II

(Atti per i quali la pubblicazione non è una condizione di applicabilità)

COMMISSIONE

DECISIONE DELLA COMMISSIONE

del 15 settembre 1989

relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE

(IV/31.734 — Acquisto di film da parte di emittenti televisive tedesche)

(I testi in lingua tedesca, inglese e olandese sono i soli facente fede)

(89/536/CEE)

LA COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE,

visto il trattato che istituisce la Comunità economica europea,

visto il regolamento n. 17 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CEE [1], modificato da ultimo dall'atto di adesione della Spagna e del Portogallo, in particolare gli articoli 6 e 8,

vista la decisione della Commissione, del 15 dicembre 1986, di avviare la procedura,

dopo aver dato alle imprese interessate, a norma dell'articolo 19, paragrafo 1 del regolamento n. 17 in collegamento con il regolamento n. 99/63/CEE della Commissione, del 25 luglio 1963, relativo alle audizioni di cui all'articolo 19, paragrafi 1 e 2 del regolamento n. 17 [2], la possibilità di esprimere il proprio punto di vista in merito agli addebiti mossi dalla Commissione nei loro confronti, e dopo che esse hanno fatto conoscere oralmente e per iscritto la propria posizione nel corso dell'audizione svoltasi il 13 ottobre 1987,

vista la notificazione degli accordi di cui trattasi, effettuata il 2 dicembre 1988, nonché la domanda di esenzione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato CEE,

dopo aver pubblicato, a norma dell'articolo 19, paragrafo 3 del regolamento n. 17, il contenuto essenziale degli accordi notificati [3],

previa consultazione del comitato consultivo in materia di intese e posizioni dominanti,

considerando quanto segue:

I. I FATTI

(1) Oggetto del presente procedimento sono gli accordi relativi ai diritti di diffusione di lungometraggi cinematografici, telefilm e serie televisive di produzione USA da parte dello Erstes Deutsches Fernsehen («Primo canale televisivo tedesco»).

A. Le imprese interessate

(2) Gli enti Hessischer Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Saarländischer Rundfunk, Sender Freies Berlin, Süddeutscher Rundfunk, Südwestfunk e Westdeutscher Rundfunk (in appresso le emittenti ARD) appartengono, insieme al Bayerischer Rundfunk che non è parte di questa procedura, alla Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-Rechtlichen Landesrundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland» (Associazione delle emittenti regionali pubbliche di radiodiffusione della Repubblica federale di Germania; in appresso ARD). Le emittenti che fanno parte di ARD trasmettono, tra l'altro, sul territorio federale su frequenze terrestri un programma televisivo comune, chiamato «Erstes Deutsches Fernsehen»; esse trasmettono inoltre, talora a titolo individuale, tal'altra in collaborazione, i cosiddetti «Terzi programmi» a diffusione regionale, anch'essi su frequenze terrestri e un programma via satellite chiamato «Eins Plus» (Uno più).

La Degeto-Film GmbH, con sede in Francoforte sul Meno, è un'affiliata comune di tutte le emittenti ARD, che ha il compito di acquistare programmi televisivi e, in particolare, di acquistare diritti di diffusione televisiva di film.

[1] GU n. 13 del 21. 2. 1962, pag. 204/62.
[2] GU n. 127 del 20. 8. 1963, pag. 2268/63.
[3] GU n. C 54 del 3. 3. 1989, pag. 2.

(3) La società cinematografica di produzione e noleggio Metro-Goldwyn-Mayer / United Artists Entertainment Co. (MGM/UA), con sede in Culver City (USA), si è costituita nel 1981 tramite la fusione delle imprese Metro-Goldwyn-Mayer Inc. (MGM) e United Artists Corporation (UA). Essa era una delle sei principali società cinematografiche e televisive degli Stati Uniti ed era proprietaria di uno dei più ricchi cataloghi cinematografici di quel paese, costituito da circa 3 000 lungometraggi, parecchi dei quali premiati, da telefilm e da cartoni animati. Una delle sue affiliate era la United Artists Corporation, una cui affiliata era la Algemene Financieringsmaatschappij Nefico BV (Nefico) con sede in Amsterdam.

(4) Nel marzo 1986 la MGM/UA venne rilevata dal gruppo televisivo Turner Broadcasting System Inc. (TBS); constestualmente, l'affiliata United Artists Corporation (compresa l'affiliata di quest'ultima Nefico) fu ceduta e divenne un'impresa indipendente. La precedente società madre MGM/UA venne definitivamente liquidata nell'agosto del 1986 e il suo patrimonio, compresi tutti i diritti cinematografici e televisivi, divenne in parte proprietà della Turner Entertainment Co. (TEC), affiliata di TBS, mentre i restanti diritti, compreso il diritto al nome d'impresa Metro-Goldwyn-Mayer, vennero trasferiti alla precedente affiliata United Artists Corporation, la quale — in seguito a questa operazione — ha assunto la nuova ragione sociale di « Metro-Goldwyn-Mayer/United Artists Communications » (MGM/UA Co.). Nefico continua ad essere affiliata di quest'ultima società.

B. Gli accordi

(5) L'8 e il 9 febbraio 1984 le stazioni ARD, rappresentate da Degeto Film GmbH, stipularono con Nefico tre contratti per l'acquisto di diritti di diffusione televisivi in base ai quali MGM/UA garantiva incondizionatamente gli obblighi assunti da Nefico. Gli accordi erano rispettivamente :

a) il « Library Licence Agreement » (accordo per la licenza del catalogo) del 9 febbraio 1984 ;

b) il « James Bond Licence Agreement » (accordo per la licenza dei film della serie James Bond) del 9 febbraio 1984 ;

c) un ulteriore accordo concluso l'8 febbraio 1984, che prevedeva il pagamento di un distinto corrispettivo per la licenza esclusiva.

Tutti questi accordi, che sono entrati in vigore retroattivamente il 1° ottobre 1983, sono stati oggetto di integrazioni e di modifiche parziali in seguito alla conclusione di due accordi del 21 agosto 1986 preceduta da uno scambio di lettere (nove lettere del 9 febbraio 1984, una lettera del 23 febbraio 1984, tre lettere del 31 agosto 1984 e una lettera del 15 aprile 1986). In seguito a quanto precede, la situazione relativa agli accordi è la seguente :

1. *Oggetto dei contratti*

(6) a) Le stazioni ARD hanno acquistato tramite il « Library Licence Agreement » (LLA) il diritto di diffondere 1 350 lungometraggi scelti nel catalogo generale di MGM/UA, detto il « Catalogo » (« Library »). Per ogni anno, dal 1984 al 1993, ARD si impegna a scegliere, come minimo, 70 film, mentre, per gli anni dal 1994 al 1998, essa si impegna a scegliere un minimo di 130 film all'anno. L'elenco dei film prescelti doveva essere presentato, al più tardi, il 31 dicembre 1986.

I diritti su 514 film selezionati da ARD dal catalogo (al momento della stipulazione del contratto essi erano 663) sono attualmente concessi in licenza a terzi e saranno a disposizione di ARD solo dal 1994. Per contro, i sei grandi classici del catalogo MGM/UA fra i quali « Via col vento » e « Ben Hur », anch'essi oggetto di licenza in altri paesi, sono stati fin dall'inizio esclusi dall'LLA.

(7) b) Fa parte integrante dell'LLA l'acquisto da parte di ARD dei diritti su tutta la nuova produzione di MGM/UA (« nuovi film ») di cui questa ultima autorizzerà o la proiezione in sala cinematografica o la prima visione televisiva nel periodo compreso fra il 1° gennaio 1984 e il 31 dicembre 1998. MGM/UA si impegna a mettere a disposizione della controparte complessivamente almeno 150 film e almeno 10 film all'anno.

(8) c) L'LLA riguarda anche la concessione in licenza di tutti i cartoni animati controllati da MGM/UA al 1° gennaio 1984 (in totale 774 filmati di mezz'ora), nonché

d) 416 ore di produzioni televisive (« Television Product ») quali telefilm a serie televisive. Queste ultime sono scelte dalle stazioni ARD dal catalogo generale attuale e futuro di MGM/UA in ragione di almeno 26 ore di produzione all'anno.

(9) e) Con l'accordo per la licenza dei film James Bond le stazioni ARD hanno inoltre acquistato i diritti di diffusione televisiva di 14 film denominati James Bond, presenti nell'attuale catalogo di MGM/UA.

f) Secondo una lettera del 9 febbraio 1984, integrativa dell'accordo, sono stati altresì trasferiti a ARD i diritti sui tutti i nuovi film James Bond che MGM/UA produce o acquista fra il 1° gennaio 1984 ed il 31 dicembre 1998.

(10) A seguito della liquidazione di MGM/UA e del trasferimento dei suoi diritti e obblighi a TEC e MGM/UA Co., queste due ultime imprese sono subentrate, insieme alla Nefico, nei contratti conclusi con Degeto film GmbH ; di conseguenza, i diritti sui film oggetto degli accordi spettano attualmente in parte a TEC e in parte a MGM/UA

Co. TEC dispone, in sostanza, dei film che, prima della fusione con UA nel 1981, appartenevano al catalogo di MGM, ossia di 927 su 1 350 lungometraggi scelti dalle emittenti ARD dal catalogo di MGM/UA, di 617 dei 744 cartoni animati di mezz'ora e della maggior parte delle produzioni televisive. I rimanenti film del catalogo di UA, compresi i film James Bond, appartengono ora a MGM/UA Co. In base a quanto hanno convenuto TEC e MGM/UA Co., quest'ultima è titolare della produzione dei « nuovi film » contemplati nei contratti di cui sopra, compresi i film James Bond che verranno ancora prodotti.

2. *Diritti di esclusiva*

(11) Le stazioni ARD hanno acquistato il diritto esclusivo di utilizzare, ai fini della diffusione televisiva in lingua tedesca all'interno del territorio contrattuale, tutti i film i cui alla presente procedura (i titoli selezionati dal catalogo, le nuove produzioni cinematografiche, i cartoni animati e le produzioni televisive). Di conseguenza, per tutta la durata della licenza, con riserva delle « finestre » che saranno successivamente concesse ad altre emittenti (punto 30 e seguenti), non potranno essere rilasciate altre licenze nemmeno per lo sfruttamento da parte di televisioni a pagamento. Tuttavia, gli accordi originari prevedevano due « finestre a pagamento » all'anno durante le quali il 25 % dei film era costituito da film dati in licenza a terzi per la trasmissione da parte di televisioni a pagamento. Per quanto i singoli film selezionati dal catalogo fossero dati in licenza a terzi all'atto della conclusione degli accordi, queste licenze non erano prorogabili.

Alle stazioni ARD è stato inoltre concesso un diritto di esclusiva sul catalogo generale per la durata del periodo di selezione, vale a dire fino al 31 dicembre 1986, nel senso che durante questo periodo non si sarebbero potuti concedere a terzi nel territorio contrattuale diritti di diffondere film facenti parte del catalogo.

3. *Territorio contrattuale*

(12) Il territorio contrattuale abbraccia, oltre a quello della Repubblica federale di Germania (compresa Berlino Ovest), anche la Repubblica democratica tedesca, l'Austria, il Liechtenstein, il Granducato del Lussemburgo, l'Alto Adige e la Svizzera, limitatamente ai cantoni di lingua tedesca.

4. *Durata della licenza*

(13) La durata della licenza è di norma di 15 anni per ciascun lungometraggio o telefilm. Nel caso di 136 lungometraggi, che al momento della conclusione del contratto erano stati dati in licenza a terzi, la durata della licenza è di 16 anni. Essa è invece più breve per una parte dei film per i quali è concesso solo un numero inferiore di trasmissioni, se l'ultima trasmissione ammessa avviene prima che siano trascorso 15 anni.

La licenza decorre dal 1° gennaio dell'anno nel quale è fissata la programmazione della prima trasmissione, in altri termini fra il 1° gennaio 1984 e il 31 dicembre 1998.

5. *Frequenza delle trasmissioni*

(14) Le produzioni cinematografiche — i film del catalogo, le nuove produzioni e i cartoni animati — possono essere trasmessi, in linea di massima, un numero illimitato di volte.

MGM/UA si riserva la facoltà di indicare 75 film tratti del suo catalogo e 45 film della categoria « nuovi film » per i quali sono ammesse soltanto 15 trasmissioni. Le produzioni televisive e tutti i film James Bond possono essere trasmessi al massimo 15 volte.

6. *Modalità tecniche dell'utilizzazione commerciale*

(15) La trasmissione televisiva può avvenire sia per via terrestre sia via cavo e via satellite, compresi i satelliti di radiodiffusione. La trasmissione tramite satelliti di radiodiffusione è però alquanto limitata.

7. *Versioni linguistiche*

(16) La trasmissione del film può avvenire, di norma, solo in lingua tedesca. Un numero limitato di film può tuttavia essere trasmesso in due lingue (tedesco e inglese), con sottotitoli inglesi, ovvero nella versione originale inglese (con o senza sottotitoli tedeschi).

8. *Diritto di precedenza per le trattative*

(17) ARD gode di un diritto di precedenza, valido fra il 1° ottobre 1983 e il 1° gennaio 1997, per eventuali trattative con MGM/UA ove quest'ultima intenda concludere con terzi accordi di contenuto analogo al « Library Licence Agreement ». In tale eventualità MGM/UA si impegna a trattare esclusivamente con ARD sul contenuto di queste trattative. Le stazioni ARD possono, nel termine di cinque giorni, decidere se stipulare un contratto alle condizioni offerte dal terzo. In nessun caso MGM/UA può stipulare un contratto il cui contenuto sia per essa più sfavorevole dell'ultima offerta scritta presentata dalle stazioni ARD. Spetta però a MGM/UA decidere in via definitiva sulla suddetta offerta.

Un diritto di precedenza simile, che può essere esercitato fino al 1° gennaio 1997, si applica anche quando MGM/UA abbia intenzione di concludere un contratto, detto « Output Agreement », (accordo sulla produzione cinematografica) relativo ai film da essa prodotti o acquistati dopo il 31 dicembre 1998.

9. *Concessione in sottolicenza dei diritti acquisiti*

(18) Al di fuori de territorio della Repubblica federale di Germania le emittenti ARD hanno facoltà di concedere in sottolicenza ad altre emittenti radiotelevisive i diritti da esse acquistati nell'ambito del « Library Licence Agreement », ma non i diritti sui film James Bond.

Inoltre, sul territorio della Repubblica federale esse non possono concedere sottolicenze se non ad imprese ad esse collegate.

Fuori del territorio della Repubblica federale le emittenti ARD hanno già concesso in sottolicenza 625 film all'ente televisivo austriaco e 150 film all'ente televisivo svizzero.

10. *Corrispettivo della licenza*

(19) Per l'acquisto dei diritti da MGM/UA, compresi quelli sulle nuove produzioni, ARD ha pagato complessivamente 80 milioni di $ USA.

C. Condizioni generali per l'acquisto e diffusione dei programmi televisivi

1. *Sviluppo della televisione nella Repubblica federale di Germania*

(20) Dopo l'abolizione del monopolio radiotelevisivo pubblico nel 1984, esistono oggi, oltre alle due « Anstalten » ARD e ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen), diverse stazioni televisive private. Due di queste, « SAT 1 » e « RTL Plus », transmettono — via satellite e cavo e, recentemente, con frequenze terrestri — programmi completi, che possono essere ricevuti in tutto il territorio federale. Un terzo programma completo, che potrà essere ricevuto in tutta la Repubblica federale, « Tele 5 », è in corso di allestimento. Esistono inoltre altri canali attualmente ancora sperimentali ed alcune emittenti locali e regionali. Nella Repubblica federale si possono inoltre ricevere alcuni programmi stranieri in lingua inglese e francese che vengono diffusi via cavo. La loro importanza e la loro diffusione sono però ancora ridotte. È in fase sperimentale una televisione a pagamento « Pay TV ».

(21) La maggior parte delle emittenti private sono finanziate esclusivamente delle entrate pubblicitarie, il che significa che attulamente esse sono in prevalenza più deboli delle emittenti di diritto pubblico le quali, oltre alle entrate pubblicitarie, riscuotono i canoni di abbonamento. Per procacciarsi sempre maggiori entrate pubblicitarie, le emittenti private debbono raggiungere elevati indici di ascolto, obiettivo che presuppone a sua volta la diffusione di programmi di grande richiamo per la massa dei telespettatori.

2. *Importanza, consistenza e commercializzazione di lungometraggi e produzioni televisive*

(22) a) All'interno di un programma televisivo i lungometraggi assumono grande rilevanza. Rispetto alle produzioni televisive (telefilm e serie televisive) essi sono il risultato di un grosso sforzo finanziario e artistico, hanno spesso un successo di pubblico maggiore e raggiungono indici d'ascolto molto elevati. Le stazioni di ARD mandano in onda ogni anno, compreso il terzo programma, circa 500 lungometraggi, mentre ZDF ne trasmette circa 250. Queste cifre non tengono conto delle ritrasmissione e degli accavallamenti che possono presentarsi nei terzi programmi regionali, né del programma di « Eins Plus », il quale consiste per la maggior parte di ritrasmissioni. Quanto alle emittenti private, « SAT 1 » trasmette circa 300 lungometraggi e « RTL Plus » circa 250. Va rilevato che la caccia al telespettatore e al raggiungimento di elevati indici d'ascolto costringe tutte le emittenti ad ampliare l'offerta di lungometraggi. Nel complesso, vista l'esigenza per chi è già sul mercato di ampliare e arricchire i propri programmi e visto che è imminente l'arrivo sul mercato di nuove emittenti, è probabile che aumenterà la richiesta di diritti televisivi per la diffusione di film.

(23) Esistono attualmente sul mercato mondiale 30 000 lungometraggi cinematografici disponibili per una trasmissione su reti televisive tedesche ; il 40-50 % di questi film è stato prodotto negli Stati Uniti.

Il maggior numero di produzioni cinematografiche appartiene alle cosiddette Major Companies degli Stati Uniti : MGM/UA (attualmente MGM/UA Co. e TEC) con 3 000 titoli. MGM/Universal con 2 600 titoli, la Columbia e la 20th Century Fox con circa 2 100 titoli ciascuna, la Warner Bros e la Paramount ciascuna con circa 1 100 titoli. In Europa esistono circa 2 500 titoli nel Regno Unito e circa 2 000 titoli in ciascuno di questi tre paesi : Repubblica federeale di Germania, Francia e Italia ; tutti sono ripartiti su un gran numero di piccole e medie società.

(24) Le produzioni televisive disponibili per una trasmissione sulle reti televisive tedesche ascendono a complessive 100 000 ore di trasmissione ; ogni anno vengono prodotte all'incirca 3 000 nuove ore di trasmissione. I cartoni animati rappresentano, sul mercato mondiale, circa 5-6 000 filmati di mezz'ora, mentre annualmente arrivano sul mercato nuove produzioni per circa 450-500 filmati di mezz'ora.

(25) b) Nel mondo, i diritti di rappresentazione dei lungometraggi e produzioni televisive vengono concessi, in generale, per una determinata versione linguistica, per un determinato territorio e per una determinata durata in base ad esclusiva. Il territorio della licenza abbraccia, di norma, il territorio di trasmissione assegnato alle singole emittenti televisive nazionali ; si tratta in altri termini del territorio di un determinato

Stato, che può talora estendersi a regioni appartenenti a Stati confinanti, nelle quali si parli la lingua corrispondente alla versione data in licenza.

(24) In genere, la licenza è concessa per alcuni anni; sono estremamente rare concessioni per più di 10 anni e, nella maggior parte dei casi, esse vengono accordate a mediatori ed eccezionalmente alle emittenti televisive. I contratti in materia riguardano, di regola, un numero più o meno grande di filmati, la cui consistenza varia sensibilmente a seconda dei contratti e può talvolta raggiungere varie centinaia di titoli. A quanto risulta alla Commissione, non si conosce finora alcun caso in cui una stazione televisiva abbia stipulato un contratto riguardante più di 1 000 titoli né si è mai dato il caso di un'emittente che abbia acquistato l'intero catalogo di una società di produzione o noleggio cinematografici. D'altra parte, i contratti con le emittenti televisive riguardano, di regola, produzioni cinematografiche già esistenti sul mercato e solo in casi rarissimi anche nuove produzioni. In passato, le stazioni ARD hanno di solito concluso accordi per 200 o 300 film per periodi di licenza di cinque anni, in media.

(27) c) Una presenza significativa sul mercato tedesco è quella di un gruppo che si è affermato da tempo come società di intermediazione e che acquista in tutto il mondo diritti televisivi in lingua tedesca per cerderli successivamente in sottolicenza a stazioni televisive. Attualmente questo gruppo è titolare dei diritti in lingua tedesca su circa 15 000 lungometraggi e 50 000 ore di produzioni televisive. Si tratta, in particolare, di buona parte del catalogo delle Major Companies americane: la 20th Century Fox, Warner Bros, Paramount e Columbia, nonché i circa 200 film di MGM/UA, che nel 1994 diventeranno di proprietà dei gruppi MGM/UA Co. oppure del gruppo TEC e che, di conseguenza, saranno a disposizione delle stazioni ARD.

(28) La forza del gruppo è tale da consentirgli di negoziare con società di produzione e di noleggio cinematografici la concessione di licenze che, per quantità e durata, superano quanto comunemente avviene a livello internazionale e, in alcuni casi, lo pone anche in grado di acquistare diritti su interi cataloghi di opere cinematografiche o di concludere contratti che prevedono la possibilità di scegliere i film di maggior richiamo dai cataloghi di singoli produttori. Fanno parte del gruppo varie società che producono e noleggiano produzioni cinematografiche e televisive. Il gruppo possiede inoltre partecipazioni in diverse stazioni televisive private.

D. Svolgimento della procedura; accordi e dichiarazioni successive

(29) Il 22 dicembre 1986 la Commissione comunicò alle parti una comunicazione degli addebiti in cui, con riferimento al numero dei film e alla durata del contratto, si criticava l'esclusiva e il blocco di qualsiasi possibilità di accesso agli stessi film da parte di terzi. Successivamente, in seguito ad un'audizione svoltasi il 13 ottobre 1987, le stazioni ARD, in contatto con TEC e MGM/UA. Co. stipuleranno contrattualmente la possibilità che i terzi potessero accedere agli stessi film.

Il 16 dicembre 1988, vennero stipulati con TEC i seguenti accordi relativi ai film di proprietà di quest'ultima:

(30) Le stazioni ARD concedono a TEC, nell'ambito delle cosiddette « finestre », la possibilità di concedere in licenza a terzi i loro film (lungometraggi, cartoni animati e produzioni televisive). Queste « finestre » definiscono certi periodi, relativi a singoli film durante i quali l'esclusiva concessa alle stazioni ARD è levata. ARD stessa si impegna a non utilizzare i film per tutta la durata delle « finestre » e, nello stesso tempo, concede la licenza per il film a terzi.

Le « finestre » hanno una durata variante tra due e sei anni e, in casi eccezionali, di otto anni ed il loro inizio e fine sono designati per ogni singolo film. Esse sono scaglionate in modo tale da iniziare prima (Pre-Term-Window) o durante (In-Term-Window) l'utilizzazione da parte di ARD; in quest'ultimo caso ARD si astiene dal trasmettere il film. Nell'ambito delle finestre, i licenziatari di TEC possono trasmettere una volta all'anno (vale a dire una trasmissione durante un periodo di maggiore ascolto ed una ridiffusione entro due giorni in un periodo di minore ascolto).

(31) Le emittenti ARD si impegnano altresì a mettere a disposizione dei licenziatari di TEC, in tempo utile prima dell'inizio della « finestra », la copie in lingua tedesca necessarie per la trasmissione televisiva, ove esse siano disponibili. Se la versione in lingua tedesca non è ancora disponibile, le emittenti ARD si impegnano a contribuire nella misura del 50 % alle spese di sincronizzazione a condizione che quest'ultima avvenga con il loro consenso.

(32) Le stazioni ARD mettono inoltre a disposizione le produzioni televisive che esse non hanno scelto nell'ambito delle 416 ore di loro spettanza; di conseguenza, TEC può concedere, senza restrizioni, licenze a terzi. In proposito, va rilevato che, nella loro versione originaria, gli accordi in oggetto concedevano alle emittenti ARD l'esclusiva anche in relazione alle produzioni che esse non avevano scelto ed escludevano qualsiasi concessione di licenze a terzi. Tuttavia, queste emittenti si sono riservate il diritto di essere consultate per prime in ordine a sette serie televisive indicate specificamente nel contratto.

(33) Contrariamente a quanto disposto dalle clausole originarie del contratto, ARD consente inoltre a terzi di diffondere i film in questione in una lingua diversa dalla tedesca in tutto il territorio contrattuale ovvero la diffusione dall'esterno verso l'interno del territorio contrattuale.

(34) In data 3 febbraio 1989 le emittenti ARD hanno fatto la seguente dichiarazione unilaterale irrevocabile a favore di MGM/UA Co., dopo aver constatato che non era possibile addivenire ad un accordo in sede contrattuale:

MGM/UA Co. ha il diritto, in relazione a tutti i film da essa controllati (film del catalogo, i nuovi film, i film James Bond, le produzioni televisice e i cartoni animati) di concedere licenze ad altre amittenti televisive nell'ambito delle cosiddette « finestre », in ragione di una trasmissione all'anno. Le « finestre » hanno una durata di due anni e iniziano cinque anni dopo l'avvenuta utilizzazione da parte di ARD, ossia, nel caso di 213 film del catalogo, 13 anni dopo. Le emittenti ARD si impegnano inoltre a mettere a disposizione di eventuali licenziatari di MGM/UA Co., in tempo utile prima dell'inizio delle « finestre », le copie in lingua tedesca necessarie per la trasmissione televisiva, sempreché disponibili.

(35) Le emittenti ARD mettono inoltre a disposizione di terzi le produzioni televisive che, al momento della dichiarazione, esse non avevano ancora scelto; conseguentemente tutti questi titoli possono essere concessi in licenza a terzi. Infine, ARD consente che i film nella versione in lingua straniera vengano trasmessi nel territorio contrattuale da emittenti situate al di fuori di esso, sempreché questo avvenga nell'ambito di un programma in lingua straniera.

(36) Con riferimento all'accordo concluso con TEC e alla dichiarazione irrevocabile a favore di MGM/UA Co., documenti che hanno entrambi recepito le raccomandazioni formulate dalla Commissione, il 2 dicembre 1988 le emittenti ARD hanno notificato i contratti in oggetto allo scopo di ottenere un'esenzione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato CEE.

(37) In seguito alla pubblicazione del contenuto essenziale degli accordi notificati, la Commissione non ha ricevuto osservazioni di terzi. Dopo la pubblicazione MGM/UA Co. si è rivolta alla Commissione dichiarandosi contraria alla concessione dell'esenzione in quanto le « finestre » stabilite negli accordi sarebbero insufficienti e le restrizioni della concorrenza non sarebbero state eliminate.

II. VALUTAZIONE GIURIDICA

A. Articolo 85, paragrafo 1

1. *Accordi tra imprese*

(38) I contratti cui si riferisce la presente decisione costituiscono accordi fra imprese poiché le emittenti che fanno parte di ARD, come pure Nefico e la società madre di quest'ultima, MG/UA, sono imprese ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1. Questa circostanza non è contraddetta dal fatto che le emittenti ARD sono soggetti di diritto pubblico che agiscono per l'adempimento di una funzione d'interesse pubblico. L'articolo 85, paragrafo 1 definisce l'impresa sotto il profilo funzionale, nel senso che per impresa deve intendersi qualsiasi attività diretta allo scambio di beni e di servizi indipendentemente dalla forma giuridica in cui essa è organizzata e da un eventuale fine di lucro. In coerenza con tale principio, la Corte di giustizia della Comunità europee ha dichiarato nella causa 155/73 [1] che la stazioni televisive di diritto pubblico sono imprese ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1, se e in quanto esercitino un'attività economica.

(39) L'acquisto di diritti televisivi configura un'attività economica in quanto le stazioni radiotelevisive acquistano una « merce » dietro il corrispettivo di un prezzo e in concorrenza diretta con altri possibili acquirenti, fra i quali vanno citati, in particolare, le emittenti private.

Una diversa concezione di questa attività economica non è possibile neppure con riferimento al diritto della libera trasmissione radiotelevisiva. In particolare, è irrilevante accertare se a livello comunitario sussiste un siffatto diritto fondamentale e se esso, come avviene nel diritto costituzionale (tedesco), contempli l'attribuzione di una specifica funzione alle società radiotelevisive pubbliche e tuteli in certe circostanze l'acquisto, da parte di esse, di programmi televisivi. Non si vede comunque come l'applicazione delle regole di concorrenza al caso di specie possa pregiudicare l'esercizio della funzione assegnata alle emittenti radiotelevisive pubbliche, poiché queste ultime restano libere di concludere contratti per l'acquisto di diritti di trasmissione televisiva compatibili per durata e contenuto con le norme in materia di concorrenza.

(40) Per la stessa ragione l'applicabilità delle regole di concorrenza non è esclusa neanche dall'articolo 90, paragrafo 2 del trattato CEE, poiché non appare, nel caso in esame, che l'applicazione delle regole di concorrenza possa compromettere l'adempimento dello specifico servizio d'interesse pubblico delle emittenti ARD; conseguentemente, è esclusa l'applicazione dell'articolo 90, paragrafo 2.

2. *Effetti restrittivi della concorrenza*

(41) I contratti in oggetto hanno l'effetto di restringere la concorrenza. Al riguardo è irrilevante stabilire se i diritti concessi alle emittenti ARD siano licenze in senso tecnico oppure se si tratti di un trasferimento di diritti, la restrizione della concorrenza si concreta nel fatto che le emittenti ARD, nonostante la cessione di diritti, non possono rilasciare altre sottolicenze nella Repubblica federale di Germania (nel caso dei film James Bond, neppure al di fuori del territorio federale). Ne risulta, da un lato, una limitazione della loro libertà d'azione e, dall'altro, contestualmente, l'impossibilità per altre emittenti televisive di accedere ai film di cui trattasi. Se invece si parte dal presupposto, ed è la posizione adottata dalle stesse parti, che si sia in presenza di licenze, allora, tenuto conto dei principi enunciati nella sentenza Coditel II [2] della Corte, la restrizione della concorrenza deriva dalla durata e dalle portata dell'esclusiva.

[1] Raccolta 1974, pag. 409.
[2] Causa 262/81, Raccolta 1982, pag. 3381.

(42) Nella sua sentenza Coditel II, la Corte di giustizia ha precisato che la concessione di una licenza esclusiva di rappresentazione di un film (la Corte si riferisce alla rappresentazione nelle sale cinematografiche) in quanto tale non costituisce una restrizione di concorrenza. Essa ha però chiaramente fatto rilevare che l'esercizio di tale diritto, tenuto conto del contesto economico e giuridico in cui esso si inserisce, può condurre a restrizioni della concorrenza se si tiene conto non soltanto del suo effettivo esercizio bensì anche delle possibilità di esercizio convenute dalle parti. In proposito, la Corte rileva che occorre accertare, in particolare, se l'esercizio del diritto esclusivo di rappresentazione crei ostacoli artificiosi e ingiustificati rispetto alle esigenze dell'industria cinematografica o la possibilità di corrispettivi che vadano oltre la giusta remunerazione degli investimenti fatti o un'esclusiva di durata eccessiva rispetto a tali esigenze. Tali circostanze esistono nel caso di specie, considerati i contratti nella loro globalità.

a) Numero e durata dei diritti esclusivi e durata del periodo di selezione dei film

(43) Assume primaria rilevanza il numero eccezionalmente grande di diritti ceduti in licenza.

Per quanto la concessione di diritti esclusivi di rappresentazione di film cinematografici non costituisca, di per sé, una restrizione di concorrenza, occorre avere riguardo alla circostanza che il numero di lungometraggi adatti alle trasmissioni televisive non può essere aumentato a piacere e che, pertanto, non è ammissibile che una grande quantità di film venga sottratta al mercato per effetto di accordi di lunga durata. Nel caso in esame, i contratti stipulati da ARD riguardano un numero di film che eccede di gran lunga non solo i quantitativi che abitualmente possono rispondere alle esigenze di acquisto e di programmazione, ma anche il numero di film che le stazioni di ARD hanno comunemente acquistato in passato. Né vale osservare che i film acquistati da ARD rappresentano soltanto il 4,5 % del totale dei film disponibili sul mercato, poiché i film selezionati sono incontestabilmente di particolare interesse in quanto provengono dal catalogo di una delle più famose società di produzione e noleggio e comprendono molti film di grande popolarità quali i film James Bond e altre opere premiate, ragion per cui l'acquisto di questi diritti esclusivi assume un'importanza che va ben oltre la loro semplice consistenza numerica. Un fattore aggravante è il fatto che, oltre ai film appartenenti al catalogo MGM/UA, gli accordi in parola si riferiscono anche all'intera nuova produzione di MGM/UA, tenuto conto che le nuove produzioni sono spesso particolarmente attrattive.

(44) Un altro aspetto di decisiva importanza è la durata degli accordi. È naturale che la durata della licenza sia condizionata dal grandissimo numero di film concessi in licenza i quali, per poter essere utilizzati in modo ottimale, richiedono periodi di programmazione molto lunghi. La durata delle licenze fissata nei contratti in questione non soltanto è inconsueta per il settore ed eccede di gran lunga la durata delle licenze precedentemente acquistate dalle emittenti ARD, ma non è neppure un'esigenza connaturata all'acquisto di programmi televisivi e alla programmazione delle trasmissioni. Va in particolare rilevato, in proposito, che la durata della licenza convenuta dalle parti è scaglionata nel tempo in modo tale che, per gli ultimi 130 film del catalogo, essa comincerà il 1° gennaio 1998 e terminerà solo nel 2013. Questa lunga durata fa sì che il vincolo di esclusiva convenuto dalle parti superi di quindici anni l'effettiva durata della licenza, col risultato che i terzi non possono accedere al film nemmeno prima che inizi la durata della licenza effettiva delle emittenti ARD. La validità del contratto in parola e l'estensione dell'esclusiva oltre l'effettivo periodo della licenza hanno una durata che, tenuto conto della citata sentenza Coditel II, risulta sproporzionata e crea ostacoli artificiosi ad altri possibili acquirenti.

(45) Queste restrizioni non sono rimosse dalle « finestre » poste in atto, considerando che esse levano solo entro certi periodi l'esclusiva accordata senza che i terzi possano accedere completamente ai film.

(46) Il periodo durante il quale ARD ha il diritto di scegliere i film da trasmettere costituisce pure una restrizione della concorrenza. La circostanza che MGM/UA non possa concedere a terzi alcun diritto di utilizzazione televisiva per tutta la durata del periodo d'opzione, vale a dire dal 1° ottobre 1983 al 31 dicembre 1986, significa che i film del suo catalogo non sono accessibili a terzi per tutto questo periodo. Poiché risultano colpiti da tale restrizione anche i film che ARD non ha successivamente selezionato per inserirli nei propri programmi, si è venuto a creare un ostacolo artificioso a detrimento di altre emittenti televisive.

b) Il diritto di precedenza per le trattative

(47) Il diritto di precedenza per le trattative riconosciuto alle emittenti ARD restringe la libertà d'azione di MGM/UA al momento della scelta della propria controparte e pregiudica la posizione negoziale di altri possibili contraenti. Queste clausole del contratto si concretano in un'ulteriore restrizione della concorrenza che aggrava ulteriormente i già richiamati effetti anticoncorrenziali di contenuto e durata dei diritti acquisiti dalle emittenti ARD.

3. *Pregiudizio per il commercio intracomunitario*

(48) Gli accordi in oggetto recano pregiudizio al commercio tra gli Stati membri poiché il territorio contrattuale abbraccia, oltre a quello della Repubblica federale di Germania, anche il territorio di altri Stati membri, il Lussemburgo e una parte dell'Italia.

B. Articolo 85, paragrafo 3

Tenuto conto dell'accordo intervenuto recentemente fra le stazioni ARD e TEC, nonché della dichiarazione irrevocabile di ARD a favore di MGM/UA Co., ricorrono attualmente i presupposti per l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3.

1. *Miglioramento della distribuzione dei prodotti*

(49) In considerazione dell'accordo intervenuto nel frattempo e della dichiarazione unilaterale sopra ricordata, si può affermare che i contratti in questione contribuiscono a migliorare la distribuzione dei prodotti, poiché ampliano l'offerta di film nel mercato in questione.

Il gran numero di film contemplato dagli accordi e in particolare la possibilità di selezionarne moltissimi dal catalogo disponibile, ha il merito di aver consentito di esaminare con metodo e professionalità l'intero catalogo cinematografico della MGM/UA consentendo di individuarne le opere che meglio si prestano ad una trasmissione sui teleschermi tedeschi. È evidente che le emittenti ARD potevano effettuare questa selezione con migliore conoscenza di causa, poiché conoscono i requisiti di qualità della televisione tedesca e le abitudini di ascolto dei loro clienti meglio di MGM/UA, che non è familiarizzata con le caratteristiche del mercato tedesco e dove finora ha distribuito un piccolo numero di film tramite un intermediario. L'accordo di selezione ha permesso alle televisioni tedesche di sfruttare film, in generale, relativamente vecchi e di renderli accessibili ai telespettatori tedeschi. Questi film non erano mai stati rappresentati precedentemente né nelle sale cinematografiche né sui teleschermi delle regioni di lingua tedesca in quanto non ne esisteva alcuna versione in lingua tedesca.

(50) Un ulteriore miglioramento nella distribuzione di beni deriva dalla creazione delle « finestre », in particolare dalla disposizione relativa al doppiaggio. Le « finestre » permettono infatti ad altre emittenti di proiettare i film in alternanza con le stazioni di ARD. Lo scaglionamente delle « finestre » garantisce che, durante la validità dell'accordo, un relativamente importante numero di film possa essere dato in licenza ai terzi ogni anno. Di particolare interesse per le altre reti televisive vi è il fatto che, conformemente all'accordo con TEC, esse possono presentare gran parte dei film prima delle emittenti ARD stesse ed effettivamente, per un bel po' di film, hanno tale possibilità per una durata di otto anni.

(51) A tale riguardo, MGM/UA ha sostenuto davanti alla Commissione che le « finestre » sono insufficienti e poco attraenti per le televisioni private a causa della loro durata, frequenza e limitazione della diffusione. Per la Commissione, tuttavia, questo argomento non è convincente dato che reti televisive private della Repubblica federale l'hanno informata che erano interessate ad acquistare licenze per « finestre » di due anni di durata. Inoltre TEC, che per mezzo dei suoi accordi con le stazioni ARD ha « finestre » che vanno fino agli otto anni, ha già intavolato negoziati specifici con reti televisive nonché concesso licenze per film nell'ambito della « finestre ».

(52) Le nuove stazioni private beneficiano in particolare del fatto che, per i film che ottengono in licenza nell'ambito delle considdette « finestre », esse ricevono dalle stazioni di ARD non solo le copie pronte per essere direttamente trasmesse, ma anche pellicole doppiate in tedesco ; se il doppiaggio non fosse per il momento disponibile, esse otterrebbero da ARD un contributo del 50 % delle spese di sincronizzazione. In questa circostanza va ravvisato un miglioramento della distribuzione dei prodotti, in quanto senza questa clausola alcune emittenti private non sarebbero in grado di trasmettere questi film. Specialmente nella fase di avvio le nuove emittenti private incontrano notevoli difficoltà finanziarie che spesso non consentono loro di affrontare le spese necessarie per una sincronizzazione qualitativamente impeccabile. Di conseguenza, i contratti in esame non hanno soltanto l'effetto di portare una serie di film sul mercato tedesco e di doppiarli in lingua tedesca, ma creano, grazie alle clausole relative alla sincronizzazione, i presupposti necessari affinché questi film vengano trasmessi sia dalle emittenti raggruppate nella ARD sia anche, in alternativa con esse, da altre emittenti televisive.

(53) L'elevato numero di film messi a disposizione ha permesso di ottenere un prezzo di acquisto unitario nettamente più basso rispetto a quello che si sarebbe dovuto pagare se fosse stato acquistato un piccolo numero di film. Questa circostanza ha consentito alle stazioni ARD — che, in quanto soggetti di diritto pubblico, operano nei limiti di un bilancio fisso — di acquistare un numero di film superiore a quello che avrebbero potuto acquistare altrimenti.

2. *Congrua partecipazione dei consumatori all'utile*

(54) I consumatori, nella specie i telespettatori, partecipano all'utile che deriva dai contratti, poiché i contratti permettono non solo ad ARD, ma anche alle altre reti di allargare la possibilità di scelta della televisione di lingua tedesca.

3. *Indispensabilità delle restrizioni e impossibilità di eliminazione della concorrenza*

(55) In virtù degli accordi conclusi con TEC e della dichiarazione unilaterale irrevocabile fatta a favore di MGM/UA Co sono state completamente eliminate le restrizioni che non erano indispensabili per il raggiungimento dei fini precedentemente menzionati. La creazione delle « finestre », ha limitato l'esclusiva concessa alle stazioni ARD. L'esclusiva che le stazioni ARD si sono riservata è indispensabile per realizzare in modo adeguato gli investimenti relativi (canone da corrispondere per la licenza, spese per il doppiaggio e spese amministrative derivanti dalla selezione). Ciò si applica anche

al divieto di concedere licenze alle televisioni a pagamento, poiché la diffusione simultanea di film da parte di queste ultime intaccherebbe considerevolmente il valore dei film per le stazioni ARD. Sono state nel frattempo eliminate ulteriori e non indispensabili restrizioni, precedentemente contenute negli accordi. Queste restrizioni consistevano, in particolare, nell'esclusiva sulle produzioni televisive, che riguardava inizialmente anche i programmi non selezionati da ARD e il divieto di trasmissioni in lingua straniera, che avrebbe impedito la diffusione transfrontaliera dei film di cui trattasi nell'ambito di eventuali programmi paneuropei.

(56) I contratti notificati non danno alle emittenti ARD la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui tratta, poiché, grazie alla predisposizione delle « finestre », altre emittenti hanno ora la possibilità di procurarsi i film di cui trattasi e, inoltre, sul mercato sono disponibili, oltre ai suddetti film, anche altri filmati adatti ad una utilizzazione sulle reti televisive tedesche.

D. Articoli 6 e 8 del Regolamento n. 17

(57) Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1 del regolamento n. 17, la presente decisione entra in vigore alla data dell'ultimo supplemento agli accordi, ossia il 3 febbraio 1989.

Tenendo conto della durata della validità dei contratti, della durata delle « finestre » messe a disposizione di altre emittenti televisive e dell'evoluzione in atto sul mercato televisivo nelle regioni di lingua tedesca, l'esenzione viene accordata, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1 del regolamento n. 17, per la durata di dieci anni.

(58) Per consentire alla Commissione, durante il periodo dell'esenzione, di accertare se continuino a sussisterne i presupposti, la Degeto-Film GmbH ha l'obbligo di comunicare alla Commissione ogni modifica o integrazione dei contratti ed eventuali nuovi accordi conclusi nell'esercizio del diritto di precedenza per le trattative,

HA ADOTTATO LA PRESENTE DECISIONE:

Articolo 1

Ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato CEE, le disposizioni dell'articolo 85, paragrafo 1 sono dichiarate inapplicabili, per il periodo dal 3 febbraio 1989 al 2 febbraio 1999, ai contratti stipulati da Degeto-Film GmbH e Algemene Financieringsmaatschappij Nefico BV in data 8 e 9 febbraio 1984.

Articolo 2

La presente decisione è subordinata alla seguente condizione:

Degeto-Film GmbH è tenuta a comunicare immediatamente alla Commissione ogni modifica o integrazione dei suddetti contratti ed eventuali nuovi accordi conclusi nell'esercizio del diritto di precedenza per le trattative.

Articolo 3

Sono destinatarie della presente decisione le seguenti imprese:

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
    USA
12. Turner Entertainment Co.
    10100 Venise Boulevard
    Culver City/California 90232
    USA

Fatto a Bruxelles, il 15 settembre 1989.

Per la Commissione

Sir Leon BRITTAN

Vicepresidente