II

(Actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité)

COMMISSION

DÉCISION DE LA COMMISSION

du 15 septembre 1989

relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE

(IV/31.734 — Achat de films par les stations allemandes de télévision)

(Les textes en langues allemande, anglaise et néerlandaise sont les seuls faisant foi.)

(89/536/CEE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne,

vu le règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962 [1] (premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité CEE), modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal, et notamment ses articles 6 et 8,

vu la décision de la Commission du 15 décembre 1986 d'engager la procédure dans cette affaire,

après avoir donné aux entreprises intéressées, conformément à l'article 19 paragraphe 1 du règlement n° 17 et au règlement n° 99/63/CEE de la Commission, du 25 juillet 1963, relatif aux auditions prévues à l'article 19 paragraphes 1 et 2 du règlement n° 17 du Conseil [2], l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par elle et celles-ci s'étant exprimées par écrit et oralement à l'audition du 13 octobre 1987,

vu la notification, faite le 2 décembre 1988, des accords en cause et la demande d'exemption faite au titre de l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE,

vu la publication de l'essentiel des accords en cause conformément à l'article 19 paragraphe 3 du règlement n° 17 [3],

vu l'avis du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

considérant ce qui suit :

I. LES FAITS

(1) La présente procédure vise des accords concernant les droits de diffusion à la télévision de longs métrages, de films de télévision et de feuilletons de télévision américains dans le programme de télévision appelé « Erstes Deutsches Fernsehen ».

A. Les entreprises en cause

(2) Le Hessische Rundfunk, le Norddeutsche Rundfunk, Radio Bremen, le Saarländische Rundfunk, le Sender Freies Berlin, le Süddeutsche Rundfunk, le Südwestfunk et le Westdeutsche Rundfunk (ci-après dénommés les organismes de télédiffusion ARD) sont regroupés dans la « Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechlichen Landesrundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland » (association des organismes publics de télédiffusion de la république fédérale d'Allemagne — ARD) avec le Bayerische Rundunk, qui n'est pas visé par la présente procédure. Les organismes regroupés dans la ARD diffusent notamment un programme de télévision commun sur le territoire fédéral, le « Erste Deutsche Fernsehen » sur les fréquences terrestres. En outre, ils diffusent, pour partie individuellement, pour partie en collaboration, des programmes régionaux dits « Dritte Programme », également sur des fréquences terrestres, ainsi que, par satellite, un programme intitulé « Eins Plus ».

Les organismes de télédiffusion ARD ont une filiale commune, Degeto-films GmbH, qui a son siège à Francfort-sur-le Main et qui est chargée d'acheter les programmes et en particulier, d'acquérir les droits de télévision concernant les films.

[1] JO n° 13 du 21. 2. 1962, p. 204/62.
[2] JO n° 127 du 20. 8. 1963, p. 2268/63.
[3] JO n° C 54 du 3. 3. 1989, p. 2.

(3) La société américaine de production et de distribution de films Metro-Goldwyn-Mayer/United Artists Entertainment Company (MGM/UA), qui a son siège à Culver City (États-Unis d'Amérique), est née en 1981 de la fusion de la société Metro-Goldwyn-Mayer Incorporated (MGM) et de la société United Artists Corporation (UA). C'était une des principales sociétés américaines dans le domaine de la production cinématographique et télévisuelle et elle disposait d'un des catalogues de films les plus importants des États-Unis d'Amérique, puisqu'il comprenait environ 3 000 longs métrages, dont un certain nombre de films ayant été primés, ainsi que des productions de télévision et de dessins animés. L'une de ses filiales était la United Artists Corporation, qui avait elle-même une filiale, la Algemene Financieringsmaatschappij Nefico BV (Nefico), ayant son siège à Amsterdam.

(4) En mars 1986, MGM/UA a été reprise par Turner Broadcasting System Incorporated (TBS). Sa filiale United Artists Corporation (y compris la filiale de celle-ci Nefico) a été revendue et est devenue une société indépendante. L'ancienne société mère, MGM/UA, a été finalement mise en liquidation en août 1986. Son patrimoine, y compris tous les droits concernant les films et la télévision, a été repris en partie par turner Entertainment Company (TEC), filiale de TBS. Les autres droits, et notamment le droit de porter le nom de la société Metro-Goldwyn-Mayer, ont été cédés à l'ancienne filiale United Artists Corporation, qui a alors modifié son nom en Metro-Goldwyn-Mayer/United Artists Communications (MGM/UA Company). Nefico reste sa filiale.

B. Les accords

(5) Les 8 et 9 février 1984, les organismes de télédiffusion ARD ont, par l'intermédiaire de Degeto Film GmbH, passé avec Nefico trois accords sur l'acquisition de droits de télévision, par lesquels MGM/UA fournissait une garantie inconditionnelle pour les engagements pris par Nefico. Il s'agit des accords suivants :

a) le « Library Licence Agreement », du 9 février 1984 ;

b) le « James Bond Licence Agreement », du 9 février 1984 ;

c) un troisième accord, du 8 février 1984, qui prévoit le versement d'une redevance séparée pour l'exclusivité accordée.

Ces accords, qui sont entrés en vigueur avec effet rétroactif au 1er octobre 1983, ont été complétés et partiellement modifiés par échange de lettres (neuf lettres du 9 février 1984, une lettre du 23 février 1984, trois lettres du 31 août 1984 et une lettre du 15 avril 1986) ainsi que par deux accords en date du 21 août 1986. Il en résulte que la situation concernant les accords se présente comme suit :

1. *L'objet des contrats*

(6) a) Aux termes du « Library Licence Agreement », les organismes de télédiffusion ARD ont acheté les droits de diffusion concernant 1 350 longs métrages choisis dans le catalogue de films (« Library ») de MGM/UA. Pour les années 1984-1993, ils sélectionnent au moins 70 de ces films par an et, pour les années 1994-1998, au moins 130 films par an. La liste des films choisis devait être soumise au plus tard le 31 décembre 1986.

Les droits portant sur 514 (initialement 663 à la conclusion des contrats) films du catalogue de films font encore actuellement l'objet d'autres licences et les organismes de télévision ARD ne pourront en disposer qu'à partir de 1994. En revanche, les sept grands succès de MGM/UA, notamment « Autant en emporte le vent » et « Ben Hur », qui font également l'objet d'autres licences, n'étaient pas, dès le départ, visés par le « Library Licence Agreement ».

(7) b) Le « Library Licence Agreement » comprend en outre les droits sur tous les nouveaux films dont MGM/UA autoriserait la diffusion dans les salles ou qu'elle produirait en première diffusion à la télévision entre le 1er janvier 1984 et le 31 décembre 1998. MGM/UA doit fournir au moins 150 films adéquats au total et au moins 10 films adéquants par an.

(8) c) Le « Library Licence Agreement » englobe enfin tous les dessins animés contrôlés par MGM/UA jusqu'au 1er janvier 1984 (au total 744 unités d'une demi-heure), ainsi que

d) 416 heures de films et de feuilletons de télévision (productions de télévision). Les organismes de télédiffusion ARD choisissent ces derniers dans le catalogue total actuel et futur de MGM/UA, et ce à raison de 26 heures au moins par an.

(9) e) Conformément à l'accord « James Bond », les organismes de télédiffusion ARD ont acquis en outre les droits de télédiffusion pour 14 films de « James Bond » nommément désignés, du catalogue disponible de MGM/UA.

f) Enfin, conformément à une lettre complémentaire du 9 février 1984, ceux-ci obtenaient aussi les droits portant sur tous les nouveaux films de « James Bond » produits ou acquis par MGM/UA entre le 1er janvier 1984 et le 31 décembre 1998.

(10) À la suite de la liquidation de MGM/UA et de la reprise de ses droits et de ses engagements par TEC et MGM/UA Company, TEC et MGM/UA Company, ont, avec Nefico, adhéré aux droits et obligations résultant des accords, les films visés par les accords étant attribués pour certains à TEC et pour d'autres à MGM/UA Company. TEC dispose essentiellement des films qui appartenaient précé-

demment au catalogue de MGM avant la fusion de cette société avec UA en 1981, soit 927 des longs métrages choisis par les organismes de télédiffusion dans la catalogue global de MGM/UA, 617 des 744 unités d'une demi-heure de dessins animés et la plus grande partie des productions de télévision. Les autres films, qui appartenaient à l'ancien catalogue de UA, y compris les films de « James Bond », sont contrôlés par MGM/UA Company. Conformément aux accords passés entre TEC et MGM/UA Company, MGM/UA Company est, en outre, seule responsable de la production des nouveaux films visés par les accords et notamment des nouveaux films de « James Bond ».

2. *Exclusivité*

(11) Les organismes de télédiffusion ARD ont acquis pour tous les films en cause (les « films du catalogue », les « nouveaux films », les dessins animés et les productions de télévision qu'ils ont sélectionnés), le droit exclusif de télédiffusion en langue allemande sur le territoire visé au contrat : au cours de la durée du contrat, sous réserve des « plages » (« windows » dans le texte des accords) accordés ultérieurement (voir ci-après les points 30 et suivants), il ne peut être accordé d'autres licences à des tiers, pas même aux fins d'une exploitation sur une télévision à péage. Cependant les accords initiaux prévoient deux « plages à péage » (« pay windows »), allant jusqu'à une année, dans lesquelles 25 % des films peuvent faire l'objet de licences à des tiers pour une exploitation sur une télévision à péage. Si certains des films choisis dans le catalogue font encore l'objet, à la conclusion des accords, d'autres licences, celles-ci ne peuvent pas être prorogées.

En outre, les organismes de télédiffusion ont obtenus pour le catalogue total, l'exclusivité pour la durée de la période de sélection, c'est-à-dire jusqu'au 31 décembre 1986, de sorte qu'au cours de cette période aucun droit de télédiffusion ne peut être accordé à des tiers pour la totalité du catalogue sur le territoire contractuel.

3. *Le territoire de licence*

(12) Le territoire d'application des accords comprend, outre la république fédérale d'Allemagne, y compris Berlin-Ouest, la République démocratique allemande, l'Autriche, le Liechtenstein, le Luxembourg, le Haut-Adige (sud du Tyrol) et la Suisse alémanique.

4. *La durée de validité des licences*

(13) La durée de validité de la licence est en règle générale de quinze ans pour tout film. Elle est de seize ans pour 136 longs métrages qui faisaient l'objet d'une autre licence au moment de la conclusion du contrat. Elle est plus courte pour une partie des films dont le nombre de diffusions télévisées autorisées est limité, lorsque la dernière de celles-ci a lieu avant l'expiration de la période de quinze ans.

La durée de validité de la licence court à partir du 1er janvier de l'année pour laquelle les organismes de télédiffusion ont prévu la première diffusion, à savoir du 1er janvier 1984 au 31 décembre 1998.

5. *Nombre de diffusion*

(14) Les longs métrages, tant les « films du catalogue » que les « nouveaux films » de même que les dessins animés, peuvent en principe être diffusés à volonté.

Cependant, MGM/UA peut décider de limiter à quinze les diffusions pour 75 films du catalogue et 45 « nouveaux films » désignés par elle. De même, les productions de télévision et tous les films de « James Bond » peuvent seulement être diffusés quinze fois.

6. *Techniques d'exploitation*

(15) L'exploitation peut, en principe, se faire tant par le biais de la diffusion terrestre que par transmission par câble et satellites, y compris satellites de diffusion directe. La diffusion directe par satellite est, cependant, partiellement limitée.

7. *Langues utilisées*

(16) La diffusion n'est normalement autorisée qu'en version allemande. Toutefois, un nombre restreint de films peuvent être diffusés en deux langues (allemands et anglais) avec sous-titrage anglais, ou dans la version originale anglaise (avec ou sans sous-titrage allemand).

8. *Droit préférentiel de négociation*

(17) Les organismes de télédifussion ARD ont, du 1er octobre 1983 au 1er janvier 1997, un droit préférentiel de négociation limité dans le pays lorsque MGM/UA a l'intention de conclure avec un tiers un accord analogue au « Library Licence Agreement ». Dans ce cas, MGM/UA doit d'abord négocier excluivement avec les organismes de télédiffusion ARD pendant trente jours. Si, au terme de ce délai, elle engage des négociations avec des tiers, elle doit informer les organismes de télédiffusion ARD de leur contenu. Les organismes de télédiffusion ARD ont, chaque fois, un délai de cinq jours pour décider s'ils veulent passer un accord aux conditions offertes par ces tiers. En aucun cas, MGM/UA ne peut passer d'accord dont le contenu lui serait plus défavorable que la dernière offre écrite des organismes de télédiffusion ARD. Le pouvoir d'appréciation à cet égard appartient en définitive à MGM/UA.

Ce droit préférentiel de négociation est également applicable jusqu'au 1er janvier 1997 au cas où MGM/UA aurait l'intention de passer un accord (« Output Agreement ») pour les films nouvellement produits ou achetés après le 31 décembre 1998.

9. Octroi de sous-licences pour les droits acquis

(18) En dehors de la république fédérale d'Allemagne, les organismes de télédiffusion ARD peuvent accorder à d'autres organismes de télévision des sous-licences pour les droits acquis au titre du « Library Licence Agreement » mais non pour les droits portant sur les films de « James Bond ».

Par contre, en république fédérale d'Allemagne, ils ne peuvent passer de sous-licences qu'avec des entreprises qui leur sont liées.

Les organismes de télédiffusion ARD ont, depuis, accordé des sous-licences en dehors du territoire de la république fédérale d'Allemagne, pour 625 films, à la radio autrichienne Österreichischer Rundfunk, et pour 150 films, à la radio suisse Schweizer Rundfunk.

10. La redevance

(19) La redevance due pour les droits acquis, y compris les droits portant sur les « nouveaux films », s'élève à 80 millions de dollars des États-Unis au total.

C. Conditions générales de l'achat et de la diffusion de programmes de télévision

1. Le développement de la télévision en république fédérale d'Allemagne

(20) Depuis la suppression du monopole public de la radiotélédiffusion en 1984, il existe maintenant, outre les organismes publics de télédiffusion ARD et ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen), divers organismes privés de télédiffusion. Deux de ceux-ci, « SAT 1 » et « RTL Plus », émettent par satellites et câbles ainsi que, récemment, par fréquences terrestres, une gamme complète d'émissions qui peuvent être reçues sur l'ensemble du territoire fédéral. Une troisième chaîne à programme complet à l'échelle fédérale, « TELE 5 », est actuellement en cours de développement. Il existe en outre d'autres chaînes qui sont encore au stade expérimental et un certain nombre d'émetteurs locaux ou régionaux. Par ailleurs, un certain nombre de programmes étrangers en langues anglaise et française sont captés et diffusés par câble. Leur importance et leur portée de diffusion sont encore réduites. À cela s'ajoutent des expériences de « télévision à péage ».

(21) La plupart des organismes de télévision privés sont financés exclusivement par le produit de la publicité. De ce fait, ils disposent actuellement, dans l'ensemble, de sensiblement moins de ressources que les organismes publics qui, outre les recettes de la publicité, sont assurés de recevoir les redevances. Pour tirer des revenus de la publicité, ils doivent obtenir des taux élevés d'écoute qui ne peuvent être atteints que par des programmes intéressant le grand public.

2. Importance, stock et distribution des longs métrages et des productions de télévision

(22) a) Les longs métrages occupent une place particulièrement importante dans les programmes. Par rapport aux productions de télévision (téléfilms et feuilletons), ils se placent souvent à un niveau artistique élevé et sont produits à plus grands frais ; ils ont donc souvent plus de succès et obtiennent en général des taux d'écoute plus élevés. Les organismes de télédiffusion ARD diffusent chaque année, y compris le « Dritte Programme », environ 500 longs métrages, le ZDF environ 250 films, compte non tenu des reprises et des rediffusions sur le « Dritte Programme » ni du programme diffusé par « Eins Plus » qui est surtout constitué de reprises. Parmi les télévisions privées, « SAT 1 » diffuse chaque année 300 longs métrages environ et « RTL Plus » 250 environ, et, comme elles sont en concurrence pour les téléspectateurs et le taux d'écoute, tous les organismes de télévision s'efforcent de passer un plus grand nombre de films. Par conséquent, il faut s'attendre à une demande croissante de droits de télédiffusion des longs métrages eu égard à l'extension prévisible des programmes des organismes existants et à l'arrivée de nouveaux organismes de télévision.

(23) Actuellement, on compte environ 30 000 longs métrages qui se prêtent à la diffusion par la télévision allemande, dont 40 à 50 % ont été produits aux États-Unis d'Amérique.

Les catalogues les plus importants de longs métrages aux États-Unis d'Amérique appartiennent aux six sociétés dites « les majors » : MGM/UA (à présent MGM/UA Company et TEC) (environs 3 000), MCA/Universal (environ 2 600), Columbia et 20th Century Fox (chacune environ 2 100) et Warner Bros et Paramount (chacune environ 1 100). En Europe, on compte environ 2 500 longs métrages au Royaume-Uni et 2 000 par pays pour la république fédérale d'Allemagne, la France et l'Italie, qui se répartissent entre un grand nombre de petites et moyennes entreprises.

(24) Il existe dans le monde plus de 100 000 heures de production de télévision qui se prêtent à la diffusion par les chaînes allemandes, dont environ 3 000 heures nouvelles sont produites par an. On dispose, dans le monde, d'environ 5 000 à 6 000 demi-heures de dessins animés pour une production annuelle nouvelle de 450 à 500 unités d'une demi-heure.

(25) b) Les droits de diffusion à la télévision de longs métrages et de productions de télévision à travers le monde sont généralement concédés sur une base d'exclusivité pour une version linguistique, une zone de diffusion et une durée données. Le territoire concédé comprend, en principe, la zone de diffusion attribuée aux organismes nationaux de télévision, c'est-à-dire le territoire d'un pays donné, mais s'étend parfois

également aux régions limitrophes de pays voisins où se parle également la langue correspondant à la version couverte par la licence.

(26) La durée moyenne d'une licence est de quelques années. Des licences d'une durée de validité de plus de dix ans sont extrêmement rares ; elles ne sont accordées en aucun cas à des intermédiaires, et seulement dans des cas exceptionnels à des organismes de télévision. Les contrats portent en général sur un nombre plus ou moins élevé de films, qui peut aller jusqu'à quelques centaines. Toutefois, d'après les informations dont dispose la Commission, aucun contrat de plus de 1 000 films n'a encore été passé avec un organisme de télévision, et jamais la totalité du catalogue d'une société de production ou de distribution de films n'a été proposée à une société de télévision pour qu'elle puisse y faire un choix. Du reste, les contrats passés avec les organismes de télévision ne portent généralement que sur des films existants ; il est extrêmement rare qu'ils visent des nouvelles productions. Les organismes de télédiffusion ARD ont généralement conclu dans le passé des accords portant sur 200 à 300 films pour une durée moyenne de licence de cinq ans.

(27) c) Sur le marché allemand un groupe a une importance particulière ; il s'est établi comme intermédiaire et acquiert des droits sur des programmes de télévision en langue allemande dans le monde entier pour concéder sur ceux-ci des sous-licences aux télévisions allemandes. Actuellement, ce groupe détient les droits sur 15 000 longs métrages et 50 000 heures de production de télévision en langue allemande. Ces chiffres incluent les parties essentielles des catalogues des grandes sociétés américaines 20th Century Fox, Warner Bros, Paramount et Columbia ainsi que 200 films de MGM/UA, qui ne reviendront à MGM/UA et à TEC qu'en 1994 et seront alors à la disposition des organismes de télédiffusion ARD.

(28) Du fait de sa position importante, ce groupe est parvenu à négocier avec des sociétés de production et de distribution de films des licences plus nombreuses et d'une durée de validité plus longue qu'il n'est d'usage sur le plan international, et même à acquérir dans certains cas des droits sur des catalogues entiers de films ou à passer des contrats lui permettant de sélectionner les films les plus intéressants des différents catalogues. Ce groupe comprend plusieurs sociétés de production et de distribution de films et de programmes de télévision. Il détient en outre des participations dans certains organismes de télédiffusion privés.

D. Déroulement de la procédure et accords et déclarations ultérieurs

(29) Le 22 décembre 1986, la Commission a adressé aux parties aux accords une communication des griefs dans laquelle, compte tenu du nombre des films impliqués et de la durée couverte par les accords, elle contestait l'exclusivité des droits acquis et l'impossibilité, pour les tiers, d'accéder à ces films. À la suite d'une audition tenue le 13 octobre 1987, les organismes de télédiffusion ARD se sont alors efforcés, par des négociations avec TEC et MGM/UA Company, de créer des possibilités d'accès pour les tiers.

Le 16 décembre 1988, l'accord suivant a été conclu avec TEC pour les films revenant à cette dernière :

(30) Les organismes de télédiffusion ARD permettent à TEC de concéder à des tiers des licences pour ses films (longs métrages, dessins animés et productions de télévision), dans le cadre de ce qui a été appelé des « plages ». Ces « plages » désignent certaines périodes pour des films donnés durant lesquelles l'exclusivité accordée aux organismes de télédiffusion ARD est suspendue. Les organismes de télédiffusion ARD n'utilisent pas eux-mêmes ces films pendant les « plages » et, dans le même temps, autorisent l'octroi de licences de ces films à des tiers.

Ces plages sont de deux à six ans, et exceptionnellement de huit ans, leur début et leur fin étant spécifiquement désignés pour chaque film. Elles sont échelonnées et commencent parfois avant (ce sont les « pre-termwindows »), parfois pendant (les « in-term windows ») l'exploitation par les organismes de télédiffusion ARD, qu'elles interrompent dans ce dernier cas.

(31) Pendant ces « plages », les titulaires de licence de TEC peuvent faire une « diffusion couplée » (un « run » dans le texte de l'accord) (c'est-à-dire une transmission à une heure de grande écoute et une rediffusion dans les deux jours à une heure n'étant pas de grande écoute) par an. Les organismes de télédiffusion ARD mettent à la disposition des titulaires de licence, en temps utile avant le début d'une « plage », des copies se prêtant à la diffusion à la télévision, en version allemande si les films sont déjà disponibles en allemand. S'il n'existe pas encore de version allemande, les organismes de télédiffusion ARD participent à concurrence de 50 % aux frais de doublage, si celui-ci est effectué en accord avec eux.

(32) Les organismes de télédiffusion ARD autorisent en outre la diffusion des productions de télévision qu'ils n'ont pas choisies dans les limites des 416 heures qui leur reviennent, ce qui permet à TEC d'accorder à des tiers des licences illimitées pour de telles productions de télévision. À cet égard, les contrats avaient initialement concédé aux organismes de télédiffusion ARD l'exclusivité même pour les productions qu'ils ne sélectionnaient pas et avaient interdit de concéder des licences à des tiers. Toutefois, un droit préférentiel de négociation est accordé à ces organismes pour sept feuilletons de télévision nommément désignés.

(33) De plus, les organismes de télédiffusion ARD autorisent des tiers à diffuser les films en version étrangère sur la totalité du territoire concédé ou à les y diffuser de l'extérieur, ce qui était initialement interdit par les accords.

(34) S'agissant de MGM/UA Company avec qui un accord n'avait pu être conclu, les organismes de télédiffusion ARD ont fait, le 3 février 1989, la « déclaration irrévocable » unilatérale suivante :

MGM/UA Company est autorisée à concéder à d'autres organismes de télévision des licences portant sur tous les films qu'elle contrôle (films du catalogue, nouveaux films, films de « James Bond », productions de télévision et dessins animés), pour une diffusion par an dans le cadre des « plages ». Ces plages, d'une durée de deux ans, commencent la cinquième année suivant le début de l'exploitation par les organismes de télévision ARD ou la treizième année pour 213 films du catalogue. Les titulaires de licences de MGM/UA Company reçoivent, de la part des organismes de télédiffusion ARD, en temps utile avant le début des « plages », des copies se prêtant à la diffusion, si celles-ci existent en version allemande.

(35) En outre, les organismes de télédiffusion ARD autorisent la diffusion des productions de télévision qu'ils n'auraient pas sélectionnées dans le catalogue disponible avant la date de la déclaration, pour lesquelles des licences peuvent alors être concédées à des tiers. Enfin, ils autorisent la diffusion en version étrangère de ces films sur le territoire concédé si celle-ci se fait dans le cadre d'une chaîne en langue étrangère.

(36) À la suite de l'accord passé avec TEC et de la « déclaration irrévocable » faite en faveur de MGM/UA, qui tiennent compte des exigences de la Commission, les organismes de télédiffusion ARD ont, le 2 décembre 1988, notifié l'accord en vue d'obtenir une exemption au titre de l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE pour les accords en cause.

(37) À la suite de la publication du contenu essentiel des accords notifiés, la Commission n'a reçu aucune observation de la part de tiers. Cependant, MGM/UA a informé la Commission, suite à cette publication, qu'elle s'opposait à une exemption au motif que les « plages » créées étaient insuffisantes et que les restrictions de concurrent n'étaient pas supprimées.

II. APPRÉCIATION JURIDIQUE

A. Article 85 paragraphe 1

1. Accords entre entreprises

(38) Les accords en cause constituent des accords entre entreprises, étant donné que les organismes de télédiffusion ARD, de même que Nefico et sa société mère initiale MGM/UA, sont des entreprises au sens de l'article 85 paragraphe 1, et ce nonobstant le fait que les organismes de télédiffusion ARD sont des organismes de droit public, chargés, en vertu du droit national, de la mission de fournir des programmes dans l'intérêt public. La notion fonctionnelle d'entreprise de l'article 85 paragraphe 1 comprend toute activité visant à l'échange de biens ou de services, quelle que soit la forme juridique de l'entreprise, et abstraction faite de l'existence ou non d'un but lucratif. C'est ainsi que la Cour a affirmé dans l'arrêt qu'elle a rendu le 30 avril 1974 dans l'affaire 155/73 Sacchi [1] que les organismes publics de télévision sont des entreprises au sens de l'article 85 paragraphe 1 dans la mesure où ils exercent des activités de nature économique.

(39) L'achat de droits de télévision constitue une activité économique de ce type. Il s'agit de l'acquisition d'un « bien » moyennant rémunération, pour laquelle les organismes de télévision se trouvent en concurrence directe avec d'autres entreprises, en particulier des organismes de télévision privés.

La prise en compte du droit de la libre diffusion n'amène pas non plus à une autre approche. La question peut rester ouverte de savoir si un tel droit fondamental existe dans la Communauté et si, comme dans le droit constitutionnel national (allemand), il inclut un devoir de la part des organismes publics de radio et de télévision de fournir des programmes et protège, dans certaines circonstances, également leurs achats de programmes. En tout cas, il n'y a pas d'indication que l'application, en l'espèce, des règles de concurrence empêcherait les organismes de télédiffusion de remplir leur mission de fournir des programmes : il leur est toujours loisible de passer des contrats d'achat de droits de télévision dans la mesure où ceux-ci sont compatibles avec le droit de la concurrence quant à leur étendue et à leur durée.

(40) Pour la même raison, l'application des règles de concurrence n'est pas davantage entravée par l'article 90 paragraphe 2 du traité CEE parce qu'il n'apparaît pas, en l'espèce, que l'application des règles de concurrence ferait échec à l'accomplissement de la mission d'intérêt public des organismes de télédiffusion ARD.

2. Les restrictions de la concurrence

(41) Les accords ont pour objet et pour effet de restreindre la concurrence. La question peut rester ouverte de savoir si les droits concédés aux organismes de télédiffusion ARD constituent des licences au sens juridico-technique du terme ou s'il s'agit d'un transfert de droits limité dans le temps et dans son étendue. Si l'on retient l'hypothèse du transfert de droits, la restriction de la concurrence réside dans le fait que les organismes de télédiffusion ARD, en dépit du transfert de propriété, ne peuvent concéder de sous-licences en république fédérale d'Allemagne, (ni en ce qui concerne les films de James Bond, en dehors de celle-ci), ce qui limite leur liberté d'action et empêche également l'accès d'autres stations de télévision à ces films. En revanche, si l'on considère, comme semblent le faire les parties, qu'il s'agit de licences, alors, compte tenu des principes établis dans l'arrêt « Coditel II » [2] de la Cour de justice, la restriction de concurrence réside dans la durée et l'étendue de l'exclusivité.

[1] *Recueil de la jurisprudence de la Cour:* 1974, p. 409.
[2] *Recueil de la jurisprudence de la Cour:* 1982, p. 3381.

(42) La Cour de justice a établi, dans son arrêt « Coditel II », que la concession d'une licence exclusive pour la présentation d'un film en l'espèce, au cinéma ne représente pas en soi une restriction de la concurrence ; elle a bien précisé dans le même temps, que l'exercice d'un tel droit peut, selon les circonstances juridiques ou économiques qui l'accompagnent, entraîner une restriction de la concurrence, étant entendu qu'il faut considérer non seulement l'exercice effectif du droit, mais également les possibilités d'exploitation prévues au contrat. Pour cela, la Cour examine en particulier si l'exercice de ces droits crée des entraves artificielles et injustifiables eu égard aux besoins de l'industrie cinématographique, si ce système permet des rémunérations excessives pour les investissements effectués, et s'il crée une exclusivité dont la durée est disproportionnée par rapport à ces besoins. Ces conditions sont réunies en l'espèce si l'on considère les accords dans leur ensemble.

a) Nombre et durée des droits d'exclusivité, et durée de la période de sélection des films

(43) Est d'abord significatif le nombre important inhabituel des droits concédés.

Quoique la concession de droits exclusifs de diffuser des films ne constitue pas en soi une restriction de la concurrence, il convient de considérer que le stock de longs métrages adéquats ne peut être augmenté à volonté et qu'il y a donc lieu d'empêcher que de grandes quantités de films soient retirées du marché par des liens d'exclusivité à long terme. En l'espèce, le nombre de films considérés va bien au-delà de la quantité normale nécessaire pour satisfaire les besoins d'achat et de planification des programmes, et excède également le nombre de films que les organismes de télédiffusion ARD avaient l'habitude d'acquérir de la sorte. Certes, les films achetés par les organismes de télévision ARD ne représentent que 4,5 % du stock total disponible au niveau mondial, mais comme il s'agit d'une partie sélectionnée, et partant, particulièrement intéressante, du catalogue d'une des sociétés de production et de location de films les plus importants sur le plan international, qui contient un grand nombre de films particulièrement attrayants pour le grand public, comme les films de James Bond ou des films ayant été primés, les droits acquis ont une portée qui excède leur quantité numérique proprement dite. Une difficulté supplémentaire tient au fait que, outre les films du catalogue « MGM/UA », la totalité des productions nouvelles de MGM/UA est également visée ; or les nouvelles productions sont souvent particulièrement attrayantes.

(44) La durée des accords est aussi d'une importance déterminante. Celle-ci est bien entendu fonction du grand nombre de films sous licence étant donné que ce grand nombre de films exige une durée plus longue pour permettre une exploitation optimale. La durée de validité de la licence déterminée par un tel motif était jusqu'à présent contraire aux usages du secteur et va au-delà de la pratique antérieure des organismes de télédiffusion. Elle n'est pas non plus requise pour l'achat et la planification des programmes. Il convient de considérer en particulier l'échelonnement de la durée de validité de la licence, qui ne commence, pour les 130 derniers films du catalogue, que le 1er janvier 1988 et n'exipire donc qu'en 2013. Cet échelonnement a pour effet de proroger le lien d'exclusivité entre les parties aux accords de quinze ans au-delà de la durée de validité proprement dite de la licence, avec le résultat que d'autres stations de télévision sont empêchées d'avoir accès aux films, même avant que la durée de la licence des organismes de télévision ARD commence véritablement à courir. Une telle durée de validité des accords et l'extension de l'exclusivité au-delà de la durée réelle de la licence sont excessives, selon l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire « Coditel II », et créent un obstacle artificiel pour les autres entreprises.

(45) Les restrictions à prendre en considération ne sont pas supprimées par les « plages » qui ont été créées, puisqu'elles suspendent l'exclusivité accordée à l'intérieur de certaines périodes seulement, sans que les tiers aient plein accès aux films.

(46) Une autre restriction résulte de la durée de la période de sélection qui découle du grand nombre des films à sélectionner. Le fait que MGM/UA ne pouvait, pendant la durée de la période de sélection, à savoir du 1er octobre 1983 au 31 décembre 1986, concéder de licences à des tiers rendait la totalité de son catalogue non disponible à d'autres entreprises pendant cette période. Étant donné que cette disposition visait également les films que les organismes de télédiffusion ARD eux-mêmes n'avaient pas sélectionnés plus tard, il en est résulté une entrave artificielle pour les autres stations de télévision.

b) Le droit préférentiel de négociation

(47) Le droit préférentiel de négociation réservé aux organismes de télédiffusion ARD limite MGM/UA dans le choix de ses partenaires contractuels et porte atteinte à la position de négociation d'autres demandeurs. Il s'agit, par conséquent, d'une restriction supplémentaire de concurrence, qui renforce les effets anticoncurrentiels du nombre et de la durée des droits acquis par les organismes de télédiffusion ARD.

3. *L'affectation du commerce entre les États membres*

(48) Les accords sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, étant donné que le territoire concédé va au-delà de la république fédérale d'Allemagne et comprend aussi d'autres États membres (le Luxembourg et certaines régions d'Italie).

B. Article 85 paragraphe 3

La nouvelle version de l'accord récemment passé entre les organismes de télédiffusion ARD et TEC ainsi que leur « déclaration irrévocable » en faveur de MGM/UA Company remplissent désormais les conditions de l'article 85 paragraphe 3.

1. *Amélioration de la distribution des produits*

(49) Compte tenu de l'accord passé entretemps et de la « déclaration » faite, les accords contribuent à améliorer la distribution des produits, parce qu'ils élargissent l'offre de films sur le marché en cause.

Eu égard au nombre élevé des films provenant du catalogue disponible, la totalité du catalogue de MGM/UA a été examinée systématiquement pour déterminer les films qui se prêtaient à une diffusion par la télévision allemande. C'est une tâche que les organismes de télédiffusion ARD, qui connaissent bien les besoins de la télévision allemande et les habitudes d'écoute de ses clients, étaient dans une meilleure position pour mener à bien que MGM/UA, qui n'était pas familiarisée avec le marché allemand et n'avait jusqu'alors, distribué qu'un petit nombre de films par le biais d'un intermédiaire. La conclusion du contrat de sélection a notamment permis de constater qu'un grand nombre de films, surtout plutôt anciens, qui jusqu'alors n'avaient été montrés ni à la télévision ni dans les cinémas dans les régions germanophones étaient exploitables à la télévision allemande et de montrer ces films pour la première fois aux téléspectateurs de la télévision allemande.

(50) Une amélioration supplémentaire de la distribution des films découle des « plages », et en particulier de l'accord concernant les coûts de doublage. Du fait de ces « plages », les films peuvent aussi être montrés par d'autres organismes de télévision en alternance avec les organismes de télédiffusion ARD. L'échelonnement des « plages » garantit que, pendant la durée des accords, un nombre assez important de films puisse chaque année faire l'objet de licences concédées à des tiers. Il est particulièrement intéressant que d'autres stations de télévision puissent, conformément à l'accord avec TEC, montrer une proportion importante des films avant les organismes de télévision ARD eux-mêmes, et que, en effet, pour un certain nombre de films, elles puissent le faire pendant une période allant jusqu'à huit années.

(51) À cet égard, MGM/UA a fait valoir auprès de la Commission que, en ce qui concerne leur durée et leur ordre de succession, les « plages » créées sont insuffisantes et sans attrait pour les stations de télévision privées. Cependant, de l'avis de la Commission, cet argument n'est pas convaincant. Des déclarations de stations de télévision privées de république fédérale d'Allemagne, faites à la Commission font état de leur intérêt à acquérir des licences dans le cadre de « plages » de deux ans. De plus, TEC, qui, conformément à son accord avec les organismes de télédiffusion ARD, dispose de « plages » allant jusqu'à huit ans, a déjà entamé des négociations concrètes avec d'autres stations de télévision, et a déjà concédé des licences sur un certain nombre de films à l'intérieur des « plages ».

(52) Les nouvelles chaînes privées profitent en particulier en ce qui concerne les films pour lesquels elles ont obtenu des licences dans le cadre de « plages », du fait que les organismes de télévision ARD mettent à leur disposition des copies, non seulement appropriées à la diffusion directe, mais aussi, en version doublée, et du fait que, lorsque la version doublée n'existe pas encore, les organismes de télévision ARD participent à raison de 50 % au coût du doublage. Cela doit être considéré comme une amélioration de la distribution des produits, car, en l'absence de cette disposition, certaines chaînes privées ne pourraient pas diffuser ces films. Les nouvelles stations de télévision privées éprouvent, surtout dans la phase de démarrage, des difficultés financières considérables, qui, souvent, ne leur permettent pas d'assumer les coûts d'un doublage de haut niveau. Par conséquent, les accords en cause permettent non seulement de mettre ces films sur le marché allemand et de les doubler, mais également, grâce au système mis en place pour le doublage, ils permettent de faire projeter ces films non seulement par les organismes de télédiffusion ARD, mais aussi, en alternance, par d'autres organismes.

(53) Le grand nombre de films a aussi permis un prix par film sensiblement plus bas que s'il y avait eu plusieurs contrats séparés portant sur un plus petit nombre de films. Là encore, les organismes de télédiffusion ARD, qui ont, comme les organismes de droit public, un budget fixe, on pu acheter plus de films que cela n'aurait été possible autrement.

2. *La part équitable du profit qui en résulte pour les consommateurs*

(54) Les consommateurs, c'est-à-dire les téléspectateurs, reçoivent une part équitable du profit qui en résulte, puisque les accords leur permettent de voir davantage de films à la télévision germanophone que cela aurait été le cas sans ses accords.

3. *Le caractère indispensable des restrictions et l'absence de possibilité d'élimination de la concurrence*

(55) À la suite de l'accord passé avec TEC et la « déclaration irrévocable » faite en faveur de MGM/UA Company, il n'y a plus de restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre les objectifs décrits ci-dessus. Les « plages » créées ont limité l'exclusivité accordée aux organismes de télédiffusion ARD. L'exclusivité conservée est nécessaire pour permettre un rendement adéquat des investissements en question (redevance de licence, coût de doublage, et coûts administratifs découlant de la sélection). Ceci s'applique aussi à l'interdiction de licences pour des télévisions à péage, puisque l'exploitation simultanée des films sur les télévisions à péage affecterait considérablement la valeur des films pour les organismes de télédifussion ARD.

D'autres restrictions que comportaient antérieurement les accords, qui n'étaient pas indispensables et qui rendaient toute exemption impossible, ont été supprimées tel est le cas notamment de l'exclusivité pour les productions de télévision, qui s'étendait initialement aux programmes non sélectionnés par les organismes de télédiffusion ARD, et de l'exclusion des diffusions en langue étrangère, qui entravait la diffusion transfrontalière des films en question par des chaînes paneuropéennes.

(56) Les accords notifiés ne donnent pas la possibilité aux organismes de télédiffusion ARD d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. En premier lieu, les « plages » créent des possibilités d'accès aux films pour d'autres chaînes de télévision. En second lieu, outre les films visés en l'espèce, il y a sur le marché suffisamment d'autres films susceptiles d'être exploités par la télévision de langue allemande.

C. Articles 6 et 8 du règlement n° 17

(57) Conformément à l'article 6 paragraphe 1 du règlement n° 17, la présente décision prend effet à la date du dernier complément aux accords, à savoir le 3 février 1989.

Eu égard à la durée de validité des accords, à la durée des « plages » disponibles pour les autres chaînes de télévision et au fait que le marché de la télévision et des programmes de télévision dans les régions germanophones est en expansion, l'exemption demandée au titre de l'article 8 paragraphe 1 du règlement n° 17 est accordée pour dix ans.

(58) Afin de permettre à la Commission de vérifier, au cours de la période de l'exemption, si les conditions de celle-ci sont toujours réunies, Degeto Film GmbH est tenue de lui soumettre toute modification ou complément aux accords, ainsi que tous accords ultérieurs éventuels, conclus dans l'exercice du droit préférentiel de négociation,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION :

Article premier

Conformément à l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE, les dispositions de l'article 85 paragraphe 1 sont déclarés inapplicables pour la période du 3 février 1989 au 2 février 1999 aux accords passés entre Degeto Film GmbH et Algemene Financieringsmaatschappij Nefico BV les 8 et 9 février 1984.

Article 2

La présente décision est assortie de la charge suivante :

Degeto Film GmbH est tenue de communiquer immédiatement à la Commission toute modification ou complément aux accords, ainsi que tout nouvel accord conclu dans l'exercice du droit préférentiel de négociation.

Article 3

Les entreprises suivantes sont destinataires de la présente décision :

1) Degeto Film GmbH
Bertramstraße 8
D-6000 Frankfurt a.M. ;

2) Hessischer Rundfunk
Bertramstraße 8
D-6000 Frankfurt a.M. ;

3) Norddeutscher Rundfunk
Rothenbaumchaussee 132-134
D-2000 Hamburg 13 ;

4) Radio Bremen
Henrich-Hertz-Straße 13
D-2800 Bremen ;

5) Saarländischer Rundfunk
Funkhaus Halberg
D-6600 Saarbrücken ;

6) Sender Freies Berlin
Masurenallee 8-14
D-1000 Berlin 19 ;

7) Süddeutscher Rundfunk
Neckarstraße 230
D-7000 Stuttgart 1 ;

8) Südwestfunk
Hans-Bredow-Straße
D-7570 Baden-Baden ;

9) Westdeutscher Rundfunk
Appellhofplatz 1
D-5000 Köln ;

10) Algemene Financieringsmaatschappij Nefico BV
Rijswijkstraat 175
NL-Amsterdam ;

11) MGM/UA Communications Company
10000 W. Washington Boulevard
Culver City/California 90232
États-Unis d'Amérique ;

12) Turner Entertainment Company
10100 Venise Boulevard
Culver City/California 90232
États-Unis d'Amérique ;

Fait à Bruxelles, le 15 septembre 1989.

Par la Commission
Sir Leon BRITTAN
Vice-président