

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera)
de 18 de septiembre de 2001 *

En el asunto T-112/99,

Métropole télévision (M6), con domicilio social en Neuilly-sur-Seine (Francia),

Suez-Lyonnaise des eaux, con domicilio social en Nanterre (Francia),

France Télécom, con domicilio social en París (Francia),

representadas por M^e D. Théophile, abogado, que designan domicilio en Luxemburgo,

y

Télévision française 1 SA (TF1), con domicilio social en París, representada por M^{es} P. Dunaud y P. Elsen, abogados, que designa domicilio en Luxemburgo,

partes demandantes,

contra

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por los Sres. E. Gippini Fournier y K. Wiedner, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: francés.

apoyada por

CanalSatellite, con domicilio social en París, representada por M^{es} L. Cohen-Tanugi y F. Brunet, abogados, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte coadyuvante,

que tiene por objeto que se anulen los artículos 2 y 3 de la Decisión 1999/242/CE de la Comisión, de 3 de marzo de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/36.237 — TPS) (DO L 90, p. 6),

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Tercera),

integrado por los Sres. J. Azizi, Presidente, K. Lenaerts y M. Jaeger, Jueces;

Secretaria: Sra. D. Christensen, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 18 de enero de 2001;

dicta la siguiente

Sentencia

Contexto general del asunto

A. Descripción de la operación

- 1 Este asunto versa sobre la Decisión 1999/242/CE de la Comisión, de 3 de marzo de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/36.237 — TPS) (DO L 90, p. 6; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), que se refiere a la creación de la empresa Télévision par satellite (en lo sucesivo, «TPS»), cuyo objeto es diseñar, desarrollar y explotar, en sistema digital vía satélite, una oferta de programas y de servicios televisivos de pago destinados a los telespectadores europeos de habla francesa (considerando 76 de la Decisión impugnada).
- 2 Esta empresa, que fue constituida en forma de sociedad regular colectiva de Derecho francés por seis grandes empresas francesas activas en los sectores de la televisión [Métropole télévision (M6), Télévision française 1 SA (TF1), France 2 y France 3] y de las telecomunicaciones y la distribución por cable (France Télécom y Suez-Lyonnaise des eaux), supone un elemento nuevo en mercados muy dominados por un operador histórico, a saber, la empresa Canal+ y su filial CanalSatellite.

B. Mercados afectados y estructura de dichos mercados

3 De la Decisión impugnada se desprende que el principal mercado de productos afectado por la creación de TPS es el de la televisión de pago (considerandos 23 y 24 de la Decisión impugnada). La operación afecta también al mercado de la adquisición de derechos de difusión y al de la comercialización de cadenas temáticas.

4 En cuanto al mercado geográfico afectado, la parte demandada precisó en la Decisión impugnada que, en el momento de su adopción, los distintos mercados debían apreciarse a nivel nacional, de manera que, en el presente asunto, se limitaban a Francia (considerandos 40 a 43 de la Decisión impugnada).

1. Mercado de la televisión de pago en Francia

5 Según resulta del considerando 25 de la Decisión impugnada, dicho mercado constituye un mercado de productos distinto del de la televisión de libre acceso (denominada también «televisión en abierto»). A la inversa que en este último mercado, en el que la relación comercial se establece entre la entidad de radiodifusión y el anunciante, en el caso del mercado de la televisión de pago existe una relación entre la entidad de radiodifusión y el telespectador en su calidad de abonado. Por consiguiente, las condiciones de la competencia son distintas en estos dos mercados.

- 6 La Decisión impugnada precisa, asimismo, que, en el momento de su adopción, el mercado de la televisión de pago comprendía las tres modalidades de difusión (hertziana, vía satélite y por cable) y que esta serie de modalidades de difusión no constituían mercados distintos (considerando 30 de la Decisión impugnada).

- 7 El operador más antiguo en el mercado de la televisión de pago en Francia es la empresa Canal+, que goza de una imagen ampliamente implantada en Francia y dispone de conocimientos técnicos muy desarrollados en materia de gestión (considerando 44 de la Decisión impugnada). El grupo Canal+ opera también en el sector de la distribución por cable, ya que controla la red NumériCâble. Además, a través de su filial CanalSatellite, Canal+ ofrece un paquete de cadenas de pago vía satélite, de calidad digital (en lo sucesivo, «paquete digital») (considerando 46 de la Decisión impugnada). Se desprende de la Decisión impugnada que, «en términos de abonados, el Grupo Canal+, que incluye la cadena de calidad “Canal+”, CanalSatellite y la red NumériCâble, representaba a finales de junio de 1998 cerca del 70 % del mercado francés de la televisión de pago» (considerando 47).

- 8 En abril de 1996, el grupo francés AB, cuya actividad fundamental consiste en la producción de programas y la distribución de derechos de televisión, lanzó otro operador al mercado de la televisión de pago, la empresa AB-Sat. A finales de junio de 1998, AB-Sat contaba con 100.000 abonados (considerando 49 de la Decisión impugnada).

- 9 Finalmente, la empresa TPS contaba a finales de julio de 1998 con 457.000 abonados y esperaba tener 600.000 al término del año 1998 (considerando 50 de la Decisión impugnada).

2. Mercado de la adquisición de derechos de difusión, especialmente de cine y deportes

- 10 En la medida en que el cine y el deporte constituyen los dos productos emblemáticos de la televisión de pago, es necesario adquirir derechos de difusión relativos a dichos programas para confeccionar una oferta suficientemente atractiva como para convencer a los futuros abonados de pagar por la recepción de servicios de televisión (considerando 34 de la Decisión impugnada).
- 11 De la Decisión impugnada se desprende que los principales competidores de TPS en dicho mercado, especialmente en el ámbito de la compra de derechos de difusión de películas americanas y francesas y de acontecimientos deportivos, son Canal+ y las cadenas temáticas en las que ésta participa (considerando 58 de la Decisión impugnada). La Comisión precisa también en la Decisión impugnada que «el grupo Canal+ tiene una posición particularmente fuerte en este mercado» y que la empresa AB-Sat, así como las cadenas generalistas, también están presentes en él (considerando antes citado).

3. Mercado de la comercialización y explotación de cadenas temáticas

- 12 De la Decisión impugnada resulta que las cadenas temáticas son indispensables para la constitución de ofertas atractivas de televisión de pago y que el mercado de la comercialización y explotación de cadenas temáticas se encuentra en plena expansión en Francia, especialmente a raíz de la aparición de la tecnología digital (considerandos 37 a 39 y 65 a 69 de la Decisión impugnada).

- 13 Por lo que atañe a la estructura del mercado, la Decisión impugnada precisa:

«Desde la aparición de las plataformas vía satélite, todos los operadores de televisión de pago tienen participaciones en las cadenas temáticas explotadas en el mercado. El número de participaciones en manos de los principales operadores de este mercado es bastante homogéneo. No obstante, el grupo Canal+ es un importante operador ya que posee participaciones en las cadenas más veteranas y que cuentan con una mejor penetración en el cable y con el mayor número de abonados» (considerandos 67 y 68 de la Decisión impugnada).

C. Notificación y acuerdos notificados

- 14 La creación de TPS fue inicialmente objeto de contactos con la parte demandada durante el verano de 1996, de cara a su notificación con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas [DO 1990, L 257, p. 13, modificado en último término por el Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DO L 180, p. 1)] (considerando 1 de la Decisión impugnada). No obstante, cuando la demandada informó a las empresas que participaban en la creación de TPS de que ésta no constituía una empresa en participación en el sentido de que no era una empresa sujeta a un control conjunto por parte de sus asociados, aquéllas notificaron la operación el 18 de octubre de 1996, con la finalidad de obtener una declaración negativa o, con carácter subsidiario, una exención en virtud del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204) (considerando antes citado).
- 15 Cuatro son los acuerdos notificados. Los principios fundamentales por los que se rige el funcionamiento de TPS se recogen en el convenio de 11 y 18 de abril de 1996 (en lo sucesivo, «convenio») y se concretaron y estructuraron

posteriormente en el pacto de asociados firmado el 19 de junio de 1996 y en los estatutos de TPS y de TPSG, firmados en la misma fecha (considerando 70 de la Decisión impugnada). La duración de los acuerdos es de diez años (considerando 71 de la Decisión impugnada).

- 16 En la Decisión impugnada, la parte demandada centró su atención, en especial, en tres cláusulas previstas en dichos acuerdos. Se trata, en primer lugar, de la cláusula de inhibición de la competencia; en segundo lugar, de la cláusula relativa a las cadenas temáticas, y, en tercer lugar, de la cláusula de exclusividad.

1. *Cláusula de inhibición de la competencia*

- 17 Esta cláusula se recoge en el artículo 11 del convenio y en el artículo 5.3 del pacto de asociados, antes citados, y ha sido precisada, a instancia de la parte demandada, mediante acta adicional de 17 de septiembre de 1998. La cláusula es del siguiente tenor:

«A excepción de los casos existentes en el momento de conclusión de los acuerdos y salvo a efectos de venta de los nuevos programas y servicios que no hubieran contratado con TPS, las partes se comprometen a no participar, ni directa ni indirectamente bajo ningún concepto, mientras sean accionistas de TPS, en sociedades cuyas actividades u objeto social sean la difusión y comercialización de una oferta de programas y servicios audiovisuales de pago, digitales o vía satélite, dirigidos a los hogares europeos de habla francesa» (considerando 77 de la Decisión impugnada).

2. *Cláusula relativa a las cadenas temáticas*

- 18 El artículo 6 del convenio (titulado «Programas y servicios de la oferta digital») y el artículo 5.4 del pacto de asociados, antes citado, prevén que TPS disponga de un derecho de prioridad y de un derecho de retracto en relación con la producción de cadenas temáticas y de servicios televisivos por parte de sus accionistas. Dicha cláusula está redactada en los siguientes términos:

«Con el fin de suministrar a TPS los programas necesarios para su actividad, las partes han acordado proponer con carácter prioritario a TPS los programas y servicios que explotan o sobre los que disponen efectivamente de un poder de decisión en la sociedad productora, así como los programas o servicios que puedan crear. TPS dispondrá de un derecho de tanteo y retracto, en las mejores condiciones propuestas por cualesquiera competidores, sobre todos los programas o servicios que sus accionistas propongan a terceros. En caso de aceptación, con carácter exclusivo o no, TPS aplicará a estos servicios condiciones financieras y contractuales por lo menos equivalentes a aquellas de las que pudieran beneficiarse tales programas y servicios con otros clientes.

En cuanto a la recompra de estas cadenas y servicios, TPS decidirá libremente y en función de su propia valoración si acepta o rechaza contratar la integración de estos programas y servicios en su oferta digital, con o sin carácter exclusivo, entendiéndose que las partes manifiestan su objetivo de poder disponer de programas y servicios en exclusiva dentro de la oferta digital de TPS» (considerandos 78 y 79 de la Decisión impugnada).

3. *Cláusula de exclusividad*

- 19 Finalmente, el artículo 6 del convenio establece que las cadenas generalistas que hayan participado en la creación y lanzamiento de TPS, a saber, M6, TF1,

France 2 y France 3, serán distribuidas con carácter exclusivo por TPS (considerando 81 de la Decisión impugnada). TPS asumirá los costes técnicos de su transporte y difusión sin contrapartida pecuniaria (considerando antes citado).

D. Decisión impugnada

- 20 El 3 de marzo de 1999, la demandada adoptó la Decisión impugnada.
- 21 Según resulta del artículo 1 de dicha Decisión, la demandada estimó que, en virtud de las informaciones de que disponía, no había lugar a que interviniera, con arreglo al artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE, apartado 1), en relación con la creación de TPS.
- 22 En cambio, con respecto a las cláusulas contractuales descritas en los apartados 17 a 19 *supra*, la demandada concluyó que:
- no había lugar a que interviniera en relación con la cláusula de inhibición de la competencia durante un período de tres años, es decir, hasta el 15 de diciembre de 1999 (artículo 2 de la Decisión impugnada);

- las disposiciones correspondientes a la cláusula de exclusividad y a la relativa a las cadenas temáticas gozarían de una exención con arreglo al artículo 85, apartado 3, del Tratado durante un período de tres años, es decir, hasta el 15 de diciembre de 1999 (artículo 3 de la Decisión impugnada).

Procedimiento y pretensiones de las partes

- 23 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 10 de mayo de 1999, las demandantes interpusieron el presente recurso.

- 24 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 5 de noviembre de 1999, la empresa CanalSatellite solicitó intervenir en el presente procedimiento en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

- 25 Mediante auto de 31 de enero de 2000, el Presidente de la Sala Tercera del Tribunal de Primera Instancia admitió la intervención y estimó en parte la solicitud de confidencialidad, presentada por las demandantes, en relación con determinadas informaciones que figuran en el escrito de demanda y en sus anexos.

- 26 El 24 de marzo de 2000, la parte coadyuvante presentó su escrito de formalización de la intervención. La Comisión, TF1 y M6 presentaron sus observaciones acerca de dicho escrito los días 4, 5 y 8 de mayo de 2000, respectivamente.

27 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) decidió iniciar la fase oral. En el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento previstas en el artículo 64 de su Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Primera Instancia invitó a las partes a responder a una serie de preguntas y requirió la presentación de un documento por parte de la demandada, todo lo cual se llevó a efecto dentro del plazo señalado.

28 En la vista de 18 de enero de 2001 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas orales formuladas por el Tribunal de Primera Instancia.

29 Las demandantes solicitan al Tribunal de Primera Instancia que:

— Anule los artículos 2 y 3 de la Decisión impugnada.

— Condene solidariamente en costas a la demandada y a la parte coadyuvante.

30 La demandada y la parte coadyuvante solicitan al Tribunal de Primera Instancia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a las demandantes.

Fundamentos de Derecho

A. Sobre la admisibilidad del recurso

Alegaciones de las partes

- 31 La demandada, a la que apoya en este extremo la parte coadyuvante, propuso una excepción de inadmisibilidad contra el recurso interpuesto por las demandantes. A este efecto señala que, según jurisprudencia reiterada, sólo son recurribles los actos que produzcan efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses de las demandantes. Asimismo, observa que, como se desprende de las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 1992, NBV y NVB/Comisión (T-138/89, Rec. p. II-2181), apartado 31, y de 22 de marzo de 2000, Coca-Cola/Comisión (asuntos acumulados T-125/97 y T-127/97, Rec. p. II-1733), apartado 79, sólo la parte dispositiva del acto puede producir efectos jurídicos y, en consecuencia, lesivos. En cambio, los fundamentos de Derecho de la decisión de que se trate sólo pueden someterse al control de legalidad del juez comunitario en la medida en que, en su calidad de fundamentos de Derecho de un acto lesivo, constituyen el soporte necesario de su parte dispositiva.
- 32 Ahora bien, según la demandada, la parte dispositiva de una decisión por la que se concede una declaración negativa y una exención, como la impugnada en el presente recurso, no es lesiva para el destinatario. Por consiguiente, procede declarar la inadmisibilidad del recurso de anulación interpuesto por las demandantes.
- 33 La demandada estima que esta solución se impone particularmente si se tiene en cuenta que, el 15 de diciembre de 1999, se extinguieron todos los efectos jurídicos que producía la Decisión impugnada. Por tanto, el interés del presente asunto es puramente teórico.

- 34 Las demandantes niegan que el presente recurso sea inadmisibile. Señalan que la Decisión impugnada produce efectos jurídicos obligatorios que afectan a sus intereses (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, IBM/Comisión, 60/81, Rec. p. 2639, apartado 9) puesto que la declaración negativa y la exención sólo se otorgan por tres años. También observan que en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, European Night Services y otros/Comisión (asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, Rec. p. II-3141), que también tenía por objeto recursos de anulación interpuestos contra una decisión de exención por sus beneficiarios, se declaró la admisibilidad de los recursos.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 35 Es preciso recordar que, según jurisprudencia reiterada, las medidas que produzcan efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses del demandante, modificando de manera caracterizada la situación jurídica de éste, constituyen actos o decisiones que pueden ser objeto de recurso de anulación en el sentido del artículo 173 del Tratado CE (actualmente artículo 230 CE, tras su modificación) (sentencias del Tribunal de Justicia, IBM/Comisión, citada en el apartado 34 *supra*, apartado 9, y de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión, asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375, apartado 62; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 4 de marzo de 1999, Assicurazioni Generali y Unicredito/Comisión, T-87/96, Rec. p. II-203, apartado 37, y Coca-Cola/Comisión, citada en el apartado 31 *supra*, apartado 77).
- 36 Por tanto, cualquier persona física o jurídica puede interponer un recurso de anulación contra la decisión de una institución comunitaria por la cual no se da satisfacción, en todo o en parte, a una solicitud precisa y clara formulada por dicha persona e incluida dentro de la competencia de aquella institución [véase, en este sentido, con respecto a una solicitud en virtud del artículo 3, apartado 2, letra b), del Reglamento nº 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión, 26/76, Rec. p. 1875, apartado 13]. En dicha situación, la denegación parcial o total de la solicitud produce efectos jurídicos obligatorios que pueden afectar a los intereses de su autor.

- 37 La admisibilidad del presente recurso de anulación ha de examinarse a la luz de dichos principios.
- 38 En el presente asunto, las demandantes notificaron a la demandada los acuerdos relativos a la creación de TPS y las restricciones que consideraban accesorias a dicha operación, con la finalidad de obtener, en virtud del artículo 2 del Reglamento n° 17, una declaración negativa para todo el período de duración de dichos acuerdos, es decir, por un período de diez años o, en su defecto, una exención individual de idéntica duración, con arreglo al artículo 4, apartado 1, del mismo Reglamento.
- 39 Ahora bien, de la parte dispositiva de la Decisión impugnada se desprende que tanto la declaración negativa relativa a la cláusula de inhibición de la competencia (artículo 2) como la exención individual referente a la cláusula de exclusividad y a la cláusula relativa a las cadenas temáticas (artículo 3) sólo fueron concedidas por un período de tres años.
- 40 De esta limitación de la duración de la declaración negativa y de la exención previstas en los artículos 2 y 3 antes mencionados resulta que las demandantes sólo disfrutaban de tales beneficios durante un período mucho más breve que aquel en el que inicialmente se podía pensar a la luz de la seguridad jurídica que se desprende de este tipo de decisiones. Las demandantes afirman además, sin que la demandada haya opuesto nada a este respecto, que dicha situación de hecho también afectó al cálculo de rentabilidad de las inversiones que presidió la celebración de los acuerdos notificados.
- 41 Por consiguiente, estos puntos de la parte dispositiva de la Decisión impugnada producen efectos jurídicos obligatorios que pueden afectar a los intereses de las demandantes.
- 42 Poco importa a este respecto que, tras una nueva notificación de las restricciones controvertidas, las demandantes pudieran en su caso obtener una nueva

declaración negativa o una exención de duración inferior, idéntica o incluso superior a la inicialmente concedida. Dado que en el momento actual las demandantes no disponen de la seguridad jurídica que hubiesen disfrutado si la declaración negativa y la exención previstas, respectivamente, en los artículos 2 y 3 de la Decisión impugnada hubiesen sido concedidas por diez años, estos puntos de la parte dispositiva de dicha Decisión afectan de manera cierta a sus intereses.

- 43 En último lugar, es preciso observar que, al contrario que las pretensiones formuladas en los asuntos que dieron lugar a las sentencias NBV y NVB/Comisión y Coca-Cola/Comisión, citadas en el apartado 31 *supra*, el recurso de anulación interpuesto por las demandantes tiene por objeto la parte dispositiva y no los fundamentos de Derecho de la Decisión impugnada. En efecto, las demandantes piden en sus pretensiones la anulación de los artículos 2 y 3 de la parte dispositiva de la Decisión impugnada. Además, si bien es cierto que en la sentencia NBV y NVB/Comisión, antes citada (apartado 32), el Tribunal de Primera Instancia consideró que una decisión relativa a una declaración negativa «[daba] satisfacción al solicitante y, por su propia naturaleza, no [podía] ni modificar su situación jurídica, ni perjudicarle», se ha de señalar que, en el asunto que dio lugar a dicha sentencia, la declaración negativa fue expedida por un período de tiempo idéntico al solicitado por las partes interesadas. En cambio, como se ha recordado anteriormente, en el presente asunto sólo se concedió una declaración negativa por un período de tres años, mientras que las demandantes la habían solicitado por diez años.
- 44 En atención a las consideraciones anteriores, procede declarar la admisibilidad del recurso.

B. Sobre el fondo

- 45 El Tribunal de Primera Instancia ha decidido examinar en primer lugar los motivos destinados a obtener la anulación del artículo 3 de la Decisión

impugnada, es decir, los referentes a la cláusula de exclusividad y a la cláusula relativa a las cadenas temáticas. A continuación, el Tribunal de Primera Instancia examinará el motivo invocado contra el artículo 2 de la Decisión impugnada, relativo a la cláusula de inhibición de la competencia.

1. Sobre los motivos destinados a obtener la anulación del artículo 3 de la Decisión impugnada

- 46 Por lo que se refiere al artículo 3 de la Decisión impugnada, las demandantes invocan dos motivos basados en la inobservancia de las disposiciones del artículo 85, apartados 1 y 3, del Tratado. En el marco del primer motivo, alegan que la demandada vulneró el artículo 85, apartado 1, del Tratado en la medida en que consideran, con carácter principal, que la cláusula de exclusividad y la relativa a las cadenas temáticas no constituyen restricciones de la competencia a efectos de dicha disposición y, con carácter subsidiario, que dichos pactos deben ser calificados de restricciones accesorias de la creación de TPS. En el segundo motivo, las demandantes estiman que la demandada vulneró el artículo 85, apartado 3, del Tratado al no aplicar correctamente los criterios de exención previstos por dicha disposición y que cometió un error de apreciación por lo que se refiere a la duración de la exención.

a) Sobre el primer motivo, basado en la vulneración del artículo 85, apartado 1, del Tratado

i) Sobre la alegación, invocada con carácter principal, basada en que la cláusula de exclusividad y la cláusula relativa a las cadenas temáticas no constituyen restricciones de la competencia a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado

- 47 Las demandantes alegan que, para afirmar en la Decisión impugnada que la cláusula de exclusividad y la relativa a las cadenas temáticas constituyen

restricciones de la competencia a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado, la demandada se basó en apreciaciones erróneas, por una parte, y aplicó incorrectamente aquella disposición, por otra.

- 48 La demandada, apoyada por la parte coadyuvante, niega la procedencia de esos dos motivos.

— Sobre el motivo basado en la existencia de apreciaciones erróneas

Alegaciones de las partes

- 49 Las demandantes señalan que, para declarar el carácter restrictivo de la competencia inherente a la cláusula de exclusividad, la demandada se esforzó en demostrar, en los considerandos 102 a 107 de la Decisión impugnada, que las cadenas generalistas emitían programas de interés para los telespectadores y que dicha cláusula tenía como efecto privar a los competidores de TPS del acceso a dichos programas. Pues bien, según las demandantes, esta afirmación se basa en apreciaciones erróneas.

- 50 En primer lugar, alegan la inexactitud de la afirmación según la cual el atractivo de las cadenas generalistas en la oferta de TPS se explica por la existencia en Francia de zonas de sombra, es decir, zonas en las que la recepción por vía hertziana de dichas cadenas es de mala o deficiente calidad. Según las demandantes, las cifras, citadas por la demandada, del estudio realizado por el instituto Médiamétrie correspondiente a noviembre-diciembre de 1997, relativo a un seguimiento bimensual del lanzamiento (en lo sucesivo, «estudio Médiamétrie»), son erróneas y no toman en cuenta el hecho de que casi todos los franceses

reciben TF1, France 2 y France 3 en buenas condiciones. En apoyo de lo anterior, las demandantes han sostenido en la vista, por una parte, que el estudio Médiamétrie no precisa los principios metodológicos con arreglo a los cuales fue realizado y, por otra, que la calidad de la emisión de programas televisivos por las cadenas de televisión francesas era controlada cada cinco años por el Conseil supérieur de l'audiovisuel en el marco del procedimiento de autorización o de renovación de la autorización.

- 51 En segundo lugar, las demandantes observan que, frente a lo indicado por la demandada en la Decisión impugnada, de los estudios de mercado resulta que los telespectadores eligen TPS motivados más por la riqueza de su oferta que por la recepción de las cadenas generalistas en calidad digital.
- 52 En tercer lugar, las demandantes estiman que carece de pertinencia para el presente asunto la afirmación de la demandada según la cual los otros dos paquetes digitales, a saber, CanalSatellite y AB-Sat, pudieron lanzarse con éxito sin difusión exclusiva de las cadenas generalistas. Señalan, por una parte, que CanalSatellite se benefició de numerosas exclusivas cinematográficas y deportivas con ocasión de su lanzamiento y que sigue teniendo la exclusividad de la difusión de la cadena Canal+ y, por otra parte, que AB-Sat se ha establecido en un segmento distinto de mercado.
- 53 En último lugar, las demandantes exponen que, contrariamente a lo manifestado por la demandada en la Decisión impugnada, el hecho de que TPS difunda en exclusiva las cuatro cadenas generalistas, que representan el 90 % del conjunto de los telespectadores y alrededor del 75 % de la audiencia por cable, no implica necesariamente que el acceso de los competidores a los programas de dichas cadenas sea limitado. A este respecto señalan que el mercado de la televisión de libre acceso y el de la televisión de pago son dos mercados distintos, de manera que no podría haber tal relación de causalidad. Además, según las demandantes, no es seguro que, en caso de que las cuatro cadenas generalistas no se hubiesen comprometido en la creación de TPS, no habrían aceptado participar en otro paquete digital. Por lo demás, observan que, como demuestra la situación en los demás países europeos, en los que un sólo operador monopoliza el mercado de la televisión de pago, ya no es posible que se introduzcan nuevos operadores en el mercado de la televisión de pago en Francia.

54 La demandada, apoyada por la parte coadyuvante, niega que la afirmación contenida en la Decisión impugnada, según la cual la exclusividad de la difusión de las cuatro cadenas generalistas constituye una restricción de la competencia, se base en apreciaciones erróneas.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

55 Ha de señalarse que son inexactos o carentes de pertinencia los hechos que invocan las demandantes para demostrar que la afirmación de la demandada, relativa al carácter restrictivo de la competencia de la cláusula de exclusividad, se basa en apreciaciones erróneas.

56 En primer lugar, es preciso destacar que, al no existir elementos de prueba que apoyen su tesis, no es posible asumir la alegación de las demandantes según la cual los datos del estudio Médiamétrie relativos a la existencia en Francia de zonas de sombra, que se recogen en el considerando 104 de la Decisión impugnada, son inexactos y casi todos los telespectadores reciben en Francia TF1, France 2 y France 3 en buenas condiciones.

57 La parte coadyuvante precisó en la vista, sin que las demandantes lo rebatieran, que el Médiamétrie es el único instituto de sondeo que elabora en Francia estudios de audiencia y que dichos estudios constituyen la referencia de todas las cadenas de televisión francesas, que los utilizan, en particular, para calcular sus ingresos publicitarios.

58 Además, frente a lo alegado por las demandantes, los controles que efectúa cada cinco años el Conseil supérieur de l'audiovisuel, en el marco del procedimiento de autorización o de renovación de la autorización, no constituyen una prueba de la

inexactitud de dichos datos. Como reconocieron en la vista las propias demandantes, el control que efectúa dicho Conseil se refiere únicamente a la calidad de emisión de las cadenas de televisión y no a la calidad de recepción de tales cadenas por los telespectadores franceses.

- 59 Es preciso también observar que la existencia en Francia de importantes zonas de sombra, señalada en el estudio Médiamétrie, parece encontrar confirmación en el estudio de mercado aportado por las demandantes, puesto que de dicho estudio se desprende que [...] ¹ algunas de las personas encuestadas se abonaron a TPS «para recibir correctamente las cadenas nacionales».
- 60 Por lo demás, la demandada precisó con claridad en la Decisión impugnada que las cifras publicadas en el estudio Médiamétrie sólo tenían para ella «valor indicativo ya que, además de las cuatro cadenas generalistas difundidas en exclusiva por TPS, los datos incluyen también a Arte y La Cinquième, cuyo índice de lanzamiento es del 80,6 % de los hogares, así como Canal+ por vía hertziana, que se recibía en malas condiciones en cerca de [...] de hogares» (considerando 104 de la Decisión impugnada).
- 61 En segundo lugar, se ha de señalar que la afirmación de la demandada no queda rebatida por el hecho de que, según los distintos estudios de mercado encargados por TPS (en especial, el estudio BVA), las personas que se abonaron a TPS lo hicieron motivadas en primer lugar por la riqueza de su oferta y no por la posibilidad de recibir también las cadenas generalistas, como alegan las demandantes. En la medida en que los programas de las cadenas generalistas permiten enriquecer la oferta de TPS, éstas aumentan el atractivo de dicha oferta. Además, como se ha expuesto en el apartado 59 *supra*, de los mismos estudios de mercado se desprende que gran parte de las personas encuestadas declararon haber decidido abonarse a TPS para recibir correctamente las cadenas generalistas.

1 — Datos confidenciales omitidos.

- 62 En tercer lugar, por lo que se refiere al argumento de las demandantes según el cual carece de pertinencia en el presente asunto el hecho de que CanalSatellite y AB-Sat pudieran ser lanzadas al mercado sin difusión exclusiva de las cadenas generalistas, es necesario precisar que este dato fue alegado por la demandada para demostrar que las cadenas generalistas no constituyen «una categoría de programas diferente ni un tipo de contenido esencial para la televisión de pago» (considerando 106 de la Decisión impugnada). Si bien es cierto que este dato reviste una importancia relativamente secundaria por lo que respecta a la determinación del carácter restrictivo de la competencia de la cláusula de exclusividad, no obstante permite comprobar que esta cláusula no es objetivamente necesaria para la creación de TPS, de manera que no puede ser considerada una restricción accesoria (véanse, en este sentido, los apartados 118 y siguientes *infra*).
- 63 Finalmente, se deben desestimar los argumentos de hecho alegados por las demandantes para demostrar que la cláusula de exclusividad no produce, frente a lo afirmado por la Comisión en la Decisión impugnada, el efecto de privar a «los competidores de TPS del acceso a programas de interés».
- 64 Es manifiesto que, en la medida en que sólo TPS puede difundir las cadenas generalistas por razón de la exclusividad de que goza, los competidores de TPS se ven privados del acceso a una serie de programas considerados de interés por numerosos telespectadores franceses.
- 65 Además, las demandantes no han aportado prueba alguna en apoyo de la afirmación según la cual no se puede excluir que las cadenas generalistas rechazasen ser difundidas por los otros paquetes digitales.
- 66 En vista de lo anterior, las demandantes no han demostrado que la demandada se haya basado en apreciaciones erróneas para afirmar que la cláusula de exclusividad constituía una restricción de la competencia a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

67 En consecuencia, procede desestimar dicho motivo.

— Sobre el motivo basado en la aplicación errónea del artículo 85, apartado 1, del Tratado (inaplicación de una «rule of reason»)

Alegaciones de las partes

- 68 Las demandantes alegan que la demandada debería haber aplicado el artículo 85, apartado 1, del Tratado a la luz de una «rule of reason» y no de forma abstracta. De conformidad con dicha regla, una práctica contraria a la competencia queda excluida de la prohibición impuesta por el artículo 85, apartado 1, del Tratado si presenta más efectos positivos que negativos para la competencia en un mercado determinado. Consideran que el Tribunal de Justicia ha confirmado la existencia de una «rule of reason» en Derecho comunitario de la competencia (sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 1982, Nungesser y Eisele/Comisión, 258/78, Rec. p. 2015, y de 6 de octubre de 1982, Coditel y otros, 262/81, Rec. p. 3381, apartado 20). Afirman, además, que, contrariamente a lo alegado por la demandada, estas dos sentencias son pertinentes en el presente asunto porque la creación de TPS también se ha efectuado en condiciones y en un mercado muy particulares.
- 69 Las demandantes alegan que la aplicación de la citada regla hubiese permitido deducir la inaplicabilidad del artículo 85, apartado 1, del Tratado a la cláusula de exclusividad y a la relativa a las cadenas temáticas. Señalan que, como se desprende implícitamente del razonamiento adoptado por la demandada respecto del artículo 85, apartado 3, del Tratado, dichas cláusulas, más que restringir la competencia en el mercado de la televisión de pago en Francia, la favorecen, ya que permiten el acceso de nuevos operadores a un mercado hasta entonces dominado por un solo operador, a saber, CanalSatellite y su sociedad matriz

Canal+, habida cuenta de que la oferta de AB-Sat no era en realidad concurrente sino, más bien, complementaria de la de Canal+.

- 70 Según las demandantes, este razonamiento en lo que respecta a la inaplicabilidad del artículo 85, apartado 1, del Tratado a la cláusula de exclusividad y a la relativa a las cadenas temáticas se impone particularmente a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. De ella se desprende, en su opinión, que, por una parte, una cláusula de exclusividad de venta debe ser objeto de evaluación económica y no tiene por qué verse afectada necesariamente por el artículo 85, apartado 1, del Tratado (sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, *Société technique minière*, 56/65, Rec. p. 337) y que, por otra parte, en la prohibición impuesta por dicho artículo no está comprendido un derecho exclusivo que se concede con la finalidad de penetrar en un nuevo mercado (sentencias *Nungesser y Eisele/Comisión*, citada en el apartado 68 *supra*, y *Société technique minière*, antes citada; de manera más general, sobre el alcance del artículo 85, apartados 1 y 3, del Tratado, véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1995, *Oude Luttikhuis y otros*, C-399/93, Rec. p. I-4515, apartado 10, y las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1997, *VGB y otros/Comisión*, T-77/94, Rec. p. II-759, apartado 140, y *European Night Services y otros/Comisión*, citada en el apartado 34 *supra*, apartado 136).
- 71 La demandada niega haber vulnerado el artículo 85, apartado 1, del Tratado al no aplicar una «rule of reason», como sugieren las demandantes, en el marco del examen de compatibilidad de la cláusula de exclusividad y de la relativa a las cadenas temáticas con dicho precepto.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 72 Según las demandantes, la existencia de una «rule of reason» en Derecho comunitario de la competencia implica que, en el marco del artículo 85, apartado 1, del Tratado, es preciso proceder a una ponderación de los efectos positivos y negativos para la competencia de un acuerdo con objeto de determinar

si se aplica a tal acuerdo la prohibición establecida en dicho artículo. Ahora bien, se ha de señalar, con carácter preliminar, que, contrariamente a lo que afirman las demandantes, la existencia de dicha regla no ha sido confirmada en sí misma por los órganos jurisdiccionales comunitarios. Muy al contrario, en diversas sentencias, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia se han cuidado de indicar el carácter dudoso de la existencia de una regla de este tipo en Derecho comunitario de la competencia [véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, Montecatini/Comisión, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, apartado 133 («[...] aun suponiendo que la “rule of reason” pueda aplicarse en el marco del apartado 1 del artículo 85 del Tratado»), y del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, Montedipe/Comisión, T-14/89, Rec. p. II-1155, apartado 265, y de 6 de abril de 1995, Tréfilunion/Comisión, T-148/89, Rec. p. II-1063, apartado 109).

73 A continuación, es preciso destacar que una interpretación del artículo 85, apartado 1, del Tratado como la propuesta por las demandantes resulta difícilmente conciliable con la estructura normativa de dicho precepto.

74 El artículo 85 del Tratado establece explícitamente, en su apartado 3, la posibilidad de declarar exentos acuerdos restrictivos de la competencia cuando éstos cumplen un determinado número de condiciones, en particular, cuando son indispensables para la realización de determinados objetivos y no dan a las empresas la posibilidad de eliminar a la competencia para una parte sustancial de los productos de que se trate. Sólo en el marco preciso de dicha disposición se puede proceder a una ponderación de los aspectos de una restricción que sean favorables o contrarios a la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 28 de enero de 1986, Pronuptia, 161/84, Rec. p. 353, apartado 24, y del Tribunal de Primera Instancia de 15 de julio de 1994, Matra Hachette/Comisión, T-17/93, Rec. p. II-595, apartado 48, y European Night Services y otros/Comisión, citada en el apartado 34 *supra*, apartado 136). El artículo 85, apartado 3, del Tratado perdería gran parte de su efecto útil si dicho examen debiese efectuarse ya en el marco del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

75 Bien es cierto que, en una serie de sentencias, el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia abogaron por una lectura más flexible de la prohibición establecida por el artículo 85, apartado 1, del Tratado (véanse, en particular, las

sentencias *Société technique minière* y *Oude Luttikhuis* y otros, citadas en el apartado 70 *supra*; *Nungesser y Eisele/Comisión* y *Coditel* y otros, citadas en el apartado 68 *supra*; *Pronuptia*, citada en el apartado 74 *supra*; *European Night Services* y otros/Comisión, citada en el apartado 34 *supra*, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, DLG, C-250/92, Rec. p. I-5641, apartados 31 a 35).

- 76 No obstante, estas sentencias no pueden ser interpretadas en el sentido de que consagran la existencia de una «rule of reason» en Derecho comunitario de la competencia. Más bien se insertan en una corriente jurisprudencial más amplia según la cual no se debe considerar, de manera completamente abstracta e indistinta, que todo acuerdo que restrinja la libertad de acción de las partes o de una de ellas se ve afectado necesariamente por la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Para examinar la aplicabilidad de dicha disposición a un acuerdo, se debe tener en cuenta el marco concreto en el que produce sus efectos y, en particular, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas, la naturaleza de los productos y/o servicios contemplados en dicho acuerdo y la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado afectado (véanse, en especial, las sentencias *European Night Services* y otros/Comisión, citada en el apartado 34 *supra*, apartado 136; *Oude Luttikhuis* y otros, citada en el apartado 70 *supra*, apartado 10; *VGB* y otros/Comisión, citada en el apartado 70 *supra*, apartado 140, y la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, *Delimitis*, C-234/89, Rec. p. I-935, apartado 31).
- 77 Al tiempo que respeta la estructura normativa del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de su apartado 3, esta interpretación permite evitar que la prohibición prevista en el apartado 1 de dicha disposición se extienda, de manera completamente abstracta e indistinta, a todos los acuerdos que tengan por efecto restringir la libertad de acción de las partes o de una de ellas. Sin embargo, es preciso destacar que este enfoque no implica de ningún modo una ponderación de los efectos positivos y negativos para la competencia de un acuerdo a efectos de determinar la aplicabilidad de la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado.
- 78 En vista de lo que precede, se debe considerar que, frente a lo alegado por las demandantes, en la Decisión impugnada la demandada aplicó correctamente el

artículo 85, apartado 1, del Tratado a la cláusula de exclusividad y a la relativa a las cadenas temáticas, en la medida en que no le incumbía efectuar una ponderación de los aspectos positivos y negativos para la competencia de dichos pactos fuera del marco preciso del artículo 85, apartado 3, del Tratado.

79 Por el contrario, la Comisión evaluó, de conformidad con la jurisprudencia, el carácter restrictivo para la competencia de dichas cláusulas en su contexto económico y jurídico. Así, comprobó, acertadamente, que las cadenas generalistas presentaban programas de interés para los abonados a una empresa de televisión de pago y que la cláusula de exclusividad tenía el efecto de privar a los competidores de TPS del acceso a dichos programas (considerandos 102 a 107 de la Decisión impugnada). En cuanto a la cláusula relativa a las cadenas temáticas, la demandada comprobó que conducía a una limitación de la oferta de dichas cadenas en el mercado durante un período de diez años (considerando 101 de la Decisión impugnada).

80 En consecuencia, procede desestimar este motivo.

ii) Sobre la alegación, invocada con carácter subsidiario, basada en que la cláusula de exclusividad y la relativa a las cadenas temáticas constituyen restricciones accesorias

— Alegaciones de las partes

Sobre el concepto de restricción accesorias

81 Por lo que respecta al concepto de restricción accesorias, las demandantes estiman que es preciso referirse al *XXIV Informe sobre la política de competencia* de la

Comisión, de 1994 (página 112, punto 166), del cual se desprende que las «restricciones accesorias vinculadas a las empresas en participación» son las «restricciones impuestas exclusivamente sobre las partes o sobre la empresa en participación (y no sobre terceros), objetivamente imprescindibles para el buen funcionamiento de la nueva empresa, y que por tanto son inherentes por naturaleza a la operación en cuestión».

- 82 Las demandantes se refieren también a la Comunicación de la Comisión, de 16 de febrero de 1993, sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del artículo 85 del Tratado CEE (DO 1993, C 43, p. 2; en lo sucesivo, «Comunicación sobre las empresas en participación de carácter cooperativo»), en la que la demandada precisó que los acuerdos «directamente relacionados con la empresa en participación y necesarios para la existencia de la misma deben evaluarse conjuntamente con la empresa en participación. Desde el punto de vista del Derecho de competencia, deben considerarse restricciones accesorias, en la medida en que estén subordinados al objeto principal de la empresa en participación» (punto 66).
- 83 Las demandantes señalan, además, que de la Comunicación sobre las empresas en participación de carácter cooperativo resulta, por una parte, que una licencia exclusiva de explotación concedida a la empresa en participación por un período ilimitado fue considerada imprescindible para la creación y el funcionamiento de dicha empresa y, por otra, que la teoría de las restricciones accesorias ha de aplicarse, en general, en los casos de empresas en participación con nuevas actividades en las que los fundadores no son competidores reales o potenciales de aquélla (punto 76 de la Comunicación sobre las empresas en participación de carácter cooperativo).
- 84 Según las demandantes, la práctica decisoria de la demandada es prueba de una aplicación fiel de dichos principios.
- 85 Las demandantes observan que, en la Decisión 94/895/CE de la Comisión, de 15 de diciembre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del

artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (IV/34.768 — International Private Satellite Partners) (DO L 354, p. 75), punto 61, se estimó que las cláusulas restrictivas de la competencia deben considerarse accesorias cuando son imprescindibles para la empresa en participación y no exceden de lo que exijan la creación y el funcionamiento de dicha empresa [véanse también la Decisión 97/39/CE de la Comisión, de 18 de diciembre de 1996, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto IV/35.518 — Iridium) (DO 1997, L 16, p. 87), puntos 48 y siguientes, y la Decisión de la Comisión, de 6 de abril de 1995, por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común sobre la base del Reglamento n° 4064/89 (IV/M.564 — Havas Voyages/American Express) (DO C 117, p. 8)].

- 86 Las demandantes sostienen, además, que las decisiones y las sentencias citadas por la demandada carecen, en general, de pertinencia para el presente asunto.
- 87 Las demandantes exponen que la sentencia Pronuptia (citada en el apartado 74 *supra*) y la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión (42/84, Rec. p. 2545) versan sobre los criterios de aplicación del artículo 85, apartados 1 y 3, del Tratado sin hacer referencia alguna a la problemática de las restricciones accesorias. Añaden, a continuación, que la Decisión 87/100/CEE de la Comisión, de 17 de diciembre de 1986, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.340 — Mitchell Cotts/Sofitra) (DO 1987, L 41, p. 31), punto 23, no aporta nada nuevo. En cuanto a la Decisión 90/410/CEE de la Comisión, de 13 de julio de 1990, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/32.009 — Elopak/Metal Box-Odin) (DO L 209, p. 15), punto 31, estiman que más bien confirma y no rebate el principio evidenciado en las decisiones a las que se han referido.
- 88 En último lugar, las demandantes consideran que, frente a lo sugerido por la demandada y por la parte coadyuvante, la calificación de una cláusula de restricción accesoria no debe corresponder a un examen abstracto de dicha cláusula, sino que exige un análisis detallado del mercado.

- 89 Las demandantes destacan, además, que la demandada ha realizado este tipo de examen en la Decisión impugnada. También observan que el conjunto de decisiones y sentencias citadas por la parte coadyuvante ilustran el hecho de que el contexto del mercado se toma en cuenta en el marco de la calificación de las «restricciones accesorias». En la sentencia Remia y otros/Comisión, citada en el apartado 87 *supra*, a la vista de las circunstancias del asunto, el Tribunal de Justicia se negó a calificar de restricción accesoria una cláusula de prohibición de competencia de una duración superior a cuatro años. En la Decisión 1999/329/CE de la Comisión, de 12 de abril de 1999, en relación con un procedimiento con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado CE y a los artículos 53 y 54 del Acuerdo EEE (IV/D-1/30.373 — P&I Clubs/IGA y IV/D-37.140 — P&I Clubs/Pooling Agreement) (DO L 125, p. 12), se decidió, tras un análisis de los precios y de las condiciones de venta en el mercado del reaseguro, que la suscripción conjunta de contratos de reaseguro constituía, en ese caso, una restricción accesoria. En la Decisión 1999/574/CE de la Comisión, de 27 de julio de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (IV/36.581 — Télécom développement) (DO L 218, p. 24; en lo sucesivo, «Decisión Télécom développement»), la demandada realizó una apreciación de la posición de la empresa Télécom développement en el mercado de la telefonía vocal tanto en términos económicos como desde el punto de vista de la competencia, para concluir afirmando que las cláusulas notificadas se incluían en el concepto de restricciones accesorias. Finalmente, también en la Decisión 97/39 la demandada decidió calificar las cláusulas notificadas de restricciones accesorias habida cuenta de las condiciones particulares del asunto.
- 90 La demandada, apoyada por la parte coadyuvante, se opone a la interpretación del concepto de restricción accesoria que las demandantes defienden.

Sobre las consecuencias de la calificación de restricción accesoria

- 91 Las demandantes destacan que tanto de los documentos publicados por la demandada como de su práctica decisoria se desprende que los pactos que se califican como restricciones accesorias deben ser objeto de un tratamiento idéntico al de la operación principal.

- 92 Las demandantes señalan que, en su *XXIV Informe sobre la política de competencia*, la demandada destacó que las restricciones accesorias no «se evalúan en sí mismas en virtud del apartado 1 del artículo 85 si la propia empresa creada no conculca tal disposición o se beneficia de una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85. Aunque normalmente las restricciones accesorias se aceptan sólo durante un período limitado, en el contexto de las empresas en participación tales restricciones suelen permitirse por toda la duración de la nueva empresa». Asimismo, observan que, en la Comunicación sobre las empresas en participación de carácter cooperativo, la demandada precisó que «si el apartado 1 del artículo 85 no es aplicable a la empresa en participación, de por sí, tampoco se aplicará a los acuerdos adicionales que, aunque restringen la competencia, son accesorios a la empresa en participación» (punto 67) y que «deben evaluarse conjuntamente con la empresa en participación» (punto 66).
- 93 Las demandantes observan, además, que la demandada ha aplicado dichos principios en su práctica decisoria. En el considerando 62 de la Decisión 94/895, la demandada apreció que, en la medida en que la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado no era aplicable a la empresa en participación, lo mismo sucedía respecto a las cláusulas controvertidas (véase también la Decisión 97/39, considerando 48).
- 94 La demandada subraya que, siendo cierto que la consecuencia jurídica de la aplicación del concepto de restricción accesoria es la de excluir del ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado aquellas cláusulas contractuales que sean *a priori* restrictivas de la competencia y susceptibles de afectar de manera sensible el comercio entre los Estados miembros, ello no significa, sin embargo, que dichas cláusulas se beneficien necesariamente de una declaración negativa por un período idéntico a la duración de la operación principal. Según la Comisión, como se desprende de la sentencia Remia y otros/Comisión, citada en el apartado 87 *supra*, y de la Decisión impugnada, la duración de una restricción puede constituir un parámetro esencial para determinar si es accesoria o no.

Sobre la calificación de restricción accesoria de la cláusula de exclusividad

- 95 Las demandantes estiman que no hay duda de que la demandada debía haber calificado de restricción accesoria la cláusula de exclusividad.
- 96 Exponen que, en vista de la posición dominante de Canal+, en particular en el mercado de los derechos de difusión de cine francés y americano, dicha exclusividad constituía el único medio de entrar en el mercado de la televisión de pago en Francia y de mantenerse en él conservando una oferta de interés. El evidente carácter particular de dicha ventaja se desprende también del hecho de que fue concedida a TPS por sus accionistas, sin contrapartida pecuniaria alguna, con la finalidad de asegurar su éxito en dicho mercado.
- 97 Según las demandantes, es erróneo el argumento principal alegado por la demandada para negar el carácter accesorio de la cláusula de exclusividad, a saber, que la creación de una empresa activa en el sector de la televisión digital vía satélite es posible sin la difusión en exclusiva de las cuatro cadenas generalistas. Señalan que no disponían, y prácticamente siguen sin disponer, de exclusivas cinematográficas y deportivas cuando decidieron crear TPS, de manera que su única arma competitiva era, y sigue siendo, la difusión en exclusiva de las cadenas generalistas. Dicha cláusula está, por tanto, directamente relacionada con la creación de TPS y es necesaria para su buen funcionamiento.
- 98 La demandada niega haber cometido un error de apreciación al no calificar de restricción accesoria la cláusula de exclusividad.

Sobre la calificación de restricción accesoria de la cláusula relativa a las cadenas temáticas

99 Las demandantes consideran que la demandada cometió un error de apreciación al no calificar de restricción accesoria la cláusula relativa a las cadenas temáticas.

100 Según las demandantes, la demandada no tuvo en cuenta el hecho de que dicha cláusula era imprescindible para la creación y la explotación de TPS en la medida en que el acceso prioritario a las cadenas y a los programas de sus accionistas, así como el derecho de retracto, constituían el único medio de TPS de asegurarse el suministro de cadenas temáticas, en vista, en especial, de la posición particularmente fuerte del grupo Canal+ en el mercado de dichas cadenas.

101 A este respecto, las demandantes estiman que es útil referirse a la Decisión 1999/573/CE de la Comisión, de 20 de mayo de 1999, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE (IV/36.592 — Cégétel +4) (DO L 218, p. 14; en lo sucesivo, «Decisión Cégétel»), y a la Decisión Télécom développement. Por una parte, dichas Decisiones se refieren a situaciones de competencia bastante parecidas a la del presente asunto, es decir, mercados dominados por un operador histórico, y, por otra parte, en tales Decisiones, el examen efectuado por la demandada tenía por objeto cláusulas semejantes a la cláusula relativa a las cadenas temáticas, ya que, en la Decisión Télécom développement, se trata de una cláusula de acceso preferente a una infraestructura y, en la Decisión Cégétel, de una cláusula de compra preferente de la empresa de participación frente a los accionistas. Las demandantes observan que, a diferencia de lo que decidió en el presente asunto, la demandada no dudó en calificar aquellas cláusulas de restricciones accesorias y en reservarles un tratamiento estrictamente idéntico al de la empresa en participación (véase, asimismo, la Decisión 1999/329).

- 102 La demandada niega haber cometido un error de apreciación al no calificar de restricción accesoria la cláusula relativa a las cadenas temáticas.

— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 103 En principio, conviene precisar el alcance del concepto de restricción accesoria en Derecho comunitario de la competencia, así como las consecuencias que resulten de dicha calificación. A continuación, habrá que aplicar los principios establecidos de esa manera a la cláusula de exclusividad y a la relativa a las cadenas temáticas, para determinar si, como alegan las demandantes, la demandada ha cometido un error de apreciación al no calificar de restricciones accesorias dichos compromisos.

Sobre el concepto de restricción accesoria

- 104 En Derecho comunitario de la competencia, el concepto de restricción accesoria cubre toda restricción directamente vinculada a la realización de una operación principal y necesaria a tal efecto [véanse, en este sentido, la Comunicación de la Comisión, de 14 de agosto de 1990, relativa a las restricciones accesorias en las operaciones de concentración (DO 1990, C 203, p. 5; en lo sucesivo, «Comunicación sobre las restricciones accesorias»), epígrafe I; la Comunicación sobre las empresas en participación de carácter cooperativo, punto 65, así como los artículos 6, apartado 1, letra b), y 8, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento n° 4064/89].
- 105 En su Comunicación sobre las restricciones accesorias, la Comisión destacaba acertadamente que por restricción directamente vinculada a la realización de una operación principal hay que entender toda restricción subordinada en importan-

cia a la realización de dicha operación y que implique un vínculo evidente con ésta última (epígrafe II, punto 4).

- 106 Por su parte, la condición relativa al carácter necesario de una restricción implica el examen de dos extremos. Por una parte, se debe analizar si la restricción es objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y, por otra, si es proporcionada a tal efecto (véase, en este sentido, la sentencia Remia y otros/ Comisión, citada en el apartado 87 *supra*, apartado 20; véase también el epígrafe II, puntos 5 y 6, de la Comunicación sobre las restricciones accesorias).
- 107 En cuanto al carácter objetivamente necesario de una restricción, es preciso destacar que, en la medida en que, como se ha dejado de manifiesto en los apartados 72 y siguientes *supra*, no puede aceptarse la existencia de una «rule of reason» en Derecho comunitario de la competencia, sería erróneo interpretar, en el marco de la calificación de las restricciones accesorias, que la condición de la necesidad objetiva implica una ponderación de los efectos positivos o negativos para la competencia de un acuerdo de este tipo. Sólo en el contexto específico del artículo 85, apartado 3, del Tratado se puede efectuar dicho análisis.
- 108 Esta interpretación se justifica no sólo con la finalidad de respetar el efecto útil del artículo 85, apartado 3, del Tratado, sino también por motivos de coherencia. Puesto que el artículo 85, apartado 1, del Tratado no implica un examen de los efectos positivos y negativos de una restricción principal para la competencia, lo mismo se impone en relación con el análisis de las restricciones que la acompañan.
- 109 Por consiguiente, como alega acertadamente la demandada, el examen del carácter objetivamente necesario de una restricción en relación con la operación principal sólo puede ser relativamente abstracto. No consiste en analizar si, en vista de la situación de competencia en el mercado correspondiente, la restricción

es imprescindible para el éxito comercial de la operación principal, sino más bien en determinar si, en el contexto particular de la operación principal, la restricción es necesaria para la realización de dicha operación. Si la operación principal resulta difícil de realizar o incluso irrealizable sin la restricción, ésta puede considerarse objetivamente necesaria para su realización.

110 En su sentencia *Remia y otros/Comisión*, citada en el apartado 87 *supra* (apartado 19), el Tribunal de Justicia consideró que una cláusula de prohibición de competencia es objetivamente necesaria para la realización de una transmisión de empresas en la medida en que, en caso de que no exista «y siempre que vendedor y comprador [continúen] en situación de competencia con posterioridad a la transmisión, parece que no podría realizarse el acuerdo de transmisión de empresa. En efecto, el vendedor, que conoce especialmente bien las particularidades de la empresa transmitida, conservaría la posibilidad de atraer de nuevo en su provecho a su antigua clientela inmediatamente después de la transmisión, ocasionando así la inviabilidad de esta empresa».

111 Asimismo, la demandada pudo comprobar, en el marco de su práctica decisoria, que una serie de restricciones eran objetivamente necesarias para la realización de determinadas operaciones. Sin dichas restricciones, la operación controvertida «no podría realizarse o lo sería en unas condiciones más inciertas, con un coste sustancialmente mayor, durante un período de tiempo mucho más largo o con una probabilidad de éxito muy inferior» (epígrafe II, punto 5, de la Comunicación sobre las restricciones accesorias; véase también, como ejemplo, la Decisión 90/410, puntos 22 y siguientes).

112 Frente a lo que afirman las demandantes, ninguna de las distintas decisiones a las que se refieren acredita que la demandada haya realizado un análisis de la competencia para calificar de restricciones accesorias las cláusulas de que se trata.

Muy al contrario, dichas decisiones prueban el carácter relativamente abstracto del análisis de la demandada. El punto 77 de la Decisión 1999/329 dice lo siguiente:

«Hay que señalar que un acuerdo de repartición de la siniestralidad no puede funcionar correctamente sin que todos sus miembros se hayan puesto de acuerdo al menos sobre un nivel de cobertura. Ningún miembro estaría dispuesto a sufragar parcialmente un siniestro procedente de otro club si su importe es mayor que el de los que él mismo puede cubrir.»

- 113 Una vez comprobado el carácter objetivamente necesario de una restricción para la realización de una operación principal, ha de comprobarse también si su duración y su ámbito de aplicación material y geográfico no exceden de lo que sea necesario para la realización de dicha operación. Si la duración o el ámbito de aplicación de la restricción sobrepasan lo que resulte necesario para la realización de la operación, aquélla debe ser analizada por separado en el marco del artículo 85, apartado 3, del Tratado (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 2 de julio de 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/ Comisión, T-61/89, Rec. p. II-1931, apartado 78).
- 114 Por último, es preciso destacar que, en la medida en que la apreciación del carácter accesorio de un pacto particular en relación con una operación principal exige por parte de la demandada apreciaciones económicas complejas, el control jurisdiccional de dicha apreciación se limita a la comprobación del respeto de las normas de procedimiento, del carácter suficiente de la motivación y de la exactitud material de los hechos y de la inexistencia tanto de error manifiesto de apreciación como de desviación de poder (véase, en este sentido, por lo que se refiere a la apreciación de la duración admisible de una cláusula de prohibición de competencia, la sentencia Remia y otros/Comisión, citada en el apartado 87 *supra*, apartado 34).

Sobre las consecuencias de la calificación de restricción accesoria

- 115 Si se comprueba que una restricción está directamente vinculada a la realización de una operación principal y es necesaria a tal efecto, debe examinarse la compatibilidad de dicha restricción, al tiempo que la de la operación principal, con las normas de competencia.
- 116 Así, si la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado no es aplicable a la operación principal, lo mismo sucede respecto a las restricciones directamente vinculadas a dicha operación y necesarias para su realización (véase, en este sentido, la sentencia Remia y otros/Comisión, citada en el apartado 87 *supra*, apartado 20). Si, en cambio, la operación principal constituye una restricción a efectos de dicha disposición pero se acoge a una exención con arreglo al artículo 85, apartado 3, del Tratado, dicha exención cubre también las restricciones accesorias mencionadas.
- 117 Además, si las restricciones están directamente vinculadas a una operación de concentración, conforme al Reglamento nº 4064/89, y son necesarias para su realización, tanto del artículo 6, apartado 1, letra b), como del artículo 8, apartado 2, párrafo segundo, de dicho Reglamento se desprende que tales restricciones están cubiertas por la decisión de la Comisión que declara la compatibilidad de la operación con el mercado común.

Sobre la calificación de restricción accesoria de la cláusula de exclusividad

- 118 En vista de los principios expuestos en los apartados 103 a 114 *supra*, procede examinar si, en el presente asunto, la demandada ha cometido un error manifiesto de apreciación al no calificar la cláusula de exclusividad de restricción accesoria de la creación de TPS.

- 119 Las demandantes consideran que la cláusula de exclusividad es accesoria de la creación de TPS en la medida en que, al no existir una exclusividad cinematográfica y deportiva de primer orden, dicha cláusula es imprescindible para permitir a TPS penetrar en el mercado de la televisión de pago en Francia.
- 120 Sin embargo, se ha de señalar, con carácter preliminar, que el hecho de que la cláusula de exclusividad sea necesaria para permitir a TPS instalarse a largo plazo en el mercado carece de pertinencia para la calificación de dicha cláusula de restricción accesoria.
- 121 Como se ha destacado en el apartado 106 *supra*, dichas consideraciones, relativas al carácter imprescindible de la restricción en vista de la situación de competencia en el mercado correspondiente, no forman parte del examen del carácter accesorio de la restricción. Sólo pueden tenerse en cuenta en el marco del artículo 85, apartado 3, del Tratado (véanse, a este respecto, las sentencias Pronuptia, citada en el apartado 74 *supra*, apartado 24, y Dansk Pelsdyravlerforening/Comisión, citada en el apartado 113 *supra*, apartado 78).
- 122 A continuación, se debe señalar que, si bien en el presente asunto las demandantes han podido demostrar de modo suficiente con arreglo a Derecho que la cláusula de exclusividad estaba directamente vinculada a la constitución de TPS, no han demostrado sin embargo que la difusión en exclusiva de las cadenas generalistas fuese objetivamente necesaria para dicha operación. A este respecto, es preciso observar, como destaca acertadamente la demandada, que se puede lanzar en Francia una empresa activa en el sector de la televisión de pago sin que disponga de la difusión en exclusiva de las cadenas generalistas. Ésta es la situación que se presenta para CanalSatellite y AB-Sat, los otros dos operadores en este mercado.

- 123 Aun suponiendo que la cláusula de exclusividad fuese objetivamente necesaria para la creación de TPS, la demandada no cometió ningún error manifiesto de apreciación al considerar que dicha restricción no era proporcionada a aquel objetivo.
- 124 La cláusula de exclusividad tiene una duración inicial de diez años. Pues bien, como observa la demandada en el considerando 134 de la Decisión impugnada, dicha duración parece excesiva en la medida en que «la implantación de TPS debe efectuarse antes de este período». En efecto, es bastante probable que la desventaja competitiva de TPS, principalmente en lo que se refiere al acceso a las exclusivas deportivas y cinematográficas, disminuya con el transcurso del tiempo (véase, en este sentido, el considerando 133 de la Decisión impugnada). Por tanto, no se debe excluir que la difusión exclusiva de las cadenas generalistas, aun estando inicialmente destinada a reforzar la posición competitiva de TPS en el mercado de la televisión de pago, le permita eventualmente, después de unos años, eliminar la competencia en dicho mercado.
- 125 Además, la cláusula de exclusividad es también desproporcionada en la medida en que tiene como efecto privar a los competidores de TPS, tanto reales como potenciales, de todo acceso a los programas considerados de interés por un gran número de telespectadores franceses (véase, en este sentido, la sentencia *Oude Luttikhuis* y otros, citada en el apartado 70 *supra*, apartado 16). A mayor abundamiento, este carácter excesivo del pacto queda reforzado por la existencia de zonas de sombra. En efecto, los telespectadores que viven en dichas zonas y que desean abonarse a una empresa de televisión de pago que emita también las cadenas generalistas sólo pueden dirigirse a TPS.
- 126 Por consiguiente, se ha de considerar que la demandada no cometió ningún error manifiesto de apreciación al no calificar la cláusula de exclusividad de restricción accesoria de la creación de TPS.

- 127 En consecuencia, procede desestimar esta parte de la argumentación de las demandantes.

Sobre la calificación de restricción accesoria de la cláusula relativa a las cadenas temáticas

- 128 En vista de los principios expuestos en los apartados 103 a 114 *supra*, también se debe examinar si, en el presente asunto, la demandada ha cometido un error manifiesto de apreciación al no calificar la cláusula relativa a las cadenas temáticas de restricción accesoria.

- 129 A este respecto, procede recordar que, en la Decisión impugnada (considerando 101), la demandada indicó:

«Cabe preguntarse si la obligación de que los asociados ofrezcan sus cadenas temáticas con carácter prioritario a TPS no constituye una cláusula auxiliar de la creación de la plataforma. Sin embargo, esta obligación, que se impone por un período de diez años, supone una limitación de la oferta de cadenas temáticas y servicios televisivos. Por este motivo, la citada cláusula entra en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85.»

- 130 De dicho considerando se desprende que la demandada se negó a calificar dicha cláusula de restricción accesoria fundamentalmente por razón de su impacto negativo sobre la situación de terceros durante un período de tiempo bastante amplio.

- 131 Pues bien, aun recayendo sobre ellas la carga de la prueba, las demandantes no han aportado ninguna prueba que permita refutar dicha apreciación.
- 132 Por el contrario, se limitan a afirmar que, dada la política de exclusividad que practica CanalSatellite, las cadenas temáticas que ellas mismas explotan o crean son las únicas a las que TPS tiene acceso, de manera que la cláusula controvertida es imprescindible para la supervivencia de TPS. Aun admitiendo que dicha afirmación fuese exacta, este tipo de consideración relativa a la situación competitiva de TPS no puede ser tomado en cuenta a efectos de calificar dicha cláusula de restricción accesorio. En efecto, como se ha precisado en los apartados 107 a 112 *supra*, el carácter objetivamente necesario de la cláusula se examina sin tomar en cuenta la situación de competencia.
- 133 Además, en la medida en que el mercado de la comercialización de las cadenas temáticas se caracteriza por una rápida expansión (considerando 65 de la Decisión impugnada), la demandada no cometió ningún error manifiesto de apreciación al considerar que la obligación de los accionistas de TPS de proponer sus cadenas temáticas con carácter prioritario a TPS durante un período de diez años excedía de lo necesario para la creación de ésta.
- 134 Finalmente, como destaca acertadamente la demandada, las demandantes cometen un error al invocar las Decisiones Cégétel y Télécom développement, en la medida en que éstas se referían a situaciones de hecho distintas. La situación de TPS no puede compararse con la de un nuevo operador que accede a un mercado dominado por una empresa en situación de monopolio histórico y que requiere un acceso a una infraestructura esencial. En efecto, Canal+ no dispone de un monopolio histórico en el mercado de la comercialización de cadenas temáticas y la entrada en este mercado no exige el acceso a una infraestructura esencial. Además, en las Decisiones Cégétel y Télécom développement, las cláusulas examinadas no tenían por efecto privar a los terceros de toda posibilidad de acceso a los servicios de los accionistas. Sólo consistía en una preferencia.

- 135 Por consiguiente, se ha de considerar que la demandada no cometió un error manifiesto de apreciación al no calificar de restricción accesorias de la creación de TPS la cláusula relativa a las cadenas temáticas.
- 136 En consecuencia, procede desestimar esta parte del razonamiento subsidiario de las demandantes.

iii) Conclusión

- 137 En vista de las anteriores consideraciones, procede desestimar el presente motivo por infundado.

b) Sobre el segundo motivo, basado en la vulneración del artículo 85, apartado 3, del Tratado

i) Sobre la alegación basada en la aplicación errónea de los criterios de exención establecidos en el artículo 85, apartado 3, del Tratado

Alegaciones de las partes

- 138 Las demandantes alegan, en primer lugar, que la demandada vulneró el artículo 85, apartado 3, del Tratado al tomar en cuenta, con ocasión de la

aplicación de dicha disposición, consideraciones en materia de competencia en el mercado de la televisión de pago que, en su opinión, se comprenden en el apartado 1 de dicha disposición.

- 139 Las demandantes añaden que, conforme a la jurisprudencia (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 1996, *Métropole télévision y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-528/93, T-542/93, T-543/93 y T-546/93, Rec. p. II-649, apartado 114), los datos en los que se basa la demandada para aplicar el artículo 85, apartado 3, del Tratado deben ser pertinentes y referirse a dicho artículo. Según las demandantes, la parte contraria, en vez de examinar si la cláusula de exclusividad y la relativa a las cadenas temáticas, que juzgó contrarias al artículo 85, apartado 1, del Tratado, cumplían las condiciones de exención previstas en el apartado 3 de dicha disposición, en realidad analizó si la creación de TPS en el mercado cumplía dichas condiciones.
- 140 La demandada niega haber aplicado erróneamente los criterios de exención previstos en el artículo 85, apartado 3, del Tratado.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 141 En cuanto al argumento de las demandantes relativo a la obligación de la demandada de proceder a una ponderación de los efectos positivos o negativos para la competencia de una restricción con ocasión de la aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado y no del artículo 85, apartado 3, del Tratado, es preciso referirse a lo expuesto en los apartados 72 y siguientes *supra*.

- 142 Respecto a la cuestión de si la demandada comprobó correctamente si se cumplían las condiciones de exención por lo que se refiere a la cláusula de exclusividad y a la relativa a las cadenas temáticas, se ha de observar, en primer lugar, que, frente a lo afirmado por las demandantes, la demandada examinó si se cumplían dichas condiciones respecto de cada una de las cláusulas.
- 143 Por tanto, por lo que se refiere a la condición relativa a la contribución y a la mejora de la producción o de la distribución o al fomento del progreso técnico o económico, la demandada comprobó que dicha condición se cumplía en la medida en que, al «favorecer el lanzamiento con éxito de una nueva plataforma en el mercado de la televisión de pago, [la cláusula de exclusividad y la relativa a las cadenas temáticas] permiten la emergencia de un nuevo operador y amplían la oferta de servicios de televisión de pago para los telespectadores franceses» (considerando 114 de la Decisión impugnada).
- 144 Dichas cláusulas también tienen efectos beneficiosos para los consumidores en la medida en que han conducido a un «incremento de la oferta y al desarrollo de nuevos servicios basados en la utilización de una nueva tecnología» (considerando 118 de la Decisión impugnada) y a una «intensísima competencia instaurada a raíz de la creación de TPS entre esta plataforma y CanalSatellite/ Canal+» (considerando 119 de la Decisión impugnada).
- 145 En cuanto al carácter imprescindible de las cláusulas controvertidas, la demandada comprobó, en especial, que, «si no hubiera tenido acceso prioritario a estas cadenas [temáticas], TPS se hubiera visto obligada a producir por sí misma una gran cantidad de cadenas, lo que incrementaría injustamente unos costes de lanzamiento ya de por sí muy elevados» (considerando 122 de la Decisión

impugnada) y que «la difusión exclusiva de las cadenas generalistas, como producto “gancho” y elemento diferenciador de la oferta de TPS, es indispensable para su implantación en el mercado francés de la televisión de pago» (considerando 132 de la Decisión impugnada).

- 146 Es cierto que, respecto de la cuarta condición prevista en el artículo 85, apartado 3, del Tratado, relativa a la preservación de la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate, la demandada no hizo referencia explícita a la cláusula de exclusividad y a la relativa a las cadenas temáticas. Se limitó a comprobar que, «en lugar de eliminar la competencia, el acuerdo TPS la favorece» (considerando 135 de la Decisión impugnada). No obstante, del examen efectuado por la demandada se desprende implícitamente que, a efectos de dicha conclusión, había tenido en cuenta tales cláusulas estimando que no eran imprescindibles para el éxito de TPS.
- 147 En segundo lugar, procede observar que, aunque la demandada haya considerado, acertadamente, que la cláusula de exclusividad y la relativa a las cadenas temáticas no podían ser consideradas como restricciones accesorias de la creación de TPS por las razones expuestas en los apartados 118 a 137 *supra*, dichas restricciones están, sin embargo, directamente vinculadas a dicha operación. Por tanto, el examen sobre el cumplimiento de las distintas condiciones previstas en el artículo 85, apartado 3, del Tratado debía hacerse teniendo en cuenta la operación principal a la que acompañan dichas cláusulas.
- 148 Además, es preciso señalar que la argumentación de las demandantes a este respecto es contradictoria. Afirman, por una parte, que la demandada debía haber considerado que dichas cláusulas constituían restricciones accesorias de la creación de TPS y, por otra parte, que la demandada debía haber comprobado, sin tener en cuenta la operación principal, si se cumplían las condiciones previstas en el artículo 85, apartado 3, del Tratado en relación con tales cláusulas.

- 149 Dicha contradicción descansa en una interpretación errónea del concepto de restricción accesorias. Según las demandantes, cuando una restricción no pueda ser calificada de restricción accesorias, ha de ser necesariamente analizada por separado. Ahora bien, como se ha recordado en el apartado 147 *supra*, esta concepción no tiene en cuenta el hecho de que, si determinadas restricciones que están directamente vinculadas a una operación no pueden ser calificadas de restricciones accesorias porque no son objetivamente necesarias o no son proporcionadas en relación con la realización de la operación principal, sin embargo, permanecen vinculadas de manera indisoluble a esta última. Por tanto, es normal que se las examine teniendo en cuenta el contexto económico y jurídico de la operación principal.
- 150 En consecuencia, procede desestimar esta parte de la argumentación de las demandantes.

ii) Sobre la alegación basada en el error de apreciación con respecto a la duración de la exención individual

Alegaciones de las partes

- 151 Las demandantes estiman que la demandada ha cometido un error de apreciación al considerar en la Decisión impugnada que la duración de la exención prevista para la cláusula de exclusividad debía ser de tres años. En su opinión, son erróneos los fundamentos expuestos por la demandada, según los cuales, por una parte, esta restricción sólo es imprescindible para TPS durante el período de lanzamiento y, por otra parte, dicho carácter imprescindible disminuirá con el transcurso del tiempo en la medida en que TPS pueda ganarse abonados y adquirir experiencia en el ámbito de la televisión de pago, lo cual le permitirá mejorar su oferta.

- 152 Según las demandantes, el carácter imprescindible de la exclusividad no va a disminuir, sino, al contrario, se va a incrementar habida cuenta de la ineludible posición que ocupa el grupo Canal+ en el mercado. Señalan que, sin la exclusividad de difusión de las cadenas generalistas, la viabilidad de TPS corre peligro.
- 153 Las demandantes estiman a este respecto que es preciso referirse a la Decisión Cégétel, en la que se concedió una exención, por un período de diez años, a una cláusula de distribución exclusiva de determinados servicios telefónicos, en especial debido a que la empresa Cégétel sólo podría amortizar las inversiones permitidas en los servicios de telecomunicaciones después de mucho tiempo.
- 154 Asimismo, las demandantes consideran que la demandada ha cometido un error de apreciación al limitar a tres años, es decir al período de lanzamiento, la duración de la exención para la cláusula relativa a las cadenas temáticas. En efecto, estiman que el carácter imprescindible de dicha cláusula no se limita al período de lanzamiento, como afirma la demandada, sino que se aplica a todo el período de explotación de TPS en la medida en que, para ésta, dicha cláusula es el único medio de asegurarse el suministro de cadenas temáticas.
- 155 La demandada niega haber cometido un error de apreciación al fijar en tres años la duración de la exención.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 156 En primer lugar, es preciso señalar que, según jurisprudencia reiterada, el ejercicio de los poderes conferidos a la demandada en el marco del artículo 85, apartado 3, del Tratado se basa necesariamente en apreciaciones económicas

complejas, lo cual supone que el control jurisdiccional de dichas apreciaciones debe limitarse, en particular, al examen de la realidad de los hechos y de las calificaciones jurídicas que la demandada deduce de los mismos (véanse, en especial, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 501, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, Matra Hachette/Comisión, citada en el apartado 74 *supra*, apartado 104).

157 Este principio se aplica, en particular, respecto a la determinación por la demandada del período durante el cual se juzga imprescindible una restricción (sentencia Remia y otros/Comisión, citada en el apartado 87 *supra*, apartado 34).

158 En segundo lugar, procede recordar que, en su sentencia Matra Hachette/Comisión, citada en el apartado 74 *supra* (apartado 104), el Tribunal de Primera Instancia declaró que «corresponde a las empresas que efectúan la notificación suministrar a la Comisión los elementos que demuestren que se reúnen los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 85 [sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, asuntos acumulados 43/82 y 63/82, Rec. p. 19], debiéndose apreciar esta obligación en el marco del procedimiento contencioso, habida cuenta de la carga que incumbe a la parte demandante de aportar elementos aptos para poner en tela de juicio la apreciación de la Comisión».

159 Pues bien, es preciso señalar que las demandantes se limitan a afirmar que la demandada ha cometido un error de apreciación en la medida en que, en su opinión, en lugar de disminuir, como declaró la demandada en el considerando 133 de la Decisión impugnada, el carácter imprescindible de la exclusividad va a incrementarse, habida cuenta de la posición ineludible que ocupa el grupo Canal+ en el mercado. En cuanto a la cláusula relativa a las cadenas temáticas, alegan que ésta es necesaria para asegurar el suministro a TPS de cadenas de este tipo. Sin

embargo, no aportan ningún elemento de prueba para demostrar la exactitud de dicha afirmación, la cual, además, no tiene en cuenta la evolución del mercado. Finalmente, las demandantes no rebaten ninguno de los elementos de hecho al amparo de los cuales la demandada, por una parte, consideró que el carácter imprescindible de dichas cláusulas iba a disminuir necesariamente con el transcurso del tiempo y, por otra parte, concluyó que tres años era el período mínimo durante el cual eran imprescindibles para TPS (considerando 134 de la Decisión impugnada).

- 160 En tercer lugar, se ha de observar que las demandantes cometen un error al referirse a la Decisión Cégétel. En efecto, como destaca acertadamente la demandada, en esta Decisión sólo la exclusividad de distribución de determinados productos fue objeto de exención y la distribución de dichos productos no constituía más que una parte reducida de las actividades de la empresa Cégétel, mientras que la exclusividad de difusión de cadenas generalistas constituye un elemento esencial de la oferta de TPS.
- 161 Por consiguiente, se debe considerar que la demandada no cometió ningún error manifiesto de apreciación al limitar la duración de la exención a tres años.
- 162 En consecuencia, procede desestimar esta parte de la argumentación de las demandantes.

iii) Conclusión

- 163 En vista de las consideraciones anteriores, procede desestimar el presente motivo por infundado.

2. *Sobre el motivo relativo al artículo 2 de la Decisión impugnada, basado en la violación del principio de seguridad jurídica*

Alegaciones de las partes

- ¹⁶⁴ Las demandantes estiman que, al emitir una declaración negativa por un período limitado a tres años, basándose en que la cláusula de inhibición de la competencia sólo podía ser calificada de restricción accesoria de la creación de TPS durante el período de lanzamiento, la demandada no ha cumplido las reglas que había formulado en su *XXIV Informe sobre la política de competencia*. Señalan que la demandada precisó en dicho documento, que tiene carácter vinculante para ella, que «en el contexto de las empresas en participación tales restricciones [accesorias] suelen permitirse por toda la duración de la nueva empresa [en participación]» (p. 120, punto 166).
- ¹⁶⁵ Según las demandantes, de la jurisprudencia (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1991, *Hercules Chemicals/Comisión*, T-7/89, Rec. p. II-1711, y de 10 de marzo de 1992, *Hüls/Comisión*, T-9/89, Rec. p. II-499) se desprende que la demandada vulneró el principio de seguridad jurídica al no respetar dicha regla en el presente asunto.
- ¹⁶⁶ Las demandantes señalan que la posición de la demandada en el presente asunto es aún más criticable si se observa que dicha regla continúa siendo aplicable, como resulta de las Decisiones *Cégétel* y *Télécom développement*. En efecto, en

dichas decisiones se calificaron de restricciones accesorias dos cláusulas de prohibición de la competencia que recibieron el mismo tratamiento que la empresa en participación.

- 167 La demandada niega haber violado el principio de seguridad jurídica o haber cometido un error de apreciación al considerar que la cláusula de inhibición de la competencia constituía una restricción accesorias sólo durante el período de lanzamiento, es decir, durante los tres primeros años.

Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 168 Con carácter liminar, se ha de señalar que del pasaje del *XXIV Informe sobre la política de competencia* citado por las demandantes, según el cual las restricciones accesorias «suelen permitirse por toda la duración de la nueva empresa», así como del contexto concreto en el que se inserta, el análisis de cinco constituciones de empresas en participación en el sector de la investigación y el desarrollo, se desprende que la parte del Informe en la que se integra este pasaje no contiene normas estrictas que se haya impuesto a sí misma la demandada con respecto a la calificación de un compromiso como restricción accesorias. Consiste más bien en una simple descripción de una serie de principios que la demandada suele seguir en el marco de su examen de determinadas cláusulas que considera accesorias de una operación principal.

- 169 Así pues, frente a lo que alegan las demandantes, el presente asunto no puede asimilarse a aquel que dio lugar a la sentencia *Hercules Chemicals/Comisión*, citado en el apartado 165 *supra*. En dicho asunto, la demandada comunicó efectivamente, mediante su informe anual sobre la política de competencia, una serie de reglas sobre el acceso a los expedientes en materia de competencia, que ella misma se impuso.

- 170 Además, del pasaje del *XXIV Informe sobre la política de competencia* citado por las demandantes se desprende que éste no hace sino repetir, de manera casi literal, los principios desarrollados por la demandada en el punto 67 de la Comunicación sobre las empresas en participación de carácter cooperativo. Pues bien, como resulta claramente de ella, dicha Comunicación tiene únicamente carácter indicativo por lo que se refiere a la manera en que la demandada aplica, en la práctica, la teoría de las restricciones accesorias.
- 171 De lo anterior se deduce que las demandantes no pueden fundarse en el citado pasaje para demostrar que la demandada ha violado el principio de seguridad jurídica por lo que a ellas respecta.
- 172 En vista de las anteriores consideraciones, procede desestimar el presente motivo por infundado.
- 173 Habida cuenta de que todos los motivos invocados por las demandantes son infundados, el recurso ha de ser desestimado.

Costas

- 174 Conforme al artículo 87, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber sido desestimadas las pretensiones de las demandantes y puesto que la demandada y la parte coadyuvante solicitaron su condena en costas, procede condenar a las demandantes a cargar, además de con sus propias costas, con las ocasionadas a la demandada y a la parte coadyuvante.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Tercera)

decide:

- 1) Desestimar el recurso.

- 2) Las demandantes cargarán con sus propias costas y con las ocasionadas a la demandada y a la parte coadyuvante.

Azizi

Lenaerts

Jaeger

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 18 de septiembre de 2001.

El Secretario

El Presidente

H. Jung

J. Azizi

II - 2517

Índice

Contexto general del asunto	II-2466
A. Descripción de la operación	II-2466
B. Mercados afectados y estructura de dichos mercados	II-2467
1. Mercado de la televisión de pago en Francia	II-2467
2. Mercado de la adquisición de derechos de difusión, especialmente de cine y deportes	II-2469
3. Mercado de la comercialización y explotación de cadenas temáticas	II-2469
C. Notificación y acuerdos notificados	II-2470
1. Cláusula de inhibición de la competencia	II-2471
2. Cláusula relativa a las cadenas temáticas	II-2472
3. Cláusula de exclusividad	II-2472
D. Decisión impugnada	II-2473
Procedimiento y pretensiones de las partes	II-2474
Fundamentos de Derecho	II-2476
A. Sobre la admisibilidad del recurso	II-2476
Alegaciones de las partes	II-2476
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-2477
B. Sobre el fondo	II-2479
1. Sobre los motivos destinados a obtener la anulación del artículo 3 de la Decisión impugnada	II-2480
a) Sobre el primer motivo, basado en la vulneración del artículo 85, apartado 1, del Tratado	II-2480
i) Sobre la alegación, invocada con carácter principal, basada en que la cláusula de exclusividad y la cláusula relativa a las cadenas temáticas no constituyen restricciones de la competencia a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado	II-2480
— Sobre el motivo basado en la existencia de apreciaciones erróneas ...	II-2481
Alegaciones de las partes	II-2481
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-2483
— Sobre el motivo basado en la aplicación errónea del artículo 85, apartado 1, del Tratado (inaplicación de una «rule of reason»)	II-2486
Alegaciones de las partes	II-2486
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-2487

ii) Sobre la alegación, invocada con carácter subsidiario, basada en que la cláusula de exclusividad y la relativa a las cadenas temáticas constituyen restricciones accesorias	II-2490
— Alegaciones de las partes	II-2490
Sobre el concepto de restricción accesoria	II-2490
Sobre las consecuencias de la calificación de restricción accesoria	II-2493
Sobre la calificación de restricción accesoria de la cláusula de exclusividad	II-2495
Sobre la calificación de restricción accesoria de la cláusula relativa a las cadenas temáticas	II-2496
— Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-2497
Sobre el concepto de restricción accesoria	II-2497
Sobre las consecuencias de la calificación de restricción accesoria	II-2501
Sobre la calificación de restricción accesoria de la cláusula de exclusividad	II-2501
Sobre la calificación de restricción accesoria de la cláusula relativa a las cadenas temáticas	II-2504
iii) Conclusión	II-2506
b) Sobre el segundo motivo, basado en la vulneración del artículo 85, apartado 3, del Tratado	II-2506
i) Sobre la alegación basada en la aplicación errónea de los criterios de exención establecidos en el artículo 85, apartado 3, del Tratado	II-2506
Alegaciones de las partes	II-2506
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-2507
ii) Sobre la alegación basada en el error de apreciación con respecto a la duración de la exención individual	II-2510
Alegaciones de las partes	II-2510
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-2511
iii) Conclusión	II-2513
2. Sobre el motivo relativo al artículo 2 de la Decisión impugnada, basado en la violación del principio de seguridad jurídica	II-2514
Alegaciones de las partes	II-2514
Apreciación del Tribunal de Primera Instancia	II-2515
Costas	II-2516