

COMISIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 27 de julio de 1994

relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE

(Asunto N IV/34.857 — BT-MCI)

(El texto en lengua inglesa es el único auténtico)

(Texto pertinente a los intereses del EEE)

(94/579/CE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Considerando lo que sigue :

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

I. LOS HECHOS

Visto el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,

A. INTRODUCCIÓN

Visto el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado ⁽¹⁾, cuya última modificación la constituye el Acta de adhesión de España y de Portugal, y, en particular, sus artículos 2, 6 y 8,

- (1) El presente asunto se notificó inicialmente como una concentración sujeta al Reglamento (CEE) nº 4064/89. No obstante, la Comisión concluyó que ninguna de las transacciones notificadas constituía una concentración y así se lo comunicó a las partes mediante Decisión de 13 de septiembre de 1993. Como consecuencia de ello, estas últimas pidieron que la notificación se convirtiese en una notificación destinada a obtener una declaración negativa y/o, en su defecto, una exención en virtud del Reglamento nº 17.

Vistas la solicitud de declaración negativa y la notificación para la exención presentadas en virtud de los artículos 2 y 4 del Reglamento nº 17, siendo dicha notificación resultado de la transformación de la notificación inicial presentada el 18 de septiembre de 1993 con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas ⁽²⁾,

A raíz de la entrada en vigor del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), las partes solicitaron a la Comisión que el artículo 53 del Acuerdo EEE se hiciera extensivo a la notificación. Como previsiblemente los acuerdos notificados tendrán un efecto sobre los países de la AELC muy semejante al que producirán en la Comunidad, la Comisión también aplicará en el presente asunto el artículo 53 del Acuerdo EEE.

Vista la solicitud presentada por las partes el 10 de febrero de 1994 para que el artículo 53 del Acuerdo EEE se hiciera extensivo a la solicitud de declaración negativa,

- (2) La operación notificada consiste esencialmente en dos transacciones :

Visto lo esencial del contenido de la solicitud y la notificación publicados ⁽³⁾ en virtud del apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17 y el artículo 3 del Protocolo 21 del Acuerdo EEE,

- i) British Telecommunications plc (BT) tiene previsto adquirir una participación del 20 % en MCI Communications Corporations (MCI), al precio de 4 300 millones de dólares americanos. Esta participación no consistirá en acciones ya existentes sino nuevas y convertirá a BT en el principal accionista individual de MCI con la correspondiente representación proporcional en el Consejo de administración y con las pertinentes cláusulas de protección de la inversión.

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

⁽¹⁾ DO nº 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62.

⁽²⁾ DO nº L 395 de 30. 12. 1989, p. 1 (versión rectificadora en el DO nº L 257 de 21. 9. 1990, p. 13).

⁽³⁾ DO nº C 93 de 30. 3. 1994, p. 3.

Como se verá más adelante, el acuerdo que regula esta transacción incluye varias cláusulas encaminadas a impedir que BT controle MCI o influya en esta empresa.

- ii) Se creará una empresa en participación, denominada Newco, que prestará servicios globales mejorados y de valor añadido de telecomunicaciones a empresas multinacionales (o regionales de gran tamaño). Cada una de las partes aportará a Newco las instalaciones de red internacional que no utilice como corresponsal, incluida Syncordia, que es la división de aprovisionamiento externo de BT.

Además, las partes racionalizarán sus respectivas participaciones en otros operadores de telecomunicaciones (OT) y grupos. A este respecto, cabe señalar que MCI ya ha adquirido la mayor parte de la línea de actividades de BT en Norteamérica.

B. LAS PARTES

- (3) BT, que antes disfrutaba del monopolio de las telecomunicaciones en el Reino Unido y que ahora es una sociedad que cotiza en Bolsa, incluye entre sus servicios el suministro de líneas de teléfono para particulares y empresas, las llamadas telefónicas urbanas, interurbanas e internacionales (desde el Reino Unido o con destino a ese país), otros servicios de telecomunicaciones y los equipos de telecomunicaciones para los locales de los usuarios.

En 1993 el volumen de negocios mundial de BT ascendió a 17 952 millones de ecus, cifra ligeramente inferior a la de 1992 (18 080 millones de ecus). BT realiza más del 95 % de su volumen de negocios dentro de la Comunidad, principalmente en el Reino Unido (94 %). Fuera de su país, BT está establecida en Francia, Países Bajos, Alemania y España, donde recientemente anunció que crearía con el Banco de Santander una empresa en participación para prestar servicios de transmisión de datos en España en competencia con el organismo nacional de telecomunicaciones.

En volumen de tráfico (minutos de tráfico de telecomunicaciones) BT es la cuarta empresa más grande del mundo.

- (4) MCI es una empresa de telecomunicaciones estadounidense que ofrece una amplia gama de servicios nacionales e internacionales de comunicación de datos y voz, incluidas las llamadas a larga distancia, las comunicaciones de registro y los servicios de mensajería con destino u origen en EE UU.

El volumen de negocios mundial de MCI fue de 8 137 millones de ecus en 1992. Su volumen de negocios comunitario de ese mismo año ascendió, según la propia MCI, a 326,27 millones de ecus.

MCI es la segunda empresa de telecomunicaciones de larga distancia más grande de EE UU, detrás de AT&T, y la quinta del mundo en volumen de tráfico.

C. MERCADO CONSIDERADO

1. Newco

- (5) El mercado en que pretende introducirse Newco es el nuevo mercado de los servicios de valor añadido y servicios mejorados destinados a las grandes empresas multinacionales, las empresas con actividades en varios países, las grandes empresas nacionales y otros usuarios que hacen un uso intensivo de los servicios de telecomunicaciones disponibles a través de redes inteligentes internacionales. Este mercado abarca una amplia gama de servicios globales transfronterizos ya existentes, como los servicios de red virtual, los servicios de transmisión de datos de alta velocidad y las soluciones de telecomunicaciones globales y externas especialmente concebidas para un cliente dado. Con todo, en un principio Newco concentrará su estrategia de desarrollo en las [...] ⁽¹⁾ multinacionales de mayor tamaño.
- (6) En dicho mercado, Newco ofrecerá un conjunto de productos globales integrados en 6 categorías de ofertas de servicios. Inicialmente, estos productos globales se basarán en una combinación de productos de las empresas matrices ya existentes.

Las 6 categorías citadas son las siguientes :

- servicios de transmisión de datos : servicios de conmutación de paquetes de baja y alta velocidad, servicios de repetición de tramas y anchos de banda con circuitos conmutados, gestionados y preestablecidos,
- servicios de aplicación de valor añadido : servicios de mensajería y videoconferencia de valor añadido,
- servicios para viajeros : servicios globales de tarjeta telefónica,
- servicios de red inteligente,
- otros servicios : servicios integrados de red VSAT,
- servicios externos globales, gracias a los cuales el distribuidor podrá ofrecer a sus clientes la posibilidad de transferirle a él o a Newco la responsabilidad o la propiedad de sus redes. Newco deberá poder integrar en su ofertas productos de terceros que los clientes ya posean y deseen conservar.

⁽¹⁾ Los espacios se han dejado en blanco por razones de secreto comercial de conformidad con el apartado 2 del artículo 21 del Reglamento nº 17.

Dada la necesidad de las grandes empresas de unir puntos geográficos dispersos por todo el mundo (lo que también implica suministrar una amplia cobertura en materia de capacidad de entrega y asistencia local), estos productos deben tener carácter global y han de satisfacer una serie de requisitos muy especiales.

Para que un producto sea global, debe tener ciertas características que lo hagan distinto de productos similares :

- debe ofrecer un servicio internacional omnipresente,
 - ha de tener unos niveles de servicio constantes y una gran disponibilidad en materia de plazos de entrega,
 - debe obviar las diferencias horarias, lingüísticas y monetarias,
 - tiene que superar cualquier deficiencia de las infraestructuras locales,
 - debe acercarse al usuario, de manera que éste dé por supuesto que se trata de un servicio local y no procedente de otra parte del mundo.
- (7) Los productos y servicios prestados a las grandes empresas deben cumplir los siguientes requisitos :
- un único punto de contacto responsable de todos los aspectos de servicio,
 - unas características y una funcionalidad uniformes y flexibles en cualquier parte del mundo,
 - un servicio completo que comprenda las fases de preparación, instalación, gestión de averías y asistencia,
 - fiabilidad del servicio,
 - facturación personalizada, información de gestión, presentación flexible desde el punto de vista lingüístico y monetario,
 - celeridad y facilidad de aplicación,
 - productos adaptados a las cambiantes necesidades del usuario.

En términos generales, la estructura -todavía predominante- del mercado de las telecomunicaciones globales, basada en los monopolios nacionales, no permitía satisfacer adecuadamente estos requisitos. Los organismos nacionales de telecomunicaciones no ofrecen verdaderos servicios de ventanilla única y de extremo a extremo o unitarios para las instalaciones de sus clientes situadas fuera del territorio nacional. Hasta ahora se venían limitando a cooperar con otros OT enlazando sus redes con las de estos «corresponsales». Esto significaba que cada OT facturaba sus servicios al cliente por separado y en su moneda nacional, que los servicios y

prestaciones disponibles variaban según el país (o, en el mejor de los casos, que el cliente no podía obtener en el extranjero todas las prestaciones disponibles en su país) y que el cliente tenía que hacer frente a muchos otros problemas de orden cultural y lingüístico.

- (8) Esta situación empezó a cambiar a causa de dos factores. En primer lugar, el inicio, primero en EE UU, luego en el Reino Unido y en la actualidad en el resto de la Comunidad, de un proceso gradual de liberalización del mercado de las telecomunicaciones. En segundo lugar, la rápida convergencia de la tecnología de las telecomunicaciones y de la información. Estos dos factores hicieron posible la introducción de servicios y productos nuevos que supusieron una enorme mejora en materia de calidad y gama de posibilidades. A raíz de ello, las multinacionales y otras grandes empresas empezaron a crear sus propias redes privadas. Sin embargo, estas redes privadas resultaban costosas, porque no se podían hacer economías de escala en el servicio y el personal y porque las telecomunicaciones no eran la actividad principal de dichas empresas. Por estos motivos, ahora que la continua evolución de los factores citados ha modificado sustancialmente la situación, dichas empresas pueden decantarse por los proveedores de servicios de telecomunicaciones, como Newco.
- (9) Por otra parte, a medida que se desregula el mercado y progresa la tecnología, se va difuminando la frontera entre los servicios todavía monopolizados y los liberalizados, para mayor incertidumbre del mercado.
- (10) En este contexto, BT y MCI tienen la intención de ofrecer a través de Newco los servicios que la tecnología actual hace factibles respetando la normativa vigente. En el futuro, Newco puede que ofrezca nuevos productos pertenecientes a categorías ya existentes o nuevas, entre los que puede que figuren servicios públicos básicos de telecomunicaciones.
- (11) No obstante, la presente Decisión sólo se refiere a la gama de productos y las actividades de Newco notificados. Por ello, toda modificación sustancial al respecto, en particular, la oferta por Newco de servicios públicos básicos de telecomunicaciones deberá ser objeto de una nueva notificación.

Estructura del mercado

- (12) Resulta particularmente difícil dar una imagen fiel de la estructura de este nuevo mercado, porque su característica principal radica precisamente en su constante evolución. De lo que no hay duda es de que el segmento de mercado elegido por Newco tiene un gran potencial de crecimiento, gracias al continuo desarrollo de nuevas tecnologías, las mejoras realizadas en la infraestructura básica, la

creciente normalización de los servicios internacionales, la creciente complejidad de las actividades de los clientes y su dependencia de las telecomunicaciones como medio de transmisión de la información. Todo ello en el contexto de unas normativas sobre telecomunicaciones en rápido cambio, que en la Comunidad conducirán a la liberalización de la telefonía vocal en 1998 (2003 para algunos Estados miembros).

2. Inversión de BT en MCI

- (13) Con la adquisición por parte de BT de un paquete de acciones nuevas equivalente a una participación del 20 % en MCI, ambas partes aspiran a globalizar sus productos para prestar un mejor servicio a su clientela, conservarla, y ofertar en mejores condiciones los segmentos nuevos.
- (14) El mercado de las telecomunicaciones está en pleno desarrollo y se caracteriza por un elevado grado de incertidumbre sobre cómo será en los próximos años. La perspectiva de la liberalización está induciendo a los OT a tomar posiciones para estar en la mejor situación posible cuando se produzca la liberalización total. Así, cada día se anuncian nuevas alianzas que en su mayoría incluyen, como primer paso, cláusulas de entrada en el segmento de valor añadido (en el EEE, los servicios mejorados y de valor añadido ya han sido liberalizados), especialmente para la prestación de servicios avanzados de valor añadido a las grandes multinacionales. La creación de Newco y la inversión de BT en MCI son dos pasos preparatorios que las dos empresas matrices han dado con vistas a la total liberalización del mercado, estrategia que están siguiendo muchos OT, que están creando gamas de productos semejantes a las de Newco.

3. Mercado geográfico

- (15) El mercado geográfico que pretende abarcar Newco y que debe considerarse con respecto a la inversión de BT en MCI tienen dimensiones mundiales. Esta conclusión se basa en dos argumentos :

Aunque las fronteras nacionales siguen en pie por lo que atañe a la prestación de la mayoría de los servicios de telecomunicaciones, las alianzas estratégicas semejantes a la presente que se están creando en la actualidad tienen la mira puesta en la situación en que se encontrará el mercado cuando hayan desaparecido en gran medida las fronteras nacionales.

Además, lo mismo los servicios que Newco va a ofrecer, como se indica en la definición de las acti-

vidades de Newco, (véase el considerando 23) que los clientes que pretende captar son por naturaleza internacionales. Newco no prestará servicios limitados a un sólo país.

4. Cuota de mercado de Newco

- (16) Las empresas matrices de Newco han calculado que el mercado en el que pretende penetrar esta empresa ascenderá a [...] millones de ecus en 1994 y está previsto que crezca a un ritmo superior al [...] anual durante los cinco primeros años hasta llegar a una cifra de [...] millones de ecus en 1999. Se calcula que la Comunidad representará el [...] del mercado en 1994-1995, pasando al [...] en 1998-1999.

Según el plan de empresa elaborado, para el conjunto de las categorías de servicios la cuota de mercado de Newco será del [...] en 1994 y alcanzará el [...] en 1999 (siempre que no se produzcan cambios radicales en las categorías de productos ofrecidos).

5. Principales competidores de Newco

- (17) En el mercado de los servicios internacionales de valor añadido están presentes o están introduciéndose muchas empresas, bien en solitario, bien en cooperación con otras (la combinación de servicios ofrecidos nunca es exactamente la misma). En el número de las más importantes se cuentan : AT Worldsource, AT Istel, Geis, International Private Satellite Partners (únicamente en Norteamérica y Europa), Eunetcom, Unisource, Infonet, Sprint International, FNA (solamente servicios financieros) e IBM (a través de su programa de conexión). Algunos de estos proyectos son la expresión actual de las alianzas estratégicas entre OT cuyo alcance real todavía no está bien definido, pero se asemejan a la de BT y MCI en que son intentos de posicionarse con vistas a la total liberalización del mercado y no se limitan a la prestación de servicios de valor añadido.

Además, prácticamente todos los OT de Europa y Norteamérica se están esforzando por ofrecer a sus clientes, a nivel nacional o a un nivel internacional limitado, una gama perfeccionada de servicios mejorados.

Muchos todavía no saben con certeza qué productos les conviene ofrecer y a qué clientes dirigirse. Con todo, un buen número de ellos tiene el propósito de dirigirse a las mismas empresas que Newco considera clientes potenciales, de manera que es de prever una competencia sustancial al menos a ese nivel.

También conviene señalar que un número considerable de las grandes empresas que Newco quiere incluir en su cartera de clientes han instalado o tienen previsto instalar sus propias redes internas basándose en circuitos arrendados a los OT. Si esas redes se ofrecen a terceros, constituirán una importante alternativa a los servicios de Newco.

6. Posición de los compradores

- (18) Los futuros clientes de Newco serán las empresas multinacionales, las empresas con actividades en varios países y otros usuarios que hacen un uso intensivo de las telecomunicaciones, especialmente las [...] multinacionales mayores. Muchos de ellos tienen enormes necesidades en este ámbito. Con frecuencia, han adquirido cierta experiencia en la gestión de sus propias redes internas y solamente acudirán a proveedores como Newco si les resulta rentable. Además, gracias a su conocimiento del mercado, pueden solicitar ofertas a diferentes empresas competidoras. Todos estos factores les confieren una considerable capacidad de negociación que redundará en unos márgenes de beneficios reducidos y un elevado nivel de competencia entre los proveedores.

D. LA TRANSACCIÓN: LOS ACUERDOS NOTIFICADOS

- (19) Buena prueba de la complejidad de la operación realizada por BT y MCI es el considerable número de acuerdos notificados a la Comisión. Estos acuerdos pueden resumirse del siguiente modo:

1. Acuerdos relativos a Newco

- i) *Acuerdo por el que se crea la empresa en participación (AEP).*

Éste es el principal documento de constitución de Newco. En su virtud, las empresas matrices manifiestan su intención de lograr una presencia conjunta fructífera en el mercado de las telecomunicaciones globales y ofrecer una gama completa de productos globales mejorados y de valor añadido a sus clientes.

- ii) *Acuerdo de propiedad intelectual (API), celebrado entre BT, MCI y Newco con relación a la concesión a esta última de licencias sobre la*

información técnica y los derechos de propiedad intelectual de las matrices que dicha empresa necesita para llevar a cabo sus actividades, y con relación a la concesión a las empresas matrices de licencias sobre la información técnica de Newco.

- iii) *Acuerdos de servicios de BT/MCI (AS), por los que Newco fija con cada una de las empresas matrices (en este caso, en su condición de proveedores), las condiciones en las cuales éstas le prestan los servicios y la asistencia que necesita para establecer la plataforma global y prestar los productos y servicios globales.*
- iv) *Acuerdos de distribución de BT/MCI (AD), en cuya virtud Newco nombra a MCI y BT (en su calidad de distribuidores) distribuidores exclusivos de sus productos globales en el continente americano y en el resto del mundo, respectivamente.*
- v) *Acuerdo de compraventa de Syncordia y compromiso de divulgación, celebrado entre Newco y BT, en el que se establecen las condiciones de venta de los activos y las actividades de Syncordia, que hasta entonces era la división de aprovisionamiento externo de BT.*
- vi) *Acuerdo de indemnización de Infonet, celebrado entre BT y MCI, por el que esta última se compromete a eximir a BT de toda responsabilidad en caso de que Infonet inicie un procedimiento judicial contra MCI por razón de la participación que en ella tiene esta última empresa.*

2. Acuerdos relativos a la inversión de BT en MCI

- (20) i) *Acuerdo de inversión (AI), por el que BT adquirirá el 20 % de las acciones ordinarias en circulación de MCI.*
- ii) *Acuerdo de registro de derechos, celebrado entre BT y MCI y necesario para formalizar las transacciones contempladas en el AI.*
- iii) *Acuerdo de indemnización de McCaw, por el que BT se compromete a eximir a MCI de toda responsabilidad en caso de que la empresa de telefonía celular McCaw inicie un procedimiento judicial contra BT en su condición de propietario de un paquete de acciones de McCaw.*

- iv) Por último, la transacción también incluye tres acuerdos relativos a la venta de BT a MCI de la mayoría de sus actividades en EE UU y Canadá.

3. Disposiciones de los acuerdos

- (21) A continuación se describen las disposiciones de los acuerdos más importantes desde el punto de vista de la competencia.

A. Disposiciones relativas a Newco

i) Estructura de Newco

- (22) Newco es una empresa en participación internacional y, según las partes, constituye el núcleo fundamental de su alianza. En el momento de la constitución de esta empresa, BT tendrá una participación del 75,1 % de su capital social y MCI el resto. Cada parte designará un número de consejeros del Consejo de Administración de Newco proporcional a su participación en dicha empresa. Por lo tanto, BT podrá nombrar 6 de los 8 consejeros (los consejeros A) y MCI 2 (consejeros B).

La mayor parte de las decisiones se tomarán por mayoría simple de los consejeros presentes. No obstante, determinadas decisiones sólo podrán aprobarse con el consentimiento previo de ambos accionistas. Las más importantes de éstas son los cambios en la estrategia de la empresa, los nombramientos de directivos (incluido el nombramiento del presidente ejecutivo) y la aprobación del plan quinquenal de actividades y del plan y el presupuesto de explotación anuales. De este modo, MCI ejercerá un control conjunto de la empresa (ésta fue la conclusión de la Comisión en su Decisión de 13 de septiembre de 1993).

La gestión y operaciones cotidianas de Newco se delegarán en un jefe ejecutivo que será responsable ante el Consejo de Administración del funcionamiento ordinario de la empresa.

Newco se constituirá en el Reino Unido, pero de la gestión cotidiana se encargará una empresa de servicios estadounidense. Newco dará empleo a alrededor de [...] trabajadores. Está previsto que en los primeros cinco años las empresas matrices inviertan en ella [...] millones de dólares americanos ([...] millones de ecus), incluidos los activos que se le transferirán antes de la celebración de los acuerdos. BT invertirá [...] millones de dólares americanos y MCI [...] millones de dólares americanos.

ii) Objetivos y actividades de Newco

- (23) Newco ha sido creada para prestar a las grandes empresas servicios de telecomunicaciones mejo-

rados y de valor añadido y servicios externos. Por servicios de telecomunicaciones mejorados y de valor añadido las partes entienden cualesquier servicios internacionales de telecomunicaciones (que se denominan colectivamente productos globales) que los miembros de un mismo grupo puedan ofrecer entre dos o más países legalmente y que la normativa permita gestionar de extremo a extremo (¹).

Para alcanzar este objetivo, Newco realizará actividades que pueden agruparse en dos categorías: por una parte, actividades de planificación y de gestión y, por otra, de asistencia y comercialización.

1) Disposiciones relativas a las actividades de planificación y gestión

Dentro de esta primera categoría de actividades, Newco será responsable de:

- a) la planificación y el desarrollo de productos globales. Estas funciones incluirán el examen de los productos de las empresas matrices y las limitaciones legales vigentes;
- b) el establecimiento de la plataforma global (es decir, un paquete de soporte lógico) en la que vayan a suministrarse los productos globales. Newco suministrará la mejor plataforma posible, integrada por una combinación de cualquiera o todos los servicios de transmisión, conmutación, señalización, inteligencia de red y gestión de servicios. Se dejará a discreción de Newco la arquitectura, el diseño y el desarrollo continuo de la plataforma global, si bien tendrá que garantizar que las partes del sistema nacional del distribuidor utilizadas sean compatibles con el diseño global. Inicialmente, la plataforma deberá estar basada en los sistemas de las empresas matrices, de manera que en los primeros años de funcionamiento Newco dedicará la mayor parte de su tiempo y esfuerzos al interfuncionamiento de los sistemas;
- c) la prestación de servicios de gestión de telecomunicaciones a los clientes, incluida la adquisición y gestión de activos y personal de los clientes (servicios externos globales) (²).

(¹) Están excluidos de esta definición los siguientes servicios: i) la simple reventa internacional de voz, ii) las llamadas internacionales directas mediante corresponsal, iii) el suministro de circuitos arrendados privados de carácter internacional y iv) cualquier servicio que, por motivos legales, deban ofrecerse a través de corresponsales.

(²) A este respecto, es de señalar que Syncordia seguirá existiendo, o bien como una división o como una sucursal de Newco.

Para todo ello, Newco contará con un presupuesto de I + D. No obstante, como esta empresa no tendrá instalaciones propias, contratará las actividades de I + D principalmente con las empresas matrices. Éstas conservarán la propiedad de sus laboratorios y de la tecnología ya existente que transmitan a Newco bajo licencia.

2) Actividades de asistencia y comercialización

Los ingresos de Newco procederán de la venta de servicios a sus empresas matrices, las cuales serán los distribuidores exclusivos de sus productos. Newco limitará sus contactos directos con los clientes a la prestación y venta de servicios externos globales. No obstante, esta empresa tendrá ciertas responsabilidades y obligaciones frente a los distribuidores:

- a) decidirá, de conformidad con los principios establecidos en el plan comercial, quién será el distribuidor principal o «líder» en cada contrato de productos globales;
- b) facilitará asistencia técnica y comercial a los distribuidores en materia de venta y comercialización, incluida ayuda para determinar clientes potenciales, asesoramiento para encontrar los productos más adaptados a las necesidades concretas de un cliente, asistencia en la gestión de cuentas y ayuda para preparar las propuestas a los clientes;
- c) proporcionará servicios de facturación a los distribuidores;
- d) prestará un servicio a la clientela de segundo orden, como complemento del primer nivel de asistencia prestado por los distribuidores;
- e) realizará análisis globales de mercado y planes anuales de desarrollo de productos.

iii) Disposiciones relativas a las operaciones efectuadas con o por Newco

- (24) En virtud del artículo 17.1 del AEP, las transacciones entre Newco y cualquiera de los accionistas se efectuarán en condiciones que deberán ser básicamente tan favorables para Newco como si la transacción se hubiere efectuado con un tercero en condiciones de mercado (coste más un rendimiento razonable), pero nunca más ventajosas.

En virtud del artículo 17.3 del AEP, Newco se abastecerá de productos, servicios y facilidades de sus empresas matrices únicamente si en cada caso concreto la empresa matriz que haya de proporcionárselos puede hacerlo en condiciones al menos tan favorables en cuanto a precio, calidad y servicio como en una transacción de mercado con un proveedor que no esté vinculado a Newco o sus empresas matrices.

iv) Disposiciones de no competencia

- (25) En virtud del artículo 18.1.a) del AEP, y salvo disposición en contrario del AD, los accionistas y sus empresas matrices se comprometen, frente a Newco y los demás accionistas y sus empresas matrices, a no prestar servicios de telecomunicaciones mejorados y de valor añadido en ningún lugar del mundo, ni servicios externos internacionales; a no adquirir participaciones en ellos, y a no nombrar a nadie director de una empresa que facilite tales servicios salvo en calidad de director de Newco o sus filiales. Además, salvo disposición en contrario del AD, se comprometen a no captar clientes para servicios de telecomunicaciones mejorados y de valor añadido o servicios externos internacionales.

No obstante, BT y MCI no infringirán las disposiciones de no competencia cuando actúen en cumplimiento de una licencia concedida a BT por el Gobierno o de cualquier autorización administrativa, licencia u obligación impuesta a MCI por una autoridad estadounidense (artículos 18.3 y 18.4 del AEP). Sin embargo, es de señalar que, en tal caso, si la empresa matriz en cuestión no encontrase otro modo de observar la disposición de no competencia, deberá abonar a Newco un importe igual a los beneficios obtenidos con tales actividades (artículo 18.5 del AEP).

Por último, los artículos 18.9 y 18.10 garantizan que, en caso de desregulación de la ruta EE UU/Reino Unido (y viceversa) para la prestación de servicios internacionales de voz, BT y MCI se proporcionarán mutuamente la ayuda necesaria para competir en ese mercado; no obstante, si ambas empresas matrices no llegasen a un acuerdo sobre el modo de competir eficazmente con terceros que no sea la reventa de servicios internacionales de voz, Newco quedaría autorizado para ofrecer servicios básicos internacionales de voz en dicha ruta. Como se indica en el considerando 11, en tal caso sería necesaria una nueva notificación.

- v) Licencias concedidas a Newco y licencias concedidas por Newco a los distribuidores

(26) En virtud del artículo 3.3 del API, las empresas matrices conceden a Newco licencias irrevocables, perpetuas, no exclusivas e intransferibles para la utilización de la información técnica únicamente para los fines establecidos. Conviene destacar que el término « información técnica » excluye la información confidencial (cuya difusión entre las partes está muy limitada por el Protocolo de confidencialidad de la información del AEP) y los secretos comerciales.

Newco tiene derecho a conceder las siguientes sublicencias a sus sociedades matrices :

- a) a BT únicamente para su territorio (esto es, para todo el mundo excepto el continente americano) y a MCI solamente para el continente americano, para la utilización en la distribución de los productos de Newco de la información técnica facilitada por las empresas matrices bajo licencia [artículo 3.4.a) i) del API]. Además, los distribuidores tienen derecho a conceder sub-sublicencias similares a clientes y a terceros, al objeto exclusivo de cumplir, parcial o totalmente, las obligaciones derivadas de su AD (pero siempre limitadas a su territorio).
- b) a la denominada matriz no poseedora (la que no posee determinado derecho de propiedad intelectual, siempre dentro del territorio que le corresponde como distribuidora) [artículo 3.4.c) del API], para la utilización de información técnica bajo licencia en productos distintos de los productos globales proporcionados por Newco a clientes relacionados con dicha empresa matriz o a los que ésta preste servicios.

Newco sólo puede conceder sublicencias a terceros en dos casos :

- a) si el AD deja de ser exclusivo (artículo 3.5a) del API);
- b) cuando proporcione servicios externos globales directamente a un cliente.

Por otra parte, a instancia de las empresas matrices, Newco les concederá licencias similares sobre sus derechos de propiedad intelectual (artículo 6 del API).

Por último, es de señalar que las sublicencias concedidas a BT y MCI en virtud de sus respectivos derechos de propiedad intelectual no expirarán a la resolución del acuerdo, por ser licencias irrevoca-

bles, perpetuas y mundiales que no están sujetas a restricciones a efectos de uso y concesión de licencias [artículo 13.1.b) y 13.2.b) del API], siempre que la empresa matriz licenciataria satisfaga a la licenciante durante cuatro años los correspondientes cánones. Lo mismo ocurrirá con las licencias concedidas a BT y MCI sobre los derechos de propiedad intelectual de Newco.

- vi) Propiedad de la nueva tecnología para Newco

(27) En virtud del artículo 7.1 del API, Newco puede ser la titular de los derechos de propiedad intelectual derivados de sus descubrimientos. En tal caso, cuando haga el descubrimiento una de las empresas matrices por cuenta de Newco, dicha empresa matriz (Newco no cuenta con I + D propios) recibirá de Newco una licencia no exclusiva, irrevocable y perpetua para la utilización de dicho descubrimiento con cualquier fin (artículo 7.2 del API). A la inversa, si la propiedad del descubrimiento recae en la empresa matriz que lo efectuó, Newco recibirá de ella una licencia similar (artículo 7.3 del API).

- vii) Disposiciones relativas a las marcas registradas

(28) En virtud de los artículos 12.3.a) y b) del API, cada una de las sociedades matrices concederá a la otra (en este caso, sin intervención de Newco) una licencia no exclusiva de uso y de concesión bajo licencia de sus marcas registradas en el territorio de la otra empresa matriz, para la venta, distribución, prestación o utilización de productos globales únicamente.

- viii) Disposiciones relativas a la distribución de productos de Newco

(29) En virtud del artículo 2.1 de cada uno de los AD, Newco nombra al distribuidor como su distribuidor exclusivo en el territorio estipulado.

Esto significa que el distribuidor tiene el derecho exclusivo a promover, vender y distribuir servicios en dicho territorio (artículo 3.1) y la consiguiente obligación de promover la venta de productos globales en el territorio (artículo 8.1). Asimismo, el distribuidor se compromete a no adquirir más productos globales que los de Newco (artículo 5.1), salvo algunas excepciones. Por último, en contra-prestación del suministro de los servicios, el distribuidor pagará a Newco, i) unos derechos anuales variables basados en las previsiones anuales que cada distribuidor está obligado a entregar a Newco sobre la demanda agregada de sus clientes para los

doce meses siguientes⁽¹⁾ y ii) un canon de utilización. Además, en contraprestación de las licencias concedidas por Newco al distribuidor en aplicación del acuerdo de propiedad intelectual éste pagará a aquélla unos derechos anuales que en el primer ejercicio financiero ascenderán a 6,5 millones de dólares americanos (artículo 16).

Newco se compromete a no vender productos globales directa o indirectamente en el territorio mas que al distribuidor (artículo 4.1). No obstante, Newco podrá vender productos globales externos directamente a los clientes cuando resulte conveniente por motivos fiscales o de otra clase y haya sido dispensado del compromiso que implica el artículo 4.1 por el distribuidor (artículo 4.2). Cuando suministre al distribuidor productos globales, Newco pondrá a su disposición las redes de terceros en las mejores condiciones posibles siempre que los productos hayan de suministrarse en uno o más locales del cliente situados fuera del territorio (artículo 6.5) y le ofrecerá una asistencia técnica y comercial razonable en materia de actividades de venta y comercialización (artículo 9).

B. Disposiciones relativas a la inversión de BT en MCI

i) Restricciones a la transferencia de acciones por parte de BT y límites a la posibilidad de BT de incrementar su participación en MCI

- (30) En virtud del artículo 5.1 del AI, BT se compromete a no enajenar en modo alguno sus acciones durante 4 años a partir de la celebración del acuerdo. Al término de ese plazo, BT podrá venderlas, aunque MCI gozará de una opción de compra prioritaria (artículo 5.3 del AI).

En virtud del artículo 6.1 del AI, en caso de emisión de acciones nuevas de MCI, BT tiene derecho a adquirir las necesarias para conservar el mismo porcentaje del capital social de MCI que obrase en su poder antes de la emisión o para aumentarlo, siempre que no se infrinjan las normas que la legislación estadounidense establece en materia de restricciones a las participaciones extranjeras (Foreign Ownership Restrictions) [artículos 6.2.d) y 6.4. del AI].

No obstante, en virtud del artículo 7.1 del AI, BT se compromete a no adquirir directa o indirectamente nuevas acciones de MCI aumentando su participación en ésta por encima del 20 % hasta transcurridos 10 años desde la celebración del acuerdo. Asimismo, BT se compromete expresamente a no intentar controlar MCI o ejercer influencia en ella durante ese mismo plazo de tiempo (artículo 7.3 del AI).

Una vez transcurridos los 10 años, BT podrá aumentar su participación hasta el nivel que autorice la Ley sobre las comunicaciones relativas al control de las inversiones (Communication's Act) de EE UU. Con todo, incluso en el supuesto de que se aboliesen las restricciones que impone esa ley, en principio BT sólo podría aumentar su participación en MCI por encima del 35 % por medio de una oferta de adquisición o una agrupación de empresas aprobada por la mayoría de los consejeros independientes y por la mayoría de los accionistas (BT excluido) (artículo 7.4 del AI).

ii) Derechos de veto y representación de BT en el Consejo de Administración

- (31) El Consejo de Administración de MCI estará compuesto por 15 consejeros. BT tendrá una representación proporcional a su participación. En la actualidad tiene derecho a nombrar tres consejeros. Cuatro consejeros pueden ser altos directivos de MCI. En la mayoría de los comités del Consejo de Administración de MCI habrá una representación semejante. Al menos ocho de los miembros del Consejo de Administración de MCI deben ser totalmente independientes de MCI y BT (artículos 9.7 y 9.9 del AI).

En su calidad de único accionista titular de acciones ordinarias de MCI de la categoría A, BT dispone de un derecho de veto con respecto a determinadas decisiones de MCI relacionadas con la emisión de acciones, la adquisición de empresas del mismo u otro sector de actividad, la venta de activos y el endeudamiento por encima de determinados límites.

iii) Disposiciones referentes a la pérdida de derechos

- (32) En virtud del artículo 9.12 del AI, BT y MCI perderán ciertos derechos si realizan, directa o indirectamente, cualquiera de las actividades principales⁽²⁾ de la otra parte (en el continente americano en el caso de BT y fuera de él en el caso de MCI) o transfieren o ejercen actividades de venta y de comercialización en relación con un tercero que realice actividades similares a las principales de la otra parte o adquieren una participación en éste.

⁽¹⁾ Es de señalar que si la demanda real resulta inferior a la indicada en dichas previsiones, Newco no reembolsará fracción alguna de los derechos abonados.

⁽²⁾ Comprenden todos los servicios de telecomunicaciones y demás servicios de información electrónica y todos los equipos utilizados para prestar tales servicios existentes a la firma de este acuerdo o posteriormente, incluidos (pero no limitados a) todo tipo de acceso a telecomunicaciones o salida de éstas; así como los servicios de valor añadido empresariales o al consumidor generados a través o como consecuencia de otros servicios básicos de telecomunicaciones y que utilicen cualquier tipo de tecnología (voz, datos e imagen) y transporte físico, inteligencia de red y aplicaciones informáticas, incluidos i) el tratamiento de la información, ii) la integración y suministro externo de sistemas, iii) el tratamiento de transacciones y iv) la televisión por cable.

En el caso de BT, sus acciones se convertirán en acciones ordinarias y perderá sus derechos de voto y veto y su representación en el Consejo de administración de MCI.

En cuanto a MCI, BT quedará libre de las obligaciones referentes a futuras transferencias de acciones y al ejercicio de sus derechos de voto y de las derivadas de las disposiciones relativas al período de 10 años previamente citado.

En todo caso, las disposiciones sobre pérdidas de derechos no se aplicarán automáticamente. Están sujetas a una serie de excepciones [enumeradas en el artículo 9.12.b) y d) y que incluyen sin limitaciones las relaciones de corresponsalía en las actividades habituales y cualesquiera actividades relacionadas con la propiedad de Newco] y un procedimiento para confirmar la pérdida de derechos (incluido el arbitraje en caso de desacuerdo).

E. OBSERVACIONES DE TERCEROS INTERESADOS

- (33) A raíz de la publicación de la Comunicación con arreglo al apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17 y el artículo 3 del Protocolo 21 del Acuerdo EEE, se recibieron comentarios de dos terceros interesados. Uno de ellos solicitó que sus comentarios e identidad se mantuviesen secretos. En cuanto a los comentarios del otro, se centraban, por una parte, en la capacidad de BT de falsear la competencia en el mercado europeo de la prestación de servicios mejorados y de valor añadido, dado su control de las instalaciones locales de acceso del Reino Unido, y por otra, en la necesidad de que la Comisión impusiese a las partes el compromiso de abstenerse de todo tratamiento discriminatorio de los competidores y de toda subvención cruzada de servicios abiertos a la competencia con los ingresos obtenidos con operaciones excluidas de la competencia, a fin de fomentar una competencia efectiva dentro del mercado de las telecomunicaciones.

La Comisión examinó detenidamente los comentarios de los terceros interesados y concluyó que los problemas a que éstos se referían ya los había discutido detenidamente con BT y MCI, las cuales le dieron una respuesta satisfactoria y las garantías apropiadas. Por consiguiente, dichos comentarios no han modificado sustancialmente la posición de la Comisión con respecto a los acuerdos notificados, que ya se anunció en la Comunicación efectuada en virtud del apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17 y que se expone a continuación.

II. VALORACIÓN JURÍDICA

A. APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 85 DEL TRATADO CE Y DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 53 DEL ACUERDO EEE A LA CREACIÓN DE NEWCO Y A LA INVERSIÓN DE BT EN MCI

1. Creación de Newco

a) *Competencia entre las sociedades matrices y/o entre éstas y Newco*

- (34) Las empresas matrices deben considerarse competidores potenciales, tanto entre sí como de Newco, en el segmento de los productos globales y competidores efectivos en el mercado de las telecomunicaciones en su conjunto.

En este sentido, hay que tener presente que la cambiante naturaleza de las actividades de Newco influirá en esta cuestión de la competencia potencial y efectiva. Desde el momento (hipotético) en que Newco empiece a prestar servicios básicos (véase el considerando 11), las empresas matrices se convertirán en competidores reales de esta empresa en participación.

- (35) Estas conclusiones se fundan en los siguientes argumentos :

aa) *Competencia potencial en los servicios internacionales de valor añadido y mejorados*

- (36) La oferta de Newco consistirá en una combinación de los productos y redes ya existentes de las matrices. Con anterioridad a la constitución de Newco, las empresas matrices competían, al menos en cierta medida, por conseguir contratos para conjuntos de productos y servicios similares. Así, Hewlett Packard North America adjudicó a BT un contrato para desarrollar un plan de comunicaciones globales basado principalmente en Europa y los países asiáticos del Pacífico. Además, los clientes de MCI usuarios de servicios de valor añadido en EEUU que contaban con sucursales en el extranjero podían obtener básicamente las mismas prestaciones (con algunas limitaciones que dependían del número de establecimientos situados en el extranjero) para esos servicios de valor añadido al entrar en contacto con sus oficinas en el extranjero que en EEUU. Aunque muchos de esos servicios se prestan por el sistema de corresponsalías, esto es, MCI conecta con la red de otro OT, algunos, como el servicio de correo de MCI, no sigue este sistema.

- (37) Las partes han indicado que se han retirado del mercado en el que operará Newco. No obstante, han concedido a esta empresa una licencia para utilizar su tecnología y conservan la titularidad de sus respectivos derechos de propiedad intelectual además de mantener intactas sus respectivas capacidades de I + D.

Newco no llevará a cabo actividades de investigación y desarrollo, sino que las contratará con sus matrices. Por lo tanto, éstas seguirán poseyendo y mejorando las tecnologías necesarias para mantenerse o volver a entrar en el mercado.

Además, si bien la propiedad de los descubrimientos puede recaer en Newco, también es posible (según se decida en cada caso) que la empresa matriz que haya hecho el hallazgo obtenga la propiedad del mismo y, en cualquier caso, las matrices recibirán de Newco licencias para utilizar con productos no globales las tecnologías desarrolladas.

- (38) Las partes han declarado que tienen el propósito de ofrecer a sus clientes intranacionales (que generalmente serán las sucursales nacionales de los clientes internacionales de Newco) una serie de servicios de idéntica apariencia a los ofrecidos por Newco a nivel internacional. Para ello, cada una obtendrá de la otra, a través de Newco, las licencias necesarias. Dentro de sus territorios, BT y MCI pueden establecer libremente filiales locales en cualquier país para prestar servicios a las empresas del país. Por lo tanto, podrá ocurrir que un cliente se dirija a BT (o MCI) sin pasar por Newco para satisfacer sus necesidades locales y recurra a BT (o MCI) como distribuidor exclusivo de Newco para sus necesidades internacionales.

- (39) Además, también podría darse el caso de que un cliente internacional tuviese tal concentración de tráfico en el Reino Unido o EEUU que la oferta de las matrices compitiese directamente con la de Newco en caso de prescindir el cliente de la dimensión internacional de Newco a fin de conseguir mejores condiciones para sus telecomunicaciones nacionales por representar éstas el grueso de sus necesidades.

- (40) Por último, las empresas matrices mantendrán intactas su presencia y reputación comercial. Además, al ser los distribuidores exclusivos de Newco, también mantendrán y acrecentarán su conocimiento del mercado, por ejemplo, en lo referente a las necesidades de los clientes.

Todos estos factores hacen creíble la posibilidad de un retorno al mercado.

- a.b) Competencia real o, al menos, potencial en el conjunto del mercado de servicios de telecomunicaciones

- (41) BT y MCI son la cuarta y quinta mayores empresas de telecomunicaciones del mundo por volumen de tráfico. BT, que disfrutaba del monopolio de telecomunicaciones en el Reino Unido, todavía tiene una posición muy sólida en dicho Estado miembro, como se desprende de su cuota global de mercado (aproximadamente el 90 % del mercado del Reino Unido). MCI es la segunda empresa de telecomunicaciones de larga distancia más grande de EEUU, aunque le separa una diferencia considerable con respecto a la primera, AT & T.

La organización tradicional del mercado de las telecomunicaciones internacionales consistía, hasta que se emprendió el proceso de liberalización, en que los OT limitaban sus actividades a sus mercados nacionales y, en consecuencia, no competían entre sí. Esta situación no puede perpetuarse, al menos por lo que atañe a los grandes usuarios de telecomunicaciones. Las diferentes redes compiten a la hora de ofrecer prestaciones y precios para la instalación de centros de telecomunicaciones para dichos grandes usuarios. La competencia crecerá en los próximos años a medida que vaya avanzando el proceso de liberalización.

- (42) Tanto MCI como BT realizan actividades directas fuera de sus mercados nacionales por medio de filiales y sus actividades en organizaciones internacionales.

MCI emplea a 150 trabajadores en Europa y tiene varias filiales en diferentes Estados miembros (Alemania, Bélgica, Francia, Italia y el Reino Unido). Estas filiales constituyen el punto de enlace con el OT local y suministran servicios de mantenimiento y reparaciones de los equipos de los clientes, así como de coordinación de la información sobre facturación con los clientes multinacionales. También contribuyen a la venta de diversos servicios de MCI (por ejemplo, MCI Call USA, Vnet) que están a disposición de los usuarios europeos y compiten con los servicios de llamadas telefónicas internacionales directas que ofrecen BT y los demás OT en sus mercados nacionales. Aparte de las filiales mencionadas, MCI tiene una sucursal en el Reino Unido, MCI Ltd, únicamente para tener una razón social, y otra en los Países Bajos, MCI

Global Ventures BV, que debía ser la sociedad de cartera de un proyecto que no se materializó. Por otra parte, en Grecia, Irlanda, España y los Países Bajos MCI lleva a cabo, a través de contratistas independientes, actividades de enlace y ayuda a la comercialización de servicios.

En la actualidad, MCI presta servicios mejorados de línea privada entre EEUU y el Reino Unido en virtud de una licencia de servicios de telecomunicaciones válida para el Reino Unido. Asimismo, suministra servicios únicamente de datos para el sistema de reserva mundial de un cliente utilizando licencias de VSAT concedidas en Alemania y Francia a Overseas Telecommunications Inc., que es una filial suya.

Por último, MCI tiene una participación del 8,5 % en Financial Network Association (FNA), que es una asociación destinada a facilitar el suministro de servicios especializados de telecomunicaciones a los círculos financieros de todo el mundo mediante el sistema de corresponsalías. Además, posee una participación del 25 % en Infonet, aunque está desprendiéndose de ella.

Por su parte, BT desarrolla importantes actividades en algunos Estados miembros, especialmente en Francia, los Países Bajos, Alemania y España (donde recientemente creó, junto con el banco español Banco de Santander, una empresa en participación para prestar servicios de datos en España). Con todo, el grueso de las actividades de BT en el extranjero antes de la transacción con MCI estaba en EEUU. Como consecuencia de la operación, la mayor parte de las actividades de British Telecom North America (BTNA) se venderán a MCI, y se transferirá Syncordia a Newco. No obstante, BT mantendrá un mínimo de personal en US and BT USA Holdings, su sociedad de cartera estadounidense. Además, BT conservará BT US Capital Corporation (que utiliza para obtener fondos en el mercado estadounidense), BT US Paging INC, BT US Ventures INC y BT US Cableships. Por último, BT poseía una participación del 25 % en McCaw, pero se la ha vendido a AT&T a cambio del 2 % de los derechos de voto de AT&T, que está valorada aproximadamente en 2 000 millones de dólares americanos. Estos derechos de voto no confieren a BT influencia alguna en la estrategia comercial de AT&T y, además, BT ha declarado que los venderá en el momento oportuno.

b) *Aplicabilidad del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE a la creación de Newco*

(43) Una vez concluido que BT y MCI son, al menos, competidores potenciales en los dos mercados considerados y seguirán siéndolo en un futuro previsible, es necesario determinar si la creación de Newco por estas dos empresas entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85.

No se ha demostrado de manera concluyente que la creación de Newco sea el único medio efectivo que tienen las empresas matrices para introducirse y mantenerse en el mercado de los servicios internacionales de valor añadido y mejorados, ya que ambas empresas tienen substanciales actividades en campos similares, incluida la prestación de servicios a clientes situados en el extranjero, en ocasiones sin recurrir a corresponsales, y tienen la capacidad financiera y tecnológica necesaria para introducirse en solitario en dicho mercado. Si así lo hiciesen se enfrentarían básicamente a las mismas restricciones, por ejemplo reglamentarias, que tendrá que asumir Newco cuando trate de introducirse en el mercado de referencia. Además, la creación de Newco significa que probablemente las matrices no desarrollen una gama de productos similares para ofrecerlos por su cuenta en el mercado considerado. Por estos motivos, la creación de Newco entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE.

Además, vista la actual estructura de Newco y dados la disposición de no competencia, el alcance geográfico de las licencias concedidas a Newco por las empresas matrices y por Newco a aquéllas y las condiciones de los acuerdos de distribución exclusiva, cabe considerar que Newco es un instrumento concebido por las matrices para aunar sus respectivos derechos de propiedad intelectual y concederse mutuamente y a Newco licencias sobre ellos, exclusivas por lo que se refiere a los servicios que está previsto que ofrezca Newco. La Comisión ya indicó en su momento con relación a las licencias recíprocas concedidas entre competidores con carácter exclusivo que sólo pueden ampararse en los reglamentos de exención de determinadas categorías de acuerdos de concesión de licencias sobre patentes y «know-how» si las partes no están sujetas a ninguna restricción territorial dentro de la Comunidad, incluidas las restricciones que impiden las importaciones procedentes de terceros países y falsean de este modo la competencia dentro de la Comunidad.

Por las razones que acaban de exponerse, se concluye que Newco entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE.

2. Inversión de BT en MCI

- (44) Por regla general, la Comisión y el Tribunal de Justicia consideran que el apartado 1 del artículo 85 no es aplicable a los acuerdos de venta o compra de acciones⁽¹⁾ en cuanto tales. No obstante, sí puede serlo, según las condiciones contractuales y las características del mercado, si se coordina la estrategia competitiva de las partes o se influye en ella.

Por ello, la Comisión examinó si la presencia en el Consejo de administración de MCI de consejeros nombrados por BT podía dar lugar a una coordinación de la estrategia competitiva de ambas empresas, especialmente a la vista del acceso que BT tendrá a la información confidencial de MCI. A este respecto, cabe señalar que en virtud del AI BT no podrá intentar controlar MCI ni ejercer influencia alguna en ella. Así lo disponen, concretamente, las disposiciones previstas en los artículos 7.1 (se compromete a no adquirir acciones durante 10 años) y 7.3 (a no intentar controlar la empresa o ejercer influencia en ella).

Además, el derecho estadounidense de sociedades y de defensa de la competencia impide a BT hacer un uso indebido de la información confidencial de MCI (e incluso tener acceso a ella).

Por lo tanto, cabe concluir que la inversión de BT en MCI no entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado ni del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE.

B. APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 85 DEL TRATADO CE Y DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 53 DEL ACUERDO EEE A LAS DISPOSICIONES DE LOS ACUERDOS

- (45) Las siguientes disposiciones restringen la competencia:
- la designación de BT como distribuidor exclusivo de Newco dentro del EEE (artículo 2.1 del AD de BT);
 - la obligación de las partes de no adquirir más productos globales que los de Newco (artículo 3.1 de los AD);
 - la disposición de no competencia en lo referente a las actividades de Newco (artículo 18.1 de AEP);
 - las disposiciones referentes a la pérdida de derechos, por lo que atañe a las actividades de MCI en el territorio del EEE, en virtud del artículo 9.12.c) del AI.

- (46) De estas restricciones, la disposición de no competencia y la obligación de no adquirir más productos globales que los de Newco son accesorias a la creación de Newco y el éxito inicial de la operación. Así pues, se considera que están subsumidas en la empresa en participación y, en consecuencia, no se examinarán a la luz del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE por separado desvinculándolas de la empresa en participación.

Newco es el instrumento que BT y MCI han elegido para introducirse en el mercado considerado. En este sentido, ambas restricciones son dos vertientes del mismo compromiso firme contraído por cada una de las empresas matrices con la otra y con Newco y son imprescindibles para que Newco se introduzca en el mercado considerado, dadas las características del nuevo mercado de servicios globales de valor añadido y mejorados (y las del conjunto del mercado de las telecomunicaciones) en cuanto a incertidumbre y riesgos, inversiones substanciales necesarias y grado de competencia con otras empresas en participación similares. Estas características se reflejan en el hecho de que se espera que Newco arroje importantes pérdidas al menos en los primeros años de funcionamiento.

La disposición de no competencia tiene por objeto asegurar que BT y MCI concentran sus esfuerzos en Newco por lo que se refiere a los servicios que va a ofrecer esta empresa en participación, de manera que no se malogre la entrada de Newco en el mercado considerado por culpa de otras actividades paralelas de sus empresas matrices (por ejemplo, en cooperación con otros OT).

La obligación a que están sujetas BT y MCI en cuanto distribuidores exclusivos de Newco de no adquirir más productos globales que los de esta empresa está destinada a asegurar a Newco un flujo continuo de fondos y a acrecentar su credibilidad y su reputación en el mercado. Si las empresas matrices fuesen libres de comprar productos globales a otros proveedores, la credibilidad de Newco y su situación financiera se verían gravemente afectadas, particularmente en aquellos casos en que Newco pudiese satisfacer adecuadamente una solicitud especial. También conviene destacar que Newco no está obligada a comprar a sus empresas matrices todos los productos y servicios de telecomunicaciones o de otro tipo que necesita.

Las disposiciones accesorias suelen aceptarse por un período determinado. No obstante, en el presente asunto, a la vista de las especiales características del mercado en que operará Newco y de las substanciales inversiones y riesgos que implica la operación se aceptarán que dichas disposiciones accesorias durante toda la duración de la exención concedida en la presente Decisión a la empresa en participación.

(1) Véanse Decisión sobre Philip Morris/Rembrandt/Rothmans, acumulado 142/84 y 156/84, XIV Informe sobre la política de competencia, puntos 98-100, y sentencia en los asuntos BAT y Reynolds/Comisión, Rec. 1987, p. 4487.

- (47) La designación de BT como distribuidor exclusivo de Newco dentro del EEE entra dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE, ya que tiene por objeto o efecto aislar el EEE de las importaciones de los servicios en cuestión ofrecidos por Newco desde el exterior del EEE. Tal aislamiento falsearía la competencia dentro del EEE. Además, dicha designación no puede considerarse accesoria a la creación de la empresa en participación, habida cuenta especialmente de que los acuerdos prevén la posibilidad de que la distribución no sea exclusiva [artículo 3.5.a) del API].

Por el contrario, la designación de BT como distribuidor exclusivo de Newco en la porción de su territorio que se halla fuera del territorio del EEW y la disposición análoga del AD de MCI referente al continente americano no producen ningún efecto apreciable dentro del EEE. Por consiguiente, no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado ni del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE.

- (48) En el actual estado de desarrollo del conjunto del mercado de telecomunicaciones, la disposición de pérdida de derechos que afecta a BT [artículo 9.12.a) del AI] y, en la medida en que no concierne al EEE, la disposición de pérdida de derechos que afecta a MCI [artículo 9.12.c) del AI] no producirán ningún efecto apreciable dentro del EEE. Por consiguiente, no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado ni del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE.

Por el contrario, en la medida en que afecta al territorio del EEE, la disposición de pérdida de derechos del artículo 9.12.c) ya produce efectos apreciables dentro del EEE y no puede considerarse accesoria a la inversión de BT en MCI o la constitución de Newco. Tiene por objeto o efecto impedir de manera significativa que MCI se introduzca en el territorio del EEE utilizando su tecnología actual en segmentos del mercado de telecomunicaciones del EEE utilizando su tecnología actual en segmentos del mercado de telecomunicaciones que por el momento Newco no tiene previsto abarcar pero que están incluidos en la amplia definición que se ha dado a sus « actividades principales ». Esta disposición, si bien no constituye una disposición de no competencia, pues no impide a MCI competir en solitario en el territorio de BT (esta disposición tiene por efecto hacer muy desventajoso para MCI competir con BT en campos diferentes de los abarcados por Newco), tendrá un efecto práctico muy semejante al de una obligación de no competencia.

Así, por ejemplo, podría disuadir en la práctica a MCI de establecer una filial en un país perteneciente al territorio de BT para prestar en él servicios no internacionales de valor añadido, aun cuando sólo utilizaría su actual gama de productos y servicios (esto es, no violaría los derechos de propiedad intelectual de BT o Newco).

Todo acuerdo que impide a las empresas de terceros países suministrar productos o servicios y competir en la Comunidad entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado (y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE). En el examen del presente asunto no se ha aducido motivo alguno que justifique desviarse de esta práctica.

Por lo demás, no puede aceptarse por sí ninguna disposición de no competencia que se extienda más allá del campo de actividad de la empresa en participación ⁽¹⁾.

Por estos motivos, la disposición sobre pérdida de derechos aplicable a MCI en virtud del artículo 9.12.c) del AI entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado (y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE) en la medida en que afecta al EEE.

C. EFECTO SOBRE EL COMERCIO ENTRE LOS ESTADOS MIEMBROS Y LOS PAÍSES DE LA AELC

- (49) En las directrices relativas a la aplicación de las normas de competencia al sector de las telecomunicaciones ⁽²⁾ [punto nº 39 i)] elaboradas por la Comisión, se manifiesta que, dado que en toda la Comunidad se comercia con servicios, equipos e infraestructuras distintos de los reservados, cualquier acuerdo sobre ellos puede afectar al comercio entre los Estados miembros. Así ocurre en el presente caso, ya que Newco prestará servicios de valor añadido no sólo entre el EEE y el extranjero, sino también entre los países del EEE. Vistos el creciente tamaño del mercado y las perspectivas de expansión del mismo en los próximos años, el efecto sobre el comercio entre los Estados miembros y entre los Estados miembros y los países de la AELC será substancial.

⁽¹⁾ Véanse el apartado 3 del artículo 3 del Reglamento (CEE) nº 2349/84 de la Comisión (DO nº L 219 de 16. 8. 1984, p. 15), el apartado 5 del artículo 3 del Reglamento (CEE) nº 556/89 de la Comisión (DO nº L 61 de 4. 3. 1989, p. 1) y la letra a) del artículo 6 del Reglamento (CEE) nº 418/85 de la Comisión (DO nº L 53 de 22. 2. 1985, p. 5).

⁽²⁾ DO nº C 233 de 6. 9. 1991, p. 2.

En cuanto a las disposiciones no accesorias, también afectan éstas al comercio entre los Estados miembros y entre los Estados miembros y los países de la AELC, puesto que tienden a aislar a toda la Comunidad impidiendo a MCI desarrollar en ella actividades nuevas o ya existentes no sólo por lo que se refiere a los productos y las zonas geográficas incluidos en las actividades previstas para Newco (como consecuencia de los acuerdos de distribución exclusiva), sino también con respecto a productos y zonas geográficas que Newco no tiene previsto abarcar (como consecuencia de la disposición de pérdida de derechos aplicable a MCI).

Dado que una de las actividades de Newco consistirá en prestar servicios entre países del EEE, el efecto de dichas disposiciones sobre el comercio es substancial.

D. CONCLUSIONES CON RESPECTO AL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 85 DEL TRATADO Y AL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 53 DEL ACUERDO EEE

- (50) En conclusión, la creación de Newco entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE al igual que las citadas disposiciones no accesorias. Se considera que su efecto restrictivo sobre la competencia y el comercio entre Estados miembros es sustancial.

E. APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 85 DEL TRATADO CE Y APARTADO 3 DEL ARTÍCULO 53 DEL ACUERDO EEE

- (51) Los objetivos que persiguen las empresas con esta serie de transacciones no coinciden plenamente. BT pretende convertirse en el principal proveedor global de servicios internacionales de telecomunicaciones de valor añadido y mejorados de todo el mundo, aunque con una presencia especialmente importante en Europa y EE UU. La colaboración con un gran operador estadounidense era primordial para alcanzar este objetivo y, particularmente, para introducirse en el mercado de EE UU, donde se hallan el 40 % de las empresas multinacionales.

En cuanto a MCI, su objetivo principal era preservar su competitividad en el continente americano, especialmente frente a AT & T. Para ello, en vista del crecimiento de la demanda de servicios globales, MCI juzgó necesario añadir a sus servicios una dimensión global, pero sin tener que establecerse en el extranjero. Optó por la alternativa consistente en crear una empresa en participación. Primero, entró en Infonet, pero finalmente se decantó por una alianza con otro operador de telecomunicaciones. Tras negociar con varios de ellos, se dirigió a BT. Como resultado de las transacciones de que se ocupa la presente Decisión, MCI obtendrá los medios financieros para mejorar su infraestructura en EE UU.

- (52) Los acuerdos notificados, en la medida en que entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE, satisfacen las condiciones establecidas para la concesión de la exención del apartado 3 del artículo 85 del Tratado y del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE.

a) Mejoras

- (53) Se considera que Newco mejorará los servicios de telecomunicaciones y fomentará el progreso técnico y económico dentro de la Comunidad del siguiente modo :

— Gracias a la combinación de las tecnologías de BT y MCI, Newco podrá ofrecer con mayor celeridad y a un precio inferior nuevos servicios basados en los ya prestados por las empresas matrices pero más avanzados que los que éstas hubieran podido ofrecer por separado con sus conocimientos tecnológicos actuales. Ahora bien, esta combinación de tecnologías será un proceso costoso y lento, como lo demuestra el hecho de que la gama de servicios que prestará Newco no será plenamente operativa hasta dentro de cinco años. Otra ventaja de esta alianza radica en que se pondrá a disposición de los clientes de Newco en Europa (con los límites que imponen las disposiciones no accesorias, los cuales se analizarán más adelante) la tecnología de MCI, que está considerada como una de las más fiables y de más fácil manejo del mundo.

— La estrategia de Newco para introducirse en el mercado reside en incorporar valor añadido a la capacidad de transmisión (líneas internacionales privadas arrendadas) que le proporcionan los OT locales. Sin embargo, Newco no utilizará los sistemas de cada una de las redes nacionales, sino que incorporará sus propios sistemas de conmutación, su tecnología de procesamiento y encaminamiento de llamadas, sus sistemas de señalización y sus propias bases de datos y sus programas informáticos para prestar servicios internacionales verdaderamente unitarios. Esto representa una verdadera ventaja frente a los servicios internacionales basados (como, los de BT y MCI) en la interconexión de las redes nacionales, cuya estructura, soporte lógico y físico informático y sistemas de gestión suelen ser incompatibles. Estas redes interconectadas están limitadas por su eslabón más débil, pues no pueden ofrecer un número de servicios y prestaciones superior al que puede prestar la red nacional menos eficiente de la cadena.

— Además, si logra sus objetivos, Newco contribuirá a que las principales empresas de la Comunidad mejoren su eficacia en materia de telecomunicaciones hasta niveles que actualmente sólo pueden alcanzarse en determinadas regiones o países. De este modo, estas empresas comunitarias podrán hacer frente en mejores condiciones a la competencia global de

empresas que operan en otras partes del mundo en las que tales progresos tecnológicos son cosa corriente.

- Por último, como Newco utilizará una sola arquitectura de red podrá reducir costes haciendo economías de escala a nivel tecnológico y operativo y, además, posiblemente obtendrá de los OT tarifas de interconexión más baratas dadas sus dimensiones. En este sentido, no cabe duda de que Newco avivará la competencia entre los proveedores de capacidad de transmisión básica internacional para reducir los costes de sus operaciones y tratará de canalizar el tráfico a través de rutas alternativas más económicas.

- (54) Por lo que atañe al EEE, tanto los acuerdos de distribución exclusiva como las disposiciones de pérdida de derechos aplicables a MCI están destinados a garantizar que las empresas matrices concentren sus actividades de comercialización (prospección de clientes, inversiones en redes regionales y nacionales y otras instalaciones) en sus respectivos territorios, requisito esencial para el éxito de Newco. Al mismo tiempo, Newco se beneficiará de la reputación y el historial de sus matrices para captar clientes.

b) Consumidores

- (55) Con la creación de Newco los consumidores se beneficiarán de una serie de servicios nuevos avanzados antes de lo que lo harían si las matrices tuviesen que prestar tales servicios por separado.

Además, los grandes consumidores, que serán empresas de gran tamaño, se beneficiarán directamente gracias a:

- una mayor oferta de servicios nuevos y más desarrollados que les permitirá operar con mayor eficiencia a escala mundial y competir en mejores condiciones con sus competidores mundiales y de la Comunidad y el EEE,
- unos precios inferiores derivados de la reducción de los costes que posibilitará la mayor eficacia operativa de Newco y la presión que esta empresa ejercerá sobre los OT locales.

Estas ventajas aumentarán la competitividad de las empresas usuarias en sus mercados, particularmente frente a aquellos competidores que tienen a su disposición servicios de telecomunicaciones más modernos.

A este respecto, cabe señalar que los acuerdos de distribución exclusiva de BT garantizan que los consumidores sólo tendrán que dirigirse a un único servicio centralizado en caso de tener problemas con la prestación permanente de servicios en cualquier lugar del mundo. Por otra parte, las disposiciones de pérdida de derechos aplicables a MCI, que sirven para fomentar la confianza entre las empresas matrices (véase el considerando 62) garantizarán un grado de estabilidad suficiente en las relaciones entre BT y MCI para hacerlas fructuosas. Una entrada satisfactoria de Newco en el mercado incrementará el nivel de competencia y las posibilidades de elección de los clientes. La mencionada estabilidad es un factor muy importante para los clientes a la hora de decidir si confían a un proveedor un elemento estratégico como sus telecomunicaciones.

c) Competencia restante

- (56) La creación de Newco no ofrecerá a las partes la posibilidad de suprimir la competencia respecto de las categorías de servicios que prestará Newco. Esta conclusión, que también es válida para las restricciones no accesorias antes mencionadas, se basa en los siguientes argumentos:

- Newco deberá competir con otras importantes empresas: ante todo con Worldsource de AT & T y con EUNETCOM (o con una versión más avanzada de ésta si prosperan los planes de cooperación más estrecha entre Deutsche Bundespost Telekom y France Télécom). También cabe señalar la competencia de otras alianzas ya existentes, como Unisource o IPSP, o de alianzas previstas entre OT que todavía no han tomado posiciones en el mercado (como Sprint y las «Baby Bells» en EE UU, NTT en Japón y algunos OT europeos importantes, como Telefónica, Belgacom, Mercury o STET). Por último, las partes creen que también deberán afrontar, al menos en el mercado de los componentes de servicios globales de telecomunicaciones de valor añadido, la competencia de otro tipo de empresas, como las de informática y tratamiento de datos (IBM, DEC y EDS) y las de servicios de información (Geis y Comuserve).

- Las multinacionales y otras grandes empresas son compradores muy exigentes que tienen capacidad para crear sus propias redes privadas o atraer ofertas de los competidores de Newco. Ello les confiere una considerable capacidad de negociación que redundará en una gran presión sobre los márgenes de beneficios y aviva la competencia entre los proveedores.

- (57) En este contexto, la Comisión ha examinado detenidamente la cuestión del acceso de terceros a las redes de MCI y BT. Es ésta una cuestión importante que puede plantearse con especial pertinencia en un futuro próximo, al igual que otro tema que la Comisión también ha analizado cuidadosamente: las posibles subvenciones cruzadas de BT a Newco.

A este respecto, es de señalar que la normativa actual en sus respectivos países obliga a MCI y BT a abstenerse de toda discriminación de cualquier tipo en perjuicio de terceros.

Por lo que concierne a MCI, en virtud de la US Communications Act de 1934, cuyo cumplimiento vigila la Federal Communication Commission (« FCC », Comisión federal de comunicaciones), sus acuerdos y servicios de red están descritos en tarifas o contratos que se hallan a disposición del público.

La Communications Act y las normas de la FCC prohíben a MCI toda discriminación injusta o excesiva en la prestación de servicios, incluido el acceso de sus competidores y corresponsales extranjeros a dichos servicios. Además, la FCC ha establecido un procedimiento de denuncia para quienes se consideren perjudicados por una acción u omisión de MCI (o de cualquier otro OT en EE UU).

BT se encuentra en una situación semejante. En virtud de la Public Telecommunications Operator Licence (licencia para organismos de telecomunicaciones) que recibió en aplicación de la Telecommunications Act de 1984 (Ley de telecomunicaciones), cuyo cumplimiento vigila el Office of Telecommunications (« Oftel », Agencia de telecomunicaciones), esta empresa tiene prohibido todo tratamiento preferente o discriminatorio en la prestación de determinados servicios o terceros y tampoco puede favorecer indebidamente a parte alguna de su propia empresa frente a la competencia. Por otra parte, como están prohibidos los acuerdos exclusivos de prestación de servicios internacionales de telecomunicaciones, BT no puede celebrar con corresponsales extranjeros, incluido MCI, acuerdos por los que éstos queden incapacitados para tratar con otros operadores en el Reino Unido. Por último, cabe indicar que la cláusula 18 de la licencia de BT [junto con la 38, en lo que concierne a la confidencialidad de la información de los clientes⁽¹⁾] faculta a Oftel para intervenir en

caso de que BT realizase subvenciones cruzadas indebidas e impone a esta empresa la obligación de registrar todas las transferencias importantes entre las diferentes partes de la sociedad.

Estas restricciones legales también se reflejan en los acuerdos. Así, por ejemplo, las acciones realizadas por MCI y BT en cumplimiento de sus obligaciones están excluidas de la disposición de no competencia del AEP (artículos 18.3 y 18.4) y de las disposiciones de pérdida de derechos del AI [artículo 9.122.b)iii) y 9.12.c)iii)].

A la vista de estas restricciones legales y de las explicaciones complementarias facilitadas por las partes, la Comisión ha llegado a la conclusión de que por el momento no es necesario tomar medidas, particularmente, exigir a las partes que se comprometan a abstenerse de toda discriminación y subvención cruzada. No obstante, si en el futuro esta conclusión resultase errónea, la Comisión aplicará inmediatamente las normas de competencia del Tratado (y, cuando sean aplicables, las del Acuerdo EEE) de la manera oportuna.

d) Indispensabilidad

i) *Newco*

- (58) La creación de Newco es indispensable para que las empresas matrices puedan introducirse con éxito en el mercado considerado:

— Gracias a Newco, se acortará sustancialmente el tiempo necesario para comercializar los servicios en cuestión. Dado que muchas otras empresas (principalmente por medio de alianzas) están introduciéndose en el mercado, el plazo necesario para sacar al mercado una gama completa de servicios es un factor competitivo de primerísima importancia.

— Además, con Newco las empresas matrices reducirán substanciales los costes y los riesgos derivados de la compleja organización que se precisa para ofrecer tales servicios a la escala y con las características que exigen las multinacionales y otros grandes usuarios internacionales.

— Por último, como se indica en el considerando 7, Newco permitirá superar rápidamente los problemas que implica el suministro de servicios y prestaciones (servicios de ventanilla única, de extremo a extremo y de carácter unitario) que exigen las multinacionales y otros grandes usuarios con la estructura de relaciones de cooperación establecida por los OT.

(¹) La utilización de esta información también viene restringida por el Protocolo de confidencialidad de la información del AEP, al que se hace referencia en el considerando 26.

ii) *Distribución exclusiva*

- (59) En virtud del AD de BT, Newco nombra a BT distribuidor exclusivo de sus productos en un vasto territorio que abarca todo el mundo salvo el continente americano.

Esta exclusividad viene reforzada por las disposiciones del API en materia de concesión de licencias. Así, en virtud del artículo 3.4.a) i), Newco concede a sus matrices sublicencias para utilizar la tecnología combinada de estas empresas en la distribución de sus productos, a BT únicamente para el « territorio » y a MCI exclusivamente para el continente americano. Además, cada empresa matriz (o distribuidor) obtiene directamente de la otra una licencia no exclusiva para utilizar sus marcas registradas en su propio territorio. Así, BT concede a MCI una licencia sobre sus marcas registradas limitada al continente americano [artículo 12.3 a) y b)] y viceversa.

Las partes han presentado a la Comisión toda una serie de argumentos para probar la indispensabilidad de los acuerdos de distribución exclusiva de BT en la transacción. Ambas han hecho especial hincapié en la protección de los valiosos derechos de propiedad intelectual que han aportado a la empresa en participación, no sólo frente a terceros, sino sobre todo frente a ellas mismas. Las dos empresas han subrayado que no han encontrado un medio más eficaz de organizar la distribución de los productos de manera equilibrada.

Habida cuenta de todo ello, del alto nivel de competencia a que se enfrentarán las matrices (como distribuidores de Newco) y de la importante capacidad de negociación de los clientes, puede aceptarse que el acuerdo de distribución exclusiva de BT (incluidas las disposiciones del API que lo refuerzan) es indispensable para obtener los efectos positivos (en particular, la distribución de los productos de manera eficiente) que se derivan de las cláusulas restrictivas, siempre que se permitan las ventas pasivas a clientes del EEE. Por ventas pasivas se entiende, en lo que se refiere a MCI, la posibilidad de que un cliente del EEE se dirija a esta empresa para conseguir la prestación de servicios de Newco en el EEE con la colaboración de esta última (por lo que atañe, por ejemplo, a la disponibilidad de líneas arrendadas o al servicio de atención a la clientela) sin la intervención de BT o con la intervención de esta empresa sólo como distribuidor complementario.

- (60) La Comisión ha examinado en qué medida tales ventas pasivas están a disposición de todo tipo de clientes. Las partes han confirmado que las ventas pasivas (1) serán posibles independientemente del tamaño y ubicación de los clientes y la Comisión considera (como lo han reconocido las partes) que las ventas pasivas de ambos distribuidores en el territorio exclusivo del otro son verdaderamente posibles (2). Así, cualquier cliente europeo que tenga actividades en al menos dos Estados miembros pero que no esté presente en Estados Unidos puede contratar con MCI (en vez de con BT, que es el distribuidor exclusivo en Europa) la prestación de servicios de Newco solamente en el EEE. MCI concluirá la venta en Estados Unidos (sin infringir las licencias que le haya concedido Newco o las licencias sobre marcas registradas que le haya concedido BT) y, a continuación, pedirá a Newco que facilite las redes externas (redes de terceros) necesarias en las mejores condiciones posibles. Para ello, Newco puede, en algunos casos, contratar servicios de BT (en particular los servicios regulados reservados a BT), pero siempre está obligado a optar por el proveedor que ofrezca los servicios más competitivos. Con todo, MCI seguirá siendo responsable ante el cliente.

En conclusión, la exclusividad se considera indispensable con arreglo al apartado 3 del artículo 85 (y del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE).

iii) *Pérdida de derechos de MCI en virtud del artículo 9.12.c) del Acuerdo de inversión*

- (61) Como se explicó anteriormente, el artículo 9.12.c) del AI establece que MCI perderá determinados derechos si realiza cualquiera de las actividades principales de BT en un territorio definido como « el resto del mundo », que incluye la totalidad del EEE.

(1) La última versión disponible del plan de empresa hace incluso una distinción entre « ventas remotas » (en las que un cliente pide a uno de los distribuidores que le haga una oferta de prestación de servicios en el territorio del otro distribuidor) y « ventas pasivas » (cuando un cliente solicita una oferta a un distribuidor que no es responsable de ese territorio o cliente). Ambos tipos de ventas son posibles. El distribuidor en cuestión preparará su propia oferta sin consultar al otro y, si participa en la venta, Newco no revelará a ninguno de los dos distribuidores los precios y condiciones que ofrezca al otro ni información confidencial sobre el cliente.

(2) Además, habrá diferencias de precios entre MCI y BT para los servicios de Newco, que dependerán de las condiciones locales y el coste de suministro.

- (62) Esta disposición debe examinarse teniendo en cuenta la desproporción existente entre el gran valor que tiene para cada una de las empresas matrices el soporte lógico informático que cede mediante licencia a Newco (y a otra matriz dentro de su territorio) y el bajo nivel de protección de que goza dicho soporte lógico en la mayoría de las normativas sobre propiedad industrial vigentes. Básicamente, Newco utilizará el mismo soporte lógico para atender a los clientes internacionales que las empresas matrices para satisfacer las necesidades intranacionales de sus clientes dentro de sus respectivos territorios. Además, hay que tener presente que, a través de Newco (y de las licencias que esta empresa concederá a sus empresas matrices para cada nuevo hallazgo), las tecnologías de ambas partes estarán cada vez más imbricadas y será más difícil distinguirlas.

Por todo ello, las partes han decidido no incluir en el API una cláusula de resolución en caso de incumplimiento del acuerdo y han preferido insertar las disposiciones referentes a la pérdida de derechos en el AI. Estas últimas pueden considerarse análogas a las disposiciones sobre protección territorial del licenciante autorizadas tanto en el Reglamento de excepción para determinadas categorías de acuerdos de licencia de «know-how» [Reglamento (CEE) nº 556/89] como en el relativo a los acuerdos de licencia de patentes [Reglamento (CEE) nº 2349/84].

Desde este punto de vista, las disposiciones de pérdida de derechos del artículo 9.12.c) del AI son indispensables, especialmente para fomentar la confianza entre las matrices y, de este modo, hacer posible la transferencia de tecnología necesaria para Newco.

- (63) No obstante, como ya se indicó previamente, tales disposiciones tendrán por efecto impedir en gran medida que MCI se introduzca en el EEE utilizando únicamente su propia tecnología. La Comisión no encuentra motivos para aceptar este efecto restrictivo durante toda la duración de los acuerdos.

Por ello, a raíz de sus discusiones con la Comisión, las partes han modificado los acuerdos para que las disposiciones sobre pérdida de derechos establecidas en el artículo 9.12.c) del AI sólo sean aplicables, por lo que concierne al EEE, durante un período de cinco años. Al término de dicho plazo, expirará la pérdida de derechos de MCI con relación al EEE.

Cinco años es un plazo adecuado, habida cuenta de que el plan de empresa de Newco compromete a las matrices por cinco años y que, además, ése es el tiempo necesario para que el conjunto de servicios

que Newco comercializará sea plenamente operativo.

A la vista de esta modificación, la Comisión considera que el artículo 9.12.c) del AI cumple las condiciones exigidas para la concesión de una excepción con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado CE y al apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE.

e) Conclusión

- (64) Se concluye que se cumplen las cuatro condiciones necesarias para la concesión de una excepción individual en virtud del apartado 3 del artículo 85 del Tratado y del apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE para la creación de Newco y las restricciones indispensables anteriormente indicadas.

F. DURACIÓN DE LAS EXENCIONES

- (65) En virtud del artículo 8 del Reglamento nº 17, toda decisión de aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado (y en virtud del Protocolo 21 del Acuerdo EEE por lo que se refiere al apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE) será otorgada para un período de tiempo determinado. Además, de conformidad con el artículo 6 de dicho Reglamento, la fecha a partir de la cual la decisión surtirá efecto no podrá ser anterior al día de la notificación. Por lo tanto, en el presente caso, la presente Decisión, dado que concede una exención, deberá surtir efecto:

— a partir de la fecha en que se completó la notificación, esto es, del 16 de noviembre de 1993 al 15 de noviembre de 2000 por lo que respecta a la empresa en participación creada por BT y MCI y al nombramiento de BT como distribuidor exclusivo de Newco en el EEE.

— En cuanto a la pérdida de derechos aplicable a MCI en virtud del artículo 9.12.c) del AI, durante cinco años a partir de la fecha de adopción de la presente Decisión,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Basándose en los elementos de que dispone, la Comisión no tiene motivos para intervenir en virtud del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE con respecto a los acuerdos notificados relativos a la adquisición por BT de una participación del 20 % del capital en acciones de MCI, al nombramiento de MCI como distribuidor exclusivo de Newco en el continente americano en virtud del artículo 2.1 del Acuerdo de distribución de MCI, al nombramiento

de BT como distribuidor exclusivo de Newco en el resto del mundo salvo el territorio del EEE, a la pérdida de derechos de MCI en virtud del artículo 9.12.c) del acuerdo de inversión en la medida en que no concierne al territorio del EEE y a la pérdida de derechos de BT en virtud del artículo 9.12.a) del acuerdo de inversión.

Artículo 2

Basándose en los elementos de que dispone, la Comisión no tiene motivos para intervenir en virtud del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE durante el período de vigencia de la exención concedida a la empresa en participación Newco respecto de la obligación de BT y MCI de no adquirir más productos globales que los de Newco de conformidad con el artículo 3.1 del acuerdo de distribución y respecto de la disposición de no competencia aplicable a las actividades de Newco en virtud del artículo 18.1 del acuerdo por el que se crea la empresa en participación.

Artículo 3

De conformidad con el apartado 3 del artículo 85 del Tratado CE y el apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE, las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE se declaran inaplicables, durante el período comprendido entre el 16 de noviembre de 1993 y el 15 de noviembre de 2000, a la empresa en participación Newco creada por BT y MCI tal como ha sido notificada a la

Comisión y al nombramiento de BT como distribuidor exclusivo de Newco en el territorio del EEE con arreglo al artículo 2.1 del acuerdo de distribución de BT.

Artículo 4

De conformidad con el apartado 3 del artículo 85 del Tratado CE y el apartado 3 del artículo 53 del Acuerdo EEE, las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE y del apartado 1 del artículo 53 del Acuerdo EEE se declaran inaplicables, durante un período de cinco años a partir de la fecha de adopción de la presente Decisión al artículo 9.12.c) del Acuerdo de inversión.

Artículo 5

Los destinatarios de la presente Decisión serán :

British Telecommunications plc
81 Newgate Street
GB-London EC1A 7AJ.

MCI Communications Corporation
1801 Pennsylvania Avenue, NW
Washington, DC 20006
EE UU.

Hecho en Bruselas, el 27 de julio de 1994.

Por la Comisión

Karel VAN MIERT

Miembro de la Comisión