

## **RESOLUCION**

(Expediente S/0171/09 FILMAX)

## **CONSEJO**

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente  
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente  
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero  
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero  
D<sup>a</sup>. Pilar Sánchez Núñez, Consejera  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup>. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 15 de febrero de 2010

EL PLENO del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el señor Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, ha dictado Resolución en el Expediente S/0171/09 iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por la Sociedad Anónima de Deportes y Espectáculos (SADE) contra FILMAX ENTERTAINMENT SA. y SOGEDASA (Sociedad General de Derechos Audiovisuales SA), por existencia de indicios de infracción de los Artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, con fecha 17 de Febrero del 2009, dicta una Resolución en el Expediente 07/2009 Distribución de Cine, en cuya Parte Dispositiva *ACUERDA*: (1) Estimar la Propuesta del Servicio Vasco de Defensa de la Competencia de archivo del expediente sancionador 7/2009, Distribución de Cine, por pérdida de competencia y remitir el expediente original a la Comisión Nacional de la Competencia; y (2) Archivar el expediente de medidas cautelares solicitadas con relación al expediente sancionador Distribución de Cine por pérdida de competencia y remitir el expediente original a la Comisión Nacional de la Competencia (Folios 1 y siguientes).

El Expediente 7/2009 fue iniciado por el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia a virtud de un escrito de denuncia presentado por la Sociedad Anónima Deportes y Espectáculos (Folios 7 y siguientes) en el que *SOLICITABA* se tenga formulada denuncia contra FILMAX

ENTERTAINMENT y SOGEDASA por prácticas colusorias prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia e incoe un procedimiento sancionador contra tal empresa que en su día termine con una resolución administrativa que: (1) las actuaciones realizadas por FILMAX Entertainment en relación con SADE y la película “Slumdog Millionaire” son conductas prohibidas por la ley ; (2) se ordene a dicha empresa cesar inmediatamente en la práctica de tales acciones, tanto en el caso presente como en futuras operaciones comerciales con SADE; y (3) anule la prohibición actual de FILMAX de que SADE exhiba la citada película en el cine Príncipe y ordene a FILMAX a proporcionar una segunda copia a SADE, en las condiciones normales de mercado, para su exhibición libre en el resto de sus salas.

Por medio de OTROSI DIGO solicitaba la adopción de una medida cautelar consistente en a) dar por no existente para SADE la prohibición de FILMAX consistente en prohibir a SADE exhibir la película citada en su cine Príncipe; y (b) ordenar a FILMAX que proporcione una segunda copia de la citada película antes del viernes día 20 de Febrero del 2009.

**SEGUNDO.-** La Dirección de Investigación dicta las siguientes resoluciones administrativas:

1º el día 9 de Marzo del 2009 en la que establece “haberse recibido, el día 20 de febrero del 2009, escrito del servicio Vasco de Defensa de la Competencia por el que se remite copia de la denuncia presentada por la empresa Sociedad Anónima Deportes y Espectáculos (SADE)...” (Folios 128 y siguientes). Y en aplicación del Artículo 1 de la Ley 1/2002 de 21 de Febrero, de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, el carácter estatal o autonómico de la denuncia y, por tanto, la autoridad competente para su resolución, se requiere a FILMAX subsane y cumplimente determinada información.

Requerimiento que es cumplimentado por FILMAX en escrito fechado el día 13 de Marzo (Folios 134 y siguientes).

2º el día 7 de Septiembre del 2009, con amparo en el Artículo 49.2 LDC, acuerda llevar a cabo una *información reservada*, como diligencia previa a la incoación de expediente sancionador, si ello procediere en su caso (Folios 182 y siguientes). Y con amparo en el Artículo 39 LDC requiere a SADE para que facilite información y aporte datos.

SADE en escrito fechado el día 15 de Septiembre da cumplimiento al requerimiento (Folios 187 y siguientes).

FILMAX en escrito fechado el día 16 de Septiembre contesta el requerimiento (Folios 200 y siguientes).

3º el día 14 de Octubre del 2009 requiere a FILMAX ENTERTAINMENT SA., (Folios 212 y siguientes) para que facilite determinada información y aporte datos.

FILMAX, en escrito fechado el día 28 de Octubre, contesta el requerimiento (Folios 225 y siguientes).

4º en esta misma fecha, requiere a SADE (Folios 217 y siguientes) para que facilite determinada información y aporte datos.

SADE, en escrito fechado el día 23 de Octubre, contesta el requerimiento (Folios 222 y siguientes).

5º el día 5 de Noviembre del 2009, nuevamente requiere a SADE (Folios 238 y siguientes) para que facilite información.

SADE, con fecha 25 de Noviembre, contesta el requerimiento (Folios 249 y siguientes).

**TERCERO.-** La Dirección de Investigación, el día 21 de Enero del 2010, eleva a este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia *Propuesta de Archivo*, de conformidad con lo previsto en el Artículo 49.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y la no incoación de expediente sancionador, por considerar que no hay indicios de infracción.

**CUARTO.-** Este Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 10 de Febrero del 2010.

## **HECHOS PROBADOS**

**PRIMERO.-** Las *partes* afectadas por el presente expediente son:

1º La SOCIEDAD ANONIMA DE DEPORTES Y ESPECTÁCULOS (SADE), denunciante. Es una empresa dedicada a la explotación de salas de cine en San Sebastián. En la actualidad dispone de 3 complejos de multicines (el Príncipe, el Antiguo Berri y el Trueba) con 20 salas en total y 2508 butacas. Su cuota de mercado es del 69% de las salas comerciales de la ciudad.

2º FILMAX es un grupo empresarial que se dedica a la explotación de obras audiovisuales en el territorio español y a su exhibición en salas comerciales de cine, así como a la producción de contenidos. En la actualidad FILMAX ENTERTAINMENT SA., es la sociedad matriz del Grupo y la Sociedad General de Derechos Audiovisuales SA., (SOGEDASA) es la filial que se dedica, entre otras actividades, a la adquisición de los derechos para explotar producciones internacionales en España y a la explotación de dichos derechos para sí misma o a través de terceros.

3º Existe otra empresa que regenta el multicine Oscar La Bretxa, también en el centro de la ciudad de San Sebastián, a unos 300 metros de El Príncipe, con 9 salas y 1400 butacas.

**SEGUNDO.-** En orden a la determinación de los mercados relevantes, decir : (i) en cuanto al *mercado geográfico*, siguiendo la doctrina del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, Resolución r651/05 Cines de Andalucía, “existen dos mercados diferentes : el mercado mayorista de distribución de películas, que tiene una dimensión nacional ; y el mercado minorista de exhibición de películas, que tiene un alcance local”. La práctica denunciada tiene lugar en el mercado mayorista de distribución de películas, si bien produciría sus efectos en el mercado minorista de exhibición de películas. En cualquier caso, la conducta denunciada es el resultado de una política de distribución a nivel nacional, por parte de FILMAX, que supera el ámbito autonómico.

(ii) en cuanto a los *mercados de producto*, las actividades económicas afectadas por la denuncia están relacionadas con el sector de la distribución de cine. Sector que siguiendo las pautas del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (Resolución 588/05 The Walt Disney Company Iberia SL., y otros) se estructura en tres niveles: la producción, responsable de la creación del producto película; la distribución, que adquiere a las productoras los derechos de comercialización de sus películas; y la exhibición, que adquiere de la distribución el derecho a exhibirlas y que proyecta en sus salas. Por ello, “la distribución cinematográfica se configura como una actividad mediadora entre producción y consumo: el distribuidor recibe las películas del productos y las sirve a los exhibidores o salas de proyección que, a su vez, sitúan las películas en posición de ser consumidas por los clientes (los espectadores cinematográficos)”.

Los productores poseen un derecho de explotación cinematográfica y están ligados a los distribuidores por un contrato que, normalmente reviste la forma de un *mandato*, en virtud del cual son titulares de un derecho de distribución exclusivo sobre determinadas películas, para todo o una parte del territorio nacional. Lo que quiere decir que, para alquilar una película concreta *sólo existe un oferente en el mercado*.

Las distribuidoras se pueden clasificar en grandes y medianas o pequeñas. Las primeras trabajan en todo el territorio nacional y pueden ser filiales de distribuidoras y estudios norteamericanos o bien distribuidoras de origen nacional. Las distribuidoras medianas y pequeñas pueden ser de zona (operan en una única zona de distribución) o regionales (llevan a cabo su actividad en varias zonas).

En consecuencia con lo anterior, los mercados relevantes serían los siguientes, a los efectos del presente expediente: mercado mayorista de distribución de películas, cuya oferta está ligada verticalmente a la del mercado de servicios minoristas de exhibición de películas; y mercado minorista de exhibición de películas, verticalmente relacionado con el anterior.

**TERCERO.-** Sentado lo anterior, asumiendo el desarrollo argumental de la Dirección de Investigación, se deducen los siguientes hechos:

1º SADE es una empresa dedicada a la explotación de salas de cine en San Sebastián. En la actualidad dispone de 3 Salas Multicines (el Príncipe, el Antiguo Berri y el Trueba especializado en versión original) que cuentan con 20 salas y 2.508 butacas. Dicha cifra supone,

aproximadamente, el 69% de las salas comerciales de la ciudad, existiendo sólo otra empresa que regenta el multicine Oscar La Bretxa, con 9 salas y 1.400 butacas.

De los 3 multicines explotados por SADE destaca el Príncipe, por ser el situado en el centro de la ciudad y el de mayor tamaño (10 salas y 1.472 butacas).

El multicine Oscar La Bretxa está situado también en el centro de la ciudad de San Sebastián y a unos 300 metros de el Príncipe.

2° *Habitualmente*, los dos cines mencionados (el Príncipe y Oscar La Bretxa) exhiben las mismas películas al mismo tiempo, tal y como queda acreditado en la contestación a los requerimientos de información. *No obstante*, esto no ocurre cuando la distribución es FILMAX que explica que “la explotación en cines se realiza con un número determinado de copias, que han de distribuirse territorialmente de forma que un mayor número de público tenga acceso a las mismas...Ello implica necesariamente un reparto territorial...El sistema de distribución varía dependiendo de las características de las películas que se pretende posicionar en el mercado...”.

En este asunto concreto, acuerda la exclusiva en su inmediación geográfica para la sala Orcar La Bretxa, con la intención de distribuir territorialmente el acceso a espectadores procedentes de distintas áreas de la ciudad.

3° con fecha 4 de Febrero de 2009 FILMAX comunica a SADE que dispone de una copia de la película *Slumdog Millionaire* para su exhibición exclusivamente en el cine Antiguo Berri, de meno tamaño que el Príncipe, ya que cuenta con 8 salas y 684 butacas y que está situado en el Barrio Antiguo a unos 4,2 kilómetros del centro.

Con fecha 9 de febrero la empresa SADE solicita a Barton Films, empresa delegada de SOGEDASA en la zona norte, por escrito mediante burofax, que le proporcione una copia adicional de la película para exhibirla en el Príncipe.

Con fecha 13 de febrero FILMAX comunica a SADE (la comunicación se recibe el día 16) que no le autoriza a exhibir la citada película en los cines Príncipe y le informa que la exhibición de la película, sin autorización, supondría infringir la normativa de propiedad intelectual.

4° con fecha 13 de febrero, SADE comenzó a exhibir la citada película en su cine Antiguo Berri. Co fecha 20 de febrero, unilateralmente, decidió trasladar la única copia de la película de que disponía el Príncipe, pese a existir una prohibición expresa por parte de FILMAX.

Como consecuencia de dicha conducta, FILMAX interpuso contra SADE una denuncia por vulneración del derecho de propiedad intelectual.

5° las condiciones pactadas por FILMAX con SADE para la exhibición de la película *Slumdog Millionaire*, en el cine Antiguo Berri, fueron de una participación sobre la recaudación de entre el 60% y el 40% dependiendo de la semana de exhibición.

6º el cambio de sala supone para SADE un incremento de la recaudación.

La recaudación del cine Oscar La Bretxa es superior a la del Antiguo Berri, pero claramente inferior a la del cine el Príncipe.

FILMAX no ha emitido facturas para las semanas en las que la película fue exhibida en el Príncipe, dado que ha iniciado un proceso judicial.

7º en la ciudad de San Sebastián, durante el 2008, SOGEDASA ofreció a los cines Oscar La Bretxa y a los tres cines propiedad de SADE un total de 26 películas. De las cuales, SADE contrató 13 películas: 8 para los cines Antiguo Berri; 3 para los cines el Príncipe; y 2 para los Trueba. Mientras, Oscar La Bretxa contrató 20 películas.

Durante el año 2009, debido al conflicto surgido con la película *Slumdog Millionaire*, SOGEDASA no le ofreció a SADE ninguno de los títulos que distribuye, aparte de la citada película.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La Ley 15/2003 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, dispone en su Artículo 1, al tratar de las conductas colusorias, que: “1. *Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional (...)*”.

El Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión de 22 de Diciembre, relativo a la aplicación del anterior Artículo 81, apartado 3 del Tratado de la Unión a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, dispone que los acuerdos verticales están exentos de la aplicación del Artículo 1 de la LDC *si la posición del proveedor en el mercado relevante no supera el 30% siempre y cuando no incurra en alguna de las cláusulas previstas en los Artículos 4 y/o 5 del Reglamento.*

De ello se deduce que el elemento clave para poder analizar una determinada conducta, desde la óptica del Artículo 1, es la *bilateralidad o pluralidad de partes implicadas*. Según se desprende de la información que obra en el expediente, el contrato verbal entre SOGEDASA y SADE establece una relación vertical entre las partes.

La posición de FILMAX en el mercado de distribución de películas es sustancialmente inferior al 30% y la cuota de su filial SOGEDASA en el mercado de la distribución de películas, para el periodo comprendido entre el 1 de Enero y el 18 de Octubre del 2009 es de un 2,6%. El número de copias es limitado.

Los criterios que tiene en cuenta SOGEDASA para determinar en qué salas va a exhibirse la película son: los resultados de explotaciones anteriores, la población en el área geográfica de

la sala comercial y las obligaciones y compromisos adquiridos con los exhibidores. No existen indicios de que se haya producido alguna de las restricciones contempladas en los Artículos 4 y 5 del Reglamento.

En lo que se refiere a *precios*, FILMAX no fija ni restringe la facultad de sus clientes, los exhibidores, el determinar los precios de venta al público.

Finalmente, la política de distribución de FILMAX obedece a un *criterio de libertad de empresa*, según se desprende de las solicitudes de información. Desde el punto de vista de la racionalidad económica, la empresa sigue un criterio de distribución que reporta beneficios a los propios clientes (los exhibidores) al poder acercar las copias de las películas a todas las áreas geográficas.

De ahí que se pueda concluir diciendo que no existen indicios de que FILMAX en su política de distribución, haya incurrido en una infracción del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

**SEGUNDO.-** La Dirección de Investigación ha analizado la conducta de FILMAX (negativa a suministrar una segunda copia de la película a SADE) por si ésta pudiera eventualmente conceptuarse como una negativa de suministro abusiva.

El Artículo 2 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio de Defensa de la Competencia desarrolla el abuso de posición dominante y tampoco la conducta de FILMAX puede incardinarse en dicho precepto normativo, por cuanto dicha empresa no tiene una posición de dominio en el mercado relevante de distribución de películas, dada su cuota. De ahí que debamos concluir diciendo que no existen, tampoco, indicios de infracción del Artículo 2.

**TERCERO.-** El Artículo 49.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia autoriza a este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, a acordar no incoar y archivar las actuaciones, cuando considere no haber indicios de infracción de los Artículos 1 y 2, en este caso.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, **EL CONSEJO**

## **HA RESUELTO**

**ÚNICO.-** Acuerda, con amparo en el Artículo 49.3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, no incoar expediente sancionador y el archivo de las actuaciones seguidas por consecuencia de la denuncia presentada por la Sociedad Anónima de Deportes y Espectáculos (SADE) contra FILMAX ENTERTAINMENT SA. y SOGEDASA (Sociedad



General de Derechos Audiovisuales SA), por inexistencia de indicios de infracción de los Artículos 1 y 2 de dicha Ley.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo sí acudir ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente al de su notificación.