakterne, idet direkte kontakter mellem kunderne og Eutelsat var udelukket i henhold til driftsaftalen. Selv om den endelige tildeling af rumsegmentkapacitet ikke afgøres af den enkelte signatar, men af signatarrådet (Board of Signatories), var BT, da joint venture-selskabet blev oprettet, den signatar, der havde den største investeringsandel. Ifølge anmeldelsen stillede BT flere satellitbaserede tv-distributionstjenester til rådighed end nogen anden europæisk telekommunikationsorganisation; den kendsgerning, at BT faktisk ikke ejede den rumsegmentkapacitet, der blev tilbudt kunderne, betyder ikke, som den har anført, at den ikke konkurrerede med SES, set i sammenhæng med Eutelsat-aftalerne.

Det skal anføres for fuldstændighedens skyld, at Eutelsat-forsamlingen anførte som en betingelse for Astra's koordination, at »der er en øget fælles indsats og aggressivitet fra signatarernes side ... i bestræbelserne på at finde nye forretninger ... med henblik på navnlig at opveje det indtægtstab, der skyldes idriftsættelsen af GDL (Astra)-satellitten«. BT skulle som signatar for Det Forenede Kongerige forlige denne rolle med dens forpligtelse i henhold til aftalen med SES, som gik ud på at give Astra-satellitten »fortrinsstilling«.

- (15) BT har endvidere anført, at BT og SES ikke kunne betragtes som konkurrenter, fordi BT i 1986-1987 ikke kunne tilbyde kunderne kapacitet med mellemstor sendestyrke, men kun Intelsat- og Eutelsat-kapacitet med lav sendestyrke; det var først i midten af 1990, at den første type Eutelsat II-satellit med mellemstor sendestyrke blev opsendt. Dette argument må forkastes, fordi det forudsætter, at der er klart adskilte markeder for kapacitet med lav sendeeffekt og mellemstor sendeeffekt. Satellitter med lav sendeeffekt og mellemstor sendeeffekt giver faktisk kunderne de samme muligheder, for så vidt angår geografisk dækning og transmission til kabelmodtagestationer; satellitter med mellemstor sendeeffekt giver blot mulighed for DTH-modtagelse ved hjælp af forholdsvis små antenner. DTH-transmission og kabeltransmission kan imidlertid finde sted samtidig. I lande med højt udviklede kabelsystemer, hvor der således ikke er behov for individuel modtagelse, ved kabelabonnenterne ikke, om de programmer, der modtages, transmitteres via satellitter med lav eller mellemstor sendeeffekt — eller faktisk på andre måder.

De nyeste statistikker⁽¹⁾ viser, at 73 % af alle de europæiske hjem, der modtager Astra-kanaler, gør dette via kabel (og fællesantennesystemer), og i lande med et stærkt udbygget kabelsystem, såsom Belgien og Nederlandene, ligger denne procentandel tæt på 100 %.

BT anførte selv i sit svar på meddelelsen af klagepunkter: »det er klart, at satellitter med mellemstor sendestyrke konkurrerede med satellitter med lav sendestyrke« og henviste i denne sammenhæng til Eutelsat-koordinationsproceduren, der sigter på at bestemme konkurrencevirkningen af kapaciteten med mellemstor sendestyrke på kapaciteten med lav sendestyrke.

- (16) Ifølge joint venture-aftalen — særlig § 6, stk. 4, hvorefter alle programkanaler fra Det Forenede

Kongerige, som sendes op til Astra-satellitten, skulle markedsføres gennem joint venture-selskabet — accepterede SES ikke selvstændigt at trænge ind på det pågældende marked, men kun i samarbejde med en direkte konkurrent, nemlig BT. Den konkurrencebegrænsning, der følger af § 6, stk. 4, blev yderligere forstærket af særlige bestemmelser i hovedaftalen mellem parterne, som også udgjorde konkurrencebegrænsning efter artikel 85, stk. 1, nemlig:

— § 6, stk. 1, som forpligtede SES til at konsultere BT i forbindelse med fastsættelse af priserne over for kunder i Det Forenede Kongerige for anvendelse af transponderplads på Astra-satellitten

— § 5, stk. 2, som forpligtede BT til ikke at yde gunstigere vilkår for anvendelse af andre tv-satellitter end for Astra.

Ved hjælp af disse to bestemmelser kunne betingelserne for anvendelse af transponderkapacitet på Astra og alle satellitter, hvor BT lejede kapacitet, samordnes: § 6, stk. 1, bevirkede en sådan samordning med hensyn til anden eksisterende satellitkapacitet og § 5, stk. 2, for fremtidig satellitkapacitet. Selv om § 5, stk. 2, henviste til Eutelsat II-satellitterne, var dette kun gjort som eksempel, og BT's forpligtelse til ikke at diskriminere over for Astra-satellitten i sin prispolitik eller andre politikker omfattede også alle »andre satellitter til tv-tjenester«. Disse aftaler indebar en generel og vidtrækkende priskoordinering mellem de to parter og afskar kunderne fra en ny alternativ mulighed for transponderkapacitet i Det Forenede Kongerige.

Betydningen af denne samordning blev forstærket derved, at BT ved siden af sin rolle i Eutelsat også i sig selv var en direkte potentiel konkurrent til SES: i betragtning af BT's finansielle position såvel som dens tekniske og kommercielle knowhow i satellitsektoren ville BT ikke støde på hindringer for selvstændigt at gå ind på markedet for drift af satellitter; det forhold, at BT hidtil ikke har villet gøre dette, viste ifølge BT, at den ikke var en ny potentiel markedsdeltager, men dette er en ren

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

subjektiv betragtning, som ikke kan indgå med nogen vægt i vurderingen af den potentielle konkurrence.

Restriktionerne vedrørende udbuddet af transponderkapacitet havde endvidere betydning

1. ud over de transpondere, der var omfattet af aftalen mellem BT og SES
2. uden for Det Forenede Kongerige, og
3. ud over selve Astra-satellitten:

ad 1. og 2.: § 6, stk. 4, fastsatte, at alle programmer fra Det Forenede Kongerige skulle markedsføres gennem joint venture-projektet med BT, og at SES ikke ville benytte uplink-forbindelser uden for Det Forenede Kongerige for så vidt angik programmer produceret i Det Forenede Kongerige.

Som præciseret i et af tillægsdokumenterne skulle SES også afstå fra at tilskynde programleverandører til at producere deres engelsksprogede programmer i studier uden for Det Forenede Kongerige. Selv om kunderne gjorde dette, ville § 6, stk. 5 — der fastsatte, at kunder, der sendte uplink-forbindelser fra Det Forenede Kongerige uden for joint venture-selskabets regi, ikke kunne få gunstigere vilkår end joint venture-selskabets kunder — sikre, at der ikke ville være nogen fordel ved at gå uden om joint venture-selskabet.

ad 3.: § 6, stk. 6, som forpligtede SES til ikke at anvende transpondere på andre satellitter end Astra I A-satellitten i forbindelse med programmer produceret i eller opsendt fra Det Forenede Kongerige, hvis nogen af de transpondere, der var omfattet af joint venture-aftalen, var ledige.

2. Restriktioner på uplink-markedet

- (17) Programleverandører i Det Forenede Kongerige, der ønskede at leje transponderkapacitet på Astra-satellitten, skulle gøre det via joint venture-selskabet. Selv om en anden koncessioneret operatør end BT teoretisk kunne have været benyttet, ville SES's forpligtelse til at sikre anvendelse af BT's uplink til transponderne (§ 6, stk. 5) samt det forhold, at »serviceomkostningerne til

BT« på 10 % ville gå til BT uden hensyn til den »koncessionerede operatør«, som BT Astra SA i sidste instans lejede transponderen til med henblik på videre tilrådighedsstillelse til kunder, betyde, at kontraktpartneren, som programleverandørerne stod over for for at få adgang til »Astra«, i realiteten var BT. Ifølge § 3, stk. 1, omfattede den tjeneste, som den »koncessionerede operatør« tilbød kunderne, transponderen/transponderne og uplink-forbindelsen. Da der var gunstigere vilkår for langsigtede lejemaal, indgik de fleste kunder (dvs. 8 ud af 9 transpondere, som var udlejet pr. 1. december 1989) tiårige kundekontrakter med BT. Aftalerne indebar følgende begrænsninger:

Begrænsninger mellem parterne

- konkurrence om uplink-tjenester mellem parterne: BT og SES er direkte konkurrenter på uplink-markedet, da begge har koncession på levering af uplink-tjenester. Deres koncessioner vedrørte kun deres respektive nationale territorier, men programleverandørerne er ikke bundet af nationale grænser og kan enten transmittere deres programmer på konventionelle eller andre måder til et andet territorium med henblik på uplink eller etablere studier på det sted, hvor betingelserne er mest fordelagtige. Ved den mundtlige høring bekræftede SES, at fire tyske tv-programmer blev sendt op til andre satellitter end Astra i Tyskland, sendt ned i Luxembourg og derefter sendt op igen af SES til Astra I A-satellitten. RTL-4, tidligere RTL-Véronique, som først og fremmest tager sigte på et nederlandsktalende publikum, oprettede et studie i Luxembourg, for at SES direkte kunne sende op til Astra I A.

Forskellige bestemmelser i hovedaftalen mellem BT og SES udelukkede imidlertid enhver reel konkurrence mellem dem for så vidt angår uplink-tjenesten: § 5, stk. 1, forpligtede BT til at konsultere SES ved prisfastsættelsen for uplink-komponenten, § 5, stk. 2, forpligtede BT til ikke at fastsætte lavere uplinkafgifter for

uplink-tjenester til andre satellitter, f.eks. Eutelsat II-satellitterne, og § 6, stk. 4 og stk. 5, tog sigte på at hindre SES i at tilskynde programleverandørerne til at anvende SES's uplink-faciliteter i Luxembourg ved ydelse af forretningsmæssigt fordelagtige vilkår, både for satellitkapacitet og for uplink-tjenester.

Begge parter har anført, at disse bestemmelser ikke havde nogen praktiske virkninger, da programleverandører i Det Forenede Kongerige slet ikke ville have været interesseret i uplink gennem SES i Luxembourg, hverken efter transmission fra Det Forenede Kongerige eller direkte i tilfælde af relokalisering af tv-studier. Grænseoverskridende bevægelser på uplink-markedet er imidlertid mulige, hvilket illustreres af ovennævnte tyske og nederlandske tv-kanaler. Joint venture-bestemmelserne og særlig tillægsdokumentet til § 6, stk. 4, tog lige præcis sigte på at undgå denne type bevægelse og kan ikke, som parterne fremfører, have været uden praktisk betydning. BT bekræftede faktisk senere, at restriktionerne på SES med hensyn til SES's uplink-aktiviteter i Luxembourg blev indføjet, fordi »der var bekymring for, at der kunne blive tale om dumpingpriser for uplink-forbindelser, hvilket ville medføre en fordrejning i forhold til, hvad et økonomisk rationelt tv-selskab ville træffe af beslutninger ... Det kunne have været i Luxembourgs interesse at fastsætte prisen på denne uplink-kapacitet på et urealistisk lavt niveau, i betragtning af at hovedparten af kunderne befandt sig langt væk.«

Begrænsninger i forhold til tredjemand

— udelukkelse af andre (potentielle) uplink-leverandører: det forhold, at de fleste programleverandører, som undertegnede BT-kundekontrakterne inden for rammerne af joint venture-projektet, var bundet til BT med hensyn til uplink-tjenesterne i ti år, udgør en tiårig udelukkelse af andre koncessionerede operatører i Det Forenede Kongerige fra at levere uplink-tjeneste til Astra-satellitten, der i tre år efter aftalernes indgåelse var den eneste europæiske satellit med mellemstor sendestyrke. Endvidere kunne SES i henhold til § 6, stk. 6, ikke bruge transpondere på andre satellitter (f.eks. Astra I B) for programmerne, der hidrørte fra eller sendtes op fra Det Forenede Kongerige, så længe nogen af de af joint-ventureaftalen omfattede transpondere stod til

rådighed. Indtil de under nr. 5.2. anførte SAO-arrangementer, blev indført, havde andre uplink-leverandører endvidere ikke adgang til rumsegment-kapacitet i Eutelsat eller Intelsat.

— begrænsning i kundernes valgmuligheder: kunder i Det Forenede Kongerige, der var interesseret i rundspredning via Astra, var tvunget til at acceptere BT's uplink-tjeneste, mens de kunne have fundet eller kunne finde gunstigere vilkår andre steder.

Bindingen mellem BT's uplink-tjeneste og satellitkapaciteten på Astra blev forværret af, at de fleste kunder ifølge deres kontrakter var forpligtet til at betale en samlet sum, der dækkede begge elementer i kontrakten; da kunderne ikke kendte prisen på uplink-forbindelsen, henholdsvis transponderkapaciteten, var de således ikke i stand til at forhandle de betingelser, der blev pålagt dem.

3. *Vurdering af virkningerne på samhandelen mellem medlemsstater*

- (18) Af ovenstående grunde resulterede aftalerne i alvorlige konkurrencebegrænsninger, som var betydelige i betragtning af de berørte parter størrelse, herunder kunderne. Alene i kraft af den pågældende tjenestes karakter, men også under hensyntagen til de bestemmelser, der direkte sigtede på at hæmme eller forhindre grænseoverskridende aktiviteter på såvel transpondermarkedet som uplink-markedet, påvirkedes handelen mellem medlemsstaterne, og artikel 85, stk. 1, i EØF-Traktaten finder derfor anvendelse.

B. Artikel 85, stk. 3

- (19) For at Kommissionen kan erklære bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, uanvendelige i henhold til artikel 85, stk. 3, skal alle de krav, der er nævnt i artikel 85, stk. 3, være opfyldt. For det første skal den konkurrencebegrænsende aftale resultere i en række fordele med hensyn til at forbedre produktionen eller distributionen eller fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, som opvejer de negative konkurrencevirkninger.

Parterne har fremført som et generelt argument, at eventuelle konkurrencebegrænsninger som følge af samarbejdet opvejedes af de fordele, der ville følge i form af økonomisk udvikling inden for levering af tv-satellittjenester og forbedret distribution

heraf. Det må indrømmes, at Astra bidrog til at øge konkurrencen på markedet for tv-transmission via satellit i kraft af, at den var den første privatejede tv-satellit, der konkurrerer med Intelsat- og Eutelsat-satellitter, og desuden er den første satellit med mellemstor sendestyrke. Efter Kommissionens opfattelse var disse fordele imidlertid et resultat af Astra-satellitens eksistens som sådan og ikke af aftalerne mellem BT og SES om markedsføring og drift af satellitten. Spørgsmålet er derfor, om SES kunne være kommet ind på markedet med Astra I A-satellitten uden aftalerne med BT, eller om det forholder sig som anført af parterne, at disse aftaler var nødvendige for at give en ny konkurrent til de bestående Eutelsat- og Intelsat-systemer mulighed for at etablere sig med held.

(20) Parterne anførte ikke, at SES havde behov for at samarbejde med BT for at overvinde de første hindringer, som en ny markedsdeltager står over for inden for denne sektor, nemlig de store omkostninger i forbindelse med køb af selve satellitten og omkostningerne ved at opsende den. SES var selv i stand til at bære disse omkostninger og har faktisk erklæret, at den ikke nærede ønsker om at komme ind på markedet for tv-satellitstransmission med andre. Dette markeds særlige beskaffenhed frembød imidlertid sådanne hindringer for at trænge ind, at SES konkluderede, at de kun kunne overvindes gennem aftaler med BT.

(21) Parterne har specielt fremført, at SES »ikke havde noget alternativ« til at indgå en joint venture-aftale med BT, hvis SES skulle udnytte efterspørgselen i Det Forenede Kongerige, fordi:

— BT's position som Det Forenede Kongeriges Eutelsat-signatar i sidste instans gjorde det muligt for SES at opnå Eutelsat-godkendelse til at drive satellitten; Eutelsat kræver to signatarer for at indlede koordinationsproceduren, således at SES havde brug for en anden signatar ved siden af det luxembourgske PTT, som støttede det Luxembourg-baserede selskab. På baggrund af betragtningerne om engelsksprogede programmer (jf. nr. 6) og BT's åbenbare interesse i at yde uplink-tjenester, valgtes BT.

— BT på tidspunktet for aftalernes indgåelse, var den eneste effektive uplink-leverandør i Det Forenede Kongerige, der sikrede potentielle kunder, at der ikke ville blive problemer med at få den nødvendige uplink til Astra-satellitten.

Selv om disse betragtninger meget vel dengang kan have været en begrundelse for SES's synspunkt, udgør de ikke en gyldig objektiv begrundelse for de konkurrencebegrænsende aftaler mellem parterne.

(22) Parterne har anført, at SES stillede krav om støtte fra to signatarer for at kunne gennemføre Eutelsat-koordinationsproceduren med held, selv om der ikke findes bestemmelser herom i Eutelsat-konventionen. Det har også været fastslået, at BT, mere end et år før hovedaftalen blev indgået, tilbød at bidrage til at gøre SES's planlagte Astra-satellitsystem til en kommerciel succes, bl.a. ved at optræde som den krævede anden signatar. BT erklærede klart, at denne bistand ville blive ydet inden for rammerne af en aftale mellem BT og SES. Det er derfor forståeligt, at SES, som den har anført i svaret på Kommissionens meddelelse af klagepunkter, ikke forventede, at BT ville optræde som signatar uden en eller anden form for kompensation.

Der var imidlertid ingen objektive grunde til at SES blev påtvunget et partnerskab som kompensation for BT's bistand i koordinationsproceduren. Artikel XVI i Eutelsat-konventionen siger blot, at en signatar, der på sit territorium får kendskab til personer, der agter at anvende rumsegmentudstyr, der ikke tilhører Eutelsat, skal fremlægge alle relevante oplysninger, således at parterne kan fastslå, om der eventuelt vil blive påført Eutelsat en økonomisk skade af nogen betydning. Denne bestemmelse kræver ikke på nogen måde, at den signatar, der er involveret i koordinationsproceduren, skal indgå nogen form for samarbejdsaftale med de nye markedsdeltagere, og der er heller ikke nogen anden bestemmelse i konventionen eller driftsaftalen, som fastsætter dette. Som nævnt under nr. 8.10. erklærede generaldirektøren for Eutelsat faktisk, at han ikke havde kendskab til

aftalerne mellem BT og SES. Med andre ord, da BT fik kendskab til kundeinteressen for Astra-satellitten i Det Forenede Kongerige, var dette forhold alene tilstrækkeligt til, at BT skulle søge koordination i henhold til artikel XVI; BT har fremlagt korrespondance med programleverandører, der er dateret lang tid før indgåelsen af aftalen med SES, og i hvilken der klart blev givet udtryk for en sådan interesse. I en skrivelse af 9. oktober 1986 underrettede en programleverandør »formelt« BT, som underskriver for Det Forenede Kongerige af Eutelsat om sin »meget reelle interesse i at benytte Astra« og udtrykte bekymring over, at BT ikke havde nævnt denne interesse på et tidligere Eutelsat-møde.

SES har bemærket, at BT ifølge Oftel-erklæringen om oprettelsen af SAO (se nr. 5.2.) er berettiget til en afgift svarende til 7 % af rumsegment-omkostningen til dækning af sine omkostninger i forbindelse med ydelse af tjenester i egenskab af signatar; SES sammenlignede denne afgift med 10 %-serviceomkostningen til BT i henhold til de anmeldte aftaler. Det er imidlertid ikke relevant at henvise til Oftel-erklæringen i denne sammenhæng, da den refererer til situationer, hvor BT handler som mellemmand for ansøgere, der søger rumsegmentkapacitet på Eutelsat- (og Intelsat-) satellitterne, og omfatter en langt bredere vifte af signatar-aktiviteter end BT's medvirken i koordinationsproceduren alene. Aftalerne mellem BT og SES gik desuden langt videre end den blotte betaling af BT-serviceomkostningen og resulterede i de alvorlige konkurrencebegrænsninger, der er omhandlet under nr. 12 ff.

En aftale, der er indgået med det formål at lette eller være i overensstemmelse med en procedure, ifølge hvilken nye konkurrenters adgang til markedet beror på godkendelse fra allerede etablerede konkurrenter, kan under alle omstændigheder ikke opnå fritagelse efter artikel 85, stk. 3, idet kravene heri vedrører objektive fordele såsom forbedring af produktion, fordeling eller teknisk og økonomisk udvikling.

- (23) Kommissionen kan ikke acceptere, at aftalerne mellem BT og SES var nødvendige for at sikre, at programleverandørerne i Det Forenede Kongerige fik de nødvendige uplink-tjenester stillet til rådighed gennem BT, der på dette tidspunkt var den eneste faktiske leverandør af sådanne satellitbaserede tv-distributionstjenester i Det Forenede Kongerige.

Efter Kommissionens opfattelse var BT forpligtet til — både i henhold til betingelse 1 og 5 i den

koncession på grundlag af Telecommunications Act 1984 og i henhold til bestemmelserne i EF-lovgivningen, særlig artikel 86 — at levere uplink-tjenester uden at kræve at deltage i SES's transponderlejemål, hvorved den inkasserede en 10 %-serviceafgift, der skal fratrækkes SES's indtægter for udleje af satellitkapacitet.

Som svar på Kommissionens meddelelse af klagepunkter anførte SES, at det på det tidspunkt, da aftalerne blev indgået, »langt fra var klart«, om den kunne regne med, at BT i medfør af sin koncession havde en forpligtelse til at yde uplink-tjenester. SES bemærkede, at Oftel's afgørelse i PanAmSat-sagen — hvor det blev fastslået, at BT's forpligtelser opstår, så snart den modtager en anmodning fra en person i Det Forenede Kongerige om en given tjeneste under forudsætning af, at kunden er villig til at betale en rimelig pris — blev først udsendt i marts 1988. SES anførte endvidere, at selv om Oftel's stillingtagen til dette spørgsmål havde været klar i perioden forud for indgåelsen af joint venture-aftalen i december 1987, ville BT sandsynligvis ikke have været forpligtet til at bygge en jordstation, medmindre kunderne allerede havde indgået kontrakter om levering af tjenesten.

SES' argumenter kan ikke accepteres. For det første kan det anføres, at hvis BT's forpligtelser i henhold til dens koncession ikke var klare på det tidspunkt, da SES havde behov for at forsikre kunderne om, at uplink til Astra-satellitten ville blive stillet til rådighed, var det bestemt ikke ved at indgå konkurrencebegrænsende aftaler med BT, at situationen ville blive afklaret. PanAmSat, der faktisk havde problemer med at få uplink-tjenester fra BT, indgik ikke et joint venture-projekt med sidstnævnte, men gjorde indsigelse over for Oftel. SES gik imidlertid ikke videre med sagen. Længe før aftalerne mellem parterne blev indgået, tog BT kontakt med programleverandører, som klart udtrykte interesse i Astra I A-satellitten; i oktober 1986 underrettede en potentiel Astra-kunde »formelt« BT om, at han havde en »meget reel interesse« i at benytte Astra (jf. nr. 22), selv på basis af begrænsede downlink-modtagemuligheder i nordeuropæiske lande. Da der ikke fandtes andre uplink-operatører for tv-distribution på dette tidspunkt, ville alle uplink-tjenester til Astra I A-satellitten fra Det Forenede Kongerige nødvendigvis tilfalde BT. Inden disse kunder kunne lade deres interesse udmønte i tilsagen, der var tilstrækkeligt faste til at udløse BT's uplink-forpligtelser (i

henhold til betingelse 53.6 i BT's koncession er det ikke nødvendigt, at en kontrakt faktisk indgås), blev aftalerne mellem BT og SES afsluttet. Igen blev der ikke gået videre med sagen. Det er endvidere ikke klart, hvorfor BT simpelthen i kraft af joint venture-aftalen med SES besluttede, at bygningen af en jordstation var berettiget; BT har selv anført, at den opførte en ny uplink-terminal for at give adgang til Astra I A-satellitten . . ., før BT overhovedet havde sikret sig nogen kunder til Astra I A-satellitten.

Endelig udgjorde BT's kapitalinvesteringer i disse installationer ca. 3 % af SES' samlede udgifter til satellitkonstruktion og opsendelsesomkostninger. Det må have været muligt at indgå en aftale, der var langt mindre restriktiv end joint venture-aftalen, for at sikre, at BT ville få denne investering dækket.

For så vidt angår EF-retten i denne sammenhæng, bør det som et generelt princip være klart, at det inden for telekommunikationssektoren, der karakteriseres ved aktiviteter, der kun kan gennemføres af koncessionerede operatører som BT, bør være sådan, at tjenester, der stilles til rådighed for markedsdeltagerne på basis af en koncession, må være frit tilgængelige og ikke må være betinget af, at nye markedsdeltagere indgår restriktive aftaler med den koncessionerede operatør. Det forhold, at SES ikke var »overbevist om, at EF-lovgivningen var tilstrækkelig til at tvinge BT til at yde uplink-tjenester« retfærdiggør ikke den løsning, der endeligt blev valgt. Igen gik SES ikke videre med sagen.

- (24) Lige fra begyndelsen har parterne været underrettet om, at kravene i artikel 85, stk. 3, ikke så ud til at være opfyldt på baggrund af ovennævnte argumenter vedrørende Eutelsat-koordinationen og uplink-tjenesterne. Der blev derfor efterfølgende til støtte for aftalerne opstillet en ny række argumenter, der omhandlede

— fordelene ved en enkelt samlet kundecontrakt, der både dækkede uplink-forbindelse og transponderkapacitet

— behovet for at inddrage BT i bestræbelserne på at finde kunder i Det Forenede Kongerige til Astra I A.

- (25) Ifølge parterne ville en enkelt samlet kundecontrakt, der omfattede uplink-faciliteter og satellitkapacitet, placere eneansvaret for hele tjenesten på en enhed, nemlig BT. For kunden var dette ikke blot praktisk, men det kunne også føre til en hurtigere løsning af tekniske problemer; med en sådan pakkeaftale ville BT være mere tilbøjelig til at træffe foranstaltninger til at korrigere forringelser i signalkvaliteten, uanset grunden hertil, f.eks. ved at styrke uplinksignalet for at kompensere for et svagt downlink-signal, fordi sidstnævnte svaghed i signalforbindelsen ellers ikke ville falde ind under BT's ansvar. Hvis der var to separate kontrakter, ville uplinkeren (BT) og satellitoperatøren (SES) kun overvåge deres egne ansvarsområder, og der ville således ikke blive nogen kontrol med tjenesten som helhed. Ingen af parterne ville være tilbøjelige til at træffe korrigerende foranstaltninger, før det var blevet fastslået, på hvilken transmissionsvej fejlen lå.

- (26) Efter Kommissionens opfattelse er det imidlertid ikke godtgjort, hvorfor en samlet pakkecontrakt giver tekniske fordele, som ikke kan opnås med to separate kontrakter. Følgende betragtninger går faktisk imod dette argument:

a) For at levere uplink-tjenester skal en operatør som BT have koncession. Den koncessionerede operatør skal til gengæld, så vidt det er muligt, sikre, at tjenesten faktisk når frem til seeren i form af en klar og kontinuerlig modtagelse af tv-programmerne på hans skærm. Hvis uplinkoperatøren er i stand til at påvirke kvaliteten af det slutprodukt, som seeren modtager, er uplinkoperatøren efter Kommissionens opfattelse forpligtet til at gøre den nødvendige indsats for at opnå det bedste resultat i så henseende. Hvis det senere viser sig, at uplinkoperatørens ekstra indsats var nødvendig på grund af fejl i dele af transmissionsvejen, som han ikke direkte er ansvarlig for, er uplinkoperatøren selvfølgelig berettiget til kompensation fra den enhed, der er ansvarlig for fejlen.

b) Parternes påstand om, at separate kontrakter forringer service-niveauet med hensyn til at

afhjælpe signalproblemer, ser bort fra den kendsgerning, at selv inden for rammerne af en enkelt samlet kontrakt vil den part, der viser sig at være ansvarlig for fejlen, hæfte over for den anden part for eventuelle indtægtstab. Det er således i begge parter interesse, at fejl opdages og afhjælpes hurtigst muligt for at begrænse deres potentielle risiko for at komme til at hæfte for tab. Denne interesse har på ingen måde noget at gøre med, om der benyttes en enkelt samlet kontrakt.

- c) I meddelelsen fra Oftel's generaldirektør vedrørende den uafhængige »PanAmSat«-satellit (se nr. 23) henvises til betingelse 35 i BT's koncession, som indeholder et generelt forbud mod forbundet salg. Generaldirektøren bemærker, at selv om brugerne i tilfældet med »Intelsat«-satellitter (og samme ræsonnement gælder for Eutelsat) ikke har direkte adgang til satellitsektoren, og BT som signatar har lov til at stille både uplink-forbindelsen og satellitsektoren til rådighed, vil dette argument ikke længere holde »med fremkomsten af uafhængige satellitsystemer ... og separate aftaler vil være nødvendige«. »Hvis der var et alternativt satellitsystem, ... ville kunderne frit kunne indgå egne aftaler med den uafhængige satellitoperatør«. Intetsteds i generaldirektørens bemærkninger nævnes der overhovedet ikke en teknisk grund til, at uplink-forbindelsen og satellitsektoren skulle stilles til rådighed af den samme enhed.

Kommissionens vurdering blev bekræftet af programleverandører, der benytter Astra IA-satellitten. Brugere, der tilsammen lejer det største antal transpondere, benægtede, at der var nogen tekniske fordele ved en enkelt samlet kontrakt. For at illustrere uholdbarheden i den påstand, at BT ville være det eneste kontakttled for kunderne i tilfælde af problemer, nævnte programleverandørerne et tilfælde fra foråret 1989, hvor der var tekniske problemer. Efter at have kontaktet BT, der var direkte ansvarlig for kundekontrakterne, blev en programleverandør derefter rådet til at kontakte SES for at løse problemet, mens en anden programleverandør oplyste, at han også på et senere tidspunkt drøftede problemet direkte med SES, fordi BT havde været langsommelig med at behandle sagen.

- (27) Som argument for en enkelt samlet kundekontrakt fremførte parterne også, at det er mest effektivt

kun at forhandle én kontrakt, der dækker hele tjenesten, i stedet for at indgå separate kontraktforhandlinger for hvert enkelt element. En kunde med en enkelt kontrakt for både uplink-forbindelsen og transponderkapaciteten er desuden bedre stillet med hensyn til at få kompensation for fejl. F.eks., hvis uplink-tjenesten ikke fungerer, og fejlen tilskrives BT, vil kunden modtage en rabat for tjenestens satellit-del såvel som for uplink-forbindelsen. I tilfælde af to separate kontrakter vil den ene part givetvis ikke være rede til at give en rabat for fejl i den anden parts tjeneste.

Efter Kommissionens opfattelse opvejer den effektivitet, der måske kan opnås ved kun at forhandle én kontrakt, ikke de ulemper, som sådanne bundne aftaler indebærer, og dette gælder både for kunder med en samlet aftale om tjenester og for konkurrenter inden for de pågældende tjenester, som dermed udelukkes. Med hensyn til kompensation for fejl vil de kontraktlige arrangementer, der indgår i separate aftaler, nødvendigvis nok indeholde bestemmelser, der sikrer, at kunderne ikke er forpligtet til at betale for en tjenesteydelse »A« som de ikke har været i stand til at udnytte, ikke på grund af nogen fejl fra deres egen side, men fordi en tredje enhed, der leverer en tjenesteydelse »B«, som er en betingelse for at levere tjenesteydelse »A«, ikke tilfredsstillende eller slet ikke har leveret denne tjenesteydelse »B«.

- (28) Kommissionen finder altså, at en enkelt samlet kontrakt ikke giver fordele, som kan retfærdiggøre aftalerne mellem parterne. Denne konklusion har Kommissionen bl.a. baseret på de synspunkter, der er fremsat af de fire programleverandører, der benytter IA-satellitten via kundekontrakter med BT.

1. Programleverandør X, som lejede adskillige transpondere på Astra, IA anførte, at »Det vigtigste punkt, der blev rejst på mødet [(med Kommissionens repræsentanter)], er X's utilfredshed med »sammenlægningen« af tjenesterne i aftalen med ... BT ... »Mangelen på gennemsigtighed i uplink- og transponder-

pakken er en vigtig indvending»; »X indgik ene og alene en aftale med BT, fordi X ikke havde noget alternativ ... Grunden hertil er, at BT opnåede eneret til at markedsføre en række transpondere på Astra-satellitten til kunder i Det Forende Kongerige»; »Som køber ville X have foretrukket at handle med SES«.

2. Programleverandør Y anførte, at han ville have foretrukket to kontrakter, fordi der så ville have været mulighed for at forhandle om forskellige priser. Adskillige måneder inden den endelige underskrivelse af en kontrakt med BT vedrørende to transpondere på Astra IA, skrev Y til Oftel vedrørende »de store problemer, vi har med at få konkurrerende pristilbud vedrørende tilrådighedsstillelse af satellitkapacitet med mellemstor sendestyrke ...»; »Vi i Y har sammen med andre satellit-tv-selskaber opfordret Eutelsat og SES Astra til at fremsætte tilbud vedrørende tilrådighedsstillelse af en sådan kapacitet. Begge organisationer meddelte os, at vi skulle gå gennem Britisk Telecom International«; »Det, der gør sagen værre for os, er, at BTI som en del af kontrakten om satellitkapacitet forlanger, at vi anvender deres jordstation-uplink-anlæg ved Woolwich. Vi mener, at dette er at udnytte et monopol til at lave et forbundet salg«.
3. Programleverandør Z anførte, at »vi anlagde det synspunkt, at det var bedre at handle med én person om den samlede kontrakt og tjeneste«. Ved vurderingen af denne udtalelse, tog Kommissionen følgende i betragtning

— det forhold, at der ikke blev givet nogen begrundelse for, hvorfor dette synspunkt blev anlagt; med hensyn til den tekniske fordel ved at handle med én enhed var Z's første reaktion, med hensyn til hvem han ville kontakte i tilfælde af problemer, at henvende sig til »SES«

— BT ejede 25 % af Z, da kundecontrakten blev indgået; alle vigtige beslutninger, såsom

transponderleje, blev truffet enstemmigt af de tre aktionærer.

4. Programleverandør Q er et selskab uden for Det Forenede Kongerige, som allerede inden idriftsættelse af Astra IA var tvunget til at lokalisere sine studier i London, fordi det ikke var klart, om televirksomheden på Q's eget territorium ville levere uplink-tjenester til rumsegmentkapacitet på Intelsat, hvorimod BT var rede til at levere denne tjeneste. Q anførte, at da han »allerede havde lokaliseret sine transmissioner til London, var British Telecom den eneste, som kunne stille Astra-kapacitet til rådighed«. Selv om Q anfører en række fordele ved en samlet kontrakt, ser hans udgangspunkt ud til at have været, at kapacitet på Astra kun kunne fremskaffes gennem BT; de fordele, som Q nævner, har aldrig været bevist i praksis.

Parterne har anført, at der dengang ikke var kundeinteresse for separate tjenester, og at udtalelser, der fremsættes af programleverandørerne nu, da markedsvilkårene er ændret, ikke nødvendigvis afspejler, hvad de efterspurgte på det tidspunkt, da aftalerne blev indgået. Det er rigtigt, at Kommissionen ikke har fundet tegn på skrevne anmodninger fra kunderne til BT og SES om separate aftaler. Som BT bemærkede under proceduren, havde BT imidlertid mundtlige diskussioner om Astra IA med programleverandørerne, før aftalerne med SES blev indgået, hvilket dog ikke fremgår af »den arkiverede korrespondance«. I et brev til Oftel, nævnt under nr. 2, udtalte en programleverandør, at denne og andre havde ansøgt direkte hos SES om forsyning af satellitkapacitet, men var blevet henvist til at ansøge gennem BT. Under alle omstændigheder ville kunderne ikke have kunnet indgå separate serviceaftaler på grund af § 3, stk. 1, i hovedaftalen, der bestemte, at »den tjeneste, der tilbydes kunderne, skal omfatte de transpondere, der falder ind under aftalen, og uplink-forbindelsen«.

SES har anført, at kunder, der har valgt langfristede kontrakter, har ment, at de ikke led skade ved samlede pakkeaftaler. Efter Kommissionens opfattelse var det imidlertid mere sandsynligt, at

det, der var bestemmende for programleverandørernes valg, var muligheden for at spare op til 50 %, hvis de valgte en langfristet kontrakt.

- (29) Med hensyn til markedsføringen anførte parterne, at det var nødvendigt at kombinere deres respektive færdigheder, ressourcer og erfaringer for at fremme anvendelsen af Astra-satellitten. BT, der havde adskillige års erfaring i markedsføring og tilrådighedsstillelse af satellittjenester til britiske programleverandører, skulle tage sig af kundesøgningen, mens SES's markedsføringsopgaver gik ud på at fremme »detailhandelsiden«, herunder såvel fabrikker af udstyr som seerne.

Kommissionen er ikke enig i, at SES ikke selv kunne have fundet kunder i Det Forenede Kongerige, uafhængig af BT's markedsføringsindsats. Det samlede antal tv-programleverandører, der var interesseret i satellit-tv i Det Forenede Kongerige, var mindre end ti på det tidspunkt, da joint venture-selskabet blev oprettet, og der er tilsyneladende ingen grund til, at SES's forretningssteam ikke selv kunne have søgt kontakt med disse potentielle kunder. En programleverandør har faktisk anført, at SES's forretningsmæssige leder selv meget aktivt promoverede Astra-satellitten i Det Forenede Kongerige, adskillige år før den blev opsendt, og før joint venture-selskabet blev oprettet. SES har anført, at dens indledende kontakter med kunder udelukkende blev omsat til bindende kontrakter med bistand fra BT. I betragtning af, at potentielle kunder allerede på et tidligt tidspunkt var klar over, at de skulle handle gennem BT — lang tid før de første kundekontrakter blev undertegnet — er det ikke muligt nu at fastslå med tilbagevirkende kraft, om kunderne følte, at BT's indblanding var nødvendig i denne henseende. Det skal imidlertid bemærkes, at SES har solgt transpondere, der ikke er omfattet af joint venture-aftaler, direkte til programleverandører i en række lande, uden at der var behov for at indgå et joint venture med den lokale televirksomhed.

BT's indblanding i »salget« af transpondere på Astra-satellitten lettede utvivlsomt overførslen af BT's Eutelsat- og Intensat-kunder til Astra takket være bestemmelserne i joint venture-aftalen om »double-illumination« og førtidig opsigelse af bestående kundekontrakter. Adskillige kunder har imidlertid anført, at de tror, at den reduktion i satellitprisen, som kunne være opnået, hvis BT

ikke deltog i Astra-satelliten, i høj grad ville have udlignet de ekstraomkostninger, de skulle have afholdt, hvis der ikke var gratis »double-illumination«.

- (30) »Detailhandels«-markedsføringen, som SES stod for, var en fortsættelse af en aktivitet, hvor SES, ifølge parterne, »allerede havde været aktiv på et pan-europæisk grundlag, herunder Det Forenede Kongerige«, og som SES under alle omstændigheder ville have videreført, også hvis der ikke var indgået aftaler med BT.

Konklusion

- (31) På baggrund af ovenstående har Kommissionen konkluderet, at da aftalerne mellem BT og SES

— ikke medførte forbedringer og fordele på det pågældende marked, og

— ikke var nødvendige for at sikre SES's adgang til markedet for tilrådighedsstillelse af rumsegmentkapacitet,

kan de anmeldte aftaler ikke opnå fritagelse.

Under disse omstændigheder er det ikke nødvendigt at undersøge, om de andre krav i artikel 85, stk. 3, er opfyldt.

C. Artikel 3 i forordning nr. 17

- (32) Konstaterer Kommissionen, at der foreligger en overtrædelse af bestemmelserne i Traktatens artikel 85, kan den ved beslutning pålægge de deltagende virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør, jf. artikel 3 i forordning nr. 17. Dette indebærer ikke alene ophøret af de begrænsede aftaler mellem parterne, men også ophøret af begrænsende virkninger, der beror på kontrakter, som er indgået med udenforstående virksomheder i henhold til vilkårene for de førnævnte begrænsede aftaler.

Efter at parterne i denne sag var blevet hørt i overensstemmelse med artikel 19, stk. 1 og 2, i forordning nr. 17, gav de Kommissionen underretning om, at joint venture-aftalen mellem dem samt forskellige tillægsaftaler og tillægskrav var blevet opsagt pr. 30. januar 1991; i henhold til bestemmelserne i opsigelsesaftalen vil bestående

kundekontrakter forblive i kraft, hvorved transponderleje finder sted direkte fra SES til BT i stedet for at gå gennem joint venture-selskabet; ved udløbet af disse kontrakter har BT ingen yderligere rettigheder med hensyn til de pågældende transpodere eller nogen andre på Astra I A eller Astra I B.

- (33) Opsigelsen af joint venture-aftalen sikrer parternes autonomi for fremtiden. De kundekontrakter, som BT indgik i henhold til joint venture-aftalerne, fortsætter imidlertid med at være i kraft i medfør af § 5, stk. 1 (i) i opsigelsesaftalen mellem parterne uden ændringer.

Disse kontrakter viderefører de af joint venture-aftalerne følgende konkurrencebegrænsende virkninger, fordi de kunder, som ønskede at udsende deres programmer via Astra I A satellitten, ikke fik noget valg med hensyn til at indgå separataftaler om dels uplink-tjenester, dels transponderkapacitet. Desuden blev vilkårene i disse kontrakter fastlagt af BT og SES i forbindelse med joint venture-arrangementerne, det vil sige under fordrejede konkurrencevilkår. Dette betyder ikke, at kundekontrakterne også omfattes af artikel 85 stk. 1, alene på grund af deres forbindelse med de begrænsende horisontale aftaler. De begrænsende virkninger, som disse kontrakter viderefører, kan kun ophæves, når kunderne får ret til at ændre dem. Følgelig må de kunne vælge fortsat at ville være bundet af de med BT indgående kundekontrakter, at opsigelse eller genforhandle dem. Med henblik herpå skal BT og SES inden en måned efter meddelelsen af denn beslutning meddele de programleverandører, der undertegnede kontrakter med BT om international tv-distribution via Astra I A-satellitten for den 30. januar 1991, at de — i en periode af fire måneder efter at være blevet underrettet herom — har ret til, hvis de ønsker det:

— at genforhandle kontrakten, eller

— opsigelse den med passende varsel.

Kunder, som vælger at genforhandle eller opsigelse må under alle omstændigheder opnå sikkerhed for, at uplink tjenester og brugen af

responder-kapacitet fortsat vil blive ydet til dem i overgangsperioden.

Kundekontrakter, som kunden ønsker skal fortsætte på de oprindelige vilkår vil kun blive konkurrencebegrænsende, hvis de resulterer i udelukkelse af andre uplink-leverandører end BT. Imidlertid synes en sådan udelukkelse usandsynlig, når der henvises til de gældende markedsvilkår, herunder særlig adgangen i Det Forenede Kongerige til uplink-forbindelser til Eutelsat- og Intelsat-rumsegmentkapacitet via SAO og yderligere ny rumsegmentkapacitet såsom Astra I B, som i mellemtiden er kommet til. Hvis der skulle fremkomme nye oplysninger, kan det blive nødvendigt at iværksætte en ny procedure, uafhængigt af denne beslutning —

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

Hovedaftalen af 17. december 1987 mellem Société européenne des satellites SA og British Telecommunications plc og alle hertil knyttede tillægs-dokumenter og aftaler vedrørende de foranstaltninger, hvorved de to parter samarbejdede om fælles tilrådighedsstilling af en tv-distributionstjeneste via satellit (samlet benævnt »aftalerne«), udgjorde en overtrædelse af EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, frem til den 30. januar 1991, hvor disse aftaler blev bragt til ophør.

Artikel 2

Der kan ikke indrømmes fritagelse i henhold til EØF-Traktatens artikel 85, stk. 3, for de i artikel 1 omhandlede aftaler for den periode, i hvilken de var i kraft.

Artikel 3

Senest en måned efter meddelelsen af denne beslutning skal British Telecommunications plc (BT) og Société européenne des satellites SA (SES) skriftligt give de tv-programleverandører, som indgik kontrakter med BT om tv-distributionsjenester via Astra I A-satellitten før den 30. januar 1991, underretning om Kommissionens

beslutning, særlig artikel 1 og 2, og meddele dem, at de — i en periode af fire måneder efter at være blevet underrettet herom — hvis de ønsker det, er berettiget til

— at genforhandle betingelserne i disse kontrakter, eller

— at opsige disse kontrakter med passende varsel, givet af dem til BT, som på sin side straks skal meddele SES, at et sådant varsel er givet.

Når skrivelsen i henhold til nærværende artikel 3 sendes til programleverandørerne inden for ovennævnte frist på en måned, fremsendes samtidig en kopi heraf til Kommissionen.

Artikel 4

Denne beslutning er rettet til:

- a) British Telecommunications plc,
British Telecom Centre,
81 Newgate Street,
GB-London EC1A 7AJ.
- b) Société Européenne des Satellites SA,
Château de Betzdorf,
L-6815 Luxemburg.

Udfærdiget i Bruxelles, den 23. december 1992.

På Kommissionens vegne

Leon BRITTAN

Næstformand