II

(Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad)

COMISIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 15 de septiembre de 1989

relativa a un procedimiento de aplicación de artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.734 — Adquisición de películas por parte de cadenas de televisión alemanas)

(Los textos en lengua alemana, inglesa y neerlandesa son los únicos auténticos)

(89/536/CEE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea,

Visto el Reglamento nº 17 del Consejo de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE [1], cuya última modificación la constituye el Acta de Adhesión de España y de Portugal, y, en particular, sus artículos 6 y 8,

Vista la Decisión de la Comisión, de 15 de diciembre de 1986, de iniciar el procedimiento,

Habiéndose dado la oportunidad a las partes interesadas de manifestar sus puntos de vista en relación con las objeciones de la Comisión, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 19 del Reglamento nº 17 y en el Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17 [2] y habiendo expresado sus observaciones oralmente y por escrito en la audiencia celebrada el 13 de octubre de 1987,

Vista la notificación de los acuerdos de que se trata con fecha de 2 de diciembre de 1988 y la solicitud de exención al amparo de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado,

Vista la publicación de un sumario de los acuerdos con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 19 del Reglamento nº 17 [3],

Previa consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y posiciones dominantes,

Considerando lo que sigue:

I. HECHOS

(1) El objeto del presente procedimiento son los acuerdos sobre derechos de emisión de películas, telefilms y series televisivas estadounidenses por parte de la « Erste Deutsche Fernsehen » (primera cadena de la televisión alemana).

A. Las empresas participantes

(2) Las emisoras Hessischer Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Saarländischer Rundfunk, Sender Freies Berlin, Süddeutscher Rundfunk, Südwestfunk y Westdeutscher Rundfunk (en adelante emisoras de ARD) pertenecen, junto con la Bayerischer Rundfunk, que no es parte en el presente procedimiento, al canal conocido como ARD (« Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Landesrundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland »). Los miembros de ARD emiten en todo el territorio federal, entre otras cosas, un canal de televisión común a través de enlaces terrestres, el « Erstes Deutsche Fernsehen ». Además emiten, en parte individualmente y en parte en colaboración, los canales regionales conocidos como « Dritte Programm » — también a través de enlaces terrestres y el « Eins Plus », vía satélite.

Los miembros de ARD cuentan con una filial común, la Degeto-Film GmbH, con sede en Frankfurt, que se encarga de la adquisición de programas y en especial de derechos de emisión de películas.

[1] DO nº 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62.
[2] DO nº 127 de 20. 8. 1963, p. 2268/63.
[3] DO nº C 54 de 3. 3. 1989, p. 2.

(3) La productora y distribuidora estadounidense Metro-Goldwyn Mayer United Artists Entertainment Co. (MGM/UA) con sede en Culver City (EEUU) se creó en 1981 como fruto de una fusión entre las empresas Metro Goldwyn-Mayer Inc (MGM) y United Artists Corporation (UA). MGM/UA se encontraba entre las seis principales productoras estadounidenses de cine y televisión y contaba con una de las más importantes filmotecas del país, con un fondo de unas 3 000 películas, de las que un buen número habían recibido premios, así como con otras producciones de televisión y dibujos animados. Una de sus filiales era United Artists Corporation, cuya filial a su vez era Algemene Financieringsmaatschappij Nefico BV, (Nefico) con sede en Amsterdam.

(4) En marzo de 1986, MGM/UA fue absorbida por el consorcio de televisión Turner Broadcasting System INC (TBS). Al mismo tiempo se vendió la filial United Artists Corporation (con su propia filial Nefico incluida), que se convirtió en una empresa independiente. La antigua empresa matriz MGM/UA se liquidó finalmente en agosto de 1986. Su patrimonio, en el que hay que incluir todos los derechos que ostentaba relativos a cine y televisión, pasó a pertenecer en parte a Turner Entertaiment Co. (TEC) filial de TBS. El resto de los derechos, entre ellos el del nombre de la empresa Metro-Goldwyn-Mayer se traspasaron a la antigua filial United Artists Corporation, que desde entonces cambió su denominación por la de Metro-Goldwyn-Mayer/United Artists Communications (MGM/UA Co.). Su filial sigue siendo, como antes, Nefico.

B. Los acuerdos

(5) El 8 y el 9 de febrero de 1984, los miembros de ARD, representados por Degeto-Film GmbH, financiaron con Nefico tres acuerdos de adquisición de derechos de emisión en los que a cambio de las obligaciones contraídas por Nefico, MGM/UA asumía una garantía sin condiciones. Los acuerdos eran los siguientes:

a) el « Library Licence Agreement » (acuerdo de cesión de filmoteca), de 9 de febrero de 1984;

b) el « James Bond Licence Agreement » (acuerdo de cesión de películas de James Bond), de 9 de febrero de 1984;

c) y un tercer acuerdo de 8 de febrero de 1984, que preveía el pago de una compensación aparte por la exclusividad concedida.

Estos acuerdos, que entraron en vigor con efectos retroactivos a partir del 1 de octubre de 1983, se completaron y se modificaron parcialmente mediante otros dos con fecha de 21 de agosto de 1986 y una copiosa correspondencia (nueve cartas de 9 de febrero de 1984, una de 23 de febrero de 1984, tres del 31 de agosto de 1984 y una de 15 de abril de 1986). Según esta documentación, existen en concreto los siguientes acuerdos:

1. *El objeto del contrato*

(6) a) Los miembros de ARD adquirieron a través del « Library Licence Agreement » derechos de emisión sobre 1350 películas, seleccionadas del fondo cinematográfico — la llamada « library » — de MGM/UA. Para el período de 1984-1993 seleccionan anualmente al menos 70 filmes de los conocidos como « Library Filme » (películas de filmoteca), mientras que para el período 1994-1998 la selección asciende a 130 películas por año. La lista de las cintas escogidas debía estar preparada antes del 31 de diciembre de 1986.

Los derechos sobre 514 (en un principio 663, según se estableció contractualmente) de los « Library Filme » seleccionados actualmente están cedidos bajo otro régimen y se dispone de ellos a partir de 1994. Por el contrario, las 7 películas estrella de MGM/UA, entre las que se encuentran « Lo que el viento se llevó » y « Ben-Hur », que también están cedidas con arreglo a otro régimen, no se consideraron desde un principio comprendidas en el « Library Licence Agreement ».

(7) b) El « Library Licence Agreement » recoge los derechos sobre « novedades filmográficas » que MGM/UA autorice para su exhibición en salas de cine entre el 1 de enero de 1984 y el 31 de diciembre de 1998 o bien que produzca para su estreno en televisión entre las mismas fechas. MGM/UA debe ofrecer al menos 150 películas en total y 10 anualmente, que se ajusten a las características previstas contractualmente.

(8) c) El « Library Licence Agreement » comprende finalmente todas las cintas de dibujos animados (« cartoons ») controladas por MGM/UA hasta el 1 de enero de 1984 (en total 744 cintas de media hora), así como

d) 416 horas de telefilmes y series televisivas (« Television Product »). De éstas, las emisoras de ARD tienen derecho a seleccionar anualmente al menos 26 horas del stock actual y futuro de MGM/UA.

(9) e) A través del « James Bond Agreement », las emisoras adquirieron 14 « películas de James Bond » del stock actual de MGM/UA.

f) Con arreglo a lo dispuesto en una carta complementaria de 9 de febrero de 1984 se transfirieron también a las emisoras de ARD los derechos de todas las nuevas « películas de James Bond » que MGM/UA produjera o adquiriera entre el 1 de enero de 1984 y el 31 de diciembre de 1998.

(10) Como consecuencia de la liquidación de MGM/UA y de que TEC y MGM/UA Co. asumieran sus derechos y obligaciones, estas empresas pasaron a ser partes junto a Nefico en los contratos, con lo que las películas comprendidas en los acuerdos se adjudicaron en parte a TEC y en parte a MGM/UA Co.

TEC dispone especialmente de las películas que antes de la fusión con UA de 1981 pertenecían a la filmoteca de MGM, es decir, 927 de los largometrajes seleccionados por las emisoras de ARD de los fondos de MGM/UA, 617 de las 744 cintas de media hora de dibujos animados y la mayor parte de las producciones de televisión. El resto de las películas que pertenecían a la antigua filmoteca (« library ») de UA, entre ellas las de James Bond, quedan bajo el control de MGM/UA. Según los acuerdos suscritos entre TEC y MGM/UA Co., corresponde únicamente a esta última la producción de las « nuevas películas » contempladas en los contratos, entre ellas las nuevas « películas de James Bond ».

2. *Exclusividad*

(11) Con respecto a toda una serie de filmes — los seleccionados de la filmoteca y los « nuevos », los de dibujos animados y las producciones de televisión — las emisoras de ARD adquirieron el derecho exclusivo de televisarlos en alemán dentro del territorio contractual, con la consecuencia de que durante la vigencia del contrato, a excepción de las « aperturas » (« Fenster ») concedidas posteriormente (véanse núms. 30 y siguientes) no podrían concederse otro tipo de « licencias ». En el caso de que al concluir el contrato algunas de las « películas de filmoteca » seleccionadas estuviesen aún « cedidas » bajo otro régimen, no podrán prorrogarse dichas « licencias », ni siquiera para la explotación de la TV de pago. Sin embargo, los acuerdos originales preven dos « ventanas de pago » hasta un año en el cual pueden cederse licencias de un 25 % de las películas a terceras partes para su explotación en la TV de pago.

Además, en relación con los fondos de la filmoteca (« library ») y durante la vigencia del período de selección, es decir, hasta el 31 de diciembre de 1986, las emisoras de ARD tienen concedida la exclusividad, lo que impide que durante este tiempo se ceda a terceros ningún derecho de emisión por televisión en el territorio contractual.

3. *El territorio contractual*

(12) El territorio contractual abarca, además de la República Federal de Alemania, incluido Berlín Occidental, la República Democrática Alemana, Austria, Liechtenstein, Luxemburgo, el Alto Adigio y la Suiza de habla alemana.

4. *La « duración de la licencia »*

(13) Por lo general, la « duración de la licencia » para cada película o telefilme en particular es de 15 años. En el caso de 136 largometrajes que al finalizar el contrato estaban cedidos bajo otro régimen, el período asciende a 16 años. Este se reduce en las películas para las que se ha autorizado un número limitado de emisiones, siempre y cuando la última emisión autorizada se realice antes de que expire el plazo de 15 años.

El « período de licencia » comienza el 1 de enero del año en que las emisoras hayan previsto la primera emisión, es decir, entre el 1 de enero de 1984 y el 31 de diciembre de 1998.

5. *Número de emisiones*

(14) Los largometrajes — tanto las « películas de filmoteca » escogidas como las « películas nuevas » y las de dibujos animados — pueden emitirse a menudo a discreción.

MGM/UA puede indicar 75 de entre las « películas de filmoteca » y 45 de las « películas nuevas » que sólo podrán emitirse 15 veces. Las emisiones de producciones de televisión y de todas las « películas de James Bond » se reducen al mismo número.

6. *La vía técnica de explotación*

(15) La explotación puede realizarse por emisión terrestre, así como a través de satélite y cable — incluyendo satélites de emisión directa. Sin embargo, la emisión vía satélite directo está parcialmente restringida.

7. *Las versiones lingüísticas*

(16) Por lo general, las películas sólo pueden emitirse en alemán. Sin embargo, se permite que un número limitado de ellas se emitan en versión bilingüe (alemán e inglés), con subtítulos en inglés o en versión original inglesa (con o sin subtítulos en alemán).

8. *Derecho preferente*

(17) Desde el 1 de octubre de 1983 al 1 de enero de 1997, las emisoras de ARD tienen un derecho preferente de negociación limitado temporalmente en caso de que MGM/UA se proponga suscribir con terceros un acuerdo similar al « Library Licence Agreement ». En este caso, MGM/UA tiene un plazo de 30 días para negociar primero con las emisoras ARD. Si al término de ese plazo inicia negociaciones con terceros, deberá informar sobre el contenido de las mismas a las emisoras de ARD. Estas pueden decidir en un plazo de cinco días si desean negociar en las condiciones propuestas por un tercero. MGM/UA no podrá suscribir ningún contrato cuyo contenido le favorezca menos que la última oferta escrita de las emisoras de ARD. La decisión final queda al arbitrio de MGM/UA.

Este derecho preferente existe igualmente, limitado hasta el 1 de enero de 1997, para el caso de que MGM/UA desee celebrar un contrato (llamado « Output Agreement ») relativo a las películas producidas o adquiridas después del 31 de diciembre de 1998.

9. *La cesión de «sublicencias» sobre derechos adquiridos*

(18) Fuera del territorio de la República Federal de Alemania, los miembros de ARD están autorizados para conceder a otras emisoras de radiodifusión los derechos adquiridos en el « Library Licence Agreement », pero no los derechos sobre las « películas de James Bond ».

Dentro del territorio de la República Federal, pueden, por el contrario, conceder « sublicencias » sólo a empresas vinculadas a ellas.

Fuera de la República Federal, las emisoras de ARD han concedido « sublicencias » para 625 filmes a cadenas de radiodifusión austríacas y para 150 a la radiodifusión suiza.

10. *La « tasa de licencia »*

(19) El pago por los derechos adquiridos, incluidos los derechos sobre nuevas producciones, asciende en total a 80 millones de dólares USA.

C. Condiciones generales para la adquisición y emisión de programas de televisión

1. *La evolución de la televisión en la República Federal de Alemania*

(20) Tras la desmantelación del monopolio público de la radiodifusión en el año 1984 existen junto a las cadenas públicas ARD y ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen) diversas cadenas privadas. Dos de ellas, « SAT 1 » y « RTL Plus » emiten — vía satélite y cable, así como también, recientemente, vía frecuencias terrestres — una programación que llega a todo el territorio de la República Federal. Actualmente se está preparando una tercera programación de ámbito federal, « Tele 5 ». Además existen también otros canales todavía en fase experimental y algunas emisoras locales o regionales. Por otra parte, en la República Federal se reciben, aunque todavía de forma restringida a través de la teledistribución por cable, canales extranjeros anglófonos y francófonos. La denominada « Pay TV » se encuentra aún en fase de prueba.

(21) La mayor parte de las cadenas privadas se financian exclusivamente con los ingresos percibidos por publicidad. Por tanto, actualmente, desde el punto de vista financiero se encuentran en situación de inferioridad con respecto a las cadenas públicas, que además de los ingresos que les supone la publicidad, perciben unos derechos fijos. Para conseguir ingresos de la publicidad se han visto obligadas a depender de altos niveles de audiencia, que a su vez sólo pueden lograrse con programas de interés para el gran público.

2. *Importancia, stock y distribución de largometrajes y producciones de televisión*

(22) a) Dentro de la oferta de programación los largometrajes tienen una especial importancia. En comparación con las producciones de televisión (telefilmes y series) se producen con una inversión financiera y artística mucho mayores y por tanto con frecuencia tienen un mayor éxito de público y alcanzan niveles de audiencia más altos. Las emisoras de ARD emiten anualmente — contando con los « Dritten Programme » — unos 500 largometrajes y la ZDF unas 250 películas, sin contar con las repeticiones o reposiciones en el « Dritte Programme » ni con la oferta de programación del « Eins Plus » que en su mayor parte consiste en reposiciones. Entre las cadenas privadas, « SAT 1 » emite anualmente unos 300 largometrajes y « RTL Plus » unos 250. De esta forma, la competencia por atraer telespectadores y conseguir buenos niveles de audiencia tiene como consecuencia que todas las cadenas intenten ampliar su oferta de largometrajes. En conjunto, por lo que se refiere a la ampliación de programación que cabe esperar, hay que contar con que tanto las cadenas actuales como las futuras conozcan un incremento en la emisión de largometrajes.

(23) Actualmente, hay en el mundo un stock de 30 000 largometrajes que puedan emitirse en la televisión alemana. De ellos entre el 40 % y el 50 % están producidos en EEUU.

Los principales fondos filmográficos pertenecen en EEUU a las llamadas « Major Companies »: MGM/UA (en adelante estas siglas significan MGM/UA Co y TEC) (unas 3 000), MCA/Universal (unas 2 600), Columbia y 20th Century Fox (unas 2 100 cada una) y Warner Bross y Paramount (unas 1 100 cada una). En Europa hay unos 2 500 largometrajes en el Reino Unido y unos 2 000 en la RFA, Francia e Italia, que están distribuidos entre diversas pequeñas y medianas firmas.

(24) Por lo que se refiere a las producciones de televisión que pueden explotarse en las cadenas alemanas, existen en el mundo unas 100 000 horas grabadas, y cada año se producen 3 000 más. Se dispone asimismo de entre 5 000 y 6 000 cintas de media hora de dibujos animados, con una producción anual de entre 450 y 500.

(25) b) Los derechos de exhibición de largometrajes y producciones de televisión en todo el mundo se ceden por lo general en una determinada lengua, para un territorio de emisión determinado y con una duración concreta. El territorio de la licencia comprende básicamente el de emisión de las respectivas cadenas nacionales de televisión, es decir, el territorio de un cierto Estado, sin embargo a veces se extiende a zonas

fronterizas de Estados vecinos cuya lengua coincide con aquella para cuya versión se ha concedido la licencia.

(26) El « período » medio de la licencia asciende a un año. Los « períodos de licencia » de 10 años son muy raros y se conceden casi siempre a intermediarios, y sólo en ocasiones excepcionales, a cadenas de televisión. Los contratos contemplan por lo general una cifra mayor o menor de películas que suele oscilar y a veces alcanza algunos centenares de filmes. Sin embargo, según ha constatado la Comisión, hasta el momento no se ha suscrito nunca un contrato con una cadena de televisión por más de 1 000 películas, ni tampoco ninguna cadena ha dispuesto para elegir de toda la filmoteca (« Library ») de una productora y distribuidora. Además, por lo general, los contratos con las televisiones suelen ser de películas ya estrenadas y sólo excepcionalmente de nuevas producciones. La organización de emisoras ARD solía concluir en el pasado acuerdos para 200 a 300 películas por un « período de licencia » medio de cinco años.

(27) c) En el mercado destaca la importancia de un grupo que ha operado como intermediario comprando en todo el mundo los derechos para televisión de las películas en alemán para ceder un « sublicencia » de los mismos a las distintas cadenas. Actualmente, este grupo dispone de los derechos de unos 15 000 largometrajes y 50 000 horas de producciones de televisión en alemán. Entre ellos se encuentra lo esencial de los fondos de las empresas estadounidenses 20th Century Fox, Warner Bross, Paramount y Columbia, así como unas 200 películas que sólo en 1994 volverán a estar en manos de MGM/UA Co o TEC y a disposición de las emisoras de ARD.

(28) Gracias a su relevante posición, el grupo ha conseguido llegar a un acuerdo con productores y distribuidoras sobre un mayor número de « licencias » y « períodos de licencia » más largos de lo que suele ser habitual. En algunos casos el grupo ha logrado asimismo adquirir derechos sobre toda la filmoteca o firmar contratos que permitían elegir las películas más atractivas de las filomtecas. Al grupo pertenecen varias distribuidoras y productoras de cine y televisión. Además tiene participación en algunas organizaciones de emisoras privadas de televisión.

D. Desarrollo del procedimiento y acuerdos y declaraciones posteriores

(29) El 22 de diciembre de 1986, la Comisión envió una declaración de objeciones a los socios contractuales en la que se presentaban quejas contra la exclusividad y la falta de acceso de terceros a las películas, habida cuenta del número de filmes y de la duración del contrato. A raíz de la audiencia celebrada el 13 de octubre de 1987, las emisoras de ARD se ocuparon de que sus negociaciones con TEC y MGM/UA crearan posibilidades de acceso de terceros a las películas.

El 16 de diciembre de 1988 se firmaron finalmente con TEC los acuerdos relativos a las películas que correspondían a esta empresa :

(30) Las emisoras de ARD conceden a TEC, en el marco de la llamada « apertura » la posibilidad de « ceder » a terceros sus películas (largometrajes, dibujos animados y producciones de televisión). Estas « aperturas » designan ciertos períodos acerca de películas únicas, durante los cuales se levanta la exclusividad otorgada a las emisoras de ARD. Las emisoras ARD no usan ellas mismas la película durante la « apertura » y, al mismo tiempo, permiten utilizar la « licencia » de las películas a terceros. Las « aperturas » duraban entre dos y seis años — en casos excepcionales hasta ocho, designándose su inicio y terminación respecto a cada película. Se introducen de forma escalonada (Pre-Term-Window) y se inician a veces antes y a veces durante la explotación de las películas (In-Term-Window) por parte de las emisoras de ARD, que en este último caso aquéllas se encargan de interrumpir.

(31) Durante las « aperturas » los « concesionarios » de TEC puedan hacer una « emisión » anual (por ejemplo una transmisión en horario de mayor audiencia y una reposición, dentro de dos días, en horario de menor audiencia). Las emisoras ARD, ponen a disposición de los licenciatarios de TEC las copias pertinentes en alemán, siempre que existan, justo antes de que se inicie la apertura para una emisión de televisión. En caso de que todavía no se disponga de una versión alemana, las emisoras subvencionan el 50 % del doblaje, en la medida en que éste se realice de acuerdo con ellas.

(32) Las emisoras de ARD dejan libertad con respecto a aquellas producciones de televisión que no les corresponden de entre las 416 horas seleccionadas, permitiendo a TEC que conceda « licencias » a terceros sin ningún tipo de restricciones. A tal efecto, los contratos habían concedido la exclusividad a las emisoras de ARD desde un principio también con respecto a las producciones no seleccionadas por ellas, excluyendo otro tipo de « concesión de licencias ». Sin embargo, se concedió a las emisoras un derecho de preferencia en relación con siete series de televisión.

(33) Además, las emisoras ARD autorizan a los terceros a que emitan las películas en una lengua extranjera en todo el territorio contractual, o a que las transmitan al territorio desde el exterior, autorización que antes excluía el contrato.

(34) En lo que respecta a MGM/UA, con la que no era posible llegar a un acuerdo contractual, el 3 de febrero de 1989, las emisoras de ARD emitieron la siguiente declaración unilateral irrevocable :

MGM/UA Co. estará facultada dentro del marco de la « apertura » para conceder a terceras cadenas de televisión « licencias » en relación con todas las películas que se encuentran bajo su control (« películas de filmoteca » « Library Filme ») « películas nuevas », « películas de James Bond », producciones de televisión y cintas de dibujos animados, para que se emitan una vez al año. Las « aperturas » durarán dos años y comenzarán cinco años después de que las emisoras de ARD empiecen a explotar las películas, o bien en el caso de 213 « películas de filmoteca » (« Library Filme ») trece años después. Los posibles licenciatarios de MGM/UA Co. recibirán las copias pertinentes de las emisoras de ARD para una emisión, siempre que existan en versión alemana, antes del inicio de la « apertura ».

(35) Por otra parte, las emisoras de ARD dejan libertad con respecto a las producciones de televisión que no hayan selccionado del stock existente hasta el momento de la declaración, de forma que se les puede « conceder una licencia » bajo otro régimen. Finalmente, autorizan la emisión en lengua extranjera de la película en el territorio contractual, siempre que se realice a través de un canal de lengua extranjera.

(36) Por lo que respecta al acuerdo con TEC y a la declaración en favor de MGM/UA Co., en los que se tuvo en cuenta las exigencias de la Comisión, las emisoras de ARD notificaron el 2 de diciembre de 1988 los contratos con el fin de beneficiarse de una exención al amparo del apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

(37) Además de la publicación de un sumario de los acuerdos notificados, la Comisión no ha recibido observación alguna por parte de terceros. Sin embargo, MGM/UA, a raíz de dicha publicación, informó a la Comisión que se oponía a la exención con base en el hecho de que las « aperturas » resultantes eran insuficientes y las restricciones de competencia no fueron suprimidas.

II. FUNDAMENTOS DEL DERECHO

A. Apartado 1 del artículo 85

1. *Acuerdos entre empresas*

(38) Los presentes contratos constituyen acuerdos entre empresas, puesto que las emisoras de ARD, así como Nefico y su anterior sociedad matriz MGM/UA son empresas en el sentido del apartado 1 del artículo 85. Ello no impide que en el caso de las emisoras de ARD se trate de entidades públicas que operan reguladas por el Derecho nacional con la tarea de procurar programas de interés público. El concepto funcional de empresa del apartado 1 del artículo 85 engloba toda actividad de intercambio de bienes o servicios, sin tener en cuenta su forma jurídica y con independencia de su propósito de lucro. En consecuencia, el Tribunal, en su sentencia de 30 de abril de 1974 en el asunto 155/73, Sacchi [1], decidió que las cadenas de televisión públicas son empresas en el sentido del apartado 1 del artículo 85 en la medida en que ejerzan actividades de carácter económico.

(39) La adquisición de derechos para la televisión constituye una actividad económica. Se trata de la adquisición de una « mercancía » a cambio de un precio, actividad en la que las entidades de radiodifusión compiten directamente con otros posibles compradores, en especial cadenas de televisión privadas.

El derecho fundamental de libertad de difusión no da opción a otras consideraciones. No puede establecerse con seguridad en qué medida existe este derecho a nivel comunitario y si, como sucede en el Derecho constitucional nacional alemán, éste comprende una tarea de programación encargada a las cadenas públicas de radio y televisión y protege asimismo bajo ciertas circunstancias su derecho a adquirir programas. De cualquier forma, no existe indicación de que la aplicación de las normas de competencia en el presente caso se impidiera la tarea de programación de las emisoras puesto que éstas tienen toda la libertad de celebrar contratos de aquisición de derechos para televisión en la medida en que sean compatibles en ámbito y duración con el Derecho de la competencia.

(40) Por el mismo motivo no se excluye tampoco la aplicabilidad de las normas de competencia del apartado 2 del artículo 90 del Tratado, porque no está claro que la aplicación de las normas de competencia perturbe el cumplimiento de su tarea de interés público de las emisoras ARD, por lo que no procede invocar el apartado 2 del artículo 90.

2. *Restricciones de la competencia*

(41) Los presentes contratos tienen por objeto y efecto la restricción de la competencia. Así, no es seguro si en el caso de los derechos concedidos a las emisoras de ARD se trata de licencias en el sentido técnico-jurídico o si lo que existe es una cesión de derechos limitada temporalmente y respecto al contenido. Si suponemos que se trata de una cesión de derechos, la restricción de la competencia radica en que law emisoras de ARD, a pesar de la cesión, no pueden conceder sublicencias en el territorio de la RFA — y tampoco fuera de él para las « películas de James Bond » —. Por ello, se encuentran limitadas en su libertad de negociación, y al mismo tiempo se impide a otras cadenas de televisión el acceso a las películas. Si por el contrario se piensa, como lo hacen las partes, que se trata de una concesión de licencias, entonces teniendo en cuenta los principios establecidos por el Tribunal en el caso Coditel II [2], la restricción de la competencia se debe a la exclusividad y a la duración del ámbito de exclusividad.

[1] RJTJ 1974, p. 409.
[2] RJTJ 1982, p. 3381.

(42) El Tribunal declaró en la Decisión Coditel II que la concesión de una licencia exclusiva para la exhibición de una película, se refiere aquí a la exhibición en salas de cine, no puede considerarse en sí misma una restricción de la competencia. Sin embargo puntualizó que el ejercicio de este derecho puede conducir a una restricción de la competencia a causa de las circunstancias jurídicas y económicas que en él concurren, y por tanto debe tenerse en cuenta no sólo el ejercicio del derecho sino las posibilidades del mismo que se recogen contractualmente. En efecto, el Tribunal se centra en especial en la posibilidad de que el ejercicio del derecho levante obstáculos que de cara a las necesidades de la industria cinematográfica resultan artificiales e injustificados, de si se permiten compensaciones excesivas por las inversiones realizadas o de si se crea una exclusividad que dura demasiado tiempo en relación con las mencionadas necesidades.

a) Alcance y duración de los derechos exclusivos y duración del período de selección

(43) En primer lugar hay que destacar el alcance excesivamente amplio de los derechos cuya licencia se concede.

Aún cuando la concesión de derechos exclusivos de exhibición de películas no represente en sí una restricción de la competencia, debe tenerse en cuenta la circunstancia que el stock de largometrajes apropiados no puede aumentarse a voluntad y que, por tanto, no puede retirarse del mercado un número importante de películas mediante vínculos de exclusividad a largo plazo. En el presente caso se trata de una cifra que supera el margen habitual requerido por las necesidades de adquisición y planificación de programación así como de la práctica de adquisición que solía caracterizar a las emisoras de ARD. Las películas adquiridas por éstas representan sólo el 4,5 % del total del stock de que se dispone a nivel mundial. Los derechos adquiridos cobran una importancia que va más allá de la que se deriva del número de películas a las que afectan, ya que se trata de una selección de especial interés de los fondos de una de las productoras y distribuidoras más importantes del mundo, selección que recoge muchas películas destinadas al gran público, como por ejemplo las de « James Bond », y otras que han recibido premios. Así cuenta como circunstancia agravante, que además de las películas que existen en la filmoteca (Library ») también se recogen en los contratos todas las nuevas producciones de MGM/UA, dado que las nuevas producciones son particularmente atractivas.

(44) La duración de contratos es también pertinente. El « período de licencia » continúa teniendo una importancia decisiva y está en parte condicionada por la gran cantidad de películas para las que se han concedido derechos, puesto que semejante cifra precisa un espacio de tiempo más prolongado para que su explotación sea óptima. Este tipo de condicionamiento de la duración del « período de licencia » no era hasta ahora habitual en la industria, yendo más allá de las anteriores prácticas en materia de adquisición de las cadenas de televisión. No resulta tampoco indispensable para cubrir las necesidades de suministro y planificación de programas. Aquí hay que tener en cuenta el escalonamiento del « período de licencia », que para las últimas 130 « películas de filmoteca » (« Library ») comienza el 1 de enero de 1998 y expira en el 2013. Gracias a este escalonamiento, el vínculo de exclusividad de los socios se prorroga 15 años una vez tramitado el « período de licencia » con el resultado de que las emisoras quedan impedidas de acceso a las películas, incluso cuando el « período de licencia » actual de las emisoras ARD tiene su comienzo. La prolongada duración de los contratos y la extensión de la exclusividad más allá del « período de licencia » actual son desproporcionadas según el sentido de la decisión del Tribunal en el caso Coditel II y supone una barrera artificial para otras empresas.

(45) Las restricciones correspondientes no quedan eliminadas por las « aperturas » creadas considerando que suprimen la exclusividad otorgada sólo dentro de ciertos períodos, sin que terceras partes tengan acceso total a las películas.

(46) La duración del período de selección resultante de la gran cantidad de películas constituye también restricción de la competencia. La circunstancia de que durante el período de selección, es decir, entre el 1 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 1986, MGM/UA no pudiera ceder a terceros ningún tipo de derechos de explotación, hacía inaccesible durante este tiempo su filmoteca a otros competidores. Puesto que también se veían afectadas por este hecho las películas que después no seleccionaran las emisoras de ARD, existía un obstáculo artificial para tras cadenas de televisión.

b) El derecho preferente

(47) El derecho preferente concedido a las emisoras de ARD limita la libertad de negociación de MGM/UA en lo que respecta a la elección de su socio contractual y menoscaba la posición negociadora de otros competidores. En este sentido, se trata de otra restricción más de la competencia que refuerza el efecto nocivo sobre ésta del alcance y la duración de los derechos adquiridos por las emisoras de ARD.

3. *El perjuicio del comercio interestatal*

(48) Los acuerdos afectan al comercio entre los Estados miembros puesto que el territorio contractual abarca además de la RFA otros Estados miembros — Luxemburgo y parte de Italia —.

B. Apartado 3 del artículo 85

Los recientes acuerdos celebrados entre las emisoras de ARD y TEC, así como a su declaración « irrevocable » en favor de MGM/UA cumplen los requisitos del apartado 3 del artículo 85.

1. *Mejora de la distribución de los productos*

(49) Teniendo en cuenta el acuerdo y la declaración posteriores, los contratos contribuyen a mejorar la distribución de los productos, porque amplían la oferta de películas en el mercado pertinente.

Debido al gran número de películas a las que afectaba el contrato, y en especial a la selección de una cifra tan alta de las de la filmoteca (« Library »), por primera vez se examinaron los fondos filmográficos de MGM/UA de forma sistemática con el fin de averiguar qué películas podían servir para su emisión por la televisión alemana. Las emisoras de ARD al estar familiarizadas con las necesidades de la televisión alemana y los gustos de los telespectadores estaban en mejor posición de hacerlo que MGM/UA, que no conocía bien el mercado alemán, y por ello sólo había distribuído un número menor de películas através de intermediario. Como consecuencia del acuerdo de selección se llegó al hecho de que series de películas bastante antiguas se explotaran en la televisión alemana y fueran accesibles a los televidentes alemanes por primera vez. Dichas películas no se habían exhibido en las zonas de habla alemana de Europa ni en la televisión ni en el cine y por consiguiente no existían en versión alemana.

(50) A las aperturas se debe una mejora en la distribución de la mercancía, en particular en lo concerniente a los costos de doblaje. A resultas de las « aperturas » las películas pueden también ser exhibidas por otras emisoras, alternando con las de ARD. El escalonamiento de las « aperturas » asegura que durante el período del acuerdo pueda otorgarse a terceros licencia de un número razonablemente amplio de películas cada año. Lo que interesa en particular a otros canales de televisión es el hecho de que, de acuerdo con el contrato TEC, pueden mostrar una amplia proporción de las películas antes que las emisoras ARD y en verdad, en el caso de un número sustancial de películas, pueden hacerlo durante un período de hasta ocho años.

(51) A este respecto MGM/UA ha expuesto a la Comisión , en lo que a su duración se refiere, que las « aperturas » son insuficientes o no atractivas para las estaciones privadas de televisión. Sin embargo, ese argumento no es convincente según la opinión de la Comisión. La Comisión ha recibido declaraciones de estaciones privadas de televisión en la RFA que indican claramente su interés por adquirir « licencias » durante « aperturas » de dos años. Además, TEC, que según acuerdo con las emisoras ARD tiene « aperturas » de hasta ocho años, ha iniciado ya negociaciones específicas con estaciones de televisión y ya ha « licenciado » un número de las películas dentro de las aperturas.

(52) Favorece en especial a las nuevas cadenas privadas el hecho de que las emisoras de ARD pongan a su disposición, en el caso de las películas para las que se han concedio « licencias » durante las « aperturas », no sólo las copias adecuadas para su emisión sino también las versiones dobladas o, en caso de que no existan, que dichas emisoras contribuyan con el 50 % de los gastos de doblaje. Aquí puede apreciarse una mejora de la distribución del producto, pues sin esta regulación algunas cadenas privadas no podrían emitir estas películas. Las cadenas privadas que acceden a la competencia encuentran al principio importantes obstáculos financieros, que a menudo no les permiten cubrir los gastos que exige un doblaje de calidad. Los contratos que aquí nos ocupan no sólo facilitan que las películas lleguen al mercado alemán en versión doblada, sino que a través de la regulación del doblaje crean las condiciones para que las películas puedan ser emitidas por las emisoras de ARD, y que a través del intercambio, las exhiban también otras cadenas.

(53) El elevado número de películas ha resultado en precio por película bastante inferior al que se fijaría para cada contrato que comprendiera una cifra más baja de películas. Todo ello supuso que las emisoras de ARD, que como entidades públicas operan con un presupuesto fijo, pudieran adquirir más películas que si hubieran optado por otras vías de acuerdo.

2. *La correspondiente participación de los consumidores en el beneficio resultante*

(54) Los consumidores, en este caso los telespectadores, resultan beneficiados puesto que estos contratos permiten no sólo a la ARD, sino también a otros cadenas, ampliar la gama de elección de televisión en lengua alemana.

3. *Las restricciones indispensables y la posibilidad de supresión de la competencia*

(55) Como consecuencia de los acuerdos celebrados con TEC y de la declaración « irrevocable » en favor de MGM/UA ya no se producen restricciones que no sean necesarias para el logro de los objetivos antes mencionados. A través de la concesión de las « aperturas » se limitó la exclusividad otorgada a las emisoras ARD. La exclusividad que queda a las emisoras de ARD es necesaria para llevar a cabo las inversiones acordadas (« tasa de licencia más costes de doblaje » y costes administrativos resultantes de la selección). Esto concierne también a la prohibición de licencias para TV de pago ya que la explotación simultánea de las películas en la TV de pago afectaría considerablemente la valía de las películas para las emisoras. Se han suprimido otras limitaciones no indispensables, recogidas previamente en los contratos, que impedían la concesión de una exención. Entre ellas cabe destacar la exclusividad para producciones de televisión, que incluía en un

principo los programas no seleccionados por las emisoras de ARD y la exclusión de emisiones en lengua extranjera, que no permitía una emisión transnacional de las películas en cuestión en el marco del programa paneuropeo.

(56) En virtud de los contratos notificados, las emisoras de ARD no pueden eliminar la competencia respecto a una parte sustancial de los productos de que se trata ya que, por una parte, gracias a las « aperturas » existen posibilidades de acceso a las películas por parte de otras cadenas de televisión, y por otra además de las películas de las que aquí se trata, en el mercado alemán se encuentran otros filmes que son adecuados para su emisión en alemán por la televisión.

D. Artículos 6 y 8 del Reglamento nº 17

(57) Con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 6 del Reglamento nº 17, la presente Decisión surtirá efecto a partir de la fecha del último suplemento del acuerdo, es decir, el 3 de febrero de 1989.

Habida cuenta de la duración de la vigencia del contrato, de la de los períodos de apertura que se ponen a disposición de otras cadenas de televisión y del mercado en desarrollo para televisión y programación en territorio germanoparlante, se concede una exención de 10 años con arreglo al apartado 1 del artículo 8 del Reglamento nº 17.

(58) Para que la Comisión pueda examinar durante el período de exención si se siguen cumpliendo las condiciones que se requieren para la misma, Degeto Film GmbH tendrá la obligación de presentar a la Comisión todas las modificaciones y adiciones a las que se sometan los contratos y posibles contratos futuros, de derecho preferente,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE, se declaran inaplicables las disposiciones del apartado 1 del mismo artículo durante el período comprendido entre el 3 de febrero de 1989 al 2 de febrero de 1999 a los contratos celebrados entre Degeto Film GmbH y Algemene Financieringsmaatschappij Nefico BV los días 8 y 9 de febrero de 1984.

Artículo 2

La presente Decisión comportará la siguiente obligación:

Degeto Film GmbH queda obligada a comunicar a la Comisión de forma inmediata todas las modificaciones y adiciones que se introduzcan en los contratos y de cualquier nuevo contrato de derecho preferente.

Artículo 3

Los destinatarios de la presente Decisión serán:

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

Hecho en Bruselas, el 15 de septiembre de 1989.

Por la Comisión
Sir Leon BRITTAN
Vicepresidente