II

(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 15 september 1989

inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag

(IV/31.734 — Filmaankoop door Duitse televisie-instellingen)

(Slechts de teksten in de Duitse, de Engelse en de Nederlandse taal zijn authentiek)

(89/536/EEG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (1), laatstelijk gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Spanje en Portugal, en met name op de artikelen 6 en 8,

Gelet op het besluit van de Commissie van 15 december 1986 tot inleiding van de procedure in deze zaak,

Na de betrokken ondernemingen gelegenheid te hebben gegeven hun opmerkingen te maken ten aanzien van de door de Commissie in aanmerking genomen punten van bezwaar, overeenkomstig artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 in samenhang met Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van Verordening nr. 17 van de Raad (2), en nadat deze schriftelijk en mondeling tijdens de hoorzitting van 13 oktober 1987 hun standpunt dienaangaande kenbaar hebben gemaakt,

Gezien de op 2 december 1988 verrichte aanmelding van de betrokken overeenkomsten en het verzoek om ontheffing overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag,

Gezien de publikatie van het essentiële gedeelte van de aangemelde overeenkomsten overeenkomstig artikel 19, lid 3, van Verordening nr. 17 (3),

Na raadpleging van het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities,

Overwegende hetgeen volgt:

I. DE FEITEN

(1) Voorwerp van de procedure zijn overeenkomsten inzake rechten op uitzending van Amerikaanse speelfilms, televisiefilms en televisieseries via het „Erstes Deutsches Fernsehen".

A. De betrokken ondernemingen

(2) De Hessische Rundfunk, de Norddeutsche Rundfunk, Radio Bremen, de Saarländische Rundfunk, de Sender Freies Berlin, de Süddeutsche Rundfunk, de Südwestfunk en de Westdeutsche Rundfunk, hierna „ARD-instellingen" te noemen, behoren samen met de niet bij deze procedure betrokken Bayerische Rundfunk tot de „Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Landesrundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland", hierna te noemen „ARD". De tot de ARD behorende instellingen zenden onder andere in de gehele Bondsrepubliek via aardefrequenties een gemeenschappelijk televisieprogramma uit, het „Erstes Deutsches Fernsehen". Voorts zenden zij ten dele alleen, ten dele in samenwerking, regionale „derde programma's" uit — eveneens via aardefrequenties — en via satelliet een extra programma, „Eins Plus".

Een gemeenschappelijke dochteronderneming van alle ARD-instellingen is Degeto-Film GmbH, te Frankfurt a. M. die verantwoordelijk is voor de aanschaf van programma's, met name voor het verwerven van zendrechten op films.

(1) PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.
(2) PB nr. 127 van 20. 8. 1963, blz. 2268/63.
(3) PB nr. C 54 van 3. 3. 1989, blz. 2.

(3) De Amerikaanse filmproduktie- en verhuurmaatschappij Metro-Goldwyn-Mayer/United Artists Entertainment Co., hierna te noemen „MGM/UA", te Culver City (VS), is in 1981 door een fusie van de Metro-Goldwyn-Mayer Inc., hierna te noemen „MGM", en United Artists Corporation, hierna te noemen „UA", ontstaan. Zij behoorde tot de grootste Amerikaanse maatschappijen op het gebied van de film- en televisieprogrammaproduktie en beschikte over een van de belangrijkste Amerikaanse filmcollecties, bestaande uit ongeveer 3 000 speelfilms, waaronder een reeks die met een of meer prijzen is bekroond, alsmede televisieprodukties en tekenfilms. Een van haar dochterondernemingen was United Artists Corporation, die op haar beurt weer een dochteronderneming had, de algemene financieringsmaatschappij Nefico BV, hierna Nefico te noemen, te Amsterdam.

(4) In maart 1986 werd MGM/UA overgenomen door het televisieconcern Turner Broadcasting System Inc., hierna te noemen „TBS". Bij die gelegenheid werd de dochteronderneming United Artists Corporation (met inbegrip van haar dochteronderneming Nefico) doorverkocht en werd een zelfstandige onderneming. De vroegere moedermaatschappij MGM/UA werd ten slotte in augustus 1986 geliquideerd. Het vermogen van MGM/UA, met inbegrip van alle film- en televisierechten, werd ten dele overgenomen door Turner Entertainment Co., hierna te noemen „TEC", een dochteronderneming van TBS. De resterende rechten, met inbegrip van het recht op de firmanaam Metro-Goldwyn-Mayer, werden aan de vroegere dochteronderneming United Artists Corporation overgedragen, die vervolgens haar naam wijzigde in Metro-Goldwyn-Mayer/United Artists Communications, hierna te noemen „MGM/UA Co."; Nefico is nog steeds haar dochteronderneming.

B. De overeenkomsten

(5) Op 8 en 9 februari 1984 hebben de ARD-instellingen, vertegenwoordigd door Degeto Film GmbH, met Nefico drie overeenkomsten gesloten inzake de verkrijging van televisierechten, waarbij MGM/UA zich onvoorwaardelijk borg stelde voor de door Nefico aangegane verplichtingen. Het gaat hier met name om :

a) de „Library Licence Agreement" van 9 februari 1984,

b) de „James Bond Licence Agreement" van 9 februari 1984,

c) alsmede een derde overeenkomst van 8 februari 1984 volgens welke voor de exclusiviteit die is toegekend, een afzonderlijke vergoeding is verschuldigd.

Deze overeenkomsten die met terugwerkende kracht vanaf 1 oktober 1983 in werking traden, werden door middel van een briefwisseling (negen brieven van 9 februari 1984, een brief van 23 februari 1984, drie brieven van 31 augustus 1984 en een brief van 15 april 1986) en twee overeenkomsten van 21 augustus 1986 aangevuld en gedeeltelijk gewijzigd, zodat thans de navolgende overeenkomsten van kracht zijn :

1. *Voorwerp van de overeenkomst*

(6) a) De ARD-instellingen hebben krachtens de „Library Licence Agreement" uitzendrechten verworven op 1 350 speelfilms die zij uit het totale filmbestand van MGM/UA, de zogenaamde „Library", kiezen. Gedurende de jaren 1984-1993 kiezen zij minstens zeventig van deze zogeheten „Library-films" per jaar, en voor de jaren 1994-1998 ten minste 130 films per jaar. De lijst met de gekozen films moest uiterlijk op 31 december 1986 zijn ingediend.

De rechten op 514 van de gekozen „Library-films" (bij het sluiten van de overeenkomst oorspronkelijk 663) zijn thans nog elders in licentie gegeven ; hierover kunnen de instellingen eerst vanaf 1994 beschikken. Daarentegen vielen de zeven topfilms van MGM/UA, waaronder „Gejaagd door de wind" en „Ben Hur", waarop eveneens andere licenties zijn verleend, vanaf het begin niet onder de „Library Licence Agreement".

(7) b) Onder de „Library Licence Agreement" vallen eveneens rechten op alle „nieuwe films" die door MGM/UA tussen 1 januari 1984 en 31 december 1998 voor vertoning in de bioscopen worden vrijgegeven of voor vertoning op de televisie worden geproduceerd. MGM/UA moet in totaal ten minste 150 geschikte films en per jaar ten minste 10 geschikte films ter beschikking stellen.

(8) c) Onder de „Library Licence Agreement" vallen ten slotte alle door MGM/UA tot 1 januari 1984 gecontroleerde tekenfilms („cartoons") (in totaal 744 films van een half uur), alsmede

d) 416 uur televisiefilms en televisieseries („Television Product"). De instellingen kiezen deze series uit het totale bestaande en toekomstige bestand van MGM/UA, en wel voor minstens 26 uur per jaar.

(9) e) Volgens de „James Bond Agreement" hebben de ARD-instellingen bovendien televisierechten verworven op veertien met name genoemde „James Bond-films" uit het bestaande bestand van MGM/UA.

f) Volgens een aanvullend schrijven van 9 februari 1984 werden hun ten slotte ook de rechten overgedragen op alle nieuwe „James Bond-films", die MGM/UA tussen 1 januari 1984 en 31 december 1998 produceert of verkrijgt.

(10) Door de liquidatie van MGM/UA en doordat haar rechten en verplichtingen door TEC en MGM/UA Co. zijn overgenomen, zijn niet alleen Nefico maar ook TEC en MGM/UA Co. tot de overeenkomsten toegetreden, waarbij de onder de overeenkomsten

vallende films ten dele aan TEC en ten dele aan MGM/UA zijn toegewezen. TEC beschikt in hoofdzaak over die films die voorheen, vóór de fusie met UA in 1981, deel uitmaakten van de MGM-„Library", dit wil zeggen 927 van de door de instellingen uit het totale bestand van MGM/UA gekozen speelfilms, 617 van de 744 tekenfilms en het grootste deel van de televisieprodukties. De overige films, die deel uitmaakten van de vroegere UA-„Library", waaronder de „James Bond-films", worden door MGM/UA Co. beheerd. Krachtens de tussen TEC en MGM/UA Co. gesloten overeenkomsten is voorts alleen MGM/UA Co. bevoegd ten aanzien van de produktie van de onder de overeenkomsten vallende „nieuwe films", met inbegrip van de nieuwe „James Bond-films".

2. *Exclusiviteit*

(11) De ARD-instellingen hebben ten aanzien van alle betrokken films — door hen gekozen „Library-films" en „nieuwe films", tekenfilms en televisieprodukties — het uitsluitende recht op televisievertoning in het Duitstalige contractgebied verkregen, zodat in zoverre tijdens de contractduur — met uitzondering van naderhand ingeruimde „vensters" („windows") (zie hiervoor punt 30 en volgende) — geen andere licenties mogen worden verleend, ook niet voor de exploitatie van betaaltelevisie. De oorspronkelijke overeenkomsten voorzien in de mogelijkheid van twee „betaalvensters" van maximaal één jaar waarbij voor een kwart van de films aan derden een licentie voor betaaltelevisie kan worden verleend. Voorzover bij het sluiten van de overeenkomst op enkele van de gekozen „Library-films" nog aan anderen een licentie was verleend, mogen deze licenties niet worden verlengd.

Bovendien werd de ARD-instellingen voor wat het totale bestand van de „Library" betreft voor de duur van de keuzetijd, dit wil zeggen tot en met 31 december 1986, in die zin een exclusiviteit verleend dat in deze periode uit het totale bestand geen rechten voor televisie-uitzendingen in het contractgebied aan derden mochten worden verleend.

3. *Het contractgebied*

(12) Het contractgebied omvat, behalve het gebied van de Bondsrepubliek Duitsland, met inbegrip van West-Berlijn, ook de Duitse Democratische Republiek, Oostenrijk, Liechtenstein, Luxemburg, Zuid-Tirol en het Duitstalige gedeelte van Zwitserland.

4. *De „licentieduur"*

(13) De licentieduur bedraagt voor elke individuele film of televisiefilm gewoonlijk vijftien jaar. Voor 136 speelfilms, waarvoor bij het sluiten van de overeenkomst aan anderen een licentie was verleend, bedraagt de licentieduur zestien jaar.

Voor een deel van de films is de licentieduur korter, namelijk voor films waarvoor slechts een beperkt aantal uitzendingen is toegestaan, indien de laatste toegestane uitzending gebeurt voordat vijftien jaar verstreken zijn.

De licentieduur vangt aan op 1 januari van het jaar waarin de ARD-instellingen tot de eerste uitzendingen overgaan, dit wil zeggen tussen 1 januari 1984 en 31 december 1998.

5. *Aantal uitzendingen*

(14) Speelfilms — zowel de gekozen „Library-films" als de „nieuwe films", alsmede tekenfilms — mogen in beginsel worden uitgezonden zo vaak men wil.

MGM/UA mag in ieder geval 75 van de „Library-films" en 45 van de „nieuwe films" aanwijzen die slechts vijftien maal mogen worden uitgezonden. Televisieprodukties en alle „James Bond-films" mogen eveneens slechts vijftien maal worden uitgezonden.

6. *De technische vorm van de exploitatie*

(15) De exploitatie kan in beginsel zowel via aardefrequenties als via kabel en satelliet — inclusief directe satellieten — plaatsvinden. De uitzending via directe satelliet is echter ten dele aan beperkingen onderworpen.

7. *De taalversies*

(16) De films mogen gewoonlijk slechts in het Duits worden uitgezonden. Een beperkt aantal films mag echter tweetalig (Duits en Engels), met Engelse ondertitels of in de originele Engelse versie (met of zonder Duitse ondertitels) worden uitgezonden.

8. *Recht van eerste onderhandeling*

(17) De ARD-instellingen hebben tussen 1 oktober 1983 en 1 januari 1997 een recht van eerste onderhandeling indien MGM/UA voornemens is een met de „Library Licence Agreement" vergelijkbare overeenkomst met derden te sluiten. MGM/UA moet in dat geval eerst dertig dagen uitsluitend met deze omroepinstellingen onderhandelen. Indien zij na afloop van deze termijn onderhandelingen met derden begint, moet zij de ARD-instellingen van de inhoud van deze onderhandelingen in kennis stellen. De ARD-instellingen kunnen telkens binnen vijf dagen beslissen of zij op dezelfde als de door derden aangeboden voorwaarden een overeenkomst willen aangaan. MGM/UA mag in geen geval een overeenkomst sluiten waarvan de inhoud voor MGM/UA ongunstiger is dan het laatste schriftelijke aanbod van de ARD-instellingen. De uiteindelijke beoordeling van een en ander komt MGM/UA toe.

Een dergelijk recht van eerste onderhandeling bestaat daarnaast tot 1 januari 1997 indien MGM/UA voornemens is een overeenkomst (zogenaamde „Output Agreement") te sluiten inzake de na 31 december 1998 nieuw geproduceerde of verworven films.

9. *„Onderlicentie" over de verkregen rechten*

(18) Buiten de Bondsrepubliek Duitsland mogen de ARD-instellingen aan andere omroeporganisaties „onderlicenties" verlenen over de krachtens de „Library Licence Agreement" verworven rechten, doch niet ten aanzien van de rechten op de „James Bond-films".

Binnen de Bondsrepubliek Duitsland mogen zij echter slechts onderlicenties verlenen aan met hen verbonden ondernemingen.

Buiten de Bondsrepubliek Duitsland hebben de ARD-instellingen inmiddels 625 films in onderlicentie gegeven aan de Oostenrijkse televisie en 150 films aan de Zwitserse televisie.

10. *De licentievergoeding*

(19) De vergoeding voor de verworven rechten, met inbegrip van de rechten op nieuwe produkties, beloopt inmiddels in totaal 80 miljoen US-dollar.

C. Kadervoorwaarden voor de aanschaf en de uitzending van televisieprogramma's

1. *De ontwikkeling van de televisie in de Bondsrepubliek Duitsland*

(20) Sinds in 1984 het publiekrechtelijke televisiemonopolie is opgeheven, bestaan er naast de twee publiekrechtelijke instellingen, ARD en ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen) diverse particuliere instellingen. Twee daarvan, „SAT 1" en „RTL Plus" zenden — via satelliet en kabel en sinds kort ook via aardefrequenties — een volledig programma uit dat in de gehele Bondsrepubliek Duitsland kan worden ontvangen. Een derde volledig programma voor de gehele Bondsrepubliek, „Tele 5", is thans nog in opbouw. Daarnaast bestaan er ook andere kanalen in een experimentele fase alsmede enkele lokale of regionale zenders. Voorts worden in de Bondsrepubliek Duitsland enkele buitenlandse Engels- en Franstalige programma's via de kabelnetten doorgestraald en uitgezonden. De betekenis en de verspreidingsgraad daarvan zijn nog gering. Voorts zijn er proeven met zogenaamde „Pay TV".

(21) De meeste particuliere instellingen worden uitsluitend gefinancierd uit reclame-inkomsten. Ze zijn daarom thans uit financieel oogpunt meestal minder sterk dan de publiekrechtelijke instellingen die niet alleen over reclame-inkomsten beschikken, doch ook over bepaalde omroepbijdragen. Om reclame-inkomsten te krijgen zijn zij afhankelijk van hoge kijkcijfers die op hun beurt slechts kunnen worden bereikt door programma's die voor de grote massa aantrekkelijk zijn.

2. *Betekenis, bestand en verkoop van speelfilms en televisieprodukties*

(22) a) Binnen het aanbod van programma's hebben speelfilms een speciale betekenis. Vergeleken met televisieprodukties (dit wil zeggen televisiefilms en -series) worden zij dikwijls met meer artistieke en financiële inbreng geproduceerd, hebben daarom vaak meer succes bij het publiek en boeken daardoor vaak hogere kijkcijfers. De ARD-instellingen zenden, met inbegrip van de „derde programma's", per jaar ongeveer 500 speelfilms uit en het ZDF ongeveer 250, waarbij herhaling alsmede dubbele vertoning via het „derde programma" alsmede het programma-aanbod van „Eins Plus", dat grotendeels uit herhalingen bestaat, niet meegerekend zijn. Van de particuliere instellingen zendt „SAT 1" per jaar ongeveer 300 en „RTL Plus" ongeveer 250 speelfilms uit, waarbij de concurrentie om kijkers en kijkcijfers ertoe leidt dat alle instellingen trachten hun aanbod van speelfilms uit te breiden. In totaal genomen moet derhalve met het oog op een te verwachten uitbreiding van de programma's van de thans bestaande aanbieders, alsmede door de komst van nieuwe instellingen, op een toenemende behoefte aan televisierechten op speelfilms worden gerekend.

(23) Over de gehele wereld bestaan thans ongeveer 30 000 speelfilms die geschikt zijn voor exploitatie op de Duitse televisie. Daarvan werd ongeveer 40 tot 50 % in de Verenigde Staten gemaakt.

De 20th Century Fox belangrijkste voorraad speelfilms is in de Verenigde Staten in het bezit van de zogenaamde „Major Companies": MGM/UA (met andere woorden voortaan MGM/UA Co. en TEC) (ongeveer 3 000), MCA/Universal (ongeveer 2 600), Columbia en 20th Century Fox (elk ongeveer 2 100) en Warner Bros en Paramount (elk ongeveer 1 100). In Europa zijn er ongeveer 2 500 speelfilms in het Verenigd Koninkrijk en ongeveer 2 000 in de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk en Italië, die in handen zijn van een groot aantal kleine en middelgrote ondernemingen.

(24) Aan televisieprodukties die geschikt zijn om op de Duitse televisie te worden getoond is over de gehele wereld meer dan 100 000 uur beschikbaar, terwijl per jaar ongeveer 3 000 uur nieuw wordt geproduceerd. Aan tekenfilms zijn over de gehele wereld ongeveer 5 000 tot 6 000 eenheden van een half uur beschikbaar, terwijl de nieuwe produktie per jaar ongeveer 450 tot 500 halve uren beslaat.

(25) b) Vertoningsrechten op speelfilms en televisieprodukties worden wereldwijd in het algemeen voor een bepaalde taalversie, een bepaald zendgebied en een bepaalde tijd op exclusieve basis verleend. Het licentiegebied omvat in beginsel het zendgebied dat aan elke nationale televisieorganisatie is toegewezen, dit wil zeggen het gebied van een bepaalde staat. Het wordt echter vaak ook uitgebreid tot aangrenzende gebieden in buurlanden waarin eveneens de taal wordt

gesproken die in de taalversie waarvoor de licentie is verleend, wordt gebruikt.

(26) De gemiddelde licentieduur bedraagt enkele jaren. Licentieperioden van meer dan tien jaar komen uiterst zelden voor en worden eventueel aan tussenhandelaren verleend en nauwelijks aan televisie-instellingen. De overeenkomsten hebben in het algemeen betrekking op uiteenlopende aantallen films, die soms tot enkele honderden kunnen oplopen. Zoals de Commissie heeft kunnen vaststellen, werd echter tot nu toe in geen enkel geval met een televisie-instelling een overeenkomst gesloten voor meer dan 1 000 films en werd een televisie-instelling nooit de volledige „Library" van een filmproduktie- of verhuurbedrijf ter beschikking gesteld om daaruit te kiezen. Voor het overige hebben overeenkomsten met televisieinstellingen gewoonlijk betrekking op reeds bestaande films en slechts zeer zelden mede op nieuwe produkties. De ARD-instellingen sloten in het verleden in het algemeen overeenkomsten voor 200 tot 300 films voor een gemiddelde „licentieduur" van vijf jaar.

(27) c) Op de Duitse markt is vooral een groep van ondernemingen van belang die zich als tussenhandelaar heeft gevestigd en over de gehele wereld televisierechten voor het Duitse taalgebied verwerft om die rechten aan televisie-instellingen in „onderlicentie" te geven. Deze groep beschikt thans over rechten op ongeveer 15 000 Duitstalige speelfilms en op Duitstalige televisieprodukties voor 50 000 uur. Daaronder bevinden zich de belangrijkste delen van het bestand van de grote Amerikaanse maatschappijen 20th Century Fox, Warner Bros, Paramount en Columbia, alsmede ongeveer 200 films van MGM/UA, die eerst in 1994 weer aan MGM/UA Co., respectievelijk TEC, toevallen en dan beschikbaar zijn voor de ARD-instellingen.

(28) Op grond van haar belangrijke positie is deze groep erin geslaagd om met filmverhuur- en -produktiefirma's grotere aantallen licenties en een langere licentieduur overeen te komen dan elders ter wereld gebruikelijk is, en in enkele gevallen ook rechten op de gehele filmvoorraad te verkrijgen of keuzeovereenkomsten te sluiten en de meest attractieve films uit de bestanden te kiezen. Tot deze groep behoren verscheidene film- en televisieproduktie- en -verkoopfirma's. Zij heeft bovendien aandelen in enkele particuliere televisie-instellingen.

D. Verloop van de procedure en verdere overeenkomsten en verklaringen

(29) Op 22 december 1986 zond de Commissie aan de contractpartijen een mededeling van punten van bezwaar waarin, gelet op het aantal films en de contractduur, bezwaar werd gemaakt tegen de exclusiviteit en tegen het feit dat derden geen toegangsmogelijkheden tot de films hadden. In aansluiting op een hoorzitting op 13 oktober 1987 poogden de ARD-instellingen vervolgens in besprekingen met TEC en MGM/UA Co. voor derden toegangsmogelijkheden tot de films te scheppen.

Ten slotte werd op 16 december 1988 met TEC over de aan TEC toekomende films de navolgende overeenkomst gesloten :

(30) De ARD-instellingen verlenen TEC in het kader van zogenaamde „vensters" („windows") de mogelijkheid voor haar films (speelfilms, tekenfilms en televisieprodukties) aan derden licenties te verlenen. Deze „vensters" leggen per film bepaalde perioden vast waarin de aan de ARD-instellingen toegekende exclusiviteit wordt opgeheven. Tijdens deze „vensters" exploiteren de ARD-instellingen niet zelf de films en tegelijkertijd staan zij de afgifte van licenties op de films aan derden toe.

Deze „vensters" beslaan perioden tussen de twee en de zes jaar, in uitzonderingsgevallen acht jaar, waarbij begin en einde per film wordt vastgelegd. Deze „vensters" zijn gestaffeld en beginnen ten dele voor („Pre-Term-Window") en ten dele tijdens de exploitatie door de ARD-instellingen („In-Term-Windows") ; in het laatste geval wordt het gebruik door de ARD-instellingen onderbroken.

(31) Tijdens de „vensters" mogen TEC's licentienemers eenmaal per jaar een zogeheten „run" uitzenden (dit wil zeggen één uitzending tijdens de belangrijkste uitzendtijd en eenmaal binnen twee dagen daarna buiten de belangrijkste uitzendtijd). De ARD-instellingen stellen de licentienemers van TEC tijdig vóór het begin van de „vensters" de voor televisie-uitzending geschikte kopieën ter beschikking, voorzover zij reeds in de Duitse versie bestaan. Indien er nog geen Duitse versie bestaat, nemen de ARD-instellingen voor 50 % deel in de te maken nasynchronisatiekosten, voor zover de nasynchronisatie in overleg met hen geschiedt.

(32) Voorts geven de ARD-instellingen de televisieprodukties vrij die zij niet zelf in het kader van de hun toekomende 416 uur hebben gekozen, zodat TEC in zoverre onbeperkt licenties aan derden mag verlenen. Op dit punt was in de overeenkomsten aan de ARD-instellingen oorspronkelijk ook exclusiviteit verleend ten aanzien van niet door hen gekozen produkties en was een verdere licentieverlening uitgesloten. Met betrekking tot zeven met name genoemde televisieseries wordt de ARD-instellingen echter het eerste onderhandelingsrecht toegekend.

(33) De ARD-instellingen staan voorts toe dat derden de films binnen het totale contractgebied in andere taalversies mogen uitzenden of van buiten dat gebied in het contractgebied mogen stralen, wat oorspronkelijk in de overeenkomsten was verboden.

(34) Ten behoeve van MGM/UA Co., waarmee geen overeenstemming kon worden bereikt, hebben de ARD-instellingen daarentegen op 3 februari 1989 de volgende eenzijdige verklaring afgelegd :

MGM/UA Co. wordt bevoegd verklaard om ten aanzien van alle door haar gecontroleerde films („Library-films", „nieuwe films", „James Bond-films", televisieprodukties en tekenfilms) aan andere televisie-instellingen licenties te verlenen voor één uitzending per jaar in het kader van zogeheten „vensters". De vensters omvatten telkens twee jaar en beginnen vijf jaar, respectievelijk bij 213 „Library-films" 13 jaar, na het begin van de exploitatie door de ARD-instellingen. Eventuele licentienemers van MGM/UA Co. krijgen tijdig voor het begin van de „vensters" van de ARD-instellingen kopieën die voor uitzending geschikt zijn, voorzover zij in de Duitse taalversie bestaan.

(35) Voorts geven de ARD-instellingen de televisieprodukties die zij tot het tijdstip van de verklaring niet uit het bestaande bestand hebben gekozen, vrij, zodanig dat daarvoor licenties kunnen worden verleend. Ten slotte wordt de mogelijkheid geopend voor het stralen van films in andere talen in het contractgebied, voor zover die uitzending in het kader van een programma in een vreemde taal geschiedt.

(36) Met het oog op de overeenkomst met TEC en de verklaring ten behoeve van MGM/UA Co., waardoor met de eisen van de Commissie rekening werd gehouden, hebben de ARD-instellingen op 2 december 1988 de overeenkomsten aangemeld en verzocht om ontheffing overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag.

(37) Naar aanleiding van de bekendmaking van het essentiële gedeelte van de aangemelde overeenkomsten heeft de Commissie geen opmerkingen ontvangen van belanghebbende derden. MGM/UA Co. deelde de Commissie echter na de publikatie mede dat zij tegen een ontheffing gekant is omdat de toegepaste „vensters" onvoldoende zijn en de mededingingsbeperkingen niet werden opgeheven.

II. JURIDISCHE BEOORDELING

A. Artikel 85, lid 1

1. Overeenkomsten tussen ondernemingen

(38) De betrokken overeenkomsten zijn overeenkomsten tussen ondernemingen aangezien de ARD-instellingen, evenals Nefico en haar vroegere moederonderneming MGM/UA, ondernemingen zijn in de zin van artikel 85, lid 1. Daaraan doet niet af de omstandigheid dat de ARD-instellingen publiekrechtelijke instellingen zijn die volgens nationaal recht een programma-opdracht in het algemeen belang moeten vervullen. Het functionele begrip ondernemingen in artikel 85, lid 1, omvat elke op de uitwisseling van goederen of diensten gerichte activiteit, ongeacht de juridische vorm en ongeacht het winstoogmerk. Dienovereenkomstig heeft het Hof van Justitie in zijn arrest van 30 april 1974 in zaak 155/73, Sacchi [1], beslist dat publiekrechtelijke televisie-instellingen ondernemingen zijn in de zin van artikel 85, lid 1, voor zover zij werkzaamheden van economische aard verrichten.

(39) De verwerving van televisierechten vormt een dergelijke economische activiteit. Het gaat hier om de verkrijging van een „produkt" tegen vergoeding, waarbij de omroepinstellingen in rechtstreekse concurrentie staan met andere vragende partijen, met name met particuliere televisiemaatschappijen.

Een andere zienswijze vloeit ook niet voort uit het grondrecht van de omroepvrijheid. In het midden kan blijven in hoeverre op Gemeenschapsniveau een dergelijk grondrecht bestaat en of, zoals in het nationale constitutionele recht, hieronder ook een programma-opdracht aan de publiekrechtelijke radio- en televisieorganisaties valt en of hierdoor in bepaalde gevallen de aanschaf van hun programma's wordt beschermd. In ieder geval kan niet worden ingezien dat door de toepassing van de mededingingsregels in dit geval het uitvoeren van de programma-opdracht van de omroepinstellingen wordt verhinderd, daar deze het recht blijven behouden ook in de toekomst overeenkomsten te sluiten inzake de verwerving van televisierechten voor zover deze wat omvang en duur betreft met het mededingingsrecht verenigbaar zijn.

(40) Om dezelfde reden is de toepasselijkheid van de mededingingsregels ook niet uitgesloten op grond van artikel 90, lid 2, van het EEG-Verdrag, aangezien niet is bewezen dat in dit geval door de toepassing van de mededingingsregels de vervulling van de publieke taak van de ARD-instellingen zou worden verhinderd. Artikel 90, lid 2, is derhalve niet van toepassing.

2. Mededingingbeperkende gevolgen

(41) De overeenkomsten hebben een beperking van de mededinging tot doel en ten gevolge. In het midden kan blijven of de aan de ARD-instellingen verleende rechten licenties zijn in juridisch-technische zin dan wel of er sprake is van een naar tijdsduur en inhoud beperkte overdracht van rechten. Indien wordt uitgegaan van overdracht van rechten, wordt de mededingingsbeperking hierdoor gevormd dat de ARD-instellingen, ondanks deze overdracht van rechten, in de Bondsrepubliek Duitsland (bij de „James Bond-films" ook buiten de Bondsrepubliek Duitsland) geen „onderlicenties" mogen verlenen, waardoor zij in hun vrijheid van handelen worden beperkt en waardoor tevens andere televisie-instellingen de toegang tot de films wordt afgesneden. Indien daarentegen ervan wordt uitgegaan, zoals kennelijk ook partijen doen, dat het hier licenties betreft, dan vloeit, rekening houdend met de beginselen van het Coditel II-arrest van het Hof van Justitie [2], de mededingingsbeperking voort uit de duur en de omvang van de exclusiviteit.

[1] Jurispr. 1974, blz. 409.
[2] Jurispr. 1982, blz. 3381.

(42) Het Hof van Justitie heeft in de Coditel II-uitspraak weliswaar geconcludeerd dat de verlening van een exclusieve licentie tot vertoning van een film (het betreft hier de vertoning in een bioscoop) als zodanig geen beperking van de mededinging vormt, doch het heeft tevens uitgesproken dat de uitoefening van een zodanig recht in het licht van de economische of juridische context tot een beperking van de mededinging kan leiden, waarbij uiteraard niet slechts de feitelijke uitoefening van rechten, doch ook de overeengekomen mogelijkheden tot uitoefening in aanmerking moeten worden genomen. Daarbij doelt het Hof er met name op, of door de uitoefening hinderpalen worden opgeworpen die met het oog op de behoeften van de filmindustrie kunstmatig en ongerechtvaardigd zijn, of onredelijk hoge vergoedingen voor de gedane investeringen mogelijk worden gemaakt dan wel of een exclusiviteit tot stand wordt gebracht die de in verband met die behoeften vereiste tijdsduur te boven gaat. Wanneer de overeenkomsten in hun geheel worden overzien, dient de gevolgtrekking te zijn dat deze omstandigheden aanwezig zijn.

a) Aantal en duur van de exclusieve rechten en duur van de keuzeperiode

(43) Van belang is in de eerste plaats het bijzonder grote aantal van de in licentie gegeven rechten.

Hoewel de verlening van exclusieve vertoningsrechten voor films als zodanig nog geen beperking van de mededinging oplevert, moet desondanks rekening worden gehouden met het feit dat het bestand van geschikte speelfilms niet naar believen kan worden uitgebreid en dat derhalve geen grote aantallen films door langlopende exclusiviteitsbindingen aan de markt mogen worden onttrokken. In dit geval betreft het een aantal dat ver uitstijgt boven het gebruikelijke, door de behoeften aan programma-aanschaf en programmaplanning bepaalde kader, alsmede boven de vroegere aankoopgewoonten van de ARD-instellingen zelf. Weliswaar maken de door de ARD-instellingen verworven films slechts 4,5 % van het over de gehele wereld beschikbare totale bestand uit. Daar het echter een geselecteerd en derhalve bijzonder interessant gedeelte van het bestand vormt van een van de belangrijkste produktie- en verhuurfirma's ter wereld, waaronder vele voor de grote massa aantrekkelijke films, zoals bij voorbeeld de „James Bond-films" of andere films die prijzen hebben gewonnen, komt aan de verkregen rechten een betekenis toe die boven die van het zuiver getalsmatige gewicht uitstijgt. Een verzwarende omstandigheid blijkt daarbij te zijn dat het niet alleen gaat om de films die in de „Library" aanwezig zijn, doch ook om de gehele nieuwe produktie van MGM/UA, en dat nieuwe films vaak veel kijkers trekken.

(44) Van belang is voorts de duur van de overeenkomsten. De licentieduur wordt uiteraard beïnvloed door het grote aantal in licentie gegeven films, omdat een dergelijk aantal films een vrij lange tijd vereist voor een optimale exploitatie. De daardoor bepaalde licentieduur was tot nu toe in de branche niet gebruikelijk en gaat veel verder dan de vroegere aanschafgewoonten van de omroeporganisaties. Deze wordt ook niet vereist door de behoeften inzake de aanschaf en planning van programma's. In dit verband verdient met name aandacht dat de licentieduur gestaffeld is en voor de laatste 130 „Library-films" pas op 1 januari 1998 begint en dus eerst in het jaar 2013 eindigt. Door deze staffeling wordt de exclusieve binding van de contractpartner nog verder verlengd dan de oorspronkelijke licentieduur van vijftien jaar met als resultaat dat andere televisiestations geen toegang tot de films hebben, zelfs voordat de werkelijke „licentieperiode" voor de ARD-instellingen een aanvang neemt. Deze lange looptijd van de contracten en de uitbreiding van de exclusiviteit buiten de eigenlijke „licentieperiode" is in de zin van het arrest Coditel II van het Hof van Justitie buitensporig en veroorzaakt een kunstmatige belemmering voor andere vragende partijen.

(45) De betreffende mededingingsbeperkingen zijn niet weggenomen met de toepassing van de „vensters", aangezien zij de toegekende exclusiviteit alleen gedurende bepaalde perioden opheft, zonder de derde partijen onbeperkte toegang tot de films te verlenen.

(46) De keuzeperiode die voortvloeit uit het grote aantal films vormt eveneens een beperking voor de mededinging. Het feit dat MGM/UA voor de duur van de keuzeperiode, dit wil zeggen tussen 1 oktober 1983 en 31 december 1986, geen exploitatierechten aan derden mocht verlenen, bracht mee dat haar totale filmbestand in deze periode voor andere gegadigden niet toegankelijk was. Aangezien het hier ook ging om die films die de ARD-instellingen niet zelf later hebben gekozen, ontstond voor andere televisiemaatschappijen een kunstmatige belemmering.

b) Het recht van eerste onderhandeling

(47) Het recht van eerste onderhandeling dat de ARD-instellingen is verleend beperkt MGM/UA bij de keuze van haar contractpartners en beïnvloedt de onderhandelingspositie van andere gegadigden nadelig. In zoverre is hier sprake van een verdere mededingingsbeperking die de mededingingbeperkende gevolgen van de omvang en duur van de door de ARD-instellingen verworven rechten versterkt.

3. *De ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de Lid-Staten*

(48) De handel tussen de Lid-Staten wordt door de overeenkomsten ongunstig beïnvloed omdat het contractgebied groter is dan de Bondsrepubliek Duitsland en ook andere Lid-Staten — Luxemburg en, ten dele, Italië — omvat.

B. Artikel 85, lid 3

Gelet op de recente overeenkomst van de ARD-instellingen met TEC, respectievelijk haar verklaring ten behoeve van MGM/UA Co., is thans aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldaan.

1. *Verbetering van de verdeling van produkten*

(49) Gelet op deze tussentijdse overeenkomst en verklaring dragen de overeenkomsten bij tot verbetering van de verdeling der produkten, aangezien zij het aanbod van films op de relevante markt vergroten.

Het grote aantal films, met name de keuze van een zo groot aantal uit de bestaande „Library", had ten gevolge dat de volledige MGM/UA-„Library" systematisch werd uitgeplozen om na te gaan welke van de aanwezige films voor exploitatie op de Duitse televisie geschikt waren. Dit werk kon beter worden gedaan door ARD-instellingen, die met de behoeften van de Duitse televisie en de kijkgewoonten van hun cliënten meer vertrouwd zijn, dan door MGM/UA die met de Duitse markt nauwelijks bekend was en tot dan slechts kleine aantallen films via een tussenpersoon had verdeeld. De sluiting van de keuzeovereenkomst leidde er met name ten aanzien van een aantal overwegend oudere films — die tot nu toe in het Duitstalige gebied noch in de bioscoop, noch op de televisie werden vertoond, en waarvoor derhalve ook geen Duitse versie bestond — toe dat hun exploitatiemogelijkheden op de Duitse televisie werden vastgesteld en dat deze films voor de eerste maal voor de Duitse televisiekijkers toegankelijk werden.

(50) Een andere verbetering in de verdeling van de produkten is de invoering van de „vensters" en vooral de regelingen in verband met de kosten voor nasynchronisatie. De „vensters" zorgen ervoor dat de films dan ook door andere omroeporganisaties kunnen worden uitgezonden, afwisselend met de ARD-instellingen. De staffeling van de „vensters" geeft de zekerheid dat tijdens de looptijd van de overeenkomsten ieder jaar een vrij groot aantal films aan derden in licentie kan worden gegeven. Voor andere televisiestations is het bijzonder belangrijk dat zij volgens de bepalingen van de overeenkomst met TEC een groot deel van de films eerder kunnen vertonen dan de ARD-instellingen zelf en vooral dat zij dat voor een aanzienlijk aantal films mogen doen tijdens een periode van wel acht jaar.

(51) In verband hiermede heeft MGM/UA aan de Commissie medegedeeld dat de „vensters", voorzover het de looptijd, de volgorde en de beperkingen van uitzendmogelijkheden betreft, onvoldoende mogelijkheden bieden en niet aantrekkelijk zijn voor privé-televisiestations. Dit argument is echter volgens de Commissie niet overtuigend. De Commissie heeft van de privé-televisiestations in de Bondsrepubliek Duitsland verklaringen ontvangen waaruit duidelijk is dat zij erin zijn geïnteresseerd voor „vensters" van twee jaar licenties te verkrijgen. Bovendien is TEC, die volgens haar overeenkomst met de ARD-instellingen „vensters" heeft van maximaal acht jaar, reeds in concrete onderhandeling met televisiestations, en heeft zij in het kader van de „vensters" reeds voor een aantal films licenties verleend.

(52) Met name voor de nieuwe particuliere stations is het een pluspunt dat voor de films waarvoor zij in het kader van de zogenaamde „vensters" licenties hebben verkregen, door de ARD-instellingen daaraan niet alleen voor onmiddellijke uitzending geschikte kopieën ter beschikking worden gesteld, maar ook nagesynchroniseerde versies, respectievelijk dat de ARD-instellingen, voor zover zulke versies nog niet beschikbaar zijn, voor 50 % deelnemen in de kosten die voor nasynchronisatie moeten worden gemaakt. Hierin kan een verbetering van de verdeling der produkten worden gezien, omdat sommige particuliere instellingen zonder een dergelijke regeling de films niet zouden kunnen uitzenden. Nieuwe particuliere televisie-instellingen hebben met name in de beginfase aanzienlijke financiële moeilijkheden, zodat zij vaak niet van tevoren de voor een kwalitatief hoogwaardige nasynchronisatie noodzakelijke kosten kunnen opbrengen. De betrokken overeenkomsten hebben derhalve niet slechts ten gevolge dat de films ten minste op de Duitse markt komen en worden nagesynchroniseerd, doch zij scheppen door de nasynchronisatieregeling de mogelijkheid dat de films niet alleen door de ARD-instellingen, doch afwisselend ook door andere organisaties kunnen worden vertoond.

(53) Door het grote aantal films kan voorts een aanzienlijk lagere prijs per film worden bereikt dan bij afzonderlijke overeenkomsten over kleine aantallen films. Ook dit leidde ertoe dat de ARD-instellingen, die als publiekrechtelijke instellingen met een vast budget werken, meer films konden verwerven dan anders mogelijk zou zijn.

2. *Billijk aandeel voor de gebruikers in de voordelen*

(54) De gebruikers, met andere woorden de televisiekijkers, komt een aandeel in de uit de overeenkomsten voortvloeiende voordelen ten goede, omdat de overeenkomsten bewerkstelligen dat niet alleen de ARD maar ook de andere zenders op de Duitstalige televisie een grotere keuzemogelijkheid bieden.

3. *Onmisbaarheid van de beperkingen en afwezigheid van de mogelijkheid om de mededinging uit te schakelen*

(55) Krachtens de met TEC gesloten overeenkomst en de ten behoeve van MGM/UA Co. afgegeven verklaring is er geen sprake meer van beperkingen die voor het bereiken van de bovengenoemde doelstellingen onmisbaar zouden zijn. Door de toegepaste „vensters" werd de aan de ARD-instellingen toegekende exclusiviteit beperkt. De resterende exclusiviteit is noodzakelijk om de gedane investeringen (licentievergoeding, nasyncronisatiekosten en administratiekosten die voortvloeien uit de selectieprocedure) voldoende rendabel te maken.

Dit geldt ook voor het niet verlenen van licenties aan betaaltelevisie aangezien gelijktijdige uitzending van films op betaaltelevisie de waarde van de films voor de ARD-instelling drastisch zou beïnvloeden. Andere, niet onmisbare, oorspronkelijk in de overeenkomsten voorkomende beperkingen die een ontheffing in de weg stonden, zijn intussen weggenomen. Zulks betreft met name de exclusiviteit voor televisieprodukties, die oorspronkelijk mede de door de ARD-instellingen niet gekozen programma's omvatte en het uitsluiten van uitzendingen in andere talen, die een grensoverschrijdende uitzending van de betrokken films in het kader van voor geheel Europa bestemde programma's in de weg stond.

(56) De ARD-instellingen hebben, op grond van de aangemelde overeenkomsten, ook niet de mogelijkheid voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen, aangezien enerzijds andere televisieorganisaties vanwege de „vensters" toegang kunnen krijgen tot de films en anderzijds, behalve de hier van belang zijnde films, ook nog andere films op de markt aanwezig zijn, die voor exploitatie via de Duitstalige televisie geschikt zijn.

C. Artikelen 6 en 8 van Verordening nr. 17

(57) Krachtens artikel 6, lid 1, van Verordening nr. 17 vangt de geldigheidsduur van deze beschikking aan op de dag van de laatste verandering van de overeenkomst, dit wil zeggen op 3 februari 1989.

Gezien de lengte van de contractduur, de duur van de voor andere televisiemaatschappijen beschikbare „vensters" en de omstandigheid dat de markt voor televisie en televisieprogramma's in het Duitstalige gebied in ontwikkeling is, wordt de ontheffing overeenkomstig artikel 8, lid 1, van Verordening nr. 17 voor de tijd van tien jaar toegekend.

(58) Ten einde de Commissie in staat te stellen tijdens de duur van de ontheffing na te gaan of blijvend aan de voorwaarden voor een ontheffing wordt voldaan, wordt aan Degeto Film GmbH de verplichting opgelegd de Commissie alle wijzigingen en aanvullingen van de overeenkomsten en mogelijk verdere overeenkomsten die bij de uitoefening van het recht van eerste onderhandeling worden gesloten, mede te delen,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

Overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag worden de bepalingen van artikel 85, lid 1, voor het tijdvak van 3 februari 1989 tot en met 2 februari 1999 buiten toepassing verklaard voor de tussen Degeto Film GmbH en Algemene Financieringsmaatschappij Nefico BV op 8 en 9 februari 1984 gesloten overeenkomsten.

Artikel 2

Aan deze beschikking wordt de volgende verplichting verbonden:

Degeto Film GmbH dient de Commissie onverwijld elke wijziging en aanvulling van de overeenkomsten alsmede iedere nieuwe overeenkomst die op basis van het recht van eerste onderhandeling wordt gesloten, mede te delen.

Artikel 3

Deze beschikking is gericht tot de volgende ondernemingen:

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

Gedaan te Brussel, 15 september 1989.

Voor de Commissie

Sir Leon BRITTAN

Vice-Voorzitter