

Universidad Internacional de La Rioja  
Facultad de Derecho

Máster Universitario en Propiedad Intelectual  
y Derecho de las Nuevas Tecnologías

**Adquisición de contenidos  
cinematográficos por las plataformas de  
TV de pago y el derecho de la competencia**

Trabajo fin de estudio presentado por:	Rocío Palacio Martínez
Tipo de trabajo:	Trabajo Fin de Máster
Director/a:	Victoriano Darías de las Heras
Fecha:	22/09/2021

## Resumen

Cuando las televisiones de pago adquieren derechos para emitir obras cinematográficas, suscriben contratos con las productoras bajo condiciones de territorialidad y exclusividad. En determinadas ocasiones, dichos contratos incorporan acuerdos que suponen ilícitos colusorios prohibidos por el derecho de la competencia de la UE. El problema parte de determinar en qué situaciones el carácter territorial y exclusivo de dichas licencias afectan al comercio entre los estados miembros y convierte sus pactos en anticompetitivos. Asimismo, veremos las decisiones e investigaciones iniciadas por la Comisión que más polémica han generado por cuanto limitan la prestación transfronteriza de los servicios de las televisiones en la UE, y como, sin embargo, el régimen jurídico de la UE sobre esta materia no se ajusta a las decisiones de la Comisión. También trataremos las cláusulas de Nación Más Favorecida, originarias en el derecho internacional, como forma de alineamiento de precios de adquisición de contenido.

**Palabras clave:** Derecho de la competencia, acuerdos colusorios, derechos de emisión, exclusividad territorial.

## Abstract

When pay televisions acquire rights to broadcast cinematographic works, they sign contracts with the production companies under conditions of territoriality and exclusivity. On certain occasions, these contracts incorporate agreements that involve antitrust agreements prohibited by EU competition law. The problem arises from determining in which situations the territorial and exclusive nature of said licenses affect trade between member states and make their agreements anti-competitive. Likewise, we will see the decisions and investigations initiated by the Commission that have generated the most controversy because they limit the cross-border provision of pay television services in the EU, and how, however, the EU legal regime on this matter does not follow the decisions of the Commission. We will also treat the Most Favored Nation clauses, originating in international law, as a way of aligning prices for the acquisition of content.

**Keywords:** Competition law, antitrust, broadcasting rights, territorial exclusivity.

## Índice de contenidos

1.	Introducción.....	5
1.1.	Justificación del tema elegido.....	5
1.2.	Problema y finalidad del trabajo.....	5
1.3.	Objetivos.....	6
2.	Los mercados relevantes de las televisiones de pago.....	7
2.1.	Los mercados de productos.....	8
2.1.1.	El mercado minorista de emisión de contenidos.....	8
2.1.2.	El mercado mayorista de adquisición de contenidos audiovisuales.....	11
2.1.3.	El mercado mayorista de comercialización de canales de televisión.....	13
2.2.	Los mercados geográficos.....	14
2.3.	Conclusión.....	15
3.	Los contratos de adquisición de contenidos cinematográficos.....	15
3.1.	La explotación de contenidos audiovisuales en la UE y la importancia de la adquisición de contenido cinematográfico como forma de competir en los mercados de las televisiones de pago.....	16
3.2.	Las características de los contratos de adquisición de contenido.....	17
3.3.	Conclusión.....	20
4.	Explotación de una obra cinematográfica en exclusiva y el derecho de la competencia.....	21
4.1.	Las licencias territoriales exclusivas con ilícito colusorio en sí mismas.....	21
4.2.	La duración excesiva y desproporcionada de una licencia exclusiva como ilícito colusorio.....	23
4.3.	Conclusión.....	25
5.	Restricciones sobre ventas pasivas y exclusividad territorial absoluta.....	26

Adquisición de contenidos cinematográficos por las plataformas de tv de pago y el derecho de la competencia.

5.1.	Cláusulas que prohíben o limitan las ventas pasivas transfronterizas como ilícito colusorio.....	26
5.2.	Extensión de los efectos de una decisión de la Comisión sobre terceros y la Teoría de la Doble Barrera. ....	30
5.3.	Régimen jurídico UE sobre el acceso transfronterizo a obras cinematográficas.....	32
5.4.	Conclusión. ....	34
6.	Cláusula de “Nación más Favorecida” como forma de fijación de precios en el mercado de adquisición de contenido en la UE. ....	35
6.1.	Qué son las cláusulas de Nación Más Favorecida. ....	35
6.2.	El alineamiento de precios como ilícito colusorio.....	37
6.3.	Conclusión. ....	39
7.	Conclusiones. ....	39
	Referencias bibliográficas.....	43
	Listado de abreviaturas .....	48

## 1. Introducción.

El presente trabajo tiene por objeto analizar qué acuerdos formalizados por las televisiones de pago para la adquisición de contenido sujeto a derechos de autor, han sido objeto de análisis por las autoridades de competencia de la UE, por considerar que han restringido o eran susceptibles de restringir la competencia en el mercado único europeo.

En concreto, nos interesa conocer los contratos suscritos con los grandes Estudios de Hollywood, para la adquisición de producciones cinematográficas. De esta forma, sabremos cuál ha sido la práctica decisoria de la Comisión, a través de la cual se ha ido configurando la interpretación de aquellos pactos de adquisición de contenido cinematográfico que suponen acuerdos colusorios prohibidos por el derecho comunitario.

### 1.1. Justificación del tema elegido.

La industrial de las televisiones de pago constituye una de las principales industrias audiovisuales de Europa y basan su estrategia de negocio en la explotación de obras protegidas por derechos de autor. Asimismo, en los últimos años las televisiones de pago ha visto crecer exponencialmente su negocio gracias al desarrollo de las tecnologías online, y los ciudadanos de la UE demandan cada vez más la posibilidad de acceder al contenido de dichas televisiones desde cualquier parte del territorio europeo.

El derecho de la competencia se ocupa de asegurar que los operadores que intervienen en el mercado actúen sin llevar a cabo acuerdos o prácticas que lesionen o afecten a la competencia efectiva, por ello, nos ocuparemos de averiguar cuáles son los ilícitos colusorios prohibidos por el TFUE en los que han intervenido las televisiones cuando adquieren obras cinematográficas protegidas por derechos de autor.

### 1.2. Problema y finalidad del trabajo.

Cuando las televisiones de pago en la UE adquieren los derechos correspondientes para la emisión de obras cinematográficas de los Estudios, no pueden llevar a cabo acuerdos que pongan en peligro la competencia efectiva en el mercado interior. Por ello, la finalidad de nuestro trabajo será conocer cómo las televisiones de pago y los Estudios restringen la competencia en el mercado único de la UE a través de los pactos que suscriben para la adquisición de dichos derechos.

Para abordar la problemática planteada nos centraremos mayoritariamente en el estudio de los principales asuntos y decisiones de la Comisión en materia de prácticas colusorias relativa a derechos de emisión de obras cinematográficas en la UE, y prestaremos especial atención además a la jurisprudencia de los órganos judiciales comunitarios. De igual modo, nos ayudaremos de la normativa comunitaria en materia de defensa del derecho de la competencia, así como de las directrices y guías redactas por la Comisión para la interpretación de dichas normas. Para conocer cómo funciona la industria audiovisual en la UE, consultaremos diferentes informes económicos y legales redactados por organismos e instituciones de la UE relacionadas con la industria audiovisual. Asimismo, nos serviremos de las posturas doctrinales de expertos contenidas en manuales y artículos sobre derecho de la competencia.

### 1.3. Objetivos.

El objetivo de este trabajo es conocer, qué pactos o acuerdos previstos por los Estudios y las televisiones de pago en los contratos por los que estos últimos adquieren contenido protegido por derechos de autor, suponen un ilícito colusorio prohibido por el TFUE. Veremos así frente a qué ilícito colusorios recogidos en contratos cuyo objeto son obras protegidas por derechos de autor, trata de proteger el derecho de la competencia de la UE.

Comenzaremos estudiando los mercados relevantes de las televisiones de pago, para obtener tener una primera idea de los mercados cuya competencia efectiva puede quedar restringida por las conductas colusorias que estudiaremos en los siguientes capítulos de nuestro trabajo.

Continuaremos analizando brevemente cómo los Estudios explotan sus producciones en la UE, y en qué condiciones las televisiones de pago adquieren sus producciones para su difusión en la UE, y las características de los contratos que enmarcan dicha adquisición. Analizaremos seguidamente si el hecho de que un Estudio otorgue a una televisión un derecho exclusivo para la emisión de una obra en un determinado territorio de la UE puede suponer una práctica colusoria prohibida por el TFUE. Después, nos centraremos en uno de los temas más recientes, relativos a aquellos pactos que limitan el acceso a contenido por parte de ciudadanos de la UE que residan en un territorio diferente al previsto en el contrato. Pasaremos posteriormente a estudiar las denominadas cláusulas de “Nación Más Favorecida”, que han incorporado los grandes Estudios en los contratos para asegurarse las mejores condiciones económicas

posibles en relación a sus competidores, y, por último, finalizaremos nuestro trabajo exponiendo de forma resumida las principales conclusiones que hemos alcanzado tras el estudio anterior.

## 2. Los mercados relevantes de las televisiones de pago.

Cuando las autoridades de competencia se encuentran con un pacto que puede tener la condición de colusorio conforme al derecho de la competencia, ya sea del derecho de la UE o del derecho nacional de los estados miembros, deben determinar previamente el poder de mercado de los intervinientes en dicha práctica colusoria.

Para conocer el poder de mercado, las autoridades de competencia necesitan establecer cuál es el mercado de referencia en el que actúan las partes firmantes del posible acuerdo colusorio. Además, el conocer el mercado de referencia también permitirá conocer el mercado concreto cuya competencia efectiva puede quedar mermada o restringida por la posible conducta colusoria.

Del mismo modo, identificar el mercado relevante les permitirá saber el poder de mercado que ostentan en el mismo las entidades que participan en el acuerdo objeto de escrutinio, así como quiénes son sus competidores, y el grado de competencia efectiva que existe en dicho mercado relevante.

Para ello, siguiendo con la “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia” de 1997, las autoridades, para determinar el mercado relevante de las televisiones de pago, deberán definir el mercado de producto y mercado geográfico de referencia donde estas prestan sus servicios, para lo que deberán llevar a cabo un análisis económico caso por caso.

No obstante, en los puntos siguientes analizaremos algunos de los principales asuntos de la Comisión Europea y de la CNMC, para a través de estas establecer un criterio general sobre cuáles podrían ser los mercados de producto y mercados geográficos relevantes, en los que las televisiones de pago podrían restringir, limpiar o falsear la competencia a través de aquellos acuerdos que suscriban con los Estudios para la adquisición de contenido cinematográfico, tal y como pasamos a recoger a continuación.

Adquisición de contenidos cinematográficos por las plataformas de tv de pago y el derecho de la competencia.

Para ello, en primer lugar, estableceremos cuáles pueden ser todos los mercados de producto y los mercados geográficos de las televisiones de pago en general, para finalmente en nuestras conclusiones, indicar cuáles son los mercados de producto y geográfico relevantes concretos cuando el pacto colusorio se refiere a una licencia por la que las televisiones de pago adquieren derechos para la emisión de obras cinematográficas.

## 2.1. Los mercados de productos.

Con carácter general, podríamos considerar que las conductas colusorias en las que participen las televisiones de pago pueden afectar a la competencia de los siguientes principales mercados de producto:

- i. El mercado minorista de emisión de contenidos;
- ii. El mercado mayorista de adquisición y comercialización de contenidos audiovisuales individuales; y
- iii. El mercado mayorista de edición, comercialización y distribución de canales de televisión.

A continuación, pasamos a definir cada uno de estos mercados para conocer más a fondo los servicios o productos, así como los diferentes operadores de la industria audiovisual, que han de considerarse incluidos en cada uno de los anteriores mercados de producto.

### 2.1.1. El mercado minorista de emisión de contenidos.

Uno de los mercados de producto más importantes es el mercado minorista de prestación de servicios de televisión de pago, debido a que es precisamente en este dónde más arduamente las televisiones de pago dirigen sus esfuerzos para competir, y atraer el mayor número de espectadores posible.

Podríamos definir dicho mercado minorista, como aquel en el que las televisiones de pago prestan un servicio por el cual «a cambios de una cuota de abono o pago puntual para ver un determinado contenido, el espectador tiene acceso a un abanico muy amplio de contenidos, con un nivel de anuncios limitado.» (P. 115 Informe expediente C/0612/14 CNMC, de 22 de abril de 2015).

Cuando las televisiones suscriben pactos con los Estudios para la adquisición de contenido, pueden afectar a la competencia de dicho mercado minorista si por ejemplo prevén acuerdos a través de los cuales se repartan el mercado o fijen los precios de adquisición de contenido,



o de alguna otra forma, restrinjan la competencia en el mismo. Esto lo iremos viendo con más profundidad a lo largo de nuestro estudio al analizar las concretas conductas colusorias.

Dentro de este mercado de producto, las autoridades de competencia no incluyen el mercado de la publicidad, debido a que han considerado que este tiene muy poca relevancia en el modelo de negocio de las televisiones de pago. Lo cierto es que las televisiones de pago basan su modelo de negocio mayoritariamente en las cuotas que satisfacen sus abonados, y muy poco, en los ingresos que perciben por el arrendamiento de espacios publicitarios en sus canales, por ello, la dependencia de las televisiones de pago con relación a los ingresos por publicidad es mucho menor que la de las televisiones en abierto.

A la vista de lo anterior, podemos concluir que para las televisiones de pago es fundamental poder ofrecer a sus espectadores un contenido de carácter exclusivo que haga de su servicio el más atractivo de entre la competencia, y así conseguir al mayor número de abonados posible, y en cambio, no es tan fundamental en su modelo de negocio la cesión de espacios publicitarios a las agencias y medios.

Por otro lado, parece más que claro para las autoridades de competencia, que este mercado minorista de las televisiones de pago tampoco incluye el mercado de servicios de la televisión en abierto. (Informe expediente C/0612/14 CNMC, de 22 de abril de 2015 y Dec. Asunto COMP/M.5121 de la Comisión, de 25 de junio de 2008).

Esto es así, porque la televisión en abierto no puede considerarse un servicio sustitutivo de la televisión de pago para los espectadores de estas, debido principalmente a que, cuando contratan los servicios de emisión de contenido de las televisiones de pago, buscan acceder a todo aquello que no ofrecen las televisiones en abierto, esto es, acceso a un contenido exclusivo y con muy poca publicidad.

Además, como se ha indicado anteriormente el modelo de negocio de ambas televisiones difiere drásticamente en su forma de financiación, ya que las televisiones de pago se sustentan principalmente de las cuotas que satisfacen sus abonados, y en cambio las televisiones en abierto basan su modelo de negocio en los ingresos que perciben por el arrendamiento de espacios publicitarios.

Por último, hemos visto que es también significativo para las autoridades de competencia para determinar dicha diferenciación, el hecho de que en la televisión en abierto los espectadores

reciben la emisión sin tener que pagar cuota alguna, y en cambio, en la televisión de pago deben satisfacer un importe, ya sea un pago específico para acceder a un contenido determinado o una suscripción mensual o anual (Dec. Asunto COMP/M.5121, de la Comisión, de 25 de junio de 2008), lo que excluye claramente la sustituibilidad para los consumidores de ambos servicios.

Por otro lado, teniendo en cuenta la importancia que internet tiene actualmente también para las televisiones de pago, si se ha de incluir en el mercado de los servicios de televisiones de pago los servicios prestados por los operadores OTT (“Over the Top Technology”), es decir, aquellos operadores que utilizan la red pública de internet para hacer llegar a sus espectadores su contenido audiovisual, siempre y cuando «distribuyan sus contenidos a través de internet en base a una plataforma estructurada y de calidad» y por lo tanto cobren por sus servicios (P. 137 Informe expediente C/0612/14 CNMC, de 22 de abril de 2015).

Los operadores OTT que todos conocemos son NETFLIX, Yomvi, Amazon Play, HBO, etc, los cuales han de considerarse incluidos en este mercado de producto como competidores de las televisiones de pago, por cuanto las autoridades de competencia han considerado que los servicios que prestan estos son sustitutivos de los servicios de emisión de contenidos que prestar las televisiones de pago, teniendo en cuenta además que actualmente las televisiones de pago también prestan sus servicios minoristas a través de las diferentes tecnologías desarrolladas con la llegada de internet.

Por último, según los precedentes de la comisión y la CNMC, tanto los servicios básicos, como los servicios Premium formarán parte del mismo mercado relevante de producto. (Informe expediente C/0612/14 CNMC, de 22 de abril de 2015). Así, las autoridades de competencia cuando determinan el mercado de prestación de servicios minoristas de las televisiones de pago no dividen el mercado en servicios básicos, de los Premium.

De la misma forma, las autoridades de competencia consideran que forman parte de un mismo mercado de producto los servicios lineales y no lineales. (Informe expediente C/0612/14 CNMC, de 22 de abril de 2015).

Por último, consideran también que forman parte del mismo mercado de producto las diferentes tecnologías utilizadas para la distribución de los contenidos, ya sea TDT, satélite,

Adquisición de contenidos cinematográficos por las plataformas de tv de pago y el derecho de la competencia.

cable, IPTV o internet. (Informe expediente C/0612/14 CNMC, de 22 de abril de 2015 y Dec. Asunto COMP/M.5121 de la Comisión, de 25 de junio de 2008).

A la vista de lo anterior, este mercado minorista estaría formado por aquellos prestadores de servicios de televisión de pago del mercado geográfico de referencia, incluyendo a los prestadores OTT, y sin incluir el mercado de servicios publicitarios y de la televisión en abierto.

Asimismo, el mercado minorista de televisión de pago no se subdivide en mercados diferentes atendiendo a si el contenido es Premium o no, si los servicios son lineales o no, o el tipo de tecnología a través de la cual se distribuya.

Como veremos más adelante en el capítulo 5, la Comisión al analizar si determinados pactos acordados en un acuerdo de licencia exclusiva para emisión de contenidos cinematográficos restringe o no la competencia en la UE, tiene en cuenta como mercado de referencia todo el mercado de prestación transfronteriza de servicios de televisión de pago minoristas entre las televisiones de pago en la UE, y no atiende con carácter específico el mercado de servicios de emisión de películas, debido que no subdivide el mercado en diferentes mercados de producto en función del tipo de contenido o el tipo de tecnología que recoge el mismo.

Por lo tanto, cuando la conducta colusoria afecta al mercado minorista de la televisión de pago se tendrá en cuenta este como un todo, sin subdivisiones según el tipo de contenido, su carácter Premium o no, la tecnología de transmisión o tipo de servicio. Por el contrario, como veremos a continuación, esto no ocurre en el resto de los mercados relevantes de producto.

#### 2.1.2. El mercado mayorista de adquisición de contenidos audiovisuales.

Otro de los mercados de producto que puede verse afectado por aquellas practicas colusorias de las que participen las televisiones de pago, será el mercado mayorista de adquisición de contenidos audiovisuales individuales.

Al igual que ocurría en el mercado de producto anterior, las autoridades de competencia nacionales y comunitaria diferencian dentro de dicho mercado, el mercado de servicios de televisión de pago y el mercado de servicios de televisión en abierto. Por lo tanto, el mercado adquisiciones de contenido audiovisual para su emisión en abierto no se considera incluido dentro de este mercado de referencia. (Informe expediente C/0612/14 CNMC, de 22 de abril de 2015).

En relación a este punto, considera la CNMC que aunque existe competencia entre las televisiones en abierto y las televisiones de pago para la adquisición de contenidos, ésta no tiene la envergadura suficiente para considerar que ambos formen parte del mismo mercado de producto, debido a que los operadores en abierto no suelen tener «la misma capacidad para adquirir derechos de emisión en cada una de las modalidades de emisión por falta de economías de escala para afrontar la inversión<sup>1</sup> (P. 234 Informe expediente C/0612/14 CNMC, de 22 de abril de 2015).

Por otro lado, al contrario de lo que ocurría en el mercado de producto anterior, es muy significativo que las autoridades de competencia sí reconozcan para este mercado, la existencia de diferentes mercados de comercialización de contenidos audiovisuales individuales según el tipo de contenido de que se trate. Se diferencian así mercados de producto según se comercialicen películas, series, fútbol, motos, fórmula uno, etc. debido a que cada tipo de contenido tiene un atractivo diferente para los espectadores y no son por tanto sustitutivos entre sí, y porque además suelen tener sistemas de explotación diferentes. (Informe expediente C/0612/14 CNMC, de 22 de abril de 2015).

Del mismo modo, las autoridades de competencia designan como mercados de comercialización de contenidos audiovisuales individuales diferentes la adquisición de contenidos básicos y contenidos Premium. (Informe expediente C/0612/14 CNMC, de 22 de abril de 2015).

También diferencian mercados de producto diferentes según la ventana de emisión. En particular, segmentan la emisión en modalidades no lineales y modalidades lineales, y dentro de la modalidad no lineal segmenta a la vez el mercado entre la visualización previo pago, y la visualización mediante abono de cuota mensual. En definitiva, consideran diferentes mercados de productos, los mercados para emisión lineal/SVOD/TVOD, y establece también

---

<sup>1</sup> y porque a la hora de comercializar estos contenidos, los oferentes muchas veces crean ventanas de explotación paralelas o sucesivas para televisión en abierto o televisión de pago mediante exclusivas para cada ventana de explotación, lo que implica que los operadores de televisión en abierto y televisión de pago no suelen competir directamente entre sí.»

mercados diferentes cuando el contenido es de estreno o de catálogo (Informe expediente C/0612/14 CNMC, de 22 de abril de 2015).

Incluso, la Comisión ha segmentado en mercados de producto diferentes para aquellas producciones cinematográficas de los Estudios, de las producciones cinematográficas de otros productores (Dec. asunto COMP/M.2845, de la Comisión, de 14 de agosto de 2020, y Dec. asunto COMP/M.2876, de la Comisión, de 2 de abril de 2003).

Por lo tanto, cuando la Comisión o la CNMC traten de analizar si un contrato para la adquisición de contenido cinematográfico por parte de una televisión de pago, puede o no considerarse contrario de la competencia por afectar al mercado mayorista de adquisición de contenidos audiovisuales individuales, tendrán en cuenta como mercado de producto de referencia el concreto mercado de adquisición de contenido cinematográfico, y no de forma general todo el mercado de adquisición de cualquier clase de contenidos.

Incluso si el contrato por ejemplo únicamente se refiere a producciones cinematográficos con los Estudios, solo deberá tener en cuenta dicho mercado individual, y no incluirá por tanto al resto de productores cinematográficos independientes. Por último, tendrá en cuenta además si el contenido es Premium o básico, y el tipo de tecnología o servicio concreto de emisión del contenido cinematográfico fijado por las partes en el acuerdo objeto de controversia, al objeto de determinar el alcance de este mercado de producto.

### 2.1.3. El mercado mayorista de comercialización de canales de televisión.

Por último, aunque no veremos en este informe conducta colusorias que específicamente afecten a este mercado relevante, si creemos importante indicar que otro de los mercados de producto en el que la competencia efectiva puede quedar afectada por razón de los pactos colusorios que suscriban las televisiones, será el mercado mayorista de comercialización de canales de televisión.

Las televisiones para formar sus parrillas además de adquirir contenidos individuales pueden adquirir los derechos de emisión de un canal editado por un tercero.

En este sentido, la CNMC segmentan dicho mercado en dos, uno relativo a la edición y comercialización de canales, y otro para la distribución de canales. (Informe expediente C/0612/14 CNMC, de 22 de abril de 2015).

En el mercado de edición y comercialización, los canales de televisión satisfacen al editor del canal un pago a cambio de los derechos para emitir dicho contenido, normalmente se trata de canales temáticos.

Dentro de dicho mercado, las autoridades comunitarias diferencian igualmente entre el mercado de servicios de televisión de pago y el mercado de servicios de televisión en abierto. Por lo tanto, no se considera incluido dentro de este mercado de referencia las comercializaciones de canales para su emisión en abierto.

Igualmente, la Comisión ha segmentado el mercado según el carácter Premium o básico de los contenidos del canal, y según el tipo de contenido e incluso de acuerdo con la tecnología de transmisión. (Informe expediente C/0612/14 CNMC, de 22 de abril de 2015, y Dec. asunto M.5932, de la Comisión, de fecha 21 de diciembre de 2010 y Dec. asunto M.6369, de la Comisión, de fecha 21 de diciembre de 2011).

## 2.2. Los mercados geográficos.

Para determinar el mercado geográfico relevante cuya competencia efectiva puede quedar restringida por razón de las conductas colusorias en las que participen las televisiones de pago, habrá que estudiar el alcance territorial que en cada caso puede llegar a tener la conducta colusoria en cuestión.

En aquellos asuntos que se refieran a la adquisición de contenido en los que participen los Estudios y las televisiones de pago en la UE, veremos que en muchas ocasiones los pactos contenidos en dichos contratos son idénticos para todos los contratos que los Estudios suscriben con las diferentes televisiones sitas en diferentes países de la UE, por lo que dichos pactos colusorios pueden llegar a afectar al comercio entre los estados miembros, y por lo tanto, su ámbito geográfico relevante será todo el territorio de la UE.

De todas formas, habrá que estar a los supuestos de hecho de cada caso, ya que, dado que la estrategia de las televisiones de pago suele estar dirigidas a un determinado territorio nacional, delimitado por fronteras lingüísticas y culturales, el mercado geográfico afectado podrá ser un mercado nacional determinado de la UE.

### 2.3. Conclusión.

Por lo tanto, los mercados de producto relevantes que pueden verse afectados por una conducta colusoria en la que participen las televisiones de pago al adquirir contenido cinematográfico para sus canales o plataformas serán los siguientes:

- i. El mercado de retransmisión de televisiones de pago, que incluirá los operadores OTT.
- ii. El mercado específico de adquisición de películas, diferenciando mercados de producto distintos dependiendo si se trata de películas producidas por los Estudios o producidas por otros productores; si se trata de contenido de catalogo o películas de estreno, y diferenciando además mercados diferentes para cada servicio de emisión.
- iii. El mercado de venta y comercialización de canales de películas, que se ha segmentar según el carácter Premium o básico de los contenidos del canal, y según el tipo de contenido e incluso de acuerdo con la tecnología de transmisión.

Por último, para determinar al mercado geográfico habrá que estar al alcance territorial que en cada caso puede llegar a tener la conducta colusoria en cuestión.

## 3. Los contratos de adquisición de contenidos cinematográficos.

En este capítulo vamos a analizar brevemente como los Estudios explotan sus obras cinematográficas en la UE, y los diferentes tipos de contenido. Haremos además una sucinta referencia a las razones por las que la adquisición de contenido cinematográfico tiene tanta importancia para las televisiones de pago.

Asimismo, estudiaremos los contratos que establecen los pactos bajos los que las televisiones de pago adquieren los derechos de emisión de contenido cinematográfico de los Estudios para su comunicación al público a través de sus canales y plataformas en la UE, y enumeraremos sus principales términos y condiciones.

En último lugar, enumeraremos las ventajas que dichos términos reportan a las televisiones de pago cuando compiten en los mercados relevantes.

### 3.1. La explotación de contenidos audiovisuales en la UE y la importancia de la adquisición de contenido cinematográfico como forma de competir en los mercados de las televisiones de pago.

Los Estudios explotan sus producciones en la UE a través de diferentes ventanas de explotación, que licencian por un tiempo determinado, a cines, distribuidores, entidades de radiodifusión y demás operadores de la industria audiovisual. Tradicionalmente dichas ventanas solían ser explotadas una detrás de la otra, aunque actualmente también pueden ser explotadas en paralelo o incluso mezclando ambas (Observatorio Europeo Audiovisual , 2020)

Dentro de dichas ventanas de explotación, la primera suele ser el cine, seguido de TVOD/alquiler de copia física como el DVD, seguido de la televisión de pago, SVOD, y por último la televisión en abierto. (Observatorio Europeo Audiovisual , 2020)

Las televisiones de pago forman parte de dicha cadena de explotación, pero para poder ofrecer dicho contenido en sus canales o plataformas han de esperar a que el Estudio lo explote por primera vez en el territorio que le sea asignado a través de las ventanas de explotación previas, cine, TVOD y alquiler de copia física.

Como ya hemos apuntado en nuestra introducción, la adquisición de este tipo de contenidos es fundamental para las televisiones de pago. Es muy importante entender la importancia que este tipo de contenido tiene para las televisiones de pago, y por qué están dispuestas a pagar grandes cantidades de dinero a los Estudios, incluso financiar dichas producciones, con la finalidad de ser las únicas autorizadas para incorporarlos a sus parrillas.

La razón que fundamente dicho interés, la encontramos en el hecho de que la competencia entre las televisiones de pago se basa fundamentalmente en ofrecer el contenido más atractivo y único posible para así conseguir más abonados que sus competidores, por lo que, con el objeto de conseguir diferenciarse en el mercado, las televisiones buscan ser los únicos que pueden ofrecer un determinado contenido para un territorio.

En cuanto al contenido cinematográfico que adquieren las televisiones, podemos diferenciar dos categorías, por un lado, estarían las películas que forman ya parte de la filmoteca de los Estudios que denominaremos “Contenido de Catálogo”, y por otro las películas de estreno. Estas últimas entran dentro de la categoría de contenido “Premium”.



Los contenidos Premium son fundamentales para la estrategia de diferenciación de las televisiones de pago en un determinado mercado. El contenido Premium de las televisiones de pago comprende los eventos deportivos de gran relevancia y los estrenos de las Estudios, «entendidos estos como los títulos que se exploten durante 24 meses a contar desde su primera emisión en España en cualquier soporte sin excepciones», incluyendo las series de estreno de dichas productoras. (P. 254 Informe expediente C/0612/14, de la CNMC, de 22 de abril de 2015).

En todo caso, dichas producciones son obras protegidas por derechos de autor, y, por lo tanto, las televisiones de pago necesitan adquirir de los Estudios los derechos necesarios para su comunicación al público y/o puesta a disposición a través de las tecnologías correspondientes, por lo que han de suscribir con los Estudios los contratos de licencia sobre dicho contenido cuyas características pasaremos a analizar a continuación.

### 3.2. Las características de los contratos de adquisición de contenido.

El licenciamiento de contenidos audiovisuales se ha considerado menos complejo, debido a que los licenciatarios tienen que negociar solo con una parte que ostentan todos los derechos sobre la obra cinematográfica, y donde, por tanto, prevalece el licenciamiento directo e individual de contenidos (Schwemer, 2019). Por lo tanto, al contrario de lo que ocurre en la industrial musical, las entidades de gestión no intervienen en el licenciamiento de contenidos audiovisuales, y los Estudios licencian sus producciones cinematográficas a las diferentes televisiones de pago que operan en la UE a través de la formalización de contratos que establece licenciamientos directos e individuales para cada estado o territorio determinado.

Debido al carácter confidencial de dichos contratos, es complicado tener acceso a la redacción específica acordada por las partes en los mismos. No obstante, a la vista de las decisiones y sentencias que hemos estudiado, sabemos que estos suelen tener en común los siguientes términos y condiciones:

- i) **Territorialidad:** Una de las principales características de la forma de licenciamiento de contenidos cinematográfico por las Estudios en la UE, es el hecho de que asignen la explotación de sus obras a través de las televisiones por países. Así, circunscriben la explotación de la obra a un determinado territorio de la UE, dentro del cual las televisiones podrán explotar dicho contenido. Para ello en los contratos establecen la

obligación de la televisión de explotar la obra única y exclusivamente dentro de un determinado territorio, el cual suele coincidir con un determinado país o grupo de países que comparten idioma o cultura.

- ii) **Exclusividad:** La explotación de la obra se concede además con carácter exclusivo para dicho territorio asignado. Dicho pacto implica que el Estudio se compromete a no conceder a terceros derecho alguno sobre las obras que sean objeto del contrato para la modalidad de explotación que se fije en el mismo, mientras el contrato se mantenga vigente. Además, dicho carácter exclusivo, implica que el propio Estudio también se obliga a no explotar la obra por si mismo en dicho territorio. Este ha sido la forma tradicional de licenciamiento de contenido cinematográfico por los citados Estudios en la UE. No obstante, las CNMC han podido comprobar que los Estudios y las televisiones de pago están empezando a licenciar el Contenido de Catálogo, para su explotación únicamente a través de emisión VOD, sin exclusividad y para periodo cortos (Informe expediente C/0612/14, de la CNMC, de 22 de abril de 2015), lo que podrían suponer por tanto una excepción al carácter exclusivo bajo el que los Estudios han venido licenciando sus contenidos tradicionalmente. No obstante, no hemos encontrado evidencias de que pretendan llevar a cabo la misma estrategia con el contenido Premium, el cual continúa licenciándose bajo el carácter exclusivo y territorial tradicional.
- iii) **Idioma:** Debido a que la UE está formada por países con diferentes lenguas y culturas, los Estudios licencian sus contenidos atendiendo a dicha diferenciación, lo que les sirve para financiar los costes de doblaje y subtítulo de la misma. Por esa razón, los contratos establecen que las televisiones podrán explotar la obra únicamente para una lengua determinada y/o con la posibilidad de incluir el idioma de su versión original. Asimismo, las televisiones se comprometen a asumir los costes relativos al doblaje y subtítulo de la obra.

- iv) **Modalidades de tecnología:** Los contratos fijan también la modalidad de transmisión de la señal bajo la cual las televisiones de pago estarán autorizadas para hacer llegar a sus espectadores la obra cinematográfica. Las tecnologías de transmisión más habituales suelen incluir la explotación vía satélite, cable, IPTV, TDT o internet.
- v) **Modalidades de emisión del servicio:** Del mismo modo, los contratos establecerán la modalidad del servicio que prestan las televisiones de pago a sus espectadores. Esta podrá incluir emisión lineal, SVOD o TVOD, y las que, en su caso, fijen las partes.
- vi) **Cláusulas de geo-bloqueo:** Otro tipo de pactos importantes que suelen contener en este tipo de contratos son la inclusión de cláusulas de geo-bloqueo o geo-filtrado. Con la llegada de la posibilidad de ofrecer la explotación online de las películas, los Estudios y televisiones se está preocupando cada vez más por incluir en sus contratos este tipo de cláusulas con la finalidad proteger el carácter territorial de sus licencias. La doctrina ha definido el geo-bloqueo como aquellas prácticas tecnológicas que sirven para restringir el acceso online a aquellos consumidores que están situados fuera del territorio sobre el que recae la licencia, con el objeto de hacer cumplir el carácter territorial de las licencias (Schwemer, 2019). La Comisión y el Consejo Europeo recoge que al menos un 60 % de los proveedores de contenidos digital en el sector audiovisual habían acordado con el titular de los derechos, la inclusión en los contratos de licencia de cláusulas de geo-bloqueo. En concreto recoge que en el ámbito online «El bloqueo geográfico es más frecuente en los acuerdos relativos a las series de televisión (74 %), las películas (66 %) y los eventos deportivos (63 %). Es menos frecuente en (...), música (57 %), (...<sup>2</sup>) . Aunque dicha práctica también se extiende a la televisión por cable o satélite. (Comisión Europea y Consejo, 2017 p. 66).

---

<sup>2</sup> las producciones infantiles para televisión (55 %), las producciones de no ficción para televisión (51 %) y los programas informativos (24 %).»

Por otro lado, debemos tener en cuenta que esta forma de licenciamiento tradicional que se caracteriza por su exclusividad y territorialidad supone para las televisiones de pago las siguientes ventajas competitivas:

- i. Permite a las televisiones de pago aplicar diferentes precios según la capacidad financiera de los ciudadanos de cada territorio, maximizando el beneficio.
- ii. Permite asegurar que los consumidores que quieran acceder a un tipo de contenido cinematográfico en un territorio solo puedan acceder a este a través de una sola televisión de pago.
- iii. Permite a las televisiones presentar un catálogo de contenido específico para cada territorio.

### 3.3. Conclusión

Las televisiones de pago buscan competir y diferenciarse de sus competidores en el mercado mediante la adquisición del contenido más atractivo posible. El contenido cinematográfico de los Estudios, que dividiremos en Contenido de Catálogo y contenido Premium, es un activo fundamental para competir en su mercado de referencia, destacando sobre todo el contenido Premium.

Además, sabemos que los Estudios licencian sus producciones cinematográficas a las diferentes televisiones de pago a través de contratos que establecen licenciamientos directos e individuales y que se caracterizan por otorgar a estas un derecho exclusivo y excluyente para la explotación de la obra cinematográfica en un determinado territorio bajo la lengua, tecnología y modalidad acordada en el mismo. No obstante, los Estudios y las televisiones de pago están empezando a licenciar el Contenido de Catálogo, para su explotación VOD, sin exclusividad y para periodo cortos de tiempo.

En el siguiente capítulo analizaremos si el carácter territorial y exclusivo de dichas licencias para la adquisición de contenido pueden considerarse un ilícito colusorio de la competencia. Esta cuestión aparece en casi todas las decisiones y sentencias que hemos analizado a lo largo de este trabajo, y veremos como su carácter colusorio dependerá en gran medida de otros pactos que televisiones y Estudios pacten en sus contratos.

## 4. Explotación de una obra cinematográfica en exclusiva y el derecho de la competencia.

Como hemos visto en el apartado anterior, los contratos de adquisición de contenido cinematográfico se caracterizan por su carácter exclusivo y territorial. Esto tiene como consecuencia que las televisiones de pago ostenten, durante el tiempo pactado en el contrato, un monopolio para la explotación de dicho contenido cinematográfico para un territorio de la UE que suele coincidir con un país determinado.

Esta forma de licenciamiento implica que dentro del territorio objeto del contrato el contenido no pueda ser comunicado al público por otra televisión de pago diferente.

De esta forma, podríamos preguntarnos si efectivamente el carácter exclusivo y territorial de las licencias tiene como consecuencia que indirectamente los Estudios y las televisiones de pago se repartan el mercado de la UE, infringiendo el principio de libre prestación de servicios que constituye unos de los presupuestos básicos de éste e incurriendo una prohibición colusoria.

Esta cuestión ya ha sido objeto de escrutinio por el TJUE y la Comisión, por lo que a continuación veremos cuáles han sido las conclusiones alcanzadas por estas instituciones, y así podremos determinar nuestra opinión al respecto.

### 4.1. Las licencias territoriales exclusivas con ilícito colusorio en sí mismas.

El derecho de competencia de la UE trata de asegurar que los operadores que actúan el mercado sean capaces de conseguir la más eficaz asignación de sus recursos, compitiendo con el resto de las entidades con base en sus propios esfuerzos, y controlando que no lleven a cabo conductas colusorias prohibidas.

En este sentido, sabemos que el otorgamiento de una licencia territorial exclusiva para la emisión de una película es, en principio, compatible con los principios de la UE, y no incurre por sí sola en un ilícito colusorio del 101.1 TFUE. Así lo dictaminó el TJUE en el asunto Coditel II, que ha servido de base para numerosos asuntos posteriores en los que el TJUE o la Comisión han tenido de responder de nuevo a dicha cuestión.

Por lo tanto, para el TJUE el otorgamiento de licencia exclusivas en el sector audiovisual en la UE, en principio, no quiebra la competencia efectiva dentro mercado (FD. 15 STJUE 6/1982).

No obstante, como suele pasar en derecho, en dicha sentencia el TJUE matizó su pronunciamiento, indicando que correspondería al juez nacional comprobar, en un caso concreto, si el ejercicio de dicho derecho exclusivo se coloca en «(...) un contexto económico o jurídico, cuyo objeto o efecto fuera impedir o restringir la distribución de películas o falsear la competencia en el mercado cinematográfico, teniendo en cuenta las particularidades de éste.» (FD. 20 STJUE 6/1982)

Por lo tanto, la respuesta el TJUE a nuestra pregunta deja las puertas abiertas a que sean los tribunales nacionales en su caso, los que deban analizar el contexto económico y jurídico en el que opera dicho pacto de exclusividad territorial, por lo que deberán estudiar y motivar en cada caso las razones por las que una licencia territorial exclusiva para la emisión de una película en un determinado territorio, puede ser nociva para la competencia en un determinado mercado de referencia.

Dicho contexto estará formado por la naturaleza de los bienes o servicios afectados, y las condiciones de funcionamiento del mercado pertinente, y así comprobar si los pactos pueden crear dentro de dicho contexto alguna de las siguientes situaciones (FD. 19 STJUE 6/1982):

- a) Cree barreras artificiales injustificadas dentro del mercado de referencia; o,
- b) Establezca pactos que sobrepasen una justa remuneración de las inversiones realizadas; o
- c) Establezca una duración de la exclusividad excesiva.

En este sentido, el TJUE reconoció (FD. 16 STJUE 6/1982) las razones que justifican la dependencia de la industria audiovisual hacia las licencias exclusivas territoriales, y que los propios operadores de la industria audiovisual en la UE han utilizado como argumento cuando tenían que hacer frente a la citada cuestión. Dichas razones se refieren al propio funcionamiento de la industria cinematográfica en Europa, donde las televisiones tienen que hacer frente a los costes de doblaje y subtítulo de las películas, la posibilidad de difusión por televisión y el sistema de financiación de dicha industria.

Podemos concluir que, aunque en principio el otorgamiento de un derecho en exclusiva para la emisión de una obra cinematográfica no supone un ilícito colusorio prohibido por el artículo

101.1. TFUE, sí podría considerar una conducta colusoria cuando, a la vista del contexto jurídico o económico en el que se enmarca, dicha exclusividad cree barreras artificiales de entrada, o genere remuneraciones o duraciones excesivas.

En el apartado siguiente estudiaremos precisamente cuándo este tipo de licencias pasan a considerarse colusorias debido a su carácter excesivo y desproporcionado a la vista de su contexto económico.

#### 4.2. La duración excesiva y desproporcionada de una licencia exclusiva como ilícito colusorio.

En 1986 un acuerdo entre un Estudio de Hollywood y la televisión pública alemana, por el que le licenciaba contenido cinematográfico para su comunicación en la República Federal Alemana, Luxemburgo, Austria, Liechtenstein, e Italia, llamó la atención de la Comisión, debido a que, por primera vez, se había llegado a un acuerdo exclusivo para licenciar la emisión de más de 1.000 películas, y se incluían además producciones de estreno. (Dec. Asunto IV/31.734 de la Comisión, de 15 de septiembre de 1989).

La Comisión, partiendo de Coditel II, determinó que dicho acuerdo suponía una restricción de la competencia por objeto y por efecto debido al carácter exclusivo de la licencia y a la duración excesiva y desproporcionada del ámbito de dicha exclusividad, que suponía el establecimiento en la UE de barreras artificiales entre competidores.

Según la Comisión este acuerdo suponía la retirada del mercado de un número importante de películas mediante una exclusividad a largo plazo, que estaba constituido por un stock de películas que excedía del margen habitual requerido por las necesidades de adquisición, y la planificación de programación que solía caracterizar a dichas televisiones, poniendo así el carácter exclusivo del acuerdo en relación con el contexto económico del mismo.

Asimismo, el contrato preveía una duración del periodo de licencia exclusiva de 15 años por película, y que podía alcanzar hasta el año 2013, lo que suponía una barrera artificial para otras empresas durante el plazo excesivamente largo.

En tercer lugar, el contrato preveía además un periodo de selección exclusivo que duraba más de tres años (esto es hasta el 31 de diciembre de 1986), que suponía para la Comisión una

restricción de la competencia, ya que mantenía inaccesible a terceros competidores aquellas películas no elegidas por la televisión alemana durante el plazo largo.

Por último, la televisión ostentaba un derecho preferente que, según la Comisión, limitaba la libertad de negociación del Estudio, y menoscaba la posición competidora del resto de televisiones del mercado en la UE, lo que suponía una restricción para la competencia.

Por lo tanto, el carácter exclusivo de la licencia, junto con el stock filmográfico del que era objeto, la duración excesiva de la exclusividad y del periodo de selección, y la inclusión del derecho preferente referido, supuso que la Comisión entendiera que dichos pactos podían afectar al comercio entre los estados miembros al restringir por objeto y efecto la competencia, ya que creaba barreras de entrada para aquellos competidores de la Republica Federal Alemana, Luxemburgo, Austria, Liechtenstein, e Italia, que quisieran obtener derechos sobre el contenido de la licencia durante demasiado tiempo (FD 41, 43, 46, 47 Dec. Asunto IV/31.734 de la Comisión, de 15 de septiembre de 1989).

Las partes acordaron dulcificar el carácter exclusivo de los anteriores acuerdos estableciendo las denominadas aperturas, durante las cuales las películas podían ser licenciadas a terceros para su emisión en el territorio.

Fue precisamente dichas aperturas lo que determinó que la Comisión concluyese que se cumplían los requisitos para que el acuerdo fuera objeto de exención del artículo 85.3 TCEE (actual 101.3 TFUE) durante un plazo de 10 años.

Por lo tanto, una licencia exclusiva para la emisión de un determinado contenido en un territorio no es por si misma restrictiva de la competencia, pero si puede serlo cuando dicha licencia incluya otros pactos que, atendiendo al contexto en el que se enmarcan, cree barreras de entrada, que impidan que competidores sitos en el territorio puedan obtener derechos sobre el contenido de la licencia durante demasiado tiempo (artículo 101.1 TFUE ).

La exclusividad de los derechos de emisión sobre un catálogo de películas extraordinariamente amplio para el contexto económico, que incluya además numerosas producciones de Estreno, con una duración excesivamente prolongada en el tiempo (15 años), y que coloca a dichas películas fuera del alcance de terceros durante un periodo de tiempo demasiado largo, puede menoscabar la posición negociadora del resto de televisiones y crear barreras de entrada en el mercado relevante.



Debemos tener en cuenta que en 1986 la Comisión aún no había redactado su Comunicación Para la Determinación del Mercado Relevante, y no llevaba a cabo un análisis económico del poder de mercado de las partes en relación con dicho mercado.

Por ello, aunque la decisión adoptada en dicho asunto no lo indique expresamente en la misma, lo realmente relevante en este asunto no es el carácter exclusivo de la licencia en sí mismo, si no el poder que dicha exclusividad, junto con el resto de pactos recogido en el contrato, pasa a otorgar a dicha televisión alemana en el mercado de referencia.

Con la firma de dicha licencia la televisión alemana se convertía en la primera televisión que adquiriría con carácter exclusivo derechos sobre una filmoteca de un Estudio, que incluía películas de estreno y contenido Premium con carácter exclusivo, y que comprometía la competencia efectiva en el mercado de referencia creando barreras artificiales que impedían el acceso a televisiones competidoras a los mercados de referencia.

Así lo que realmente era relevante era el poder de mercado que adquiriría dicha televisión en el mercado de producto y geográfico donde se enmarcaba su actividad, y que impedía a terceros competidores pudieran tener acceso a dichas obras cinematográficas durante un periodo de tiempo muy prolongado, restringiendo así la competencia efectiva en la UE.

### 4.3. Conclusión

Cuando las televisiones de pago adquieren contenido cinematográfico de los grandes Estudios con carácter exclusivo y territorial para un determinado territorio no estarán, en principio, incurriendo en un ilícito colusorio prohibido por el artículo 101.1 TFUE, no obstante, habrá que estar en cada caso al contexto económico y jurídico en el que se encuentran dicha exclusividad.

Por ello, si las partes pactan una exclusividad que atendiendo al resto de sus pactos implique que su contenido y duración puede considerarse excesiva y desproporcionada, a la vista del contexto económico, y supone el establecimiento de barreras artificiales de tal forma que terceros competidores no puedan negociar, ni ostentar derecho alguno sobre dicho contenido durante un tiempo excesivamente largo, estaremos ante un pacto colusorio prohibido en el artículo 101.1 TFUE. Teniendo en cuenta además el poder que dicha exclusividad de duración desproporcionada otorga a la televisión que participa en la conducta, en relación con el resto de sus competidores.

## 5. Restricciones sobre ventas pasivas y exclusividad territorial absoluta.

La Comisión destaca en su web que trabaja para asegurar que los ciudadanos de la UE tengan acceso a contenido allí donde estén, para que, de acuerdo con la estrategia del Mercado Único Digital, los contenidos y servicios puedan estar disponibles en un entorno de internet sin fronteras.

Como hemos ido viendo a lo largo del presente trabajo, las televisiones de pago normalmente adquieren contenido para su emisión en exclusiva para un determinado territorio, y es práctica habitual la inclusión de cláusulas de geo-bloqueo para restringir territorialmente las emisiones vía online, por lo que cabría presuponer que también incluyan mecanismos para restringir territorialmente la emisión vía satélite.

Como indica SCHWEMER (2019, p 65) cita MAZZIOTTI (2015) las medidas de geo-bloqueo son instrumentos que sirven para hacer efectivas las cláusulas de territorialidad de los contratos, limitando el acceso online a un contenido protegido por derechos de autor a una audiencia con una lengua en común situada en un determinado territorio.

En el presente capítulo estudiaremos uno de los presupuestos colusorios más recientes en el que han participado las Estudios y la gran mayoría de las televisiones de pago de la UE, y que pone el foco en aquellos pactos que limitan la competencia transfronteriza de los servicios minoristas de las televisiones de pago en la UE, ya sea vía satélite u online, y que tienen como finalidad evitar que aquellos espectadores que estén situados fuera del territorio de la licencia tengan acceso al contenido cinematográfico objeto de esta.

### 5.1. Cláusulas que prohíben o limitan las ventas pasivas transfronterizas como ilícito colusorio.

En 2014 la Comisión incoó un procedimiento para investigar determinados pactos contenidos en los contratos suscritos entre Twentieth Century Fox, Warner Bros., Sony Pictures, NBCUniversal, Paramount Pictures y las televisiones de pago BSkyB en Reino Unido, Canal Plus en Francia, Sky Italia en Italia, Sky Deutschland in Alemania y DTS en España, las cuales prohibían o limitaban el acceso vía satélite y online a aquellos consumidores que estuvieran

Adquisición de contenidos cinematográficos por las plataformas de tv de pago y el derecho de la competencia.

fuera del territorio sobre el que se había otorgado exclusividad. Dicha investigación se extendió en 2015 frente a Walt Disney Company por las mismas prácticas.

En este sentido, a la Comisión le preocupaba que dichos pactos supusieran el establecimiento entre las partes de una exclusividad territorial absoluta que pudiera implicar un ilícito colusorio prohibido por el artículo 101.1 TFUE.

El TJUE ya se había calificado como colusorios los pactos por los cuales un proveedor de contenidos y una televisión habían fijado entre ellas una exclusividad territorial absoluta para la emisión de un determinado contenido en la zona cubierta por su licencia (FJ 142 STJUE 4/2011).

Añadiendo además que los pactos que compartimentan los mercados nacionales de los estados miembros o que dificultan la interpretación entre estos debían considerarse acuerdos ilícitos por restringir la competencia en la UE conforme al 101.1 TFUE. (FJ 139 STJUE 4/2011).

Así, en julio de 2015 la Comisión presentó un pliego de cargos frente a Paramount Pictures (“Paramount”) y BSkyB (“Sky”) por razón de los siguientes pactos (FJ 27 y 30, Dec. asunto AT.40.023 de la Comisión, de 7 de marzo de 2019):

- En cuanto a las emisiones vía satélite las partes acordaron que:
  - a) Sky se obligaba a no atender aquellas solicitudes de acceso enviadas por consumidores que se encontraran fuera del Reino Unido e Irlanda, y
  - b) Paramount se obligaba a no autorizar a terceros el uso de decodificadores que permitiera acceder al contenido objeto del contrato.
- En relación con la emisión por internet las partes acordaron que:
  - a) Sky se obligaba a impedir las emisiones fuera del citado territorio a través de tecnología de geo filtrado o tecnología similar y,
  - b) Paramount se obligaba a no autorizar emisiones sin geo filtrado o tecnología equivalente.

Como vemos, los mismos se refieren tanto a las emisiones vía satélite, como vía online, y ambos tienen con finalidad garantizar el carácter exclusivo y territorial absoluto del contrato, de tal forma que Sky se obligue a no atender las ventas pasivas provenientes de consumidores sitios fuera del territorio de la licencia.

Las Directrices Relativas a las Restricciones Verticales, indican que la Comisión define las ventas pasivas como las respuestas a pedidos no solicitados activamente procedentes de clientes, incluyendo la entrega de bienes o servicios a dichos clientes.

De esta forma, Sky se obligaba a no atender los pedidos no solicitados activamente procedentes de consumidores residentes en un país diferente al previsto como territorio en el contrato, y utilizar instrumentos de geo-bloqueo para impedir dicha respuesta. Y por su parte Paramount se obligaba a suscribir idénticos pactos con el resto de las televisiones con las que suscribiera licencias sobre dicho contenido.

Cabe recordar que los pactos que establezcan limitaciones o prohibiciones sobre ventas pasivas tienen la consideración de restricción de la competencia especialmente graves, dado que son una de las excepciones sobre las que no aplica las exenciones para determinadas categorías de acuerdos verticales del artículo 101.3 del TFUE (Artículo 4 R (UE) nº 330/2010), y siempre que un pacto contenga una restricción especialmente grave debe considerarse como una conducta colusoria de la competencia por objeto.

A la vista de lo anterior, la Comisión estimó correctamente que dichas cláusulas prohibían o limitaban la prestación por parte de Sky de sus servicios de televisión de pago minorista en la UE, por cuanto se obligaba a no atender las solicitudes de consumidores que estuvieran sitios fuera de Reino Unido e Irlanda, y que además obligaban a Paramount a prohibir o limitar la prestación de servicios de televisión de pago minorista de aquellos terceros con los que contratase, de tal forma que estos se comprometerían a no atender las solicitudes de consumidores sitios dentro de Reino Unido e Irlanda (FJ 46 Dec. asunto AT.40.023 de la Comisión, de 7 de marzo de 2019).

Por lo tanto, dichos pactos eran colusorios por objeto dado que las partes los habían fijado para prohibir o limitar las ventas pasivas transfronterizas de servicios de televisión de pago en la UE, garantizándose una exclusividad territorial absoluta (FJ 47, Dec. asunto AT.40.023 de la Comisión, de 7 de marzo de 2019).

Por otro lado, de nuevo la Comisión recordó que el otorgamiento de una licencia exclusiva para la emisión o transmisión de una película en un determinado territorio dentro de la UE por un plazo determinado no supone que dicho acuerdo sea por su propia naturaleza un pacto colusorio prohibido (FJ 37, Dec. asunto AT.40.023 de la Comisión, de 7 de marzo de 2019), y que en cambio, estaríamos ante un pacto restrictivo de la competencia cuando dicha licencia

incluyan pactos adicionales que impliquen el otorgamiento de una exclusividad territorial absoluta, como era el caso (FJ 39, Dec. asunto AT.40.023 de la Comisión, de 7 de marzo de 2019).

De nuevo, tal y como hemos visto en el capítulo anterior, no es la exclusividad territorial en sí misma lo que otorga la cualidad colusoria al pacto, si no que son otras cláusulas adicionales que convierten dicha exclusividad en absoluta, las que tienen como resultado un ilícito colusorio.

En este caso, el carácter territorial exclusivo del contrato, junto con los pactos que establecen la prohibición de atender a las ventas pasivas de clientes sitios fuera de dicho territorio, tiene como resultado un ilícito colusorio, por cuanto produce la compartimentación de los mercados nacionales de los estados miembros, restringiendo la competencia transfronteriza en el mercado de servicios minoristas de las televisiones de pago en la UE.

Dada la rotundidad de la Comisión, Paramount suscribió una serie de compromisos por los que se obligaba a no suscribir y/o renovar dentro del EEE ninguna licencia que obligara a las televisiones a no responder a ventas pasivas de consumidor situados fuera del territorio de la licencia, y a no exigir el cumplimiento de dichos pactos anticompetitivos de ningún contrato vigente.

La Comisión emitió una decisión en julio de 2016 conforme al artículo 9.1 del Reglamento (CE) 1/2003 aceptando los citados compromisos, y dando por finalizando el procedimiento.

Es importante destacar que este mismo procedimiento se extendió a los contratos que Sky había firmado con Walt Disney, NBCUniversal, Sony Pictures, y Warner y que incluían pactos similares, de ahí la importancia del caso. Siendo de prever además que los Estudios hubieran suscrito idénticos pactos también con el resto de las televisiones de pago de la UE, lo que por acumulación determinaba que la conducta afectara a la competencia transfronteriza de los servicios minoristas de las televisiones de pago en la mayor parte de la UE.

Por lo tanto, la Comisión no intentaba únicamente eliminar dichos pactos suscritos por Sky, si no que buscaba que los Estudios extendieran los efectos de sus compromisos a todo pacto que contuviera idénticos o similares acuerdos, todo ello dentro de su estrategia para establecer un mercado único digital en la UE. De hecho, la Comisión suscribió con el resto de los Estudios unos compromisos casi idénticos a los compromisos de Paramount, y en 2019

adoptó una decisión aceptando estos y dando por finalizando el procedimiento, con similar pronunciamiento al recogido en su decisión de 2016.

## 5.2. Extensión de los efectos de una decisión de la Comisión sobre terceros y la Teoría de la Doble Barrera.

Sabemos que el artículo 9 del Reglamento (CE) 1/2003 establece que una decisión adoptada sobre la base de dicho artículo no puede tener por objeto o por efecto convertir en obligatorios unos compromisos para aquellos operadores que no los hayan propuestos y no los hayan suscrito (FJ 94 STJUE 19/2020).

En 2014 Groupe Canal + había suscrito con Paramount un contrato de licencia para la adquisición de contenido audiovisual en exclusiva en Francia, que establecían la obligación de Groupe Canal + de utilizar tecnologías de geo-bloqueo para impedir el acceso al contenido fuera del territorio exclusivo, y que, por tanto, limitaba la capacidad de Groupe Canal+ de atender a las ventas pasivas de sus servicios fuera de Francia.

Dado que Paramount se había obligado frente a la Comisión a no exigir el cumplimiento de aquellas cláusulas contenidas en cuanto contratos que tuviera vigentes, que impidieran atender a las ventas pasivas fuera del territorio de la licencia, dichos compromisos afectaban directamente a la relación contractual de Groupe Canal + y Paramount, por lo que Groupe Canal + interpuso un recurso de anulación de la citada decisión de la Comisión.

Realmente, lo que más preocupaba a Groupe Canal + era que ciudadanos franceses decidieran, a la vista de los compromisos de Paramount, contratar los servicios de Sky en Reino Unido o en otros países de la UE.

El recurso fue desestimado por el Tribunal General (STG 2018/12), pero Groupe Canal + recurrió ante el TJUE, quién finalmente acordó anular la Sentencia del TG, y en consecuencia anuló la decisión de la Comisión (STJUE 19/2020), todo ello por las razones que explicaremos a continuación.

En primer lugar, debemos destacar que el TJUE entiende que la Sentencia del TG está correctamente motivada, y no incurre en ningún error de derecho al confirmar el carácter colusorio de los pactos acordados por Paramount y Sky. Lo que confirma que los pactos tienen por objeto eliminar la competencia en el mercado de la prestación de servicios

transfronterizos de radiodifusión de contenido audiovisual en la UE y suponen un ilícito colusorio del 101.1 TFUE.

No obstante, la Sentencia del TG y la decisión fueron anulada debido a que el TG se le olvidó uno de los principios más importantes del derecho de la competencia de la UE como es la teoría de la doble barrera, recogida en el artículo 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003, y que establece que los órganos jurisdiccionales nacionales cuando se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 101 o 102 TFUE, no pueden adoptar resoluciones incompatibles con una decisión previa adoptada por la Comisión.

El TG consideró (FD 104 STG 2018/12) que la Comisión no había violado el precepto número 9 del Reglamento (CE) 1/2003 y que la decisión no entraba en colisión con la libertad contractual de Groupe Canal +, debido a que esta podía acudir al juez francés para que declarase la compatibilidad de los pactos pertinentes con el artículo 101.1 TFUE, pero lo cierto es que siguiendo con la teoría de la doble barrera antes expuesta, difícilmente Groupe Canal + conseguiría un pronunciamiento de los tribunales que contraviniera a la Comisión.

Por ello, dice la Sentencia del TJUE que el TG incurrió en error al considerar que un órgano jurisdiccional nacional, en este caso los tribunales franceses, podrían declarar que las cláusulas restrictivas de la competencia de acuerdo con la decisión no infringían el artículo 101.1 TFUE, y que Groupe Canal + no podría solicitar al juez nacional que emitiera una sentencia contradiciendo a la Comisión y obligando a Paramount a cumplir los acuerdos pactados entre las partes. (FD 114 STUJE 19/2020).

Así el TJUE consideró que la sentencia del TG adolecía de un error de Derecho con relación a la proporcionalidad de la Decisión en lo que respecta a la vulneración de intereses de terceros, y en concreto, en lo que respecta a la vulneración de intereses que Group Canal + tenía pactado con Paramount.

Dado que difícilmente Groupe Canal + podría acudir a un tribunal nacional para que este resolviera a su favor, y confirmase la obligación de Paramount de cumplir con los compromisos que tenía firmados con Groupe Canal +, la Comisión se había excedido en su decisión al hacer valer los compromisos de Paramount a cualquier contrato que este tuviera suscrito con terceros. Por cuanto dichos terceros no podrían defender sus derechos ante un tribunal nacional.

A la vista de lo anterior, el 31 de marzo de 2021 la Comisión archivó el procedimiento y dio por anulada la Decisión de 2016 y revocando además la Decisión adoptada en 2019 con los otros Estudios, dado que el contenido de ambas era prácticamente idéntico.

### 5.3. Régimen jurídico UE sobre el acceso transfronterizo a obras cinematográficas.

Dado que el derecho de defensa de la competencia relacionado con las televisiones de pago, se ha centrado en los últimos años en eliminar aquellos pactos que restringen los servicios transfronterizos de las televisiones, vamos a estudiar a continuación, el régimen normativo de la UE sobre el acceso transfronterizo a obras cinematográfica.

Sabemos que la Directiva 93/83/CEE, introdujo en el derecho comunitario el principio de país de origen, según el cual, toda transmisión que realice un operador de radiodifusión vía satélite se entiende efectuada dentro del país desde el que realice la misma, aunque la transmisión llegue a otros países dentro de la UE. De esta forma, dicha norma pretende evitar que los operadores tengan que adquirir los derechos de emisión de una obra para toda la UE para sus emisiones vía satélite.

Por lo tanto, de acuerdo con dicho principio de país de origen, las televisiones de pago no necesitan contar con los derechos de emisión de una obra cinematográfica para toda UE, ya que las emisiones se entienden realizadas en el país donde estén situadas la televisión, y estarían facultadas para atender las ventas pasivas de consumidores sitios fuera del territorio de su licencia, sin infringir los derechos de autor que protegen dichas obras.

En cambio, el considerando 10 y el Artículo 1 de la Directiva (UE) 2019/789, cuyo clausulado tiene como finalidad facilitar la obtención de derechos para la prestación de servicios en línea, cuando estos sean accesorios a la emisión y retransmisión de determinados tipos de programas de radio y televisión, limita la aplicación del principio de país de origen a transmisiones en línea de programas de televisión de noticias y actualidad, y a producciones propias del organismo de radiodifusión, y excluye la aplicación de dicho principio cuando se refiera a producciones cinematográficas adquiridas mediante licencia o encargadas a productores.



Por lo que parece que los órganos legislativos de la UE, no tienen intención de extender el principio de país de origen a las emisiones vía online, para el visionado de obras cinematográficas adquiridas mediante licencia.

Si esto es así, parece que las televisiones de pago necesitarán adquirir derechos de emisión sobre dichas obras en el resto de los territorios de la UE, para atender a las ventas pasivas que reciban de ciudadanos residentes fuera del territorio de su licencia. Lo que hace prácticamente imposible que las televisiones puedan atender dichas ventas pasivas sin infringir los derechos de autor que protegen las obras.

Asimismo, el considerando 8º del Reglamento (UE) 2018/302, cuyo articulado tiene como finalidad prohibir el uso de instrumentos de geo-bloqueo que impidan el acceso, por razón de nacionalidad o lugar de residencia a servicios transfronterizos prestados por vía online en la UE, excluye expresamente de su ámbito de aplicación el acceso a obras sujetas por derechos de autor. Permitiendo así el uso de tecnologías de geo-bloqueo que restrinjan el acceso transfronterizo a servicios de las televisiones de pago, cuando el contenido objeto de dicho servicio sean obras cinematográficas.

Del mismo modo el artículo 1 del Reglamento (UE) 2017/1128, establece la obligación de los prestadores de servicios de contenidos en línea de garantizar a sus abonados el acceso al contenido cuando estos se encuentren temporalmente en otro estado miembro que no sea su residencia habitual, no incluyendo obligación similar alguna, cuando los consumidores que quieran acceder a dicho contenido residan en otro estado miembro. Por lo que, dicho reglamento nada prevé en cuanto a la obligación de atender a las ventas pasivas de servicios transfronterizos en la UE.

Por lo tanto, el trabajo de la Comisión que ha sido objeto de estudio en el presente capítulo, no parece estar en consonancia con la realidad legislativa de la UE, por cuanto ninguna de las normas anteriores facilita a las televisiones la posibilidad de atender a las ventas pasivas que le sean remitidas por espectadores que residan en otro territorio de la UE, para que puedan acceder vía online a obras cinematográficas adquiridas mediante licencias, sin necesidad de obtener los derechos de emisión para todos los territorios desde donde se soliciten dichas ventas pasivas.

Nos surge la duda sobre por qué tiene tanta importancia para el manteniendo de la competencia efectiva en el mercado de servicios transfronterizos de servicios de las televisiones de pago en la UE, que las televisiones puedan atender las solicitudes de ventas pasivas de consumidores sitios en otros territorios que quiere acceder a obras cinematográficas, si el régimen jurídico comunitario no prevé que las televisiones puedan dar respuesta a dichas ventas pasivas sin infringir los derechos de autor que protegen las obras, y permite la incorporación de instrumentos de geo-bloqueo.

#### 5.4. Conclusión.

Tras el análisis anterior, podemos concluir que las cláusulas que establezcan una exclusividad territorial absoluta para la explotación de una licencia de emisión de obras cinematográficas son ilícitos colusorios.

Asimismo, de nuevo podemos confirmar que no es la exclusividad en sí misma lo que otorga la cualidad colusoria a un determinado pacto, si no que habrá que estar al contenido de sus cláusulas adicionales.

De esta forma carácter territorial exclusivo de un contrato, junto con otras cláusulas que establezcan la prohibición de atender a las ventas pasivas de clientes sitios fuera de dicho territorio, implican una compartimentación de los mercados nacionales de los estados miembros, y restringe la competencia transfronteriza de los servicios minoristas de las televisiones de pago en la UE.

Por otro lado, la Comisión al emitir sus decisiones no puede extender los efectos de esta a los pactos que las partes hubieran suscrito con terceros, dado que, de acuerdo con la teoría de la doble barrera, estos no podrán acudir a los tribunales jurisdicciones nacionales para solicitar que emitan una resolución contraria a la decisión de la Comisión.

Por último, el régimen normativo de la UE sobre el acceso transfronterizo a las obras cinematográfica, no prevé mecanismos específicos y claros que permitan atender a las ventas pasivas cuando se refiere al acceso vía online a obras cinematográficas adquiridas por licencia.

Asimismo, el Reglamento (UE) 2018/302, permite el uso de medidas de geo-bloque que limiten el acceso transfronterizo a servicios de las televisiones de pago, cuando el contenido objeto de dicho servicio sean obras cinematográficas. En consecuencia, el trabajo de la

Comisión que ha sido objeto de estudio en el presente capítulo no parece estar en consonancia con la realidad legislativa de la UE.

## 6. Cláusula de “Nación más Favorecida” como forma de fijación de precios en el mercado de adquisición de contenido en la UE.

Dentro de la lista de prácticas restrictivas de la competencia más habituales prohibidas por el artículo 101.1 TFUE, destaca la conducta prevista en su apartado a), y que consiste en aquellos acuerdos por los que las partes fijan « (...) directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción (...)».

Por lo tanto, aquellos acuerdos por los que las partes decidan fijar cualquier tipo de precios serán, en principio, consideradas un ilícito colusorio por cuanto restringe la libertad de fijación de precios de las partes en el mercado relevante.

Relacionado con dicha conducta colusoria, vamos a analizar en este capítulo los efectos restrictivos de la competencia de las denominadas Cláusulas de “Nación más Favorecida” (“**NMF**”) incorporadas por los Estudios y las televisiones de pago en los contratos de adquisición de contenido cinematográfico.

### 6.1. Qué son las cláusulas de Nación Más Favorecida.

Las cláusulas de NMF tienen su origen en los tratados de comercio internacionales. Actualmente, las empresas incorporan dichos pactos a sus contratos, con la finalidad de prever un mecanismo que permita a una de las partes extender a su relación contractual a aquellas condiciones más beneficiosas que la otra parte ofrezcan a terceros.

Dichas condiciones más beneficiosas se pueden referir a determinadas condiciones económicas ofrecidas a terceros, como el precio de adquisición de productos o servicios, o incluso al precio de reventa de los bienes o servicios objeto del contrato, así como otro tipo de condiciones comerciales acordadas por las partes.

Dependiendo de la redacción concreta de las cláusulas NMF podemos diferenciar tres tipos de cláusulas:

- a) En primer lugar, las cláusulas NMF pueden establecer que será el licenciante o vendedor quien tendrá derecho a beneficiarse de las condiciones económicas más favorables que alcance este con otros licenciantes o compradores con los que suscriba un acuerdo con idéntico o similar objeto. Este supuesto, presupone la mejora de las condiciones económicas o comerciales pactas en el contrato a favor de una de las partes. Como vemos en la siguiente figura 1 la cláusula NMF iguala las condiciones entre el vendedor o licenciante 1 y el vendedor o licenciante 2.

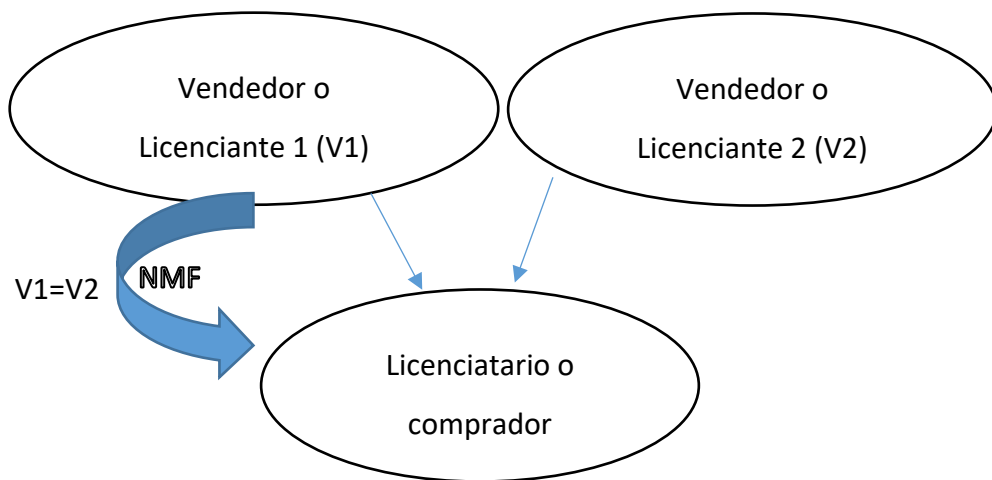


Figura 1: NMF a favor del licenciante o vendedor.

- b) En segundo lugar, existen cláusulas de NMF que afectan a condiciones de contratación entre mayoristas, por las que las partes pactan que será el licenciatario o comprador quien tendrá derecho a beneficiarse de las condiciones económicas más favorables que alcance el licenciante o vendedor con otros licenciantes o proveedores con los que suscriba un acuerdo con idéntico o similar objeto que el suscrito entre las partes. Este supuesto, presupone la mejora de las condiciones económicas o comerciales pactas a favor de una de las partes. La figura 2 siguiente muestra como las cláusulas NMF igualan las condiciones entre el licenciatario 1 y el licenciatario 2.

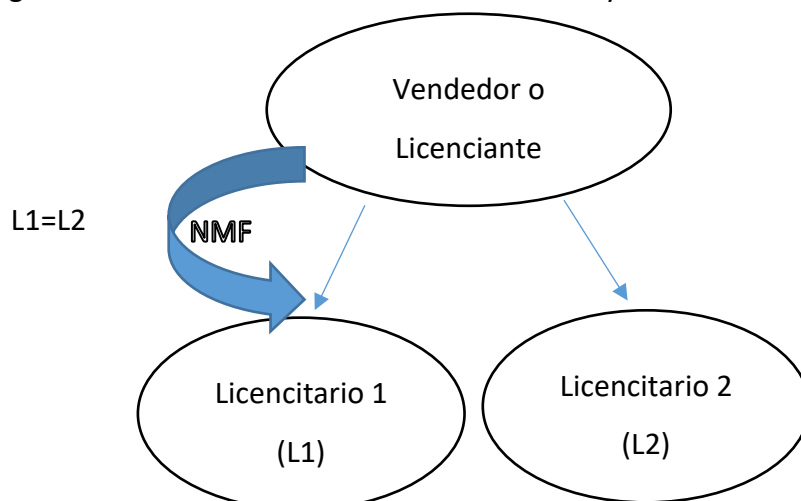


Figura 2: NMF a favor del licenciataro o distribuidor.

- c) Por último, también se dar cláusulas NMF por las que las partes pactan la actualización del precio de reventa de los productos o servicios al precio más bajo que acuerde un licenciataro o comprador con otros licenciantes o vendedores. Este supuesto, mejora las condiciones económicas o comerciales de reventa del producto o servicios adquirido o licenciado, normalmente fijando un nuevo precio a la baja. La figura 3 siguiente muestra como las cláusulas NMF igualan las condiciones de precio de reventa del producto 1 y el producto2.

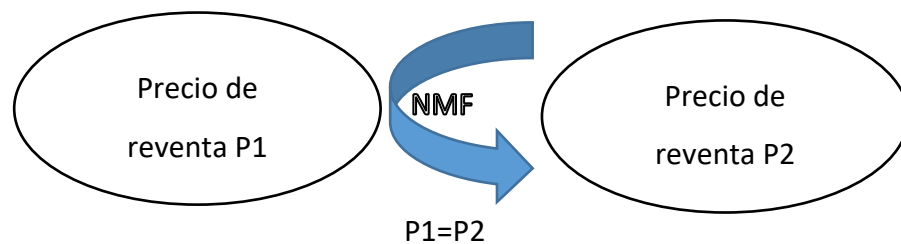


Figura 3: Se acuerda igualar el precio de reventa de un producto o servicio.

## 6.2. El alineamiento de precios como ilícito colusorio.

En lo que al mercado de las televisiones de pago y el derecho de la competencia se refiere, en 2004 la Comisión inició un procedimiento para investigar los efectos colusorios de este tipo de cláusulas incorporadas por seis Estudios en los contratos por los que licenciaban todo el contenido de su filmoteca por un tiempo determinado a las televisiones de pago de la UE. (Asunto 38427 Comisión).

De acuerdo con la redacción de dichas cláusulas, los Estudios tenían derecho a que les fueran de aplicación los términos económicos más beneficiosos que las televisiones acordasen con cualquier otro Estudio competidor.

Estaríamos, por tanto, ante el tipo de cláusulas NMF descrita en la figura 1 anterior, donde los Estudios, como licenciantes del contenido cinematográfico de su filmoteca, pasan a ostentar un derecho automático a beneficiarse de las mejores condiciones económicas que las televisiones de pago, como licenciataras, acuerden con el resto de Estudios.

La incorporación de dichos pactos en los contratos de licenciamiento de derechos de emisión de contenido por parte de los Estudios y las televisiones de pago podrían suponer un ilícito

colusorio, por cuanto producían un alineamiento de los precios a los que las televisiones de la UE podían adquirir derechos para la emisión de contenido.

De esta forma, si una televisión estaba interesada en pagar un precio mayor a un Estudio debido al carácter relevante de las obras cinematográficas que se iban a incluir en el contrato o por razón de cualquier otra causa, estaba obligada a satisfacer un incremento al resto de Estudios con los que tuviera suscrito un acuerdo que incluyera una cláusula NMF, lo que claramente límite la libertad negociadora de dicha televisión cuando adquiere contenidos.

Por otro lado, dado que los pactos de NMF se habían suscrito por los Estudios con diferentes televisiones sitas en distintos países de la UE, dicha práctica podría afectar al comercio entre los Estados de la UE.

Consideramos que se trata de cláusulas que limitan la capacidad de las televisiones para negociar y fijar libre e independientemente los precios que afectan a su negocio.

Se produce así una fijación de precios de manera indirecta, ya que determina el precio al que las televisiones podían adquirir contenido en la UE, y teniendo en cuenta el efecto acumulativo de dichos pactos, dado que se habían incorporado en la mayoría de los contratos suscritos por los Estudios y televisiones, consideramos que supone un claro ejemplo de una conducta colusoria recogida en el artículo 101.1 apartado a del TFUE.

Por otro lado, creemos que el hecho de que dichos pactos estuvieran previstos por todos los Estudios para la mayoría de las televisiones de la UE, demuestra el alto grado de poder que dichas productoras tienen en relación con los servicios que prestan las televisiones de pago. Y nos preguntamos, si en el caso de que hubiera continuado la investigación, la Comisión no se habría encontrado con un verdadero cartel.

Todos los Estudios, excepto dos, decidieron eliminar unilateralmente dichas cláusulas de sus contratos, y no incluirlas en el futuro en los acuerdos, por lo que parece que los propios Estudios fueron conscientes del carácter colusorio de dichos pactos. La Comisión siguió investigando las cláusulas de NMF contenidos en los contratos de los dos Estudios que no aceptaron eliminarlas de sus contratos, pero no hemos visto que la Comisión haya hecho avance alguno en estos dos supuestos.

### 6.3. Conclusión.

Como hemos visto en este capítulo, las televisiones de pago y los Estudios incorporaron a sus contratos para la adquisición de derecho de emisión de su filmoteca unos pactos que establecía que el Estudio tenían derecho a que le fueran de aplicación los términos económicos más beneficiosos que la televisión acordase con cualquier otro Estudio competidor. Dichos pactos se denominan cláusulas de NMF.

Los citados pactos conducen a una fijación de forma indirecta de los precios a los que las televisiones de pago puede adquirir contenido para incorporar a sus parrillas, y dado que dichas estipulaciones se habían pactado por todos los Estudios con la gran mayoría de televisiones de la UE, su efecto cumulativo, supondrían una alineación de los citados precios en la UE, restringiendo la competencia en dicho mercado, por lo que dichos pactos supondrían un ilícito colusorio prohibido por el artículo 101.1 TFUE.

## 7. Conclusiones.

A continuación, pasamos a resumir las conclusiones más importantes que hemos alcanzado tras el estudio y redacción del presente informe sobre la adquisición de derechos para la emisión de obras cinematográficas por partes de las televisiones de pago, y el derecho de la competencia en la UE:

**Primera.-** La mayor parte de los pactos incluidos en los acuerdos formalizados por las televisiones de pago para la adquisición de contenido cinematográfico, que han sido objeto de análisis por las autoridades de competencia de la UE por considerar que eran susceptibles de restringir la competencia en el mercado único europeo, parten del carácter territorial y exclusivo de dichas licencias y de sus efectos en el mercado interior único.

Los Estudios licencian sus producciones cinematográficas a las diferentes televisiones de pago sitas en la UE a través de licenciamientos que otorgan un derecho exclusivo y excluyente para la explotación de la obra cinematográfica en un determinado territorio.

Por su propia naturaleza este tipo de licenciamiento no son restrictivos de la competencia en la UE. Por ello, cuando las televisiones de pago formalizan una licencia para emitir con carácter exclusivo en un territorio determinado contenido cinematográfico no estarán, en principio, incurriendo en un ilícito colusorio prohibido por el artículo 101.1 TFUE

No obstante, habrá que estar al contexto económico y legal en el que se enmarcan dichas licencias exclusivas.

El carácter colusorio viene determinado por otros pactos adicionales que recogen los contratos de adquisición de derechos cinematográficos, que, junto al carácter territorial y exclusivo de la licencia, son capaces de afectar o restringir la competencia en el mercado relevante.

**Segunda.-** Antes de pasar a concluir qué otros pactos adicionales pueden producir dicho efecto restrictivo de la competencia en la UE, debemos determinar cuál es el mercado relevante para las televisiones de pago.

Los dos principales mercados de producto donde la competencia puede quedar mermada por la práctica colusoria en cuestión, son el mercado de adquisición de contenidos de obras cinematográficas y el mercado minorista de servicios de televisión de pago.

El mercado geográfico de referencia será la UE, ya que dichos pactos colusorios afectan al comercio entre los estados miembros, debido a que los Estudios suelen contener los mismos pactos en todos los contratos de licenciamiento de contenido que suscriben con las televisiones sitas en los diferentes países de la UE.

El mercado minorista de servicios de televisión de pago no incluirá a las televisiones en abierto y en cambio, si incluirá a los operadores OTT.

El mercado de adquisición de derechos de emisión de películas podrá subdividirse en diferentes mercados relevantes cuando el contenido licenciado por los Estudios sea de catálogo o de estreno, y en su caso para cada modalidad de emisión.

**Tercera.-** Son pactos adicionales que pueden producir un efecto restrictivo de la competencia en la UE, aquellos que otorguen una exclusividad de duración excesiva y desproporcionada, y que suponga la creación de barreras de entrada para aquellos competidores que quisieran obtener derechos sobre el contenido de la licencia durante demasiado tiempo.

Dicha exclusividad excesivamente larga concede un poder de mercado a la televisión de pago en el mercado de producto y geográfico donde se enmarcaba su actividad, que impide a terceros competidores el acceso a dichas obras cinematográficas durante un periodo de tiempo muy prolongado, restringiendo así la competencia efectiva en la UE.



**Cuarta.-** Son también pactos adicionales que pueden producir un efecto restrictivo de la competencia en la UE, aquellos que establezcan entre las partes de una exclusividad territorial absoluta.

Los pactos que tenga por finalidad prohibir o limitar la capacidad de las televisiones para dar respuesta a las ventas pasivas de servicios de televisión de pago entre las fronteras de los países miembros de la UE, se consideran acuerdos restrictivos de la competencia por objeto, por cuanto limitan la competencia en el mercado de los servicios minoristas de las televisiones de pago en la UE.

**Quinta.-** Los órganos jurisdiccionales nacionales cuando se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 101 o 102 TFUE, no pueden adoptar resoluciones incompatibles con una decisión previa adoptada por la Comisión (artículo 16.1 del Reglamento (CE) 1/2003).

La Comisión cuando emita una decisión no puede vulnerar intereses de terceros que no hayan sido parte en el procedimiento, y cuya libertad contractual puede verse desprotegida por los efectos de los compromisos previstos en la decisión, ya que dichos terceros no podrán acudir a su juez nacional para obtener un pronunciamiento en contra de la decisión.

**Sexta.-** El régimen jurídico de la UE sobre el acceso transfronterizo a obras cinematográfica difiere enormemente dependiendo de la tecnología utilizada por la televisión para la comunicación de la misma. Esta situación normativa, implica que las televisiones de pago no tengan la misma protección jurídica cuando deban atender las ventas pasivas de ciudadanos de territorios fuera del territorio de su licencia, si se trata de emisión vía satélite o de emisión online.

Sin embargo, la Comisión no hace diferencia alguna en cuanto al carácter colusorio de los pactos que limitan la respuesta de las televisiones a las ventas pasivas vía satélite y vía online.

Las televisiones que emitan sus contenidos vía satélite no necesitan adquirir los derechos de emisión del contenido para toda la UE, ya que las emisiones se entienden realizadas en el país donde estén situadas la televisión, y estando facultadas para atender las ventas pasivas de consumidores sitios fuera del territorio de su licencia, sin infringir los derechos de autor que protegen dichas obras.

El régimen jurídico actual de la UE no facilita a las televisiones la posibilidad de atender a las ventas pasivas que le sean remitidas por ciudadanos que residan en otro territorio de la UE, para que puedan acceder vía online a obras cinematográficas adquiridas mediante licencias.

Por lo tanto, las televisiones de pago necesitarán adquirir derechos de emisión sobre dichas obras en el resto de los territorios de la UE, para atender a las ventas pasivas que reciban de ciudadanos residentes fuera del territorio de su licencia.

El régimen jurídico actual permite el uso de tecnologías de geo-bloqueo que restrinjan el acceso transfronterizo a servicios de las televisiones de pago, cuando el contenido objeto de dicho servicio sean obras cinematográficas, por lo tanto, las televisiones pueden utilizar este tipo de tecnología no atender a las ventas pasivas que puedan darse fuera del territorio de su licencia.

**Séptima.-** Fuera del carácter territorial de las licencias, otro de los pactos objeto de investigación por la Comisión han sido las cláusulas de NMF, incorporados por los Estudios y las televisiones de pago en sus contratos de adquisición de derechos de emisión sobre la filmoteca de los Estudios.

Dichas cláusulas preveían un derecho a favor de los Estudios, por el que tendrían derecho a que les fueran siempre aplicables las condiciones económicas más beneficiosas que las televisiones acordasen con terceros Estudios, produciéndose así un alineamiento de los precios a los que las televisiones adquirirían los derechos de comunicación sobre dicho contenido, fijando así de manera indirecta, el precio de los contenidos cinematográficos en el mercado relevante de adquisición de contenidos cinematográficos de la UE.

En definitiva, cuando las televisiones de pago en la UE adquieren los derechos sobre obras cinematográficas, deberán prestar especial atención a los pactos que creen una exclusividad territorial excesiva o absoluta, y aquellos que supongan la fijación directa o indirecta de los precios de adquisición de dichos contenidos, teniendo en cuenta el efecto acumulativo de dichos pactos.

No obstante, no está clara cuál será la práctica decisoria de la Comisión en el futuro en cuanto a aquellos pactos que limiten el acceso transfronterizo vía online de obras cinematográficas, como la incorporación de las cláusulas de geo-bloqueo.

## Referencias bibliográficas

### Bibliografía básica

- SCHWEMER, S. Licensing and Access to Content in the European Union: Regulation between Copyright and Competition Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

### Bibliografía complementaria

- GONZÁLEZ-DÍAZ F.R. y BENNETT M. The law and economics of most-favoured nation clauses. 2015.
- IBAÑEZ COLOMO, P. Copyright Licensing and the EU Digital Single Market Strategy. The Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property, and High Tech.
- IBAÑEZ COLOMO, P. Copyright reform against the background of Pay Tv and Murphy: a legal Analysis.
- JIMÉNEZ SERRANÍA, V. El acceso a los contenidos en línea en el mercado interior de la UE. Cuadernos jurídicos: Instituto de Derecho de Autor 15 º aniversario, 2020.

### Informes

- CNMC. Informe Propuesta segunda fase. Asunto C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS. 2015. Disponible en: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/755700\\_18.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/755700_18.pdf)
- Comisión Europea. Impact Assessment accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council to ensure the cross-border portability of online content services in the internal market. 2015. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52015SC0270>
- Comisión Europea. Informe final de la investigación sectorial sobre el comercio electrónico. 2017. Disponible: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_final\\_report\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_es.pdf)
- Observatorio Europeo Audiovisual. Territoriality and financing of audiovisual works: latest developments. 2019. Disponible en:

[https://search.coe.int/observatory/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016809a417c](https://search.coe.int/observatory/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016809a417c)

- Observatorio Europeo Audiovisual. Copyright Licensing Rules in the UE. 2020. Disponible en: <https://rm.coe.int/iris-plus-2020en1/16809f124b>
- Regulation online TV and Radio broadcasting. EU Legislation process. Marzo 2019. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/620217/EPRS\\_BRI\(2018\)620217\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/620217/EPRS_BRI(2018)620217_EN.pdf)

### Legislación citada

- Directiva (UE) 2019/789 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se establecen normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea de los organismos de radiodifusión y a las retransmisiones de programas de radio y televisión. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0789>
- Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993 sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-81625>
- Reglamento (CE) No 1/2003 DEL CONSEJO de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado EEE. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2003/001/L00001-00025.pdf>
- Reglamento (UE) 2017/1128 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, relativo a la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior pertinente a efectos del EEE. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R1128&from=DE>
- Reglamento (UE) Reglamento (UE) 2018/302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2018, sobre medidas destinadas a impedir el bloqueo geográfico injustificado y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad, del lugar de residencia o del lugar de establecimiento de los clientes en el mercado interior y por el que se modifican los Reglamentos (CE) nº 2006/2004 y (UE) 2017/2394 y la

Adquisición de contenidos cinematográficos por las plataformas de tv de pago y el derecho de la competencia.

Directiva 2009/22/CE. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2018-80417>

- Reglamento de la UE nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101.3 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO 2010 L 102/1). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2010-80674>
- Tratado Funcionamiento de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007 - Diario Oficial nº C 326 de 26/10/2012 p. 0001 - 0390. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

### Guías y Comunicaciones EU

- Comisión Europea. Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. (Diario Oficial C372 de 9.12.1997). Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=DA](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=DA)
- Comisión Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales. (2010/C 130/01). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52010XC0519%2804%29>

### Decisiones y asuntos de la Comisión Europea

- Decisión de la Comisión de 15 de septiembre de 1989, en el asunto IV/31.734- Adquisición de películas por parte de cadenas de televisión alemanas. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31989D0536&from=EN>
- Decisión de la Comisión de 7 de marzo de 2019, en el asunto AT.40.023. Acceso transfronterizo a la televisión de pago de 7 de marzo de 2019. Disponible en: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40023/40023\\_5273\\_5.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40023/40023_5273_5.pdf)
- Decisión de la Comisión de fecha 14 de agosto de 2002, en el asunto M.2845- Sogecable/CSD/Vía Digital. Disponible

- en:[https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2845\\_20020814\\_30\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2845_20020814_30_es.pdf)
- Decisión de la Comisión de fecha 2 de abril de 2003, en el asunto M.2876-News Corp/Telepiù. Disponible en:[https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2876\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2876_en.pdf)
  - Decisión de la Comisión de fecha 21 de diciembre de 2010, en el asunto M.5932-NewsCorp/BskyB. Disponible en:[https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5932\\_20101221\\_20310\\_1600159\\_EN.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5932_20101221_20310_1600159_EN.pdf)
  - Decisión de la Comisión de fecha 21 de diciembre de 2011 en el asunto M.6369-HBO/Ziggo/HBO Nederland. Disponible en:[https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6369\\_20111221\\_20310\\_2272191\\_EN.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6369_20111221_20310_2272191_EN.pdf)
  - Decisión de la Comisión de fecha 25 de junio de 2008, en el asunto M.5121-News Corp/Premiere. Disponible en:[https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5121\\_20080625\\_2021\\_2\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5121_20080625_2021_2_en.pdf)
  - Publicación de prensa de la Comisión de fecha 26 de octubre de 2004, en el asunto 38427- “Pay Television Film Output Agreement”. Disponible en:[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_04\\_1314](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_04_1314)

### Jurisprudencia referenciada

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League Ltd y otros, C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0403&from=es>
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 6 de octubre de 1982, Coditel II, C-262/81, EU:C:1982:334. Disponible en:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61981CJ0262&from=ES>
- Sentencia del Tribunal General de la UE, de 12 de diciembre de 2018, Groupe Canal + contra Comisión Europea, T-873/16, EU:T:2018:904. Disponible

Adquisición de contenidos cinematográficos por las plataformas de tv de pago y el derecho de la competencia.

en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=E2BD04625DAC6E3645042938EC7E02D2?text=&docid=235301&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1567937>

- Sentencia Tribunal de Justicia de la UE, de 9 de diciembre de 2020, Groupe Canal + contra Comisión Europea, C-132/19 P, EU:C:2020:1007. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=E2BD04625DAC6E3645042938EC7E02D2?text=&docid=235301&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1567937>

### **Páginas web**

- «Comisión Europea». Competition in the media sector. 15 de septiembre de 2021. Disponible en: [https://ec.europa.eu/competition/sectors/media/overview\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/sectors/media/overview_en.html)

## Listado de abreviaturas

CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
Coditel II	Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 1982, asunto C-262/81
Comisión	Comisión Europea
Contenido de Catálogo	Producciones que forman parte de las filmotecas de los Estudios
DVD	Disco Versátil Digital
EEE	Espacio Económico Europeo
Estudio/s	Grandes productoras y distribuidoras de Hollywood
IPTV	Televisión por Protocolo de Internet
NMF	Cláusulas de Nación Más Favorecida
OTT	Operadores <i>“Over the Top Technology”</i>
Paramount	Paramount Pictures International Limited y Viacom Inc.
Premium	Películas de Estreno de los Estudios
Sky	Sky UK Limited y Sky Plc
SVOD	<i>“Subscription Video on Demand”</i>
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea
TDT	Televisión Digital Terrestre
TFUE	Tratado Fundacional de la Unión Europea
TG	Tribunal General
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TVOD	<i>“Transactional Video on Demand”</i>
UE	Unión Europea
VOD	<i>“Video on Demand”</i>



