II

(Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade)

COMISSÃO

DECISÃO DA COMISSÃO

de 15 de Setembro de 1989

relativa a um processo de aplicação do artigo 85º do Tratado CEE

(IV/31 734 — compra de filmes por cadeias de televisão alemãs)

(Apenas fazem fé os textos nas línguas alemã, inglesa e neerlandesa)

(89/536/CEE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia,

Tendo em conta o Regulamento nº 17, de 6 de Fevereiro de 1962 (1), primeiro regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado CEE, com a última redacção que lhe foi dada pelo Acto de Adesão de Espanha e de Portugal, e, nomeadamente, os seus artigos 6º e 8º,

Considerando a decisão da Comissão, de 15 de Dezembro de 1986, de iniciar um processo no caso em questão;

Após ter sido dada oportunidade às empresas participantes, nos termos do nº 1 do artigo 19º do Regulamento nº 17, em articulação com o Regulamento nº 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963 (2), relativo às audições referidas nos nºs 1 e 2 do artigo 19º do Regulamento nº 17 do Conselho, de se pronunciarem sobre as acusações formuladas pela Comissão e depois de as mesmas terem apresentado as suas observações por escrito e oralmente na audição de 13 de Outubro de 1987;

Considerando a subsequente notificação dos acordos em questão, em 2 de Dezembro de 1988, e o pedido de isenção apresentado ao abrigo do nº 3 do artigo 85º do Tratado CEE;

Considerando a publicação do essencial do conteúdo dos acordos notificados em conformidade com o nº 3 do artigo 19º do Regulamento nº 17 (3),

Após consulta do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes,

Considerando o seguinte:

I. FACTOS

(1) O processo tem por objecto certos acordos relativos a direitos de emissão de longas metragens, de filmes para a televisão e de séries televisivas dos EUA na « Ersten Deutschen Fernsehen ».

A. As empresas participantes

(2) A Hessische Rundfunk, a Norddeutsche Rundfunk, a Rádio Bremen, a Saarländische Rundfunk, a Sender Freies Berlin, a Süddeutsche Rundfunk, a Südwestfunk e a Westdeutsche Rundfunk (a seguir designadas organismos ARD) pertencem, juntamente com a Bayerischen Rundfunk, não abrangida pelo presente processo, à « associação dos institutos de direito público de radiodifusão dos Estados Federados da República Federal da Alemanha » « Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Landesrundfunkanstalten der Bundesrepublik Deutschland » (ARD). Os organismos ARD emitem conjuntamente, entre outros programas, um programa intitulado « Erste Deutsche Fernsehen », que é transmitido em todo o território federal através de frequências terrestres. Além disso, emitem, quer individualmente quer em conjunto, programas regionais, os « Dritte Programme » — igualmente através de frequências terrestres —, e emitem, ainda, este por satélite, um programa adicional, o « Eins Plus ».

Os organismos ARD têm uma filial comum, a Degeto-Film GmbH, com sede em Francoforte, e que é responsável pelo aprovisionamento em programas, em especial pela aquisição dos direitos de emissão dos filmes.

(1) JO nº 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62.
(2) JO nº 127 de 20. 8. 1963, p. 2268/63.
(3) JO nº C 54 de 3. 3. 1989, p. 2.

(3) A empresa norte-americana de produção e distribuição de filmes, a Metro-Goldwyn-Mayer/United Artists Entertainment Co. (MGM/UA), com sede em Culver City (Estados Unidos da América), resultou da fusão, em 1981, das empresas Metro-Goldwyn-Mayer Inc. (MGM) e United Artists Corporation (UA). Era uma das maiores empresas norte-americanas no sector da produção cinematográfica e televisiva e dispunha de uma das mais importantes gamas de filmes dos Estados Unidos da América, compreendendo cerca de 3 000 longas metragens, de entre as quais uma série de filmes premiados, outras produções para a televisão e filmes de desenhos animados. Uma das suas filiais era a United Artists Corporation, de que a Algemene Financieringsmaatschappij Nefico BV, com sede em Amesterdão, era, por sua vez, filial.

(4) Em Março de 1986, a MGM/UA foi absorvida pelo consórcio televisivo Turner Broadcasting System Inc. (TBS). Neste contexto, a filial United Artists Corporation (incluindo a sua filial Nefico) foi vendida, tendo-se tornado numa empresa independente. A anterior sociedade-mãe, a MGM/UA, foi finalmente liquidada em Agosto de 1986. O seu património, incluindo todos os seus direitos de emissão cinematográficos e televisivos, foi adquirido em parte pela Turner Entertainment Co. (TEC), filial da TBS. Os demais direitos, incluindo o direito de usar a firma Metro-Goldwyn-Mayer, foram transferidos para a anterior filial United Artists Corporation, que passou a denominar-se Metro-Goldwyn-Mayer/United Artists Communications (MGM/UA Co.). A Nefico continua a ser filial desta empresa.

B. Os acordos

(5) Em 8 e 9 de Fevereiro de 1984, os organismos ARD, representados pela Degeto Film Gmb, celebraram com a Nefico três acordos relativos à aquisição de direitos de emissão televisiva, nos termos dos quais a MGM/UA assume uma garantia incondicional relativamente aos deveres assumidos pela Nefico. Trata-se, em especial, dos acordos seguintes:

a) O « Library Licence Agreement » de 9 de Fevereiro de 1984;

b) O « James Bond Licence Agreement » de 9 de Fevereiro de 1984;

c) Um terceiro acordo de 8 de Fevereiro de 1984, que prevê o pagamento de uma retribuição separada como contrapartida da exclusividade concedida.

Estes acordos, que entraram em vigor com efeitos retroactivos a partir de 1 de Outubro de 1983, foram completados e em parte alterados por uma troca de cartas (nove cartas de 9 de Fevereiro de 1984, uma de 23 de Fevereiro de 1984, três de 31 de Agosto de 1984 e uma de 15 de Abril de 1986) e por outros dois acordos concluídos em 21 de Agosto de 1986. Na sequência das alterações mencionadas, os acordos existentes passaram a apresentar-se concretamente nos termos seguintes:

1. *Objecto dos vários acordos*

(6) a) Os organismos ARD adquiriram ao abrigo do « Library Licence Agreement » direitos de emissão sobre 1 350 longas metragens, por eles seleccionadas de entre a gama completa de filmes da MGM/UA — a denominada « Library ». Relativamente a 1984/1993, escolheriam anualmente pelo menos 70 destes « filmes Library », e, relativamente a 1994/1998, pelo menos, 130 filmes por ano. A lista dos filmes seleccionados teria de estar elaborada, o mais tardar, em 31 de Dezembro de 1986.

Os direitos relativos a 514 (aquando da conclusão do acordo eram originariamente 663) dos « Filmes Library » seleccionados ainda são actualmente objecto de outras licenças e só ficam à disposição dos organismos ARD a partir de 1994. Em contrapartida, os sete grandes filmes da MGM/UA, entre os quais « E tudo o vento levou » e « Ben Hur », que também são objecto de outras licenças, deixam doravante de ser abrangidos pelo « Library Licence Agreement »;

(7) b) O « Library Licence Agreement » abrange também outros direitos relativos a « novos filmes », cuja passagem no cinema a MGM/UA autorizou entre 1 de Janeiro de 1984 e 31 de Dezembro de 1998, ou que são produzidos para serem primeiramente difundidos na televisão. A MGM/UA tem de colocar à disposição, no mínimo, um total de 150 filmes apropriados e, no mínimo, 10 filmes por ano;

(8) c) O « Library Licence Agreement » abrange finalmente todos os filmes de desenhos animados (« Cartoons ») controlados pela MGM/UA até 1 de Janeiro de 1984 (no total, 744 unidades de meio minuto), bem como

d) 416 horas de filmes para a televisão e de séries televisivas (« Television Product »). Os organismos ARD escolhem estas últimas de entre a gama actual e futura da MGM/UA, num equivalente a pelo menos 26 horas por ano;

(9) e) Nos termos do « James Bond Agreement », os organismos ARD têm, além disso, direitos de emissão sobre 14 filmes designados, nomeadamente, « filmes James Bond » da gama actual da MGM/UA;

f) Nos termos de uma carta de 9 de Fevereiro de 1984, que completou o conteúdo dos acordos, foram ainda concedidos aos organismos ARD direitos sobre todos os novos « filmes James Bond » produzidos ou adquiridos pela MGM/UA entre 1 de Janeiro de 1984 e 31 de Dezembro de 1998.

(10) Na sequência da liquidação da MGM/UA e da aquisição dos seus direitos e assunção dos seus deveres pela TEC e pela MGM/UA Co., estas últimas passaram a ser partes, juntamente com a Nefico, nos contratos pelos quais os filmes abrangidos pelos acordos são atribuídos em parte à TEC e em

parte à MGM/UA Co.. A TEC dispõe essencialmente dos filmes que pertenciam anteriormente à « Library » da MGM, antes da fusão com a UA em 1981, ou seja, 927 das longas metragens seleccionadas pelos organismos ARD de entre a gama da MGM/UA, 617 dos 744 filmes de desenhos animados de meia hora e a maior parte da produção para a televisão. Os restantes filmes, que anteriormente pertenciam à « Library » da UA, incluindo os « filmes James Bond », são controlados pela MGM/UA Co.. Em conformidade com os acordos celebrados entre a TEC e a MGM/UA Co., esta última é claramente a única responsável pela produção dos « novos filmes » abrangidos pelos acordos, incluindo os novos « filmes James Bond ».

2. *Exclusividade*

(11) Os organismos ARD adquiriram, relativamente a todos os filmes em questão — « filmes Library » e « novos filmes », desenhos animados e produções para a televisão por eles seleccionados —, o direito exclusivo de exploração televisiva no território contratual em alemão, daqui resultando que, durante a vigência do acordo, sob reserva das « janelas » (« windows ») ulteriores (ver a este respeito pontos 30 e ss.), não devem ser concedidas quaisquer outras « licenças », nem mesmo para efeitos de exploração em televisão sujeita a taxa. No entanto, os acordos iniciais prevêem duas « janelas com taxa » (« pay windows ») até um ano, nas quais 25 % dos filmes podem ser objecto de « licença » a terceiros para exploração em televisão sujeita a taxa. Na medida em que aquando da conclusão do acordo alguns dos « filmes Library » eram ainda objecto de outras « licenças », estas « licenças » não devem ser prorrogadas.

Além disso, foi concedida exclusividade aos organismos ARD relativamente a toda a gama da « Library » durante o período de selecção, isto é, até 31 de Dezembro de 1986, no sentido de que durante tal período não podem ser concedidos quaisquer direitos de emissão a terceiros sobre quaisquer filmes da gama no território contratual.

3. *O território contratual*

(12) O território contratual abrange, para além do território da República Federal da Alemanha, incluindo Berlim Ocidental, o território da República Democrática da Alemanha, da Áustria, do Liechtenstein, do Luxemburgo, do Tirol do sul e da Suíça alemã.

4. *O período de duração da « licença »*

(13) O período de duração da « licença » é normalmente, em relação a cada filme ou filme para a televisão, de 15 anos. Relativamente a 136 longas metragens que, aquando da conclusão do acordo, eram objecto de outras licenças, o referido período é de 16 anos. O período é reduzido no que respeita a uma parte dos filmes relativamente aos quais só é admitido um número limitado de emissões, quando a última emissão autorizada tenha ocorrido antes de decorrido o período de 15 anos.

A « licença » tem início no dia 1 de Janeiro do ano em que os organismos ARD tenham previsto a primeira emissão, ou seja, entre 1 de Janeiro de 1984 e 31 de Dezembro de 1998.

5. *Número de emissões*

(14) As longas metragens — bem como os « filmes Library » seleccionados, e ainda os « novos filmes » e os desenhos animados — podem em princípio ser transmitidos com bastante frequência.

É certo que a MGM/UA pode designar 75 dos « filmes Library » e 45 dos « novos filmes » que só podem ser transmitidos quinze vezes. Também todas as produções para a televisão e todos os « filmes James Bond » só podem ser transmitidos 15 vezes cada um.

6. *Modalidades técnicas da exploração*

(15) A exploração pode, em princípio, ser efectuada, quer por emissão terrestre quer através de emissão por cabo e por satélite — satélites de difusão directa. Todavia, a transmissão por satélites directos encontra-se em parte limitada.

7. *Versões nas diversas línguas*

(16) Os filmes só podem ser transmitidos em princípio na versão alemã. Contudo, um número limitado de filmes pode ser transmitido em duas versões (alemão e inglês), com legendas em inglês ou na versão original inglesa (com ou sem legendas em alemão).

8. *Direito de primeira negociação*

(17) Os organismos ARD têm o direito, de 1 de Outubro de 1983 a 1 de Janeiro de 1997, a uma primeira negociação sempre que a MGM/UA pretenda concluir um acordo semelhante ao « Library Licence Agreement » com terceiros. Neste caso, a MGM/UA deve em primeiro lugar negociar exclusivamente durante 30 dias com os organismos de radiodifusão ARD. Se encetar negociações com terceiros findo este prazo, deverá informar os organismos ARD do conteúdo destas negociações. Os organismos ARD poderão então decidir num prazo de 15 dias se querem concluir um acordo nas condições oferecidas por terceiro. Em qualquer caso, a MGM/UA não pode celebrar qualquer contrato cujo conteúdo lhe seja mais desfavorável do que a última proposta escrita dos organismos ARD. A apreciação final da questão é deixada ao critério da MGM/UA.

Também existe um direito de primeira negociação idêntico, até 1 de Janeiro de 1987, no caso de a MGM/UA pretender celebrar um contrato (designado « Output Agreement ») relativo aos novos filmes produzidos ou adquiridos depois de 31 de Dezembro de 1998.

9. Concessão de « sublicenças » dos direitos adquiridos

(18) Fora do território da República Federal da Alemanha, os organismos ARD têm o direito de conceder « sublicenças » a outros organismos de radiodifusão sobre os direitos adquiridos ao abrigo da « Library Licence Agreement », o mesmo não sucedendo quanto aos direitos sobre os « filmes James Bond ».

Em contrapartida, no território da República Federal da Alemanha, só podem conceder « sublicenças » às empresas a eles ligadas.

Fora da República Federal da Alemanha, os organismos ARD licenciaram entretanto 625 filmes aos organismos de radiodifusão austríacos e 150 aos organismos suíços.

10. A taxa da « licença »

(19) A retribuição correspondente aos direitos adquiridos, incluindo os direitos sobre novas produções, eleva-se no total a 80 milhões de dólares americanos.

C. Condições-quadro para a aquisição e emissão de programas para a televisão

1. A evolução de televisão na República Federal da Alemanha

(20) Depois do desaparecimento em 1984 do monopólio de direito público no sector da radiodifusão, passaram a existir diferentes cadeias privadas ao lado dos organismos de direito público ARD e ZDF (« Zweites Deutsches Fernsehen »). De entre aquelas cadeias, a SAT 1 e a RTL Plus emitem, por satélite e cabo e, recentemente, também por frequências terrestres, um programa completo, que pode ser recebido em todo o território federal. Encontra-se actualmente em elaboração um terceiro programa à escala federal, o Tele 5. Existem ainda outras cadeias ainda em fase experimental e alguns emissores locais ou regionais. Além disso, na República Federal da Alemanha, são introduzidos na rede de distribuição por cabo e transmitidos por cabo programas estrangeiros em inglês e em francês. No entanto, o respectivo âmbito de transmissão e importância são ainda diminutos. Acrescem ainda as experiências com a denominada « Pay TV ».

(21) A maioria das televisões privadas são financiadas exclusivamente por receitas provenientes da publicidade. Encontram-se, assim, actualmente, em desvantagem em termos financeiros face aos organismos de direito público, que, para além das receitas provenientes da publicidade, têm também receitas certas provenientes da cobrança de taxas. Para a obtenção de receitas provenientes da publicidade, as televisões privadas estão dependentes de percentagens de audiência elevadas, que, por sua vez, só são possíveis através da emissão de programas de grande difusão popular.

2. Importância, existências e comercialização de longas metragens e de produções para a televisão

(22) a) No âmbito da oferta de programas, as longas metragens revestem especial importância. Em comparação com as produções para a televisão (isto é, filmes para a televisão e séries televisivas), a sua produção implica um custo artístico e financeiro elevado, tendo, assim, frequentemente, um maior êxito junto do público, atingindo a maioria percentagens elevadas de audiência. Os organismos ARD transmitem anualmente, incluindo os « Dritte Programme », cerca de 500 longas metragens, a ZDF aproximadamente 250 filmes, não sendo abrangidas as repetições e transmissões simultâneas nos « Dritte Programme », assim como os programas oferecidos pela « Eins Plus », que são na sua maioria constituídos por repetições. No que respeita às televisões privadas, a SAT 1 emite anualmente cerca de 300 longas metragens e a RTL Plus cerca de 250, e, neste contexto, a concorrência, procurando um maior número de telespectadores e uma maior percentagem de audiência, leva a que todas as televisões tentem aumentar a respectiva oferta de longas metragens. Em suma, pois, perante as perspectivas de um aumento dos programas proporcionados pela oferta actualmente existente, e tendo em conta o aparecimento de novas televisões, há que contar com uma necessidade crescente de direitos de emissão sobre longas metragens.

(23) Actualmente, existe à escala mundial um leque de cerca de 30 000 longas metragens apropriadas para serem exploradas na televisão alemã. De entre estas, aproximadamente 40 % a 50 % são produzidas nos Estados Unidos da América.

As existências mais importantes em longas metragens pertencem nos Estados Unidos da América às denominadas « Major Companies »: a MGM/UA (isto é, doravante, a MGM/UA Co. e a TEC) (cerca de 3 000), a MCA/Universal (Cerca de 2 600), a Columbia e a 20th Century Fox (cerca de 2 100 cada uma) e a Warner Bros e a Paramount (cerca de 1 100 cada uma). Na Europa, encontram-se disponíveis aproximadamente 2 500 longas metragens no Reino Unido e cerca de 2 000 quer na República Federal da Alemanha quer em França quer na Itália, repartindo-se aqueles valores por um grande número de pequenas e médias empresas.

(24) No tocante às produções para a televisão que são adequadas para a difusão na televisão alemã, existem mais de 100 000 horas disponíveis à escala mundial, de entre as quais aproximadamente 3 000 horas anuais correspondem a novas produções. Quanto aos desenhos animados, existem cerca de 5 000 a 6 000 unidades de meia hora disponíveis à escala mundial, correspondendo as novas produções relativas a um ano a um valor da ordem das 450 a 500 unidades de meia hora.

(25) b) Os direitos de apresentação mundial de longas metragens e de produções para a televisão são normalmente concedidos para transmissão numa determinada língua, em relação a um determinado território de emissão e por um período determinado, numa base de exclusividade. O território objecto da licença abrange fundamentalmente os territórios de emissão atribuídos a cada uma das televisões nacionais, isto é, o território de um determinado Estado, estendendo-se,

no entanto, frequentemente, por territórios limítrofes de países vizinhos, nos quais também se fala a língua da versão do filme objecto de « licença ».

(26) O período médio de duração da « licença » corresponde a vários anos. « Licenças » concedidas por um período superior a 10 anos são extremamente raras e são, quando muito, concedidas a intermediários e só excepcionalmente às próprias televisões. Os acordos respeitam, regra geral, a um maior ou a um menor número de filmes. O número de filmes varia, chegando, às vezes, a alcançar algumas centenas. Contudo, segundo as averiguações da Comissão, nunca em nenhum caso até hoje foi concluído um acordo com a televisão relativo a mais de 1 000 filmes e nunca foi colocada à disposição de nenhuma televisão, para que seleccionara os seus filmes, a totalidade da « Library » de uma empresa de produção e de aluguer de filmes. Além disso, os acordos celebrados com cadeias de televisão respeitam, regra geral, a filmes já existentes e só muito raramente abrangem também as novas produções. Os organismos de radiodifusão ARD concluíram geralmente no passado, acordos incidindo sobre 200 a 300 filmes, por um período de licença de cinco anos.

(27) c) No mercado alemão, destaca-se um grossista cinematográfico que se estabeleceu como intermediário e que adquire direitos de emissão de filmes em alemão à escala mundial para conceder, por sua vez, « sublicenças » às diferentes cadeias de televisão. Actualmente, tal grupo é titular de direitos de emissão em alemão sobre aproximadamente 15 000 longas metragens e 50 000 horas de produção para a televisão, o que abrange partes essenciais das existências em filmes das « Major Companies » americanas : 20th Century Fox, Warner Bros, Paramount e Columbia, bem como cerca de 200 filmes de MGM/UA, que só em 1994 voltarão para a MGM/UA Co. ou para a TEC, ficando então à disposição dos organismos ARD.

(28) Devido ao facto de ocupar uma posição importante, tal grupo pode negociar com êxito com empresas de produção e de distribuição de filmes maiores quantidades objecto de « licenças » e períodos de « licença » mais longos do que aquilo que é costume à escala mundial e, em alguns casos, adquirir também direitos sobre existências completas de filmes ou concluir acordos de selecção e optar de entre as várias existências pelos filmes mais atractivos.

O grupo possui várias empresas de produção de filmes e de produções para a televisão, bem como de distribuição, Além disso, detém participações em certos organismos privados de televisão.

D. Desenrolar do processo e acordos e declarações ulteriores

(29) Em 22 de Dezembro de 1986, a Comissão enviou às partes no acordo a comunicação das acusações, na qual, dado o número de filmes e a duração do acordo, a Comissão levantava objecções à exclusividade e à ausência de possibilidades de acesso aos filmes por parte de terceiros. Na sequência de uma audição realizada em 13 de Outubro de 1987, os organismos ARD procuraram, logo em seguida, negociando com a TEC e com a MGM/UA Co., criar para terceiros possibilidades de acesso.

Finalmente, foi concluído com a TEC, em 16 de Dezembro de 1988, o seguinte acordo relativamente aos filmes que então se encontravam à sua disposição :

(30) Os organismos de teledifusão ARD permitem à TEC a concessão de licenças a terceiros para os seus filmes (longas metragens, desenhos animados e produções de televisão), no quadro do que foi chamado « janelas ». Tais « janelas » designam certos períodos, em relação a certos filmes determinados, durante os quais a exclusividade concedida aos organismos de teledifusão ARD é suspensa. Os organismos de teledifusão ARD não utilizam eles mesmos tais filmes durante as « janelas » e, durante esse mesmo período, autorizam a concessão de licenças sobre tais filmes a terceiros. Tais « janelas », da duração de dois a seis anos, e, excepcionalmente, oito anos, têm o seu início e o seu termo especialmente fixado em relação a cada filme. São escalonadas e começam, por vezes, anteriormente (« pre-term windows ») à exploração pelos organismos de teledifusão ARD e por vezes durante tal período (« in-term windows »), sendo este interrompido.

(31) Durante tais « janelas », os titulares de licenças da TEC podem fazer um « run » (ou seja, uma transmissão a uma hora de grande audiência e uma retransmissão no prazo de dois dias numa hora que não seja de grande audiência).

Os organismos ARD colocam à disposição dos titulares das licenças concedidas pela TEC, exactamente desde o início da « janela », cópias em língua alemã, desde que já disponíveis, adequadas para emissão na televisão. No caso de ainda não estar disponível uma versão alemã, os organismos ARD participam em 50 % nos custos de sincronização, desde que esta seja efectuada em sintonia com aqueles organismos.

(32) Os organismos ARD colocam ainda à disposição as produções para a televisão que eles próprios não escolheram no âmbito das 416 horas que lhes são atribuídas, daqui decorrendo que a TEC pode conceder a terceiros « licenças » ilimitadas. A este respeito, os acordos também atribuíam inicialmente aos organismos ARD exclusividade em relação às produções que estes não haviam escolhido e excluíam a possibilidade de concessão de outras « licenças ». Contudo, no tocante a sete designadas, nomeadamente, séries televisivas, os organismos ARD têm um direito de primeira negociação.

(33) Os organismos ARD consentiram ainda a terceiros que emitissem os filmes na totalidade do território contratual numa versão em língua estrangeira ou que efectuassem transmissões no território contratual a partir do exterior, o que não era originariamente permitido nos acordos.

(34) Por outro lado, os organismos ARD apresentaram em 3 de Fevereiro de 1989 a seguinte declaração unilateral a favor da MGM/UA Co., com a qual não tinha sido possível chegar a um consenso de tipo contratual :

A MGM/UA Co. está autorizada a conceder « licenças » a outras cadeias televisivas, relativamente a todos os filmes que controla (« filmes Library », « novos filmes », « filmes James Bond », produções para a televisão e desenhos animados), para emissão uma vez por ano no âmbito da denominada « janela ». As « janelas » são ou de dois anos e têm início cinco anos após o início da utilização pelos organismos ARD, ou então têm início 13 anos depois no caso de 213 « filmes Library ». Os eventuais titulares de « licenças » concedidas pela MGM/UA Co. recebem dos organismos ARD, logo desde o início da « janela » na versão alemã se houver disponível, cópias adequadas para procederem a uma emissão.

(35) Os organismos ARD colocam ainda à disposição aquelas produções para a televisão que não seleccionaram até à data da declaração de entre a gama então existente, daqui resultando que aquelas produções podem ser objecto de outras « licenças ». Finalmente, autorizam a emissão em língua estrangeira dos filmes no território contratual, na medida em que esta ocorra no âmbito de um programa em língua estrangeira.

(36) No que respeita ao acordo com a TEC e à declaração a favor da MGM/UA Co., através dos quais as recomendações da Comissão foram tomadas em consideração, os organismos ARD notificaram em 2 de Dezembro de 1988 os acordos com o objectivo de que lhes fosse concedida uma isenção ao abrigo do nº 3 do artigo 85º do Tratado CEE.

(37) A Comissão não recebeu qualquer observação de terceiros na sequência da publicação do resumo dos acordos notificados. No entanto, a MGM/UA informou a Comissão, após esta publicação, que se opunha à isenção, com o motivo de que as « janelas » criadas e as restrições de concorrência não tinham sido suprimidas.

II. APRECIAÇÃO JURÍDICA

A. Nº 1 do artigo 85º

1. *Acordos entre empresas*

(38) Os acordos em questão constituem acordos entre empresas, uma vez que os organismos ARD, tal como a Nefico e a sua anterior sociedade-mãe MGM/UA, são empresas na acepção do nº 1 do artigo 85º A tal não se opõe o facto de os organismos ARD serem institutos de direito público que, segundo o direito nacional, são criados para a realização de programas ao serviço do interesse público. O conceito funcional de empresa do nº 1 do artigo 85º inclui qualquer actividade orientada para a troca de bens ou de serviços independentemente da sua forma jurídica e da prossecução de um fim lucrativo. Nestes termos, o Tribunal de Justiça decidiu que as cadeias de televisão de direito público são também empresas na acepção do nº 1 do artigo 85º, na medida em que se dedicam a actividades de carácter económico (1).

(39) A aquisição de direitos de emissão constitui uma actividade económica deste tipo. Trata-se da aquisição de um « produto » mediante remuneração, pela qual as estações de televisão ficam em concorrência directa com outros clientes, como sejam as estações de televisão privadas.

O direito fundamental da liberdade de emissão também não permite que as coisas sejam consideradas diferentemente. A este respeito, ainda não é certo em que medida existe um direito fundamental deste tipo à escala comunitária e se um tal direito, à imagem do que sucede no direito constitucional nacional, abrange o mandato de transmissão de programas atribuídos aos organismos de radiodifusão e de televisão de direito público e se protege o respectivo aprovisionamento em programas. Em todo o caso, não é evidente que através da aplicação das regras da concorrência no caso presente o mandato de transmissão de programas atribuído aos organismos de radiodifusão se veja prejudicado, uma vez que estes podem continuar a concluir acordos para a aquisição de direitos de emissão, na medida em que tais acordos sejam compatíveis com o direito da concorrência em termos de extensão e de duração.

(40) Pelo mesmo motivo, a aplicabilidade das regras da concorrência também não é excluída pelo nº 2 do artigo 90º Seja como for, não é evidente que neste caso a aplicação das regras da concorrência prejudique o cumprimento da sua tarefa de prossecução de um interesse público, razão pela qual não pode ser aplicável o nº 2 do artigo 90º

2. *Efeito restritivo da concorrência*

(41) Os acordos em questão têm por objecto e por efeito uma restrição da concorrência. Não é certo se, no que respeita aos direitos concedidos aos organismos ARD, se trata de licenças numa acepção de técnica jurídica ou se, considerando que os organismos ARD pagam como contrapartida um montante global e não uma taxa determinada em função do volume de negócios, os referidos direitos correspondem a uma transferência de direitos limitada no tempo e em termos de conteúdo. Se partirmos do pressuposto de que estamos perante uma transferência de direitos, a restrição da concorrência residirá na circunstância de os organismos ARD, apesar de se tratar de uma transferência de direitos, não poderem na República Federal da Alemanha (e em relação aos « filmes James Bond », também fora do território deste país) conceder « sublicenças », o que limita a sua liberdade de acção e, ao mesmo tempo, impede o acesso de outras cadeias de televisão aos filmes em questão. Se considerarmos, pelo contrário, como as partes, que as trata de licenças, tendo em atenção os princípios estabelecidos no acórdão Coditel II (2) do Tribunal de Justiça, a restrição da concorrência resultará da duração e da extensão da exclusividade.

(1) Acórdão de 30 de Abril de 1974 proferido no processo 155/73 — Sacchi, CJ 1974, p. 409 e ss.
(2) Acórdão do Tribunal de Justiça : 1982, p. 3381 e ss.

(42) O Tribunal de Justiça, no seu acórdão Coditel II, afirmou que a concessão de uma licença exclusiva para projecção de um filme não constituía enquanto tal uma restrição da concorrência. Contudo, deixou claro ao mesmo tempo que o exercício de tal direito, sendo acompanhado de certas circunstâncias jurídicas e económicas, pode conduzir a uma restrição da concorrência, em relação à qual é natural que não só o exercício de facto deva ser tomado em consideração como também a prática das possibilidades de exercício acordadas contratualmente. A este respeito, a prática do Tribunal de Justiça é a de analisar em especial se, através do exercício do direito, não serão levantados obstáculos que, tendo em conta as necessidades da indústria cinematográfica, se afiguram artificiais e injustificados, se não serão possibilitadas remunerações excessivamente elevadas pelos investimentos efectuados, ou se não será permitida uma exclusividade cuja duração, face às necessidades, é demasiado longa. Estas circunstâncias resultam no caso em apreço de uma visão do conjunto de acordos.

a) Quantidade e duração dos direitos exclusivos e duração do período de selecção

(43) Em primeiro lugar, é significativo o número excepcionalmente elevado de direitos « licenciados ».

Se bem que a concessão de direitos exclusivos de projecção não constitua só por si uma restrição da concorrência, deve certamente ser dada importância à circunstância de as existências em filmes não poderem ser aumentadas discricionariamente, e que, por conseguinte não podem ser retiradas do mercado grandes quantidades de filmes através de vínculos de exclusividade a longo prazo. No caso presente, trata-se de um número que ultrapassa largamente o quadro habitual determinado pelas necessidades de aprovisionamento e de planeamento da programação, bem como a própria prática anterior de aquisição dos organismos ARD. É certo que os filmes adquiridos pelos organismos ARD apenas representam 4,5 % das existências globais em filmes disponíveis à escala mundial. Contudo, uma vez que se trata de uma parte seleccionada, e por isso interessante, da gama de filmes de uma das principais empresas de produção e distribuição de filmes no contexto mundial, e que compreende muitos filmes especialmente atractivos, como por exemplo os « filmes James Bond » ou outros filmes laureados, os direitos adquiridos revestem uma importância que vai além do seu puro peso numérico. A situação é agravada pelo facto de, para além dos filmes disponíveis na « Library », também estar em questão a totalidade das novas produções da MGM/UA ; ora, tais novas produções são particularmente atractivas.

(44) Também o tempo de duração da « licença » é de importância decisiva. Este é, naturalmente, influenciado pela grande quantidade de filmes objecto de « licenças », uma vez que a existência de uma tal proporção de filmes requer um longo período para que seja conseguida uma exploração ideal. O tempo de duração da « licença » assim condicionado era até ao momento inabitual no sector, afastando-se da própria prática anterior de aquisição por parte dos organismos de radiodifusão e não era exigido pelas condições de aprovisionamento e de planeamento de programas. A este respeito, convém tomar especialmente em consideração o escalonamento do tempo de duração da « licença », que, em relação aos últimos 130 filmes « Library », só começa a contar a partir de 1 de Janeiro de 1998, só acabando, assim, no ano 2013. Com este escalonamento, o vínculo de exclusividade existente entre os contraentes é alargado por mais 15 anos para além do próprio período de duração da licença, tendo como resultado que outras estações de televisão são impedidas de aceder aos filmes, mesmo antes que o período de licença dos organismos de televisão ARD comece verdadeiramente a correr. Este longo período contratual e a extensão de exclusividade além da duração efectiva de licença são, nos termos do acórdão Coditel II proferido pelo Tribunal de Justiça, desproporcionados e criam um obstáculo artificial àqueles que no mercado solicitam o mesmo produto.

(45) As restrições a tomar em consideração não são suprimidas pelas « janelas » que são criadas, considerando que elas apenas suspendem a exclusividade concedida no interior de certos períodos, sem que terceiros possam ter pleno acesso a tais filmes.

(46) A duração do período de selecção, resultando do grande número de filmes, cria mais uma restrição. O facto de a MGM/UA não poder conceder durante o período de selecção, isto é, entre 1 de Outubro de 1983 e 31 de Dezembro de 1986, quaisquer direitos de exploração a terceiros impedia o acesso de quaisquer outros clientes à totalidade da sua existência em filmes durante o referido período. Uma vez que esta situação também dizia respeito àqueles filmes que os próprios organismos ARD não vieram posteriormente a seleccionar, criou-se então em relação às demais cadeias de televisão um obstáculo artificial.

b) O direito de primeira negociação

(47) O direito de primeira negociação concedido aos organismos ARD restringe a liberdade de acção da MGM/UA no que toca à selecção dos seus parceiros e influencia a posição negocial dos demais clientes. Nestes termos, trata-se de mais uma restrição da concorrência que vem ainda reforçar os efeitos anticoncorrenciais decorrentes da extensão e duração dos direitos adquiridos pelos organismos ARD.

3. *A afectação do comércio entre os Estados-membros*

(48) Os acordos são susceptíveis de afectarem o comércio entre os Estados-membros, uma vez que o território contratual abrange também, para além da República Federal da Alemanha, outros Estados-membros — o Luxemburgo e parte da Itália —, e as cadeias de televisão locais encontram dificuldades na aquisição de direitos de emissão.

B. Nº 3 do artigo 85º

Tendo em conta o recente acordo dos organismos ARD com a TEC e a sua declaração a favor da MGM/UA, as condições previstas no nº 3 do artigo 85º encontram-se doravante preenchidas.

1. *Melhoria da distribuição dos bens*

(49) Tendo em conta este acordo e a declaração entre as partes, os acordos conduzem a uma melhoria da distribuição dos bens, visto que aumenta a oferta de filmes sobre o mercado em causa.

O facto de ser grande o número dos filmes em questão e, em especial, o facto de ser seleccionado um tão grande número de filmes da « Library » disponível, levou, por conseguinte, a que se apreciasse de forma sistemática de entre a totalidade da « Library » existente quais os filmes apropriados para serem explorados na televisão alemã. Isto podia ser efectuado de forma mais eficaz pelos organismos ARD do que pela MGM/UA, dado que aqueles estão familiarizados com as exigências de qualidade da televisão alemã e com os hábitos dos telespectadores, ao passo que a MGM/UA não está familiarizada com o mercado alemão, tendo, até à data, distribuído um pequeno número de filmes através de intermediários. O contrato de selecção tem como resultado a tomada de consciência de que um grande número de filmes, sobretudo os mais antigos, podem ser explorados na televisão alemã. Tais filmes não tinham sido, até ao momento, passados, nem na televisão nem no cinema, nas regiões germanófonas da Europa.

(50) Uma melhoramento suplementar na distribuição dos filmes resulta das novas « janelas », em particular do acordo relativo aos custos de dobragem. Por causa de tais « janelas », os filmes podem também ser montados por outros organismos de televisão em alternativa aos grupos de teledifusão ARD. O escalonamento das « janelas » permite que, durante o período dos acordos, um número significativo de filmes possa ser objecto de « licença » a terceiros em cada ano. É particularmente interessante para as outras cadeias de televisão poder, nos termos do acordo com TEC, exibir uma proporção importante dos filmes antes dos próprios organismos de televisão ARD e que, em realidade, no caso de um certo número de filmes, o possam fazer durante um período de até oito anos.

(51) A este respeito, a MGM/UA declarou à Comissão que, no que se refere à sua duração e sequência, as « janelas » são insuficientes e desprovidas de atractivo para as cadeias de televisão privadas. No entanto, na opinião da Comissão, este argumento não é convincente. Cadeias de televisão privadas da República Federal da Alemanha manifestaram à Comissão o seu interesse na aquisição de « licenças » no quadro de « janelas » de dois anos. Além disso, a TEC, que pelo seu acordo com os organismos de teledifusão ARD tem « janelas » que vão até oito anos, iniciou já negociações específicas com estações de televisão e concedeu já licenças sobre um certo número de filmes no interior das « janelas ».

(52) Além disso, as cadeias privadas são ainda especialmente beneficiadas pelo facto de que lhes são postas à disposição pelos organismos ARD não só cópias apropriadas para emissão directa como também versões sincronizadas relativas aos filmes em relação aos quais são titulares de « licenças » no âmbito das denominadas « janelas ». Beneficiam, ainda, do facto de que quando aquelas versões ainda existam, os organismos ARD participem em 50 % nos necessários custos de sincronização. Também nesta situação se encontra patente uma melhoria da distribuição dos bens em questão, dado que sem uma regulamentação do tipo da referida algumas das cadeias privadas não poderiam difundir estes filmes. As novas cadeias de televisão privadas têm, especialmente na fase de arranque, dificuldades financeiras consideráveis, que frequentemente não lhes permitem efectuar as despesas exigidas por uma sincronização de alto valor qualitativo. Por conseguinte, os acordos em questão não só conduzem a que os filmes, sobretudo no mercado alemão, sejam tornados acessíveis e sejam sincronizados, como também, tendo em conta a regulamentação acordada em matéria de sincronização, criam uma condição para que os filmes sejam transmitidos não somente pelos organismos ARD como também, em intercâmbio com eles, por outros organismos.

(53) O grande número de filmes permitem ainda um preço francamente inferior por filme ao preço praticado no âmbito de acordos individuais relativos a pequenas quantidades de filmes. Isto leva, por sua vez, a que os organismos ARD, que funcionam como organismos de direito público dotados de um orçamento rigoroso, possam adquirir mais filmes do que aquilo que de outro modo seria possível.

2. *Participação equitativa do utilizador nas vantagens resultantes*

(54) O utilizador, isto é, o telespectador, participa das vantagens decorrentes da situação referida, na medida em que os acordos permitem que outras cadeias de televisão, além da ARD, alarguem o leque da escolha na televisão alemã.

3. *Indispensabilidade das restrições e ausência de possibilidade de eliminação da concorrência*

(55) Na sequência do acordo concluído com a TEC e da « declaração irrevogável » a favor da MGM/UA Co., deixaram de existir quaisquer restrições que não fossem indispensáveis para a prossecução dos objectivos acima descritos. As « janelas » concedidas limitaram a exclusividade concedida aos organismos de teledifusão ARD, dentro de condições realistas e adequadas. A exclusividade conservada é necessária para que os investimentos em questão (taxa das « licenças », incluindo os custos de sincronização e os custos administrativos resultantes da selecção) possam ser realizados de modo apropriado. Igualmente, no tocante à proibição de « licenças » a televisões com taxa, uma vez que a exploração simultânea dos filmes nas televisões com taxa afectaria consideravelmente o valor dos filmes para os orga-

nismos de teledifusão ARD. Foram entretanto eliminadas outras restrições que não eram indispensáveis e que constavam originariamente dos acordos e que se opunham à concessão de uma isenção. Tal sucedeu, em especial, em relação à exclusividade das produções para a televisão, que, originariamente, também abrangiam os programas que não tinham sido seleccionados pelos organismos ARD, e em relação à exclusão de emissões em língua estrangeira, que é contrária a uma emissão transfronteiriça dos filmes em questão no âmbito de programas pan-europeus.

(56) Além disso, os acordos não dão aos organismos ARD a possibilidade de excluir totalmente a concorrência relativamente a uma parte substancial dos bens em questão, uma vez que, por um lado, as « janelas » possibilitam o acesso de outras cadeias de televisão aos filmes e, por outro lado, para além dos filmes em questão, encontram-se igualmente à disposição no mercado outros filmes apropriados para serem transmitidos na televisão de língua alemã.

C. Artigos 6º e 8º do Regulamento nº 17

(57) Nos termos do nº 1 do artigo 6º do Regulamento nº 17, a presente decisão produz efeitos a partir da data da última adenda feita aos acordos, isto é, a partir do dia 3 de Fevereiro de 1989.

Tendo em conta a duração dos acordos, a duração das « janelas » de que podem beneficiar outras cadeias de televisão e a evolução do mercado da televisão e programas de televisão nos países de língua alemã, é concedida a isenção ao abrigo do nº 1 do artigo 8º do Regulamento nº 17 por um período de 10 anos.

(58) Para que a Comissão possa examinar durante o período da isenção se as condições de isenção continuam a ser preenchidas, a Degeto Film GmbH fica obrigada a comunicar à Comissão todas as alterações e aditamentos aos acordos, bem como todos os eventuais acordos posteriormente concluídos no âmbito do exercício do direito preferencial de negociação,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO :

Artigo 1º

O disposto no nº 1 do artigo 85º do Tratado CEE é declarado inaplicável nos termos do nº 3 do artigo 85º para o período de 3 de Fevereiro de 1989 a 2 de Fevereiro de 1999 em relação aos acordos concluídos em 8 e 9 de Fevereiro de 1984 entre a Degeto Film GmbH e a Algemene Financieringsmaatschappij Nefico BV.

Artigo 2º

A presente decisão está subordinada à imposição seguinte :

A Degeto Film GmbH está obrigada a comunicar imediatamente à Comissão qualquer alteração ou aditamento aos acordos, bem como todos os eventuais acordos posteriormente concluídos no âmbito do exercício do direito preferencial de negociação.

Artigo 3º

São destinatárias da presente decisão as empresas seguintes :

1. Degeto Film GmbH,
Bertramstraße 8,
D-6000 Francoforte.
2. Hessischer Rundfunk,
Bertramstraße 8,
D-6000 Francoforte.
3. Norddeutscher Rundfunk,
Rothenbaumchaussee 132-134,
D-2000 Hamburgo 13.
4. Rádio Bremen,
Henrich-Hertz-Straße 13,
D-2800 Brema.
5. Saarländischer Rundfunk,
Funkhaus Halberg,
D-6600 Saarbrücken.
6. Sender Freies Berlin,
Masurenalles 8-14,
D-1000 Berlim 19.
7. Süddeutscher Rundfunk,
Neckarstraße 230,
D-7000 Estugarda 1.
8. Südwestfunk,
Hans-Bredow-Straße,
D-7570 Baden-Baden.
9. Westdeutscher Rundfunk,
Appellhofplatz 1,
D-5000 Colónia.
10. Algemene Financieringsmaatschappij Nefico BV,
Rijswijkstraat 175,
NL-Amesterdão.
11. MGM/UA Communications Company,
10000 W. Washington Boulevard,
Culver City, Califórnia 90232,
Estados Unidos da América.
12. Turner Entertainment Co.,
10100 Venise Boulevard,
Culver City, Califórnia 90232,
Estados Unidos da América.

Feito em Bruxelas, em 15 de Setembro de 1989.

Pela Comissão
Sir Leon BRITTAN
Vice-Presidente