II

(Retsakter hvis offentliggørelse ikke er obligatorisk)

KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 15. september 1989

om en procedure i henhold til EØF-Traktatens artikel 85

(IV/31.734 — Tyske fjernsynsselskabers filmindkøb)

(Kun de tyske, engelske og nederlandske udgaver er autentiske)

(89/536/EØF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab,

under henvisning til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikel 85 og 86 (1), senest ændret ved akten vedrørende Spaniens og Portugals tiltrædelse, særlig artikel 6 og 8,

under henvisning til Kommissionens beslutning af 15. december 1986 om indledning af proceduren,

efter at have givet de berørte virksomheder lejlighed til at udtale sig om Kommissionens klagepunkter, jf. artikel 19, stk. 1, i førnævnte forordning nr. 17 samt Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (2), og efter at disse virksomheder har udtalt sig skriftligt og mundtligt under høringen den 13. oktober 1987,

under henvisning til den anmeldelse af de berørte aftaler med anmodning om fritagelse i henhold til EØF-Traktatens artikel 85, stk. 3, der blev indgivet den 2. december 1988,

under henvisning til offentliggørelsen af de anmeldte aftalers indhold i hovedtræk i henhold til artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17 (3),

efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål, og

ud fra følgende betragtninger:

I. SAGSFREMSTILLING

(1) Anledningen til proceduren er en række aftaler om rettigheder vedrørende udsendelse af amerikanske spillefilm, fjernsynsfilm og fjernsynsserier i »Erstes Deutsches Fernsehen«.

A. De involverede virksomheder

(2) Hessischer Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Saarländischer Rundfunk, Sender Freies Berlin, Süddeutscher Rundfunk, Südwestfunk og Westdeutscher Rundfunk (i det følgende benævnt »ARD-selskaberne«) er tillige med Bayerischer Rundfunk, som ikke er omfattet af denne procedure, sluttet sammen i »Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Landesrundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland« (ARD). Via terrestriale frekvenser udsender ARD-selskaberne bl.a. et landsdækkende fælles fjernsynsprogram »Erstes Deutsches Fernsehen«. Desuden udsender de dels hver for sig, dels i fællesskab, regionale »Dritte Programme« — ligeledes via terrestriale frekvenser — samt et ekstra program »Eins Plus« via satellit.

ARD-selskaberne har en fælles dattervirksomhed Degeto-Film GmbH, som har sæde i Frankfurt a.M., og som har ansvaret for anskaffelsen af programmer, særlig erhvervelse af fjernsynsrettigheder til film.

(1) EFT nr. 13 af 21. 2. 1962, s. 204/62.
(2) EFT nr. 127 af 20. 8. 1963, s. 2268/63.
(3) EFT nr. C 54 af 3. 3. 1989, s. 2.

(3) Det amerikanske filmproduktions- og udlejningsfirma Metro-Goldwyn-Mayer/United Artists Entertainment Co. (MGM/UA), som har sæde i Culver City (USA), blev dannet i 1981 ved fusion af virksomhederne Metro-Goldwyn-Mayer Inc. (MGM) og United Artists Corporation (UA). Dette firma hørte til de førende amerikanske virksomheder inden for film- og fjernsynsproduktion og rådede over et af de betydeligste amerikanske filmlagre, nemlig ca. 3 000 spillefilm, heriblandt en række film, som er blevet belønnet, samt fjernsynsproduktioner og tegnefilm. En af firmaets dattervirksomheder var United Artists Corporation, som havde et datterselskab, Algemene Financieringsmaatschappij Nefico BV (Nefico), med sæde i Amsterdam.

(4) I marts 1986 blev MGM/UA overtaget af fjernsynskoncernen Turner Broadcasting System INC (TBS). Samtidig blev dattervirksomheden United Artists Corporation (inklusive dennes dattervirksomhed Nefico) videresolgt og omdannet til en selvstændig virksomhed. Den tidligere modervirksomhed MGM/UA blev endeligt opløst i august 1986. En del af dens formue, inklusive alle film- og fjernsynsrettigheder, blev overtaget af Turner Entertainment Co. (TEC), en dattervirksomhed af TBS. De resterende rettigheder, inklusive retten til firmanavnet Metro-Goldwyn-Mayer, blev overdraget til den tidligere dattervirksomhed United Artists Corporation, som derefter ændrede sit navn til Metro-Goldwyn-Mayer/United Artists Communications (MGM/UA Co.). Dens dattervirksomhed er fortsat Nefico.

B. Aftalerne

(5) Den 8. og 9. februar 1984 indgik ARD-selskaberne, repræsenteret af Degeto-Film GmbH, tre aftaler med Nefico om erhvervelse af fjernsynsrettigheder, hvorved MGM/UA overtog en ubetinget garanti for de af Nefico indgåede forpligtelser. Det drejer sig om følgende aftaler:

a) »Library Licence Agreement« af 9. februar 1984

b) »James Bond Licence Agreement« af 9. februar 1984, og

c) en tredje aftale af 8. februar 1984, som indebærer betaling af et særlig gebyr for eneretten.

Disse aftaler, som trådte i kraft med tilbagevirkende kraft fra 1. oktober 1983, blev suppleret og til dels ændret ved en brevveksling (ni skrivelser af 9. februar 1984, en skrivelse af 23. februar 1984, tre skrivelser af 31. august 1984 og en skrivelse af 15. april 1986) og ved to aftaler af 21. august 1986. Herefter gælder følgende:

1. *Aftalernes indhold*

(6) a) Ved »Library Licence Agreement« erhverver ARD-selskaberne senderettigheder til 1 350 spillefilm, som de udvælger af MGM/UA's samlede filmlager — det såkaldte »Library«. I perioden 1984 til 1993 vælger de årligt mindst 70 af disse såkaldte »Library-film«, i perioden 1994 til 1998 mindst 150 film pr. år. Listen over de udvalgte film skulle ifølge aftalen foreligge senest den 31. december 1986.

Rettighederne til 514 (ved aftalens indgåelse og oprindelig 663) af de udvalgte »Library-film« er i øjeblikket givet i licens til anden side og står først til rådighed fra 1994. Derimod har MGM/UA's syv mest populære spillefilm, deriblandt »Borte med Blæsten« og »Ben Hur«, som ligeledes er givet i licens andetsteds, ikke på noget tidspunkt været omfattet af »Library Licence Agreement«.

(7) b) I »Library Licence Agreement« indgår endvidere rettigheder til alle »nye film«, som MGM/UA i perioden 1. januar 1984 til 31. december 1998 frigiver til fremførelse i biograferne eller producerer til første fremførelse i fjernsynet. MGM/UA skal i hele perioden stille mindst 150 egnede film og mindst ti film pr. år til rådighed.

(8) c) »Library Licence Agreement« omfatter endelig alle tegnefilm (»Cartoons«), som blev kontrolleret af MGM/UA indtil 1. januar 1984 (i alt 744 halvtimeenheder), samt

d) 416 timers fjernsynsfilm og fjernsynsserier (»Television Product«). Sidstnævnte vælger selskaberne på grundlag af MGM/UA's nuværende og fremtidige samlede lager, og sendetiden skal være på mindst 26 timer om året.

(9) e) Ved »James Bond Agreement« erhvervede ARD-selskaberne herudover fjernsynsrettigheder til 14 navngivne »James Bond-film«, som hører til MGM/UA's nuværende lager.

f) Endelig fik de ved en supplerende skrivelse af 9. februar 1984 overdraget rettighederne til alle nye »James Bond-film«, som MGM/UA producerer eller erhverver i perioden 1. januar 1984 til 31. december 1998.

(10) Efter opløsningen af MGM/UA og TEC's og MGM/UA Co.'s overtagelse af selskabets rettigheder og forpligtelser blev TEC og MGM/UA Co. parter i aftalerne på linje med Nefico, og de film, der er omfattet af aftalerne, blev fordelt mellem TEC og MGM/UA Co. TEC råder hovedsagelig over de film, som tidligere, dvs. før fusionen med UA i 1981, hørte til MGM's »Library«; det svarer til 927

af de spillefilm, som selskaberne har udvalgt af MGM/UA's samlede lager, 617 af de 744 halvtimeenheder tegnefilm og størstedelen af fjernsynsproduktionerne. De resterende film, som hørte til det tidligere UA-»Library«, inklusive »James Bond-filmene«, kontrolleres af MGM/UA Co. Ifølge aftalerne mellem TEC og MGM/UA Co. skal produktionen af de af aftalerne berørte »nye film«, inklusive de nye »James Bond-film«, varetages af MGM/UA Co.

2. *Eneret*

(11) ARD-selskaberne erhvervede eneret til inden for aftaleområdet af udsende alle de berørte film — dvs. de »Library-film« og »nye film«, tegnefilm og fjernsynsproduktioner, som de har udvalgt — i tysk version, hvilket betyder, at der i aftaleperioden ikke må meddeles »licens« til anden side, end ikke med det formål at blive udnyttet på betalings-tv (pay-tv), medmindre det sker inden for rammerne af de såkaldte »tomme felter«, som er blevet indført sidenhen (jf. nr. 30 ff.). De oprindelige aftaler giver imidlertid mulighed for to »tomme felter«, for hvilke 25 % af filmene i op til et år kan gives i licens til tredjemand med henblik på udnyttelse på betalings-tv. Licenser, som måtte være meddelt for enkelte af de udvalgte »Library-film« inden aftalens indgåelse, må ikke forlænges.

Desuden fik ARD-selskaberne i den periode, hvor udvælgelsen skulle finde sted, dvs. indtil den 31. december 1986, eneret til det samlede »Library«, således at tredjemand i denne periode ikke kunne erhverve fjernsynsrettigheder til dele af det samlede lager inden for aftaleområdet.

3. *»Licensområdet«*

(12) Aftalen gælder, foruden i Forbundsrepublikken Tyskland inklusive Vestberlin, også i Den Tyske Demokratiske Republik, Østrig, Liechtenstein, Luxembourg, Sydtyrol og den tysktalende del af Schweiz.

4. *»Licensperioden«*

(13) »Licensperioden« er for hver enkelt film som hovedregel 15 år. For 136 spillefilm, som på tidspunktet for aftalens indgåelse var givet i licens til anden side, er gyldighedstiden 16 år. Den er kortere for en del af de film, som kun kan udsendes et begrænset antal gange, såfremt den sidste tilladte udsendelse finder sted inden 15 år. »Licensperioden« begynder den 1. januar i det år, hvor selskaberne har planlagt den første udsendelse, dvs. mellem 1. januar 1984 og 31. december 1998.

5. *Antallet af udsendelser*

(14) Spillefilm — såvel de udvalgte »Library-film« som de »nye film« samt tegnefilmene — kan i princippet udsendes så ofte, det ønskes.

MGM/UA har ganske vist ret til at udpege 75 »Library-film« og 45 »nye film«, som kun må udsendes 15 gange. Også fjernsynsproduktionerne og samtlige »James Bond-film« må kun udsendes 15 gange hver.

6. *Den tekniske udnyttelse*

(15) Udnyttelsen kan i princippet finde sted både via terrestriale frekvenser og via kabel og satellit — herunder direkte udstrålende satelliter. Anvendelsen af direkte udstrålende satellitter er dog delvis begrænset.

7. *Sprogversion*

(16) Udsendelsen af filmene må som hovedregel kun finde sted på tysk. Et begrænset antal film kan dog udsendes på to sprog (tysk og engelsk) med engelske undertitler eller i den engelske originaludgave (med eller uden tyske undertitler).

8. *Førsteforhandlingsret*

(17) ARD-selskaberne har førsteforhandlingsret fra 1. oktober 1983 til 1. januar 1997, såfremt MGM/UA ønsker at indgå en aftale svarende til »Library Licence Agreement« med tredjemand. I så fald skal MGM/UA i 30 dage udelukkende forhandle med ARD-selskaberne. Indleder selskabet efter udløbet af denne frist forhandlinger med tredjemand, skal det oplyse ARD-selskaberne om indholdet af disse forhandlinger. ARD-selskaberne kan til enhver tid inden for en frist på fem dage træffe afgørelse om, hvorvidt de vil indgå en aftale på de af tredjemand tilbudte vilkår. MGM/UA må under ingen omstændigheder indgå en aftale, som er mindre gunstig for MGM/UA end det sidste skriftlige tilbud fra ARD-selskaberne. Det tilkommer MGM/UA at foretage den endelige vurdering af dette spørgsmål.

Denne førsteforhandlingsret, som udløber 1. januar 1997, gælder også i tilfælde af, at MGM/UA ønsker at indgå en aftale (en såkaldt »output agreement«) om film, der produceres eller erhverves efter den 31. december 1998.

9. »*Underlicens*«

(18) Uden for Forbundsrepublikken Tyskland er ARD-selskaberne berettigede til at give de i henhold til »Library License Agreement« erhvervede rettigheder, men ikke rettighederne til »James Bond-filmene«, i »underlicens« til andre radiofonier.

Inden for Forbundsrepublikken Tyskland må de derimod kun meddele »underlicens« til virksomheder, der er forbundet med dem.

Uden for Forbundsrepublikken Tyskland har ARD-selskaberne i mellemtiden meddelt det østrigske og det schweiziske fjernsyn »underlicens« til henholdsvis 625 og 150 film.

10. »*Licensafgift*«

(19) Afgifterne for de erhvervede rettigheder, inklusive rettighederne til nye produktioner, andrager i alt 80 mio $.

C. Rammebetingelser for anskaffelse og udsendelse af fjernsynsprogrammer

1. *Udviklingen af fjernsynet i Forbundsrepublikken Tyskland*

(20) Efter ophævelsen af det offentlige radio- og fjernsynsmonopol i 1984 er der foruden de to offentligretlige selskaber ARD og ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen) forskellige private selskaber. Heraf udsender »SAT 1« og »RTL Plus« — via satellit og kabel og for nylig også via terrestriale frekvenser — programmer, som kan modtages i hele Forbundsrepublikken. Et tredje landsdækkende program »Tele 5« er under opbygning. Herudover findes der også kanaler, som stadig er på det eksperimenterende stadie samt en række lokale eller regionale sendere. Desuden transmitteres en række udenlandske og engelsk- og franskprogede programmer via kabelnet. De har dog kun ringe betydning og udbredelse. Endvidere er der et forsøgsprogram, det såkaldte »pay-tv«.

(21) De fleste private tv-stationer finansieres udelukkende via reklameindtægter. De er derfor i overvejende grad dårligere stillet end de offentligretlige selskaber, som foruden reklameindtægter også råder over sikre licensindtægter. For at opnå reklameindtægter må de private selskaber satse på høje seertal, som kun kan opnås ved hjælp af populære programmer.

2. *Betydning, omfang og salg af spillefilm og fjernsynsproduktioner*

(22) a) Blandt de programmer, der står til rådighed, har spillefilmene en særlig betydning. De kræver ofte en større kunstnerisk og finansiel indsats end fjernsynsproduktionerne (dvs. fjernsynsfilm- og -serier) og har derfor hyppigt større publikumssucces og opnår for det meste højere seertal. ARD-selskaberne udsender årligt ca. 500 spillefilm, inklusive »Dritte Programm«, medens ZDF udsender ca. 250 film, når der ses bort fra genudsendelser og overlapninger i »Dritte Programme« samt »Eins Plus«, som for størstedelen består af genudsendelser. Af de private selskaber sender »SAT 1« årligt ca. 300 og »RTL Plus« ca. 250 spillefilm, og konkurrencen om seere og seertal resulterer i, at alle selskaberne forsøger at udvide udbuddet af spillefilm. I betragtning af den forventede udvidelse af de nuværende programmer og i betragtning af tilgangen af nye selskaber er det derfor sandsynligt, at behovet for fjernsynsrettigheder til spillefilm vil stige.

(23) I øjeblikket er der i hele verden i alt ca. 30 000 spillefilm, som egner sig til udsendelse i tysk fjernsyn. Heraf er 40 til 50 % produceret i USA.

I USA har de såkaldte Major Companies de største lagre og spillefilm : MGM/UA (som nu hedder MGM/UA Co. og TEC) (ca. 3 000), MCA/Universal (ca. 2 600), Columbia og 20th Century Fox (hver ca. 2 100) og Warner Bros. og Paramount (hver ca. 1 100). I Europa er der ca. 2 500 spillefilm i Det Forenede Kongerige og ca. 2 000 film i henholdsvis Forbundsrepublikken Tyskland, Frankrig og Italien ; disse film er fordelt på et stort antal mindre og mellemstore firmaer.

(24) Af fjernsynsproduktioner, som egner sig til transmission i tysk fjernsyn, er der over 100 000 timeenheder i hele verden, idet der hvert år produceres ca. 3 000 timeenheder. Af tegnefilm er der i hele verden ca. 5 000 til 6 000 halvtimeenheder til rådighed, med en årlig nyproduktion på ca. 450 til 500 halvtimeenheder.

(25) b) Fremvisningsrettigheder til spillefilm og fjernsynsproduktioner for hele verden bevilges generelt i form af eneret til en bestemt sprogversion, et bestemt sendeområde og for et bestemt tidsrum. Licensområdet omfatter i princippet det sendeområde, som de pågældende nationale fjernsynsselskaber har fået anvist, dvs. et bestemt

land, men det bliver ofte udvidet til også at omfatte tilgrænsende områder i nabolande, hvori det sprog, for hvilket der er bevilget licens, ligeledes tales.

(26) Den gennemsnitlige »licensperiode« svarer til et vist antal år. »Licensperioder« på over ti år er yderst sjældne og bevilges i givet fald til mellemhandlere, og kun i særlige tilfælde til fjernsynsselskaber. Aftalerne vedrører i reglen et større eller mindre antal film, og der er for en del aftalers vedkommende tale om nogle hundrede stykker. Ifølge de oplysninger, Kommissionen råder over, er der i intet tilfælde indgået aftaler med noget fjernsynsselskab om mere end 1 000 film, og intet fjernsynsselskab har nogen sinde fået et filmproduktions- og udlejningsfirmas samlede »Library« til rådighed til udvælgelse. I øvrigt vedrører aftaler med fjernsynsselskaber som regel allerede eksisterende film og kun yderst sjældent nye produktioner. ARD-selskaberne har normalt indgået aftaler vedrørende 200 til 300 film for en gennemsnitlig »licensperiode« på fem år.

(27) c) På det tyske marked spiller en koncern en særlig rolle, idet den har etableret sig som mellemhandler og erhverver tysksprogede fjernsynsrettigheder over hele verden, som den derefter giver i »underlicens« til fjernsynsselskaber. I øjeblikket råder denne koncern over tysksprogede rettigheder til ca. 15 000 spillefilm og 50 000 timers fjernsynsproduktion. Heraf hidrører en væsentlig del fra de amerikanske Major Companies 20th Century Fox, Warner Bros., Paramount og Columbia, medens ca. 200 film hidrører fra MGM/UA og først kommer tilbage til MGM/UA Co. eller TEC i 1994, hvorefter de står til rådighed for ARD-selskaberne.

(28) Takket være sin position er det lykkedes for koncernen at forhandle sig til rette med filmudlejnings- og produktionsfirmaer om større mængder »licenser« og længere »licensperioder«, end det ellers er sædvanligt på verdensmarkedet, og i nogle tilfælde er det også lykkedes koncernen at opnå rettigheder til hele filmlagre eller at indgå udvælgelsesaftaler og derefter udvælge de mest attraktive film af de eksisterende lagre. Til koncernen hører adskillige film-, fjernsynsproduktions- og salgsfirmaer. Koncernen har desuden andele i en del private fjernsynsselskaber.

D. Procedurens forløb og efterfølgende aftaler og erklæringer

(29) Den 22. december 1986 sendte Kommissionen aftaleparterne en meddelelse af klagepunkter, hvori den under hensyntagen til antallet af film og aftalens varighed anfægtede rettighedernes ekslusive karakter og de manglende adgangsmuligheder for tredjemand. Efter en høring den 13. oktober 1987 bestræbte ARD-selskaberne sig sammen med TEC og MGM/UA Co. for at skaffe adgangsmuligheder for tredjemand.

Den 16. december 1988 blev der til slut indgået følgende aftale med TEC om TEC's film:

(30) ARD-selskaberne tillader, at TEC inden for rammerne af de såkaldte »tomme felter« (»windows«) giver filmene (spillefilm, tegnefilm og fjernsynsproduktioner) i »licens« til tredjemand. Disse »tomme felter« angiver visse perioder med hensyn til enkelte film, hvor ARD-selskabernes eneret ophæves. ARD-selskaberne benytter ikke selv filmene i de perioder, der svarer til de »tomme felter«, og tillader samtidig, at filmene bliver givet i »licens« til tredjemand.

Disse »tomme felter« varer mellem to og seks år, i undtagelsestilfælde dog otte år, og deres begyndelse og afslutning angives for hver enkelt film. De »tomme felter« er trindelte og begynder dels før (Pre-Term), dels i ARD-selskabernes udnyttelsesperiode (In-Term), som i sidstnævnte fald afbrydes.

(31) I de »tomme felter« kan TEC's »licenstagere« udsende filmene en gang (dvs. en udsendelse i hovedsendetiden og en genudsendelse inden to dage uden for hovedsendetiden) pr. år. ARD-selskaberne stiller i god tid inden det »tomme felt« egnede kopier af filmene til rådighed for TEC's licenstagere, så vidt muligt i tysk version. Foreligger de ikke på tysk, betaler ARD-selskaberne 50 % af synkroniseringsudgifterne, såfremt synkroniseringen foretages i samråd med dem.

(32) ARD-selskaberne frigiver endvidere de fjernsynsproduktioner, som de ikke selv udvælger inden for rammerne af de 416 timeenheder, som de har til rådighed, med det resultat, at TEC for så vidt uden begrænsninger kan udstede »licenser« til tredjemand. Oprindelig havde ARD-selskaberne ifølge aftalerne også eneret til de produktioner, som de ikke udvalgte, og muligheden for at meddele »licens« til tredjemand var således udelukket. Med hensyn til syv navngivne fjernsynsserier har ARD-selskaberne dog fået bevilget førsteforhandlingsret.

(33) ARD-selskaberne tillader endvidere, at tredjemand udsender filmene i fremmedsproget version i hele aftaleområdet eller udsender dem i aftaleområdet via en sender, som befinder sig uden for aftaleområdet, hvilket oprindelig var udelukket ifølge aftalerne.

(34) Over for MGM/UA Co., med hvem det ikke var muligt at få en aftale i stand, afgav ARD-selskaberne derimod den 3. februar 1989 følgende ensidige og uigenkaldelige erklæring:

MGM/UA Co. bemyndiges til inden for rammerne af de såkaldte »tomme felter« at udstede »licenser« til tredjemand for alle de film, fikrmaet kontrollerer »Library-film«, »nye film«, »James Bond-film«, fjernsynsproduktioner og tegnefilm), med henblik på en udsendelse om året. De tomme felter er toårige og begynder fem år efter indledningen af ARD-selskabernes udnyttelsesperiode, for 213 »Library-film« dog 13 år efter. ARD-selskaberne giver i rette tid inden indledningen af det »tomme felt« MGM/UA Co.'s eventuelle »licenstagere« kopier, som egner sig til udsendelse, så vidt muligt i tysk version.

(35) Endvidere frigiver ARD-selskaberne de fjersynsproduktioner, som de indtil tidspunktet for afgivelsen af erklæringen ikke har udvalget af den eksisterende beholdning, hvilket betyder, at disse produktioner kan gives i »licens« til andre. Endelig tillader de, at filmene udsendes i fremmedsproget version i aftaleområdet fra en sender, som befinder sig uden for aftaleområdet, for så vidt som dette sker i forbindelse med udsendelse af et fremmedsproget program.

(36) Under henvisning til aftalen med TEC og den uigenkaldelige erklæring til fordel for MGM/UA Co., som tog sigte på at opfylde Kommissionens krav, indgav ARD-selskaberne den 2. december 1988 anmeldelse af aftalerne med anmodning om fritagelse i henhold til EØF-Traktatens artikel 85, stk. 3.

(37) Efter offentliggørelsen af det væsentlige indhold i de anmeldte aftaler har Kommissionen ikke modtaget bemærkninger fra tredjemand. Derimod har MGM/UA Co. efter offentliggørelsen henvendt sig til Kommissionen og gjort indvendiger imod fritagelsen med den begrundelse, at »tomme felter« var utilstrækkelige, samt at konkurrencebegrænsningerne ikke var fjernet.

II. RETLIG VURDERING

A. Artikel 85, stk. 1

1. *Aftaler mellem virksomheder*

(38) De foreliggende aftaler er at betragte som aftaler mellem virksomheder, da ARD-selskaberne ligesom Nefico og Neficos tidligere moderselskab MGM/UA er virksomheder efter artikel 85, stk. 1. Det ændrer intet ved sagen, at ARD-selskaberne er offentligretlige selskaber, som i henhold til national ret har til opgave at udsende programmer i almenhedens interesse. Virksomhedsbegrebet i artikel 85, stk. 1, er baseret på virksomhedens funktion og omfatter enhver aktivitet, som tager sigte på udveksling af varer eller tjenesteydelser uden hensyntagen til virksomhedens retsform, og uanset om virksomheden arbejder med gevinst for øje eller ej. I overensstemmelse hermed har Domstolen udtalt, at offentligretlige fjernsynsselskaber er virksomheder efter artikel 85, stk. 1, for så vidt som de udøver virksomhed af økonomisk art, jf. dom af 30. april 1974 i sag 155/73, Sacchi [1].

(39) Erhvervelse af fjernsynsrettigheder må betragtes som en sådan økonomisk virksomhed. Der er tale om, at fjernsynsselskaberne køber en »vare« i direkte konkurrence med andre interesserede købere, i særdeleshed private fjernsynsselskaber.

Heller ikke den grundlæggende rettighed, som æterfriheden repræsenterer, giver anledning til nogen anden betragtningsmåde. Det er i denne forbindelse uden betydning, om der findes en sådan grundlæggende rettighed på fællesskabsplan, og om den ligesom i den nationale forfatningsret omfatter en programforpligtelse, som er pålagt de offentligretlige radio- og fjernsynsselskaber, og i særlige tilfælde beskytter deres anskaffelse af programmer. I hvert tilfælde er der intet, der tyder på, at anvendelsen af konkurrencereglerne i det foreliggende tilfælde ville forhindre fjernsynsselskaberne i at opfylde deres programforpligtelser, da det står disse selskaber frit for fortsat at indgå aftaler om erhvervelse af fjernsynsrettigheder, når disse aftaler med hensyn til omfang og varighed er forenelige med konkurrencereglerne.

(40) Af samme grund kan EØF-Traktatens artikel 90, stk. 2, heller ikke udelukke, at konkurrencereglerne finder anvendelse i denne sag, fordi det ikke ses, at anvendelsen af konkurrencereglerne i det foreliggende tilfælde ville hindre ARD-selskaberne i at opfylde den opgave, som er betroet dem.

2. *Konkurrencebegrænsning*

(41) De foreliggende aftaler har til formål og til følge at begrænse konkurrencen. Det er i denne forbindelse uden betydning, om de rettigheder, som ARD-selskaberne har fået overdraget, er licenser i retlig henseende, eller om der er tale om en tidsmæssigt og indholdsmæssigt begrænset overdragelse af en rettighed. I sidstnævnte tilfælde ligger konkurrencebegrænsningen i den omstændighed, at ARD-selskaberne til trods for overdragelsen af rettigheden ikke må meddele »underlicenser« i Forbundsrepublikken Tyskland (og med hensyn til »James Bond-filmene« heller ikke uden for Forbundsrepublikken Tyskland), hvorved deres handlefrihed begrænses, samtidig med at andre fjernsynsselskaber afskæres fra at få adgang til filmene. Går man derimod, som parterne åbenbart selv gør det, ud fra, at det drejer sig om licenser, så følger konkurrencebegrænsningen enerettens varighed og omfang, jf. de principper, der er fastslået i Domstolens afgørelse i Coditel II-sagen [2].

[1] Sml. 1974, s. 409.
[2] Sml. 1982, s. 3381.

(42) Domstolen har i sin afgørelse i Coditel II-sagen udtalt, at meddelelsen af en eneretslicens til fremførelse af en film (her drejer det sig om fremførelse i biografen) ikke i sig selv medfører nogen konkurrencebegrænsning. Domstolen understregede dog samtidig, at udøvelsen af en sådan rettighed under visse retlige eller økonomiske omstændigheder kan føre til en begrænsning af konkurrencen, og at det ifølge sagens natur ikke blot er den faktiske udøvelse, men også de aftalemæssige udøvelsesmuligheder, som skal tages i betragtning i denne forbindelse. Her fokuserer Domstolen særlig på spørgsmålet om, hvorvidt udøvelsen af rettigheden skaber hindringer, som ikker er berettigede under hensyn til filmindustriens forhold, om der åbnes mulighed for et urimeligt højt afkast af de foretagne investeringer, eller om enerettens gyldighedsperiode er uforholdsmæssig lang under hensyntagen til de pågældende krav. Sådanne omstændigheder eksisterer i denne sag, når aftalerne betragtes undet ét.

a) Enerettighedernes antal og varighed og udvælgelsesperiodens varighed

(43) Af særlig betydning er her det usædvanligt store antal af licensrettigheder.

Selv om overdragelse af enerettigheder til fremføring af film ikke i sig selv kan betragtes som en konkurrencebegrænsning, må der dog tages hensyn til, at mængden af egnede spillefilm ikke kan øges efter behag, samt at overdragelse af enerettigheder af længere varighed derfor ikke bør give mulighed for at holde et stort antal film tilbage fra markedet. I den foreliggende sag er antallet af film langt større, end hvad hensynet til selskabernes programanskaffelse og programplanlægning tilsiger, og hvad der hidtil havde været ARD-selskabernes egen indkøbspraksis. Ganske vist udgør de af ARD-selskaberne erhvervede film kun 4,5 % af den samlede mængde film, der er til rådighed på verdensplan. Da det imidlertid drejer sig om en udvalgt og derfor særlig attraktiv del af alle de film, der tilhører et af verdens største produktions- og udlejningsfirmaer, og da der heri indgår mange publikumssuccesser som f.eks. »James Bond-filmene« eller prisbelønnede film, får disse rettigheder en betydning, der langt overstiger deres rent talmæssige betydning. I denne forbindelse må det betragtes som en skærpende omstændighed, at dette ikke blot gælder »Library-filmene«, men også hele MGM/UA's produktion af nye film, idet nyproduktioner ofte er særdeles attraktive.

(44) En anden omstændighed af afgørende betydning er aftalernes varighed. Licensperiodens varighed påvirkes ifølge sagens natur af det store antal film, der er givet licens på, da det tager længere tid at udnytte så mange film optimalt. Den deraf følgende »licensperiode« var hidtil ikke sædvanlig inden for branchen og går langt ud over ARD-selskabernes egen hidtidige indkøbspraksis. Den beror heller ikke på hensynet til programindkøb og -planlæggelse. I denne forbindelse må der navnlig tages hensyn til opdelingen af »licensperioden«, der for de sidste 130 »Library-film« først begynder pr. 1. januar 1998 og således ikke udløber før år 2013. Dette indebærer, at aftaleparterne bindes i et længere tidsrum end den egentlige licensperiode på 15 år, med det resultat, at andre tv-stationer er forhindret i at have adgang til disse film, selv førend ARD-selskabernes aktuelle »licensperiode« begynder. Denne lange aftaleperiode og udvidelsen af eneretten ud over den aktuelle »licensperiode« er urimelig og lægger kunstige hindringer i vejen for andre selskaber, jf. Domstolens dom i Coditel II-sagen.

(45) De relevante begrænsninger er ikke fjernet ved oprettelsen af »tomme felter«, da disse kun ophæver den givne eneret inden for visse perioder, uden at give tredjemand fuld adgang til filmene.

(46) Endnu en konkurrencebegrænsning følger af varigheden af udvælgelsesperioden, der igen er betinget af det store antal film, der står til udvalg. Den omstændighed, at MGM/UA i hele udvælgelsesperioden, dvs. mellem 1. oktober 1983 og 31. december 1986, ikke måtte indrømme »licenser« til tredjemand, bevirkede, at andre selskaber ikke kunne få adgang til de film, MGM/UA rådede over, i dette tidsrum. Da dette også gjaldt de film, som ARD-selskaberne senere ikke selv udvalgte, blev der lagt kunstige hindringer i vejen for andre fjernsynsselskaber.

b) Førsteforhandlingsretten

(47) ARD-selskabernes førsteforhandlingsret indskrænker MGM/UA's frie valg af aftalepartnere og forringer andre selskabers forhandlingsposition. Dette repræsenterer en yderligere konkurrencebegrænsning, der forstærker den konkurrencebegrænsende virkning af antallet og varigheden af de af ARD-selskaberne erhvervede rettigheder.

3. *Påvirkning af handelen mellem medlemsstater*

(48) Disse aftaler kan påvirke handelen mellem medlemsstater, da aftaleområdet går ud over Forbundsrepublikken Tyskland og også omfatter andre medlemsstater — nemlig Luxembourg og dele af Italien.

B. Artikel 85, stk. 3

I betragtning af den nye aftale, der er indgået mellem ARD-selskaberne og TEC, og selskabernes uigenkaldelige erklæring til fordel for MGM/UA Co., er betingelserne i artikel 85, stk. 3, nu opfyldt.

1. *Aftalen forbedrer fordelingen af varerne*

(49) Under hensyn til den bilaterale aftale og erklæringen bidrager aftalerne til at forbedre fordelingen af varerne, fordi de udvider tilbuddet af film på det relevante marked.

Det store antal film, aftalen omfatter, og navnlig udvælgelsen af et så stort antal film fra »Library«, bevirkede, at hele MGM/UA's »Library« blev systematisk undersøgt med henblik på at klarlægge, hvilke film der egnede sig til at blive transmitteret i tysk fjernsyn. ARD-selskaberne med deres indgående kendskab til det tyske fjernsyns behov og de tyske seervaner var i en bedre position til at gøre dette end MGM/UA, som ikke var særlig bekendt med det tyske marked, og som følge deraf kun havde distribueret et lille antal film gennem en mellemmand. Som et resultat af udvælgelsesaftalen blev det klart, at navnlig et stort antal film af overvejende ældre dato egnede sig til udnyttelse på tysk fjernsyn, og at de tyske fjernsynsseere fik adgang til at se dem for første gang. Disse film var ikke tidligere vist i det tysksprogede område i Europa, hverken i fjernsynet eller i biografen, og der fandtes derfor ikke nogen tysk version.

(50) En yderligere forbedring af fordelingen af varerne opnås igennem de »tomme felter« og i særdeleshed gennem ordningen vedrørende synkroniseringsomkostningerne. Som et resultat af de »tomme felter« kan film også vises af andre tv-selskaber på skift med ARD-selskaberne. Fordelingen af de »tomme felter« sikrer, at et ret stort antal film hvert år kan gives i »licens« til tredjemand i hele aftaleperioden. Det er af særlig interesse for andre tv-stationer, at de ifølge aftalen med TEC kan vise en stor del af filmene, før de vises af ARD-selskaberne, og for en række film for en periode på op til otte år.

(51) MGM/UA har med hensyn hertil over for Kommissionen gjort gældende, at de indførte »tomme felter«, navnlig hvad angår deres varighed og tidsmæssige sekvens, er utilstrækkelige og for private tv-stationer uinteressante. Kommissionen finder det dog ikke overbevisende. Kommissionen har modtaget erklæringer fra private tv-stationer i Forbundsrepublikken, der viser deres interesse i at erhverve licenser for toårige »tomme felter«. Derudover har TEC, der i henhold til aftalen med ARD-selskaberne råder over »tomme felter« i op til otte år, allerede konkrete forhandlinger i gang med tv-tationer og har allerede givet et antal film i »licens« inden for de »tomme felter«.

(52) Det er særlig til gavn for de nye, private tv-stationer, at de for de film, som de får licens på inden for rammerne af de såkaldte »tomme felter«, får stillet ikke blot kopier, der kan transmitteres direkte, men også synkroniserede versioner til rådighed af ARD-selskaberne, som desuden — hvis sådanne versioner endnu ikke foreligger — dækker 50 % af udgifterne til synkronisering. Dette må betragtes som en forbedring af fordelingen af varerne, da nogle af de private selskaber uden en sådan ordning ikke ville kunne sende disse film. Nye private tv-selskaber står navnlig i startfasen over for betydelige finansielle vanskeligheder, som bevirker, at de ofte ikke er i stand til at bekoste en ordentlig synkronisering. De her omhandlede aftaler bevirker derfor ikke alene, at filmene overhovedet kommer frem til det tyske marked og synkroniseres, men skaber tillige gennem denne synkroniseringsproduktion en forudsætning for, at filmene ikke blot kan fremvises af ARD-selskaberne, men også af andre selskaber efter tur.

(53) Det store antal film har endvidere ført til en klart lavere pris pr. film, end hvis der blev indgået enkeltaftaler om et mindre antal film. Dette førte igen til, at ARD-selskaberne, der i kraft af deres offentligretlige status arbejder med faste budgetter, kunne erhverve flere film, end det ellers ville have været muligt.

2. *Forbrugerne sikres en rimelig andel af fordelen*

(54) Forbrugerne — dvs. fjernsynsseerne — sikres en rimelig andel af fordelen, idet der vises flere film i det tysksprogede fjernsyn, end det ville have været tilfældet uden aftalerne.

3. *Konkurrencebegrænsningerne er nødvendige og giver ikke mulighed for at udelukke konkurrencen*

(55) Efter den aftale, der er indgået med TEC, og den uigenkaldelige erklæring, der er afgivet til fordel for MGM/UA /Co., indeholder aftalerne ikke længere nogen begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå de ovenfor beskrevne mål. De »tomme felter« har begrænset den til ARD-selskaberne givne eneret. Den eneret, som ARD-selskaberne fortsat bevarer, er nødvendig, for at deres investeringer (»licensafgift«, synkroniseringsudgifter og administrative omkostninger, der opstår ved udvælgelse) kan give et passende afkast. Dette gælder også for forbuddet mod licenser til betalings-tv, idet en samtidig udnyttelse af filmene til betalings-tv vil nedsætte værdien af filmene for ARD-selskaberne væsentligt. De andre konkurrencebegrænsninger, som tidligere var indeholdt i aftalerne, og som ikke var nødvendige og derfor ville bevirke, at aftalerne ikke kunne fritages, er i mellemtiden blev fjernet. Dette gælder specielt eneretten til fjernsynsproduktioner, som oprindeligt også omfattede programmer, der ikke var udvalgt af ARD-selskaber, og

udelukkelsen af fremmedsprogede udsendelser, som ville være til hinder for en grænseoverskridende udsendelse af de pågældende film inden for rammerne af fælleseuropæiske programmer.

(56) De anmeldte aftaler giver ikke ARD-selskaberne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer, for det første fordi også andre tv-selskaber i henhold til ordningen med »tomme felter« har adgang til filmene, og for det andet fordi der ud over de her omhandlede film også findes andre film på det tyske marked, der egner sig til transmission i tysksproget fjernsyn.

C. Artikel 6 og 8 i forordning nr. 17

(57) I overensstemmelse med artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 17 har denne beslutning virkning fra det tidspunkt, hvor det sidste supplement til aftalerne blev anmeldt, dvs. fra 3. februar 1989.

Under hensyntagen til aftaleperiodens længde, varigheden af de »tomme felter«, der står til rådighed for andre tv-selskaber, og udviklingen på markedet for fjernsyn og fjernsynsprogrammer inden for det tysksprogede område, indrømmes fritagelsen i overensstemmelse med artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 17 for et tidsrum af ti år.

(58) For at Kommissionen i det tidsrum, hvor fritagelsen gælder, kan føre tilsyn med, om betingelserne for fritagelse fortsat er opfyldt, pålægges Degeto-Film GmbH pligt til at forelægge Kommissionen alle ændringer og udvidelser i aftalerne samt eventuelle yderligere aftaler indgået i medfør af førsteforhandlingsretten —

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

I overensstemmelse med EØF-Traktatens artikel 85, stk. 3, erklæres bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, i tidsrummet fra 3. februar 1989 til 2. februar 1999 uanvendelige på de aftaler, der den 8. og 9. februar 1984 blev indgået mellem Degeto-film GmbH og Algemene Financieringsmattschappij Nefico BV.

Artikel 2

Til denne beslutning knyttes følgende påbud:

Degeto-Film GmbH skal omgående meddele Kommissionen enhver ændring af og tilføjelse til aftalerne samt eventuelle yderligere aftaler indgået i medfør af førsteforhandlingsretten.

Artikel 3

Denne beslutning er rettet til følgende virksomheder:

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
   Heinrich-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 Køln
10. Algemene Financieringsmaatschappij Nefico BV
    Rijswijkstraat 175
    NL-Amsterdam
11. MGM/UA Communications Company
    10 000 W. Washington Boulevard
    Culver City/California 90232
    USA
12. Turner Entertainment Co.
    10100 Venise Boulevard
    Culver City/California 90232
    USA

Udfærdiget i Bruxelles, den 15. september 1989.

På Kommissionens vegne

Sir Leon BRITTAN

Næstformand