

RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA**Expte. VC/0612/14 TELEFÓNICA/DTS****CONSEJO. PLENO****Presidenta**D^a. Cani Fernández Vicién**Vicepresidente**

D. Ángel Torres Torres

ConsejerosD^a. María Ortiz Aguilar

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 22 de julio de 2021

El Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición señalada, ha dictado la siguiente resolución cuyo objeto es la vigilancia parcial del cumplimiento de la resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14, TELEFÓNICA/DTS.

INDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
PRIMERO. - HABILITACIÓN COMPETENCIAL.....	4
SEGUNDO. - OBJETO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA.....	4
TERCERO. - ACUERDO ENTRE TELEFÓNICA Y DAZN DE 7 DE ENERO DE 2021	4
CUARTO. - COMPROMISOS A QUE FUE CONDICIONADA LA AUTORIZACIÓN DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN C/0612/14.....	5
QUINTO. - VALORACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD DEL ACUERDO DE 7 DE ENERO DE 2021 CON LOS COMPROMISOS A QUE FUE CONDICIONADA LA AUTORIZACIÓN DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN C/0612/14.....	7
SEXTO. - PROPUESTA DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA EN SU PROPUESTA DE INFORME PARCIAL DE VIGILANCIA.	11
SÉPTIMO. - ALEGACIONES DE TELEFÓNICA A LA PROPUESTA DE INFORME PARCIAL DE VIGILANCIA ELABORADO POR LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA Y CONTESTACIÓN A DICHAS ALEGACIONES	13
7.1 Sobre el compromiso 2.9 en cuanto a la oferta mayorista de canales.....	13
7.2 Sobre el Incumplimiento del compromiso 2.9 y del Anexo 1 en lo referente al cómputo de los abonados a la televisión de pago del CMG (criterio 75%).....	24
7.3 Sobre el compromiso 2.10.....	29
7.4 Resto de alegaciones.....	32
OCTAVO. - VALORACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA EN SU INFORME PARCIAL DE VIGILANCIA.....	35
NOVENO. – VALORACIÓN DEL PLENO DE LA CNMC	36
HA RESUELTO	36

ANTECEDENTES DE HECHO

- Con fecha 17 de octubre de 2014, fue notificada a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) la operación de concentración económica consistente en la adquisición por parte de Telefónica de Contenidos, S.A.U. del control exclusivo de DTS, Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (**DTS**), notificación que dio lugar al expediente C/0612/14, TELEFÓNICA/DTS.
- Con fecha 22 de abril de 2015, el Pleno del Consejo de la CNMC resolvió autorizar la operación de concentración económica TELEFÓNICA/DTS (expediente C/0612/14), subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por Telefónica de Contenidos, S.A.U. el 14 de abril de 2015, que obligan a esta empresa

- y a cualquiera de las empresas del grupo (en adelante, conjuntamente referidas como '**TELFÓNICA**').
- Por acuerdo del Ministro de Economía y Competitividad de 30 de abril de 2015, la operación de concentración económica mencionada no fue elevada para su decisión al Consejo de Ministros, por lo que la resolución citada anteriormente devino firme en vía administrativa.
 - Con fecha 9 de julio de 2020, el Consejo de la CNMC resolvió prorrogar los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación de concentración C/0612/14.
 - La Dirección de Competencia (DC) tuvo conocimiento de un acuerdo¹ entre Telefónica de España, S.A.U., Telefónica Audiovisual Digital, S.L.U., (conjuntamente **Telefónica**) y DAZN Spain, S.L.U. (**DAZN**), que fue requerido el 22 de enero de 2021 y aportado por Telefónica el 11 de febrero de 2021 (folios 80561 a 80581) al expediente de vigilancia de los compromisos de la concentración Telefónica/DTS (VC/0612/14). El acuerdo, redactado en inglés, tiene fecha de 7 de enero de 2021 y **[CONFIDENCIAL]**.
 - Con fecha 20 de mayo de 2021 se notificó a Telefónica de España S.A.U. (TELFÓNICA) la propuesta de informe parcial de vigilancia (IPV), en relación con la duración de los compromisos del grupo TELEFÓNICA de 14 de abril de 2015 a los que se subordinó la autorización de la operación de concentración de referencia, al objeto de que pudiera formular las alegaciones que estimara convenientes.
 - Con fecha 15 de junio de 2021 TELEFÓNICA formuló alegaciones a la PIPV (folios 89207-89351), en las que considera que no se habría producido incumplimiento de los compromisos 2.9, 2.10 y Anexo 1 que se señalaban en la propuesta. Con fecha 21 de junio de 2021, Telefónica ha remitido a la CNMC un escrito de alegaciones complementario (folios 89365-89369) **[CONFIDENCIAL]**.
 - Con fecha 2 de julio de 2021, la DC elevó al Consejo su informe parcial de vigilancia (IPV) de la resolución del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 en el expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS, en lo que se refiere al cumplimiento de los Compromisos 2.9, 2.10 y Anexo 1 (folios 88841-88970).
 - El Pleno del Consejo de la CNMC aprobó esta resolución en su sesión del día 22 de julio de 2021.
 - Es parte interesada en el expediente: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

¹ <https://comunicacion.movistarplus.es/email/movistar-y-dazn-alcanzan-un-acuerdo-que-reforzara-la-oferta-deportiva-de-sus-clientes/>

PRIMERO. - HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**LCNMC**), a la CNMC le compete aplicar lo dispuesto en la LDC en materia de conductas restrictivas y concentraciones.

Con respecto a la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos, y teniendo en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la LCNMC, el artículo 41.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) establece que la CNMC “...vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente Ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones”.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.5 de la LCNMC, el artículo 71 del RDC dispone, en su apartado 1, que la Dirección de Competencia llevará a cabo las actuaciones necesarias para vigilar la ejecución y el cumplimiento de las resoluciones que se adopten en materia de control de concentraciones y reitera, en su apartado 3, que el Consejo de la CNMC resolverá las cuestiones que puedan suscitarse durante la vigilancia, previa propuesta de la Dirección de Competencia.

SEGUNDO. - OBJETO DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA

Tal y como se recoge en los antecedentes, la DC tuvo conocimiento de un acuerdo entre Telefónica de España, S.A.U., Telefónica Audiovisual Digital, S.L.U., (conjuntamente **Telefónica**) y DAZN Spain, S.L.U. (**DAZN**), que fue requerido el 22 de enero de 2021 y aportado por Telefónica el 11 de febrero de 2021 (folios 80561 a 80581) al expediente de vigilancia de los compromisos de la concentración Telefónica/DTS (VC/0612/14).

En su IPV la DC ha analizado la compatibilidad de dicho acuerdo con los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/0612/14, y su posterior prórroga. En concreto en lo relativo a los apartados 2.9, 2.10 y Anexo 1 de los compromisos a que fue condicionada dicha autorización

TERCERO. - ACUERDO ENTRE TELEFÓNICA Y DAZN DE 7 DE ENERO DE 2021

El acuerdo tiene por objeto tres aspectos principales:

- Una cesión por Telefónica a DAZN de los derechos de emisión exclusiva de las competiciones de Fórmula 1 adquiridos a Formula One World Championship Limited (FOM) para las temporadas 2021, 2022 y 2023.
- DAZN permitirá a Telefónica el acceso no exclusivo a todos sus contenidos, los mismos que ofrecerá desde su propia plataforma OTT, incluida también la Fórmula 1. Los clientes de televisión de pago de Telefónica tendrán acceso en un paquete a todos los contenidos de DAZN (Paquete DAZN) que se presentarán en dos canales, (i) el canal DAZN F1 que contiene el canal de Fórmula 1 equivalente al que tenía hasta ahora Telefónica, y (ii) DAZN 1 que incluye otros contenidos premium (MotoGP, Copa del Rey, Euroliga y Premier League), además de otros contenidos adicionales (Copa Libertadores, Ultimate Fighting Championship, EuroCup Basketball Champions League y Carabao Cup), estos dos canales podrán completarse con hasta 3 canales “pop-up”

complementarios que proporciona DAZN cuando coincidan retransmisiones en directo de varios contenidos de manera simultánea y estarán disponibles durante la emisión de cada evento.

Asimismo, los clientes de Telefónica podrán contratar, bajo modalidad a la carta, el servicio de la plataforma OTT de DAZN (esto se producirá de manera alternativa a la opción anterior).²

- **[CONFIDENCIAL]**

Telefónica podrá ofrecer el paquete DAZN a **[CONFIDENCIAL]** usuarios residenciales que ya tengan contratado con Telefónica un paquete con televisión de pago y el canal de F1 a un máximo de **[CONFIDENCIAL]**, y la opción a la carta a todos sus usuarios residenciales.

[CONFIDENCIAL]

El acuerdo establece que los abondos de empaquetamientos de Telefónica que contraten el paquete DAZN (canales DAZN1 y DAZNF1), así como los que accedan al servicio DAZN OTT (a la carta) computarán también como clientes de DAZN a efectos de calcular el Coste Mínimo Garantizado previsto en los compromisos de la C/612/14 en caso de que DAZN adquiera algún canal de la oferta mayorista sujeto a este modelo de precio.

Las partes acuerdan un precio de **[CONFIDENCIAL]** que DAZN deberá pagar a Telefónica por la cesión de derechos y la producción de canal F1, y una cantidad **[CONFIDENCIAL]** que Telefónica deberá pagar a DAZN por el acceso al Paquete DAZN que podrá estar disponible para un máximo de **[CONFIDENCIAL]**.

En cuanto al servicio a la carta, Telefónica deberá pagar a DAZN un precio mensual **[CONFIDENCIAL]**³.

DAZN podrá establecer acuerdos con terceros para dar acceso a sus contenidos y servicios, si bien en este caso Telefónica podrá solicitar una reducción en los precios⁴ y beneficiarse de una cláusula de nación más favorecida⁵. **[CONFIDENCIAL]**

[CONFIDENCIAL].

El acuerdo tiene una duración desde el **[CONFIDENCIAL]**.

CUARTO. - COMPROMISOS A QUE FUE CONDICIONADA LA AUTORIZACIÓN DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN C/0612/14.

Entre los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/0612/14, y su posterior prórroga, los más relevantes a los efectos del análisis del acuerdo de 7 de enero de 2021, se recogen a continuación.

El compromiso “2.9 Oferta mayorista de canales de televisión propios”, obliga a Telefónica a poner a disposición de otros operadores de televisión de pago en España una oferta mayorista de canales propios premium en los siguientes términos:

² Clausula 6 de acuerdo: **[CONFIDENCIAL]**

³ **[CONFIDENCIAL]**

⁴ **[CONFIDENCIAL]**

⁵ **[CONFIDENCIAL]**

- a) La oferta mayorista de canales propios se pondrá a disposición de todos los operadores de televisión de pago en España en régimen de no exclusividad, incluidos los OTT, y podrá ser distribuida a nivel minorista por los adquirentes tanto en el segmento residencial como no residencial.

...

- c) La oferta mayorista de canales propios vendrá integrada por todos los canales de la oferta minorista de la entidad resultante que se consideren premium e incluirá no solo los canales lineales, sino también los asimilados que emiten contenidos en modalidad no lineal SVOD.

...

- d) A estos efectos, se considera canal premium aquél que incluya algún contenido audiovisual no deportivo de estreno de los grupos empresariales denominados Majors sobre el que la entidad resultante disponga de derechos de emisión en exclusiva en España, tal como se ha definido en el apartado 2.2.a), o algún evento deportivo en directo de la Liga de Primera División de Fútbol, Copa de S.M. el Rey de Fútbol, Champions League de Fútbol, Europa League de Fútbol, Campeonato del Mundo de Fútbol, Campeonato Mundial de Baloncesto, Fórmula 1, Moto GP y los Juegos Olímpicos, sobre el que la entidad resultante disponga de derechos de emisión en exclusiva en España.

...

- f) Cada grupo empresarial de operadores de televisión de pago podrá adquirir un número de canales equivalente como máximo al 50% (con redondeo al alza) del número total de canales que integren la oferta mayorista de canales premium propios de la entidad resultante (incluida la oferta de contenidos en modalidad SVOD desvinculada de un servicio lineal), teniendo el adquirente libertad de elección de canales dentro de esta oferta mayorista. ...

- j) La oferta mayorista de canales propios premium se hará en condiciones equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias, conforme a lo previsto en el Anexo 1, pudiéndose diferenciar tales condiciones según el segmento de demanda (residencial o no residencial) al que se dirija en su acción de reventa el tercer operador de televisión de pago adquirente del canal mayorista.

...

TELEFÓNICA tiene la obligación respecto a la oferta mayorista de cada uno de los canales propios premium de no incurrir en estrechamiento de márgenes y de permitir la replicabilidad efectiva de las ofertas comerciales minoristas de la entidad resultante que incluyen cada uno de estos canales.

El compromiso 2.10 Adquisición de derechos de emisión en España de canales de televisión editados por terceros, señala que “La entidad resultante no adquirirá ni explotará derechos exclusivos de emisión, transporte, difusión o explotación en España de canales de televisión editados por terceros. Se considerará que también existe adquisición exclusiva cuando los contratos limiten a algún operador la explotación de los contenidos o limiten de alguna forma las modalidades de emisión, la calidad o los

dispositivos utilizados que pueden adquirir terceros. Tampoco se permitirá la inclusión en los contratos de cláusulas que de una u otra forma permitan las exclusivas de facto (i.e. Cláusula de nación más favorecida).

Este compromiso afecta no solo a los canales existentes actualmente sino a cualquier otro canal que pueda ser editado y comercializado por terceros en un futuro y se entenderá exigible respecto a cualquier plataforma tecnológica de explotación de televisión de pago, incluyendo la televisión móvil y la televisión por Internet.”

El Anexo 1.1.a) de los compromisos establece un sistema de determinación del precio de determinados canales de la oferta mayorista de canales premium de Telefónica, en particular de canales de Fútbol, Fórmula 1 y Moto GP. Dicho sistema establece que el precio de estos canales para los operadores que deseen contratarlos estará sujeto a un sistema de Coste Mínimo Garantizado (CMG) que tiene por objeto compartir el riesgo que asume Telefónica en la adquisición de derechos de emisión exclusiva en España de los citados contenidos audiovisuales de las modalidades deportivas señaladas.

De acuerdo con ello, la parte fija del coste de dichos derechos se repercutirá a los operadores de televisión de pago que adquieran dicho canal, y se repartirá entre Telefónica y los operadores de televisión de pago que adquieren dicho canal en función de tres criterios señalados en dicho compromiso:

- El 75% de este coste se repartirá en base al porcentaje de abonados de televisión de pago del operador.
- El 20% del coste se repartirá en base al en base al porcentaje de accesos de banda ancha fija que el operador de televisión de pago tenga en servicio y sean aptos para ofrecer servicios de televisión de pago.
- El 5% restante del coste se repartirá en base mercado potencialmente accesible en España que el operador de televisión de pago pueda disfrutar en función de la modalidad tecnológica de prestación de servicios de televisión de pago por la que haya optado en relación con el total de hogares de España.

QUINTO. - VALORACIÓN DE LA COMPATIBILIDAD DEL ACUERDO DE 7 DE ENERO DE 2021 CON LOS COMPROMISOS A QUE FUE CONDICIONADA LA AUTORIZACIÓN DE LA OPERACIÓN DE CONCENTRACIÓN C/0612/14

Como se ha señalado, en virtud del acuerdo de fecha 7 de enero de 2021, suscrito entre Telefónica y DAZN, Telefónica habría concedido (sub-licenciado) a DAZN en exclusiva sus derechos del campeonato de Fórmula 1, que Telefónica había adquirido con carácter exclusivo a Formula One World Championship Limited (“FOM”), para las temporadas 2021, 2022 y 2023, tal y como se detalla en la cláusula 3 y en la cláusula 14⁶ del acuerdo.

Dicha cesión a DAZN de los derechos exclusivos de Fórmula 1 adquiridos por Telefónica, podría vulnerar lo previsto en el **compromiso 2.9**. Los contenidos exclusivos de Fórmula 1 tienen la condición de contenido premium de acuerdo con el compromiso 2.9.d. El compromiso 2.9 establece un sistema de comercialización regulado para esta clase de

⁶ **[CONFIDENCIAL]**

contenidos a través de una oferta mayorista de canales, de manera que, conforme al compromiso 2.9.a, los canales con contenidos premium se pondrán a disposición de todos los operadores de televisión de pago en España en régimen de no exclusividad. El compromiso 2.9.c precisa que dicha obligación comprende tanto a los canales lineales como a los asimilados que emiten contenidos en modalidad no lineal SVOD.

La cesión en exclusiva de estos contenidos en favor de un determinado operador, en este caso DAZN, podría ser contraria a dichos compromisos.

Por otra parte, el proporcionar a DAZN acceso a estos contenidos en condiciones diferentes al resto de operadores podría vulnerar el compromiso 2.9.j que exige que la oferta mayorista se realice en condiciones no discriminatorias.

A ello ha de unirse que, en el mismo acuerdo de 7 de enero de 2021, en el que Telefónica sub-licencia estos contenidos de Fórmula 1 en exclusiva en favor de DAZN, Telefónica adquiere simultáneamente para sus propios clientes los derechos correspondientes a estos mismos contenidos. El resultado práctico es que Telefónica sigue disponiendo de los contenidos de Fórmula 1 para sus clientes. Sin embargo, ello tiene como resultado eludir la obligación de los compromisos de ofrecer estos contenidos premium al resto de competidores del mercado de televisión de pago como exigen los compromisos, incluyéndolos en la oferta mayorista de canales.

Por otra parte, esto tiene otros efectos sobre la propia oferta de canales al resto de operadores, en particular sobre el compromiso 2.9.f. Hasta ahora, la oferta mayorista de Telefónica ha venido incluyendo, bien seis canales (tres primeras ofertas) o bien cinco canales (en las tres últimas ofertas), por lo cual, dado que según el compromiso 2.9.f) cada operador puede contratar hasta un máximo del 50% de los canales, con redondeo al alza, ello ha venido suponiendo hasta ahora el acceso por operador de hasta tres canales.

Telefónica ya ha comunicado la retirada de la oferta mayorista del canal de Fórmula 1, por lo que desde enero de 2021 la oferta mayorista de Telefónica (sexta) cuenta con cuatro canales, quedando por tanto limitado a dos el número máximo de canales que otros operadores podrían adquirir. Si bien esta retirada de momento no ha tenido un efecto práctico sobre los operadores que acceden a la oferta mayorista que han seguido accediendo al mismo número de canales que antes de enero de 2021, esta situación (4 canales en lugar de 5 o 6) es previsible que se mantenga en la próxima temporada 2021/2022 de fútbol, dado que Telefónica retiene aún los derechos exclusivos de los contenidos de los canales de LaLiga (para residencial) y Liga de Campeones (para residencial y Horecas).

Así, de cara a la nueva oferta mayorista, en el caso de que Telefónica finalmente incluyese estos dos canales en la oferta, además de Series y Estrenos (en total, cuatro canales), los operadores que adquiriesen los dos canales de fútbol no podrían ya adquirir Series o Estrenos, porque solo podrían optar a dos canales (salvo que contratasen un solo canal de fútbol). Esto afectaría, por ejemplo, a Orange, que contrató tres canales de la última oferta (sexta), los dos canales de fútbol y el canal de Series.

Por otra parte, la cláusula 22 del acuerdo establece que **[CONFIDENCIAL]** (Traducido del acuerdo⁷).

El anterior párrafo del acuerdo establece, por consiguiente, que todos los abonados de empaquetamientos de Telefónica que incluyan contenidos de DAZN, tanto los que contraten el paquete DAZN (canales DAZN 1 y DAZN F1) como los que accedan al servicio de DAZN OTT (con acceso a la carta), deben ser computados “también” como abonados de DAZN a los efectos del criterio del 75% , por ejemplo, en el caso de que DAZN optase en un futuro por adquirir un canal de la oferta mayorista sujeto al sistema de precios de Coste Mínimo Garantizado (p.ej. un canal de fútbol).

Sin embargo, dicha cláusula podría no ser acorde con lo contemplado en el **Anexo 1 de los compromisos**. El número de abonados a la TV de pago bajo el criterio del 75% de los compromisos depende de los clientes de cada operador que son computables de acuerdo a los compromisos y a las precisiones realizadas al efecto en las resoluciones de la CNMC que han abordado esta cuestión cuando se han planteado dudas o consultas, ya sean éstos, clientes de empaquetamientos o clientes de otro tipo, siempre que sean facturados por dicho operador y deban ser computables a los efectos de dicho criterio del 75%.

En este punto, es preciso aclarar que los abonados de Telefónica que hayan contratado el Paquete DAZN ya eran abonados de Telefónica que optan por este contenido adicional, esto es, son clientes minoristas facturados por Telefónica. Luego, eran previamente clientes de Telefónica y lo seguirían siendo después de contratar los canales del Paquete DAZN, sin que puedan ser considerados clientes de DAZN, dado que no guardarían relación contractual alguna con este último operador.

Por consiguiente, y en contra de lo señalado en la mencionada cláusula 22 del acuerdo, los abonados de Telefónica que hayan incorporado el paquete DAZN, no podrían computar como abonados a la TV de pago de DAZN de acuerdo al Anexo 1 de los compromisos (criterio del 75%), porque no son abonados de DAZN, pudiendo ser por tanto contraria a los compromisos la mención en el acuerdo a que “también contarán como abonados de DAZN”.

Una situación similar se podría producir respecto de los clientes de Telefónica que contraten el servicio DAZN OTT llamados clientes a la carta, **[CONFIDENCIAL]**. Cuestión distinta es la de un abonado de Telefónica que libremente accediera al servicio OTT de DAZN y contratara directamente con este operador, siendo facturado directamente por DAZN⁸.

Todo ello tendría como resultado limitar la capacidad de DAZN para poder acceder a la contratación de canales de la oferta mayorista de Telefónica sujetos al sistema de CMG (en la actualidad canales de fútbol) dado que se vería penalizada en el precio en caso de computar como clientes propios los mismos clientes de Telefónica que accederían a estos canales. A ello debe unirse que DAZN es competidor de Telefónica en el mercado

⁷ **[CONFIDENCIAL]**

⁸ Todo ello sin perjuicio de determinar si al acceder al ‘Paquete DAZN’ o al servicio DAZN OTT, estos clientes deberían, o no, ser computables bajo el criterio del 75% en base a sus condiciones particulares por la potencialidad de poder contratar uno o más canales de la oferta mayorista con relativa inmediatez, conforme a los criterios establecidos por la CNMC en relación con esta cuestión en las resoluciones de vigilancia de la concentración y determinadas consultas sobre este particular.

minorista de televisión de pago en España y el principal competidor especializado en contenidos deportivos. Por tanto, todo ello podría contravenir el compromiso 2.9 y el cálculo del CMG conforme al Anexo 1 (apartado 1.1).

Por último, el acuerdo entre Telefónica y DAZN podría vulnerar el **compromiso 2.10** antes citado.

La cláusula 7 del acuerdo que prevé compensaciones a Telefónica en caso de que DAZN alcance acuerdos con terceros para ofrecer sus contenidos, podría condicionar en la práctica la capacidad de que dispone DAZN para llegar a acuerdos con otros operadores de TV de pago, al igual que ha hecho con Telefónica. Este aspecto debe ligarse también al reconocimiento en favor de Telefónica de una cláusula de 'nación más favorecida' incluida en el acuerdo.

Telefónica se reserva, por tanto, una capacidad de represalia ante potenciales acuerdos de DAZN con terceros sobre sus contenidos, **[CONFIDENCIAL]**, lo que, a la luz de lo planteado en el acuerdo que fija **[CONFIDENCIAL]**, se traduciría necesariamente en una compensación neta de DAZN a Telefónica (o una solución alternativa). Dicha compensación podría ser disuasoria para DAZN, frustrando cualquier posible acuerdo de cesión no exclusiva de los mismos derechos a terceros que pudiera plantearse, pues Telefónica dispondrá siempre de la capacidad de rechazar cualquier contrapartida planteada por DAZN y dar por terminado el acuerdo (**[CONFIDENCIAL]**), al no estar especificado ex ante el mecanismo para la determinación de las potenciales compensaciones.

La cláusula 9 (tarifas) del acuerdo, ya referida, establece además un Sistema de cláusula de nación más favorecida en favor de Telefónica en relación con los acuerdos que pueda suscribir DAZN con terceros operadores, lo que podría ser contrario al compromiso 2.10 que de manera expresa excluye la posibilidad de que Telefónica incorpore este tipo de cláusulas en los contratos de Adquisición de derechos de emisión en España de canales de televisión editados por terceros que suscriba Telefónica.

La concreción de determinados aspectos de estas cláusulas está previsto que se complete en el **[CONFIDENCIAL]** entre ambos operadores **[CONFIDENCIAL]**. Sin perjuicio de ello, en la práctica estas cláusulas implican una limitación para que terceros operadores puedan alcanzar acuerdos con DAZN para acceder a los canales ofrecidos a Telefónica (DAZN 1 y DAZN F1) con contenidos tan relevantes como Fórmula 1, MotoGP, la Premier League o la Euro-liga de baloncesto, entre otros.

Debe tenerse en cuenta que, conforme al acuerdo, Telefónica adquiere el derecho a ofrecer estos canales a **[CONFIDENCIAL]**. Según los datos de CNMCDData, a final de 2020 Vodafone contaba con 1,6 millones de clientes, Orange con 0,67 millones y Euskaltel con 0,45 millones. A final de 2020, **[CONFIDENCIAL]**.

Una reducción en el precio unitario pagado por Telefónica que debiera asumir DAZN como consecuencia de la comercialización de estos canales a terceros podría superar fácilmente el importe total de los ingresos que pudiera obtener DAZN por el acuerdo con terceros operadores debido a la reducida base de clientes de éstos últimos. Incluso en una hipótesis conservadora y asumiendo que un operador alternativo pudiera conseguir una penetración del **[CONFIDENCIAL]**.

En resumen, la aplicación de una rebaja en el precio pagado por Telefónica a DAZN por acceder a sus canales lineales en caso de que DAZN los comercializara a terceros operadores, podría hacer inviable dicha comercialización debido a la gran base de clientes de la plataforma de Telefónica frente a la de sus competidores y el hecho de que dicha penalización podría con gran probabilidad ser superior a los ingresos que DAZN obtendría a cambio de dar acceso a los clientes de terceros operadores, todo ello con posible contravención del compromiso 2.10.

A la vista de todo lo anterior, la DC considera que el acuerdo de fecha 7 de enero de 2021, suscrito entre Telefónica y DAZN, podría vulnerar el compromiso 2.9 en especial lo señalado en los compromisos 2.9.a y 2.9.f, el compromiso 2.10 y el Anexo 1 de los compromisos en cuanto al cálculo del Coste Mínimo Garantizado.

SEXTO. - PROPUESTA DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA EN SU PROPUESTA DE INFORME PARCIAL DE VIGILANCIA.

Telefónica ha venido comunicando a otros operadores de televisión de pago sus ofertas mayoristas de canales a finales de junio de cada año⁹ desde la aprobación de la operación de concentración. La oferta mayorista incluye como contenidos más relevantes las condiciones tipo generales de la oferta, unas condiciones particulares de cada uno de los canales que se ofertan, y Anexos técnicos del servicio de conectividad y del servicio de entrega de canales. Entre estas condiciones tipo, se recogen para cada canal los contenidos incluidos en el canal, los periodos de vigencia y la aplicación de los precios mayoristas en cada caso. Se incluye asimismo un modelo de carta de aceptación que deberán suscribir los operadores interesados en adquirir canales.

La oferta vigente (sexta oferta) consta de cinco canales. Los periodos de vigencia de los canales de esta oferta finalizan el 31 de julio de 2021 para Movistar Series, Movistar Estrenos. Para el caso del canal Movistar LaLIGA y el canal Movistar Liga de Campeones, el periodo de licencia de la actual oferta finaliza el día anterior a la primera retransmisión en el Canal del primer partido de la siguiente temporada de las competiciones incluidas en el canal (temporada 2021/22). La temporada 2021/22 de la liga de primera división se prevé que pueda comenzar a mediados de agosto de 2021.

Por todo ello, es inminente la comunicación de la nueva oferta mayorista (séptima oferta), existiendo en general plazos ajustados para que los operadores puedan valorar las condiciones ofrecidas, aceptar, en su caso, la contratación de los canales deseados, y poder disponer con la necesaria antelación de los derechos para la siguiente temporada, con el objeto, entre otras razones, de poder preparar y realizar las actuaciones de marketing y publicidad correspondientes.

La exclusión del canal Formula 1 de la oferta mayorista y la ya señalada previsible reducción del número máximo de canales que puede contratar cada uno de los competidores de Telefónica pasando de tres a dos, podría causar un perjuicio irreparable para los competidores, justo en el momento en el que Telefónica y los operadores que adquieren canales mayoristas configuran su oferta de canales y contenidos para la temporada siguiente. El que los competidores de Telefónica se vean privados de uno de

⁹ En el año 2020 la oferta mayorista en lo que se refiere a canales de futbol fue comunicada en mayo de 2020 como consecuencia de la situación derivada del COVID-19. Las condiciones de la oferta de los tres canales de Series, Estrenos y Formula 1 se produjo el 30 de junio de 2020.

los canales que deberían poder contratar resulta particularmente relevante teniendo en cuenta el limitado número de canales ofertados y la relevancia de sus contenidos para competir en el mercado (LaLIGA, Liga de Campeones, Series y Estrenos).

La proximidad de la nueva oferta mayorista conlleva un periodo de configuración de las ofertas de productos con televisión de pago con canales premium para la temporada siguiente, y por tanto es en este periodo del año en el que existe una mayor movilidad de abonados y donde el posible daño a la competencia es mayor. Lo anterior no sólo distorsiona la competencia en el mercado de televisión de pago, sino también en los mercados minoristas de comunicaciones electrónicas fijos y móviles que se comercializan mayoritariamente empaquetados, y donde los canales premium ejercen una función de arrastre sobre todo el paquete combinado ofertado.

De la misma manera, la previsión recogida en el acuerdo de 7 de enero de 2021 entre Telefónica y DAZN por el cual determinados clientes de Telefónica deben computar como clientes de DAZN a efectos del cálculo del Coste Mínimo Garantizado desincentivaría y limitaría la capacidad de DAZN para poder contratar canales de la oferta mayorista (como los de fútbol), lo cual podría restringir la competencia y la presión competitiva por parte de DAZN precisamente en el momento en que se produce la contratación de canales en la nueva oferta de junio de 2021 (séptima oferta).

Asimismo, las cláusulas de nación más favorecida y de compensación a Telefónica en caso de que DAZN alcance acuerdos con terceros para distribuir sus contenidos, refuerzan de manera significativa los contenidos de la oferta de televisión de pago de Telefónica, y condicionan la posibilidad de que otros operadores puedan acceder a estos contenidos. Procede recordar que entre estos contenidos cuyos derechos ostenta DAZN y que hace disponibles a los clientes de Telefónica, se incluyen los contenidos de MotoGP, que en los propios compromisos han sido considerados contenidos premium sujetos al modelo de Coste Mínimo Garantizado, en atención a su relevancia para los mercados analizados, por lo que existe un mayor riesgo para la competencia derivada de las limitaciones en el acuerdo entre Telefónica y DAZN que ya se están produciendo.

De acuerdo con lo expuesto con anterioridad la DC considera necesario proponer la adopción de medidas con el objeto de asegurar el cumplimiento efectivo de lo previsto en los compromisos de TELEFÓNICA de 14 de abril de 2015 en el expediente C/0612/14.

Por ello, se estima que **TELEFÓNICA debe garantizar que los contenidos del Formula 1 adquiridos por Telefónica en exclusiva, puedan estar disponibles en su oferta mayorista** para todos los operadores conforme a lo establecido en el compromiso 2.9, y que la posible adquisición de los derechos sobre estos contenidos por parte de DAZN deba realizarse al amparo de las condiciones de dicha oferta mayorista, **en condiciones no discriminatorias** respecto de otros operadores.

Asimismo, se considera que debe ser modificado el contenido de dicho acuerdo en lo que se refiere al **cómputo de clientes de televisión de pago** de DAZN a efectos del cálculo del coste mínimo garantizado, **para ajustarlo a los compromisos**, así como la **supresión de las cláusulas que conlleven limitaciones para que DAZN pueda alcanzar acuerdos con terceros operadores para distribuir sus contenidos incluyendo la cláusula de nación más favorecida** en favor de Telefónica, en

cumplimiento del compromiso 2.10. Dichas modificaciones deberán producirse con anterioridad a la publicación de la próxima oferta mayorista de canales (séptima).

SÉPTIMO. - ALEGACIONES DE TELEFÓNICA A LA PROPUESTA DE INFORME PARCIAL DE VIGILANCIA ELABORADO POR LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA Y CONTESTACIÓN A DICHAS ALEGACIONES

Con fecha 15 de junio de 2021 TELEFÓNICA formuló alegaciones a la PIPV (folios 89207-89351), en las que considera que no se habría producido incumplimiento de los compromisos 2.9, 2.10 y Anexo 1 que se señalaban en la propuesta. Con fecha 21 de junio de 2021, Telefónica ha remitido a la CNMC un escrito de alegaciones complementario (folios 89365-89369) **[CONFIDENCIAL]**.

En cuanto al compromiso 2.9 relativo a la oferta mayorista de canales, el principal argumento de Telefónica es que la obligación de la oferta mayorista de canales se refiere a los canales y no al contenido, que puede ser objeto del normal tráfico mercantil. Añade, entre otras cuestiones que TELEFÓNICA ya no es titular de los derechos exclusivos de Formula 1 tras haberlos transmitido a DAZN, que es libre de desinvertir en los derechos que hubiera adquirido, y que no está obligada por los compromisos a incluir un determinado número de canales en la oferta mayorista.

En cuanto al compromiso 2.9 y Anexo 1 en relación con el cómputo de abonados a efectos de calcular el coste mínimo garantizado, considera que los compromisos no prevén ni afrontan situaciones en las que un cliente sea simultáneamente cliente de dos proveedores de manera que nada impide que la solución acordada por las partes para cubrir la laguna que hay en los compromisos, sea la de repartir entre ambos operadores el riesgo de la contratación de contenidos premium u otra. Considera asimismo que los clientes de Telefónica que acceden a los contenidos de DAZN son clientes de Telefónica y de DAZN, siendo este último operador el proveedor del servicio.

Finalmente, en cuanto al compromiso 2.10, tras aportar ciertos argumentos sobre la justificación para la inclusión de ciertas previsiones en las cláusulas **[CONFIDENCIAL]** del acuerdo de 7 de enero de 2021, TELEFÓNICA indica que **[CONFIDENCIAL]**.

Concluye sus alegaciones haciendo referencia al principio de libertad de empresa, la posible existencia de desviación de poder, y la vulneración del principio de proporcionalidad.

A continuación, se refieren con mayor detalle los argumentos de TELEFÓNICA para cada una de las anteriores cuestiones y la respuesta de la DC a dichas alegaciones.

7.1 Sobre el compromiso 2.9 en cuanto a la oferta mayorista de canales

Resumen de la alegación

La principal alegación de TELEFÓNICA consiste en señalar que el compromiso 2.9 establece que *“por medio de la oferta mayorista, Telefónica está obligada a poner “canales” a disposición de todos los operadores de televisión de pago y no contenido como tal”*. A este respecto señala que el título del compromiso 2.9, así como a sus apartados a), c) y d) hacen referencia a la oferta mayorista de canales.

En segundo lugar, TELEFÓNICA argumenta que *“desde la entrada en vigor del acuerdo con DAZN, Telefónica ya no dispone de los derechos de emisión de Fórmula 1 en*

exclusiva para España puesto que se los ha cedido en exclusiva a DAZN y no hay un canal minorista producido por Telefónica, esta no puede desde un punto de vista estrictamente jurídico ni está obligada conforme a los compromisos a poner a disposición de terceros operadores unos derechos de Fórmula 1 que ya no tiene a través de la oferta mayorista de canales”.

Añade a este argumento que la postura de la CNMC de incorporar el contenido premium que TELEFÓNICA explota en su oferta minorista no se sostiene y no puede prosperar, dado que a su criterio ello implicaría que TELEFÓNICA también estuviera obligada, por ejemplo, a incorporar en la oferta mayorista de canales los contenidos de Moto GP que con motivo del acuerdo con DAZN ofrece en su oferta minorista.

Consecuencia de todo lo anterior sería que TELEFÓNICA tampoco tiene capacidad de discriminar al resto de operadores respecto de unos derechos que no tiene y que no ha explotado por sí misma, no existiendo por tanto vulneración del compromiso 2.9.j).

Prosigue sus alegaciones señalando que TELEFÓNICA es libre para desinvertir los derechos que ha adquirido, no existiendo en los compromisos limitaciones al respecto. Añade que *“cualquier prohibición respecto de la venta de los mismos sería contraria a la libertad de empresa”.*

Continúa TELEFÓNICA señalando que no impide la adquisición de esos derechos por parte de terceros, y que DAZN puede alcanzar acuerdos con cualquier operador. **[CONFIDENCIAL].**

Concluye sus alegaciones en este apartado TELEFÓNICA señalando que, conforme a los compromisos, no está obligada a incluir un número determinado de canales en la oferta mayorista. Hace referencia a un Laudo arbitral de 16 de junio de 2017 dictado por la CNMC en el que se precisa que la propuesta de compromisos asumida por TELEFÓNICA no contiene indicación alguna acerca del número de canales mayoristas posibles, o la configuración que TELEFÓNICA debe dar a los mismos.

Respuesta a la alegación

En cuanto a la principal alegación de TELEFÓNICA sobre el compromiso 2.9 y que el mismo se refiere exclusivamente a canales y no a contenidos es necesario realizar como primera cuestión algunas consideraciones sobre lo señalado en los propios compromisos y que permiten precisar o delimitar dicha afirmación.

El compromiso 2.9.a) señala que *“La oferta mayorista de canales propios se pondrá a disposición de todos los operadores de televisión de pago en España en régimen de no exclusividad, **incluidos los OTT**, y podrá ser distribuida a nivel minorista por los adquirentes tanto en el segmento residencial como no residencial”.*

Por su parte el compromiso 2.9.c) establece que *“La oferta mayorista de canales propios vendrá integrada por todos los canales de la oferta minorista de la entidad resultante que se consideren premium e **incluirlá no solo los canales lineales, sino también los asimilados que emiten contenidos en modalidad no lineal SVOD.**”*

Como puede observarse, si bien el compromiso 2.9 hace referencia a los canales de televisión lineales, contempla igualmente en los apartados antes resaltados que dicha oferta deberá también estar disponible para OTT, y no estará limitada a canales lineales, sino que también en lo que se refiere a modalidades de explotación no lineales (SVOD).

Estas modalidades de explotación no lineales, contempladas específicamente en los compromisos, hacen referencia por tanto esencialmente a contenidos para su explotación en modalidades no lineales propias del modelo de negocio de los OTT. Una interpretación de los compromisos que quedara limitada a canales lineales excluiría a los OTT de la oferta mayorista como exige el compromiso 2.9.a) puesto que estos operadores no explotan contenidos en esa modalidad.

Los propios compromisos en su nota al pie 1 definen lo que ha de entenderse por SVOD señalando que se trata de una modalidad desvinculada de la emisión lineal (canales): *“Permite el acceso en la modalidad de emisión no lineal (y totalmente desvinculada de la emisión lineal) a una parte de los contenidos audiovisuales de la plataforma mediante el pago de una tarifa plana, que suele ser mensual”*

La inclusión en la oferta mayorista de la explotación de contenidos bajo modalidades no lineales (SVOD) resulta por tanto explícita y es además perfectamente consistente con la finalidad de los mismos. Una interpretación en sentido contrario llevaría a la conclusión de que TELEFÓNICA podría adquirir en exclusiva contenidos deportivos premium, no incluirlos en ningún canal lineal y explotarlos en modalidades no lineales (SVOD), con lo que no existiría oferta mayorista de estos contenidos y de esta manera evitaría ofrecerlos a sus competidores eludiendo por tanto la finalidad última de los compromisos.

Los propios compromisos por tanto señalan con claridad que la oferta mayorista no solo debe estar limitada a los canales lineales premium como argumenta TELEFÓNICA sino que debe incorporar asimismo el acceso a contenidos premium, en este caso bajo la modalidad no lineal SVOD.

A este respecto procede recordar el análisis efectuado en el año 2015 con motivo de la concentración que fue autorizada con compromisos, y que valora precisamente esta cuestión que está directamente relacionada con las limitaciones en cuanto a la adquisición exclusiva de contenidos deportivos por parte de TELEFÓNICA.

En el Informe Propuesta en segunda fase del Expediente C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS¹⁰ (IP en segunda fase), elaborado por la DC, con cuyo contenido coincide el Consejo de la CNMC en su resolución de 22 de abril de 2015 por la que se resuelve este expediente, se recoge lo siguiente¹¹:

“(1057) Por el contrario, las exclusividades de los contratos referidos a contenidos deportivos (compromiso 2.4) deben ser admitidas para cualquier modalidad de emisión tal como viene produciéndose hasta ahora, con el fin de permitir a la entidad resultante cierta diferenciación respecto de sus competidores, al igual que con las exclusividades anteriormente mencionadas en relación con los derechos de contenidos no deportivos para la emisión lineal y SVOD de estreno, y en particular para rentabilizar los elevados importes que se pagan por los mismos.

*(1058) En este sentido, se ha considerado más efectivo permitir exclusividades en este tipo de contenidos pero obligando a la entidad resultante a **poner a disposición del resto de operadores dichos contenidos a través de una oferta mayorista de canales** editados por la entidad resultante que incluyen contenidos*

¹⁰ https://www.cnmc.es/sites/default/files/755700_18.pdf

¹¹ <https://www.cnmc.es/expedientes/co61214>

premium, que prohibir las exclusividades, con el riesgo de que se establezcan exclusividades de facto y los desincentivos a la diferenciación entre los operadores.”

Como puede observarse, la no inclusión de determinadas limitaciones en cuanto a la adquisición de contenidos deportivos exclusivos por parte de TELEFÓNICA bajo el compromiso 2.4, por ejemplo limitaciones en cuanto a la adquisición de derechos exclusivos para determinadas modalidades de emisión (SVOD, TVOD), encontraba su justificación en una medida más efectiva que era precisamente garantizar que “dichos contenidos” estuvieran a disposición del resto de operadores a través de la oferta mayorista, de manera que ambos aspectos de los compromisos deben ser valorados de manera conjunta y consistente.

Para los contenidos no deportivos se recogen en los compromisos varias limitaciones a su adquisición exclusiva, en particular en los compromisos 2.1 y 2.2 y que llegan incluso en el compromiso 2.3 a una prohibición absoluta de “*adquirir contenidos audiovisuales no deportivos de terceros para su emisión en Transaction video on demand-TVOD2 en régimen de exclusividad (ni total ni parcial) y sin excepciones*”. Sin embargo muchas de estas limitaciones no son de aplicación en el caso de los contenidos deportivos, precisamente debido a que los contenidos deportivos premium, de mayor valor y atractivo para la captación de cliente, quedaban sujetos a su puesta a disposición del resto de operadores a través de la oferta mayorista.

A mayor abundamiento el citado IP en segunda fase, analiza de manera detallada el alcance de los compromisos en lo relativo a la oferta mayorista de canales, en especial en lo que hace referencia al presente caso en los párrafos (1078) a (1100). Entre estos párrafos cabe destacar los siguientes:

“(1078) TELEFÓNICA se compromete a poner a disposición del resto de operadores de televisión de pago una oferta mayorista de canales propios lineales y SVOD que será comercializada sin exclusividad e integrada por todos los canales lineales y SVOD de la oferta minorista de la entidad resultante que se consideren premium (compromiso 2.9).

(1079) En este punto, un conjunto de operadores en respuesta al test de compromisos señala que la oferta mayorista de canales propios de TELEFÓNICA debería incluir cualquier contenido adquirido en exclusiva por la entidad resultante, y no únicamente los que tienen un carácter premium.

(1080) Al respecto, cabe señalar que es previsible que los canales que configurarán la oferta mayorista de la entidad resultante incluirán muchos de estos contenidos no premium, como viene siendo habitual con los canales actuales de DTS comercializados a terceros.

(1081) No obstante lo anterior, a juicio de esta Dirección de Competencia la medida solicitada por terceros operadores es absolutamente desproporcionada, teniendo en cuenta sobre todo las obligaciones impuestas a TELEFÓNICA en el compromiso anterior sobre la adquisición de contenidos audiovisuales, ya que únicamente quedarían fuera de la oferta mayorista los contenidos de estreno de las no majors y determinados derechos deportivos.

(1088) Asimismo, los compromisos establecen que no se impondrán condiciones directa o indirectamente a los operadores de televisión sobre la forma de comercialización de los canales adquiridos de la entidad resultante, que podrán vender a la carta o conjuntamente en un paquete de entrada junto con servicios de comunicaciones electrónicas, y que podrán vender sin más limitaciones relativas al idioma, calidad, o dispositivos autorizados que las que asuma TELEFÓNICA.

(1089) En relación con el contenido de los canales premium de la oferta mayorista, la posibilidad de excluir contenidos propios del canal va acompañada del compromiso de TELEFÓNICA de sustituir dichos contenidos por otros de calidad suficiente, de forma que no haya franjas horarias en negro y no se devalúe la calidad del canal ofertado.

(1090) Al respecto, determinados operadores ven necesario incluir en la propuesta de compromisos una definición más precisa del concepto de contenidos “propios” ya que de lo contrario podría interpretarse como contenidos producidos por TELEFÓNICA, pero basados en contenidos de terceros. No obstante, a juicio de esta Dirección de Competencia, el concepto de contenido propio por sí mismo claramente hace referencia a producciones de la entidad resultante que no incluyen ni se basan en ningún caso en contenidos de terceros adquiridos contractualmente.

...

(1098) En relación con esta oferta mayorista relativa a los servicios minoristas SVOD de la entidad resultante, en las contestaciones al test de compromisos, determinados operadores han señalado que en base a los contratos actuales de TELEFÓNICA y DTS, que no permiten la sublicencia y que previsiblemente no se modificarán a instancias de las majors, TELEFÓNICA de facto únicamente hará una oferta mayorista de canales lineales. Al respecto, estos operadores añaden que el modelo de negocio de los OTT puros no es la emisión de canales lineales y que adaptarse a esta modalidad de emisión sería demasiado costoso.

(1099) Respecto a esta alegación, esta Dirección de Competencia quiere señalar que TELEFÓNICA ya ha firmado contratos que permiten la sublicencia de los contenidos premium de estreno en SVOD, por lo que como mínimo y como medida transitoria se verá obligado, en la medida en que los mismos formen parte de su oferta minorista de SVOD, a ofrecer la redistribución de los mismos (siempre orientada a costes) para su explotación en la plataforma SVOD de terceros operadores.”

Como puede observarse, resulta por tanto inequívoco que en la oferta mayorista de TELEFÓNICA debe incluirse tanto el acceso a los contenidos premium a través de canales lineales como la posibilidad de explotar contenidos bajo modalidad SVOD, que incluso alcanzan a los contenidos que ya había adquirido antes de la autorización de la concentración como refleja el apartado (1099) antes señalado.

Por otra parte, como queda reflejado en los párrafos (1079) y (1080) del IP en segunda fase antes reproducidos, algunos operadores plantearon incluir la obligación para Telefónica de incorporar a la oferta mayorista todos los contenidos exclusivos, planteamiento descartado dado que en dicha oferta además de los contenidos premium,

se consideraba que la propia TELEFÓNICA incluiría otros contenidos no premium en dichos canales.

Los propios compromisos abundan en esta interpretación de que la oferta mayorista debe incorporar los contenidos premium que haya adquirido TELEFÓNICA, y recogen al mismo tiempo determinadas limitaciones al contenido de su oferta mayorista.

Por una parte el compromiso 2.9.e) señala en su párrafo segundo lo siguiente: *“En el caso en que la entidad resultante no sea titular de la totalidad de los derechos de emisión en España correspondientes a las competiciones de la Liga de Primera División de Fútbol y Copa de S.M. el Rey de Fútbol, no estará obligada a poner a disposición los derechos que disfrute a aquellos grupos empresariales que, siendo igualmente titulares de derechos de emisión en exclusiva en la misma competición y temporada, no cedan recíprocamente a la entidad resultante sus correspondientes derechos en condiciones equivalentes.”*

De este compromiso se deduce de manera inequívoca, en línea con lo ya recogido en el IP en segunda fase, que TELEFÓNICA se obliga a poner a disposición de terceros los derechos de determinadas competiciones futbolísticas, sobre un principio de reciprocidad. Este compromiso ofrecido por la propia TELEFÓNICA no hace referencia a canales sino a contenidos premium concretos que, conforme al objetivo de la oferta mayorista, deberán estar a disposición de sus competidores.

Por otra parte, el compromiso 2.9.f) establece en su párrafo sexto que *“La entidad resultante podrá excluir del canal contenidos propios, siempre y cuando no se deteriore significativamente la calidad del canal ofertado y se sustituyan dichos contenidos por otros de calidad suficiente de forma que no haya franjas horarias en negro.”*

Una vez más se establecen limitaciones respecto de los contenidos que deben incluirse en los canales de la oferta mayorista al objeto de garantizar no solo que se ofrecen los contenidos calificados como premium a los competidores sino también que se preserva la calidad de los canales ofertados.

De acuerdo con todo ello, debe rechazarse lo alegado por TELEFÓNICA cuando señala que los compromisos solamente obligan a dicha empresa a ofrecer canales y no contenido como tal.

En conclusión, por las razones señaladas, **los compromisos incluyen la obligación de ofrecer a través de la oferta mayorista los contenidos premium que haya adquirido TELEFÓNICA, tanto a través de canales lineales de televisión, como para su explotación en modalidad SVOD.**

Esta obligación de incorporar los contenidos premium a la oferta, quedó expuesta con claridad en el IP en segunda fase, en particular en el caso de los contenidos premium deportivos, para los que una eventual limitación a la adquisición de derechos exclusivos por parte de TELEFÓNICA fue desestimada al considerarse más efectivo garantizar que dichos contenidos estuviesen a disposición del resto de operadores en la oferta mayorista (párrafos 1057 y 1058 del IP en segunda fase antes citados).

Todo ello resulta perfectamente consistente con el análisis del conjunto de los compromisos y con el equilibrio existente entre las limitaciones a la adquisición de derechos por parte de TELEFÓNICA, en particular los contenidos exclusivos, y el

compromiso 2.9 relativo a la oferta mayorista que TELEFÓNICA está obligada a poner a disposición del resto de operadores.

Desde la autorización de la operación, TELEFÓNICA es perfectamente conocedora de todos los elementos antes señalados, y de la interpretación sobre el alcance de sus obligaciones en relación con la oferta mayorista recogida en el IP en segunda fase. El Consejo de la CNMC en su resolución de 22 de abril de 2015 se muestra de acuerdo con el análisis realizado en dicho Informe Propuesta y la valoración de los compromisos presentados, y resalta que los compromisos deben ser valorados en su conjunto y no solo de manera aislada cada uno de ellos.

Tampoco resulta pertinente la alegación de TELEFÓNICA cuando trata de equiparar la situación analizada en este expediente con derechos de emisión no exclusivos adquiridos por TELEFÓNICA, con referencia al acceso a contenidos de MotoGP adquiridos a DAZN o contenidos de Disney+, señalando que conforme a la PIPV también se vería obligada a incluir estos contenidos en su oferta mayorista.

En el presente expediente nos encontramos ante unos contenidos premium (Formula 1) adquiridos por TELEFÓNICA en exclusiva que, en lugar de ser ofrecidos a sus competidores a través de la oferta mayorista, son cedidos a un determinado operador. Esta situación no sería aplicable cuando los contenidos adquiridos por TELEFÓNICA no tuvieran carácter exclusivo o no se correspondieran con definidos como contenido premium conforme a los compromisos a los efectos de la oferta mayorista. En todo caso, no es objeto de este procedimiento analizar otros acuerdos suscritos por TELEFÓNICA ni valorar su adecuación a los compromisos o a la normativa de competencia.

Un segundo conjunto de alegaciones hace referencia a la libertad de TELEFÓNICA para desinvertir en los derechos adquiridos y rentabilizarlos, todo ello en el marco de la libertad de empresa, así como para configurar su oferta mayorista con libertad en cuanto al número de canales y sus contenidos. Como consecuencia de ello, y en el presente caso, una vez cedidos los contenidos exclusivos de Formula 1 en favor de DAZN, dichos contenidos habrían dejado de ser de TELEFÓNICA, en consecuencia, no serían contenido premium y TELEFÓNICA no tendría obligación alguna en relación con los mismos conforme a los compromisos, y tampoco de ofrecerlos en condiciones no discriminatorias.

En relación con estas cuestiones procede señalar en primer lugar que los compromisos fueron ofrecidos de manera voluntaria por parte de TELEFÓNICA, y que la autorización de la concentración se subordinó al cumplimiento de los mismos, todo ello con el objeto de paliar los diversos efectos negativos para la competencia identificados en el análisis de la operación en diferentes mercados. Dichos compromisos incluyen determinadas limitaciones a la capacidad de actuación de TELEFÓNICA, entre otros aspectos en la adquisición de contenidos y en su comercialización que, como no puede ser de otra manera, conllevan unas restricciones a la libertad empresa durante el periodo en el que los compromisos se mantengan en vigor.

Si TELEFÓNICA consideraba que dichas limitaciones resultaban incompatibles e inasumibles con su libertad de actuación como empresa no debió haber propuesto los compromisos o, en su caso, debería haber renunciado a llevar a cabo la operación de concentración.

Es por ello que la capacidad de TELEFÓNICA para rentabilizar y comercializar los derechos adquiridos, y para configurar su oferta mayorista de canales, debe quedar sujeta en todo caso a lo que lo que señalan los compromisos, presentados por la propia empresa.

Así, los compromisos establecen un determinado mecanismo para la adquisición y explotación de contenidos audiovisuales, basado en ciertas limitaciones para su adquisición (compromisos 2.1 a 2.8) y un sistema reglado para comercialización y explotación de los contenidos premium (compromiso 2.9 y Anexo 1), en particular garantizando que estos contenidos exclusivos y de alto valor, estuvieran a disposición del resto de operadores presentes en el mercado de la televisión de pago (incluidos los OTT) en condiciones regladas y no discriminatorias a través de una oferta mayorista de canales lineales.

A criterio de la DC, por las razones ya señaladas y que ya quedaron delimitadas y precisadas en la autorización de la operación de concentración, TELEFÓNICA debe garantizar que los contenidos calificados como premium conforme al compromiso 2.9.d) primer párrafo¹² estén a disposición del resto de operadores a través de la oferta mayorista de canales tanto a través de canales lineales y también en la modalidad no lineal SVOD.

En el caso concreto de los contenidos de Fórmula 1, no resulta controvertido que se trata de un contenido premium de los previstos en los compromisos, cuyos derechos exclusivos fueron adquiridos por TELEFÓNICA para las temporadas 2021 a 2023. TELEFÓNICA alega que tras su cesión a DAZN, ya no se trata de contenidos exclusivos que ostente TELEFÓNICA y por lo tanto no quedarían sujetos a lo señalado en los compromisos respecto de la oferta mayorista.

Sin embargo, tal y como queda reflejado en la PIPV, la concreta forma en que TELEFÓNICA ha realizado la comercialización de estos contenidos ha sido, de manera resumida, su cesión a DAZN, **[CONFIDENCIAL]**, adquiriendo esos mismos contenidos para seguir ofreciéndolos a los clientes de TELEFÓNICA en condiciones equivalentes a las que ya los venía ofreciendo. A mayor abundamiento, en virtud del acuerdo con DAZN se garantiza la continuidad del canal Formula 1, antes incluido en la oferta mayorista, cuya producción, además, seguirá realizando la propia TELEFÓNICA.

El resultado práctico es que se ha alcanzado una situación en la que TELEFÓNICA sigue teniendo los contenidos premium de Formula 1 a su disposición para incluirlos en su oferta minorista a sus clientes, si bien estos contenidos premium ya no están a disposición del resto de sus competidores en las condiciones regladas previstas en los compromisos dado que tras su cesión a DAZN habrían perdido su carácter de contenido exclusivo. A través de esta fórmula, TELEFÓNICA conserva los contenidos premium de Formula 1 a su disposición, eludiendo su inclusión en la oferta mayorista a través del

¹² A estos efectos, se considera canal *premium* aquél que incluya algún contenido audiovisual no deportivo de estreno de los grupos empresariales denominados *Majors3* sobre el que la entidad resultante disponga de derechos de emisión en exclusiva en España, tal como se ha definido en el apartado 2.2.a), o algún evento deportivo en directo de la Liga de Primera División de Fútbol, Copa de S.M. el Rey de Fútbol, *Champions League* de Fútbol, *Europa League* de Fútbol, Campeonato del Mundo de Fútbol, Campeonato Mundial de Baloncesto, Fórmula 1, Moto GP y los Juegos Olímpicos, sobre el que la entidad resultante disponga de derechos de emisión en exclusiva en España.

argumento formal que tras haberlos cedido a DAZN ya no es titular exclusivo de los mismos.

Por otra parte, en virtud del acuerdo de 7 de enero de 2021, TELEFÓNICA ha comercializado los contenidos premium de Formula 1 en favor de un determinado operador (DAZN) cuando los compromisos establecen un procedimiento reglado para la comercialización de estos contenidos que deben estar accesibles a todos los operadores de manera transparente y no discriminatoria, y al mismo tiempo sigue disponiendo para sus clientes de estos contenidos en condiciones similares a los que ya venía disfrutando, con posible incumplimiento de lo previsto en el compromiso 2.9 respecto de la obligación de poner a disposición del resto de operadores una oferta mayorista y en particular en el compromiso 2.9.j) respecto de la no discriminación.

Dicha discriminación se habría producido como resultado del propio acuerdo de 7 de enero de 2021 y la forma de comercializar estos contenidos en favor de un determinado operador y en detrimento del resto de sus competidores, como exigen los compromisos.

Estas prácticas, a criterio de la DC, podrían ser contrarias a los compromisos, a su finalidad y a los motivos que fueron determinantes en el análisis de los mismos de cara a la autorización de la operación de concentración, a pesar de haberse identificado riesgos relevantes para la competencia en varios mercados afectados derivados de dicha operación.

De admitirse este proceder podría llegarse a la situación extrema en la que TELEFÓNICA reprodujera esta práctica con la totalidad de los contenidos premium que hubiera adquirido, realizando una “cesión” de derechos en favor de un determinado operador, para realizar en ese mismo acto una adquisición de derechos no exclusivos en su favor y seguir ofertándolos a sus clientes, mientras el resto de sus competidores se verían privados del acceso a estos contenidos en condiciones reguladas y por tanto se vería gravemente limitada su capacidad para competir en el mercado.

Debe recordarse la particular relevancia que tienen los contenidos premium en los mercados minoristas de la televisión de pago y los mercados conexos de comunicaciones electrónicas, tal y como ha quedado reflejado de manera reiterada en el IP en segunda fase¹³.

En el análisis de la concentración se identificó¹⁴ un riesgo de que TELEFÓNICA, tendría la capacidad y los incentivos para utilizar su posición como oferente de canales de televisión de pago *premium* para reducir la capacidad de competir de sus rivales en el mercado de la televisión de pago cerrando directamente el acceso a estos canales a sus competidores.

Resulta a estos efectos relevante reproducir los párrafos (857) y (858) del IP en segunda fase de la concentración donde se analizan los posibles incentivos de TELEFÓNICA para realizar determinadas prácticas en detrimento de la competencia en los mercados, en particular dado que los beneficios de captar clientes en los mercados minoristas serían muy superiores a los obtenidos en la venta mayorista.

¹³ Ver por ejemplo párrafos 131, 248, 274, 514, 515, 842

¹⁴ Ver IP en segunda fase Apartado X.2 (párrafos 835 y ss)

“(857) Finalmente, en lo que se refiere a los incentivos que tendrá la entidad resultante para no vender sus propios canales a sus competidores, es evidente que la pérdida de ingresos por renunciar a vender los canales propios en el mercado mayorista quedaría largamente compensada por las rentas que se obtendrían de nuevos clientes a los que se oferten paquetes convergentes. A estos efectos conviene señalar que el margen obtenido en la venta de canales en el mercado mayorista es muy inferior al obtenido en la venta minorista de comunicaciones electrónicas y servicios de televisión.”

(858) Además, cabe destacar que TELEFÓNICA no oferta en la actualidad los canales que edita a sus competidores, por lo que no es de extrañar que esta falta de incentivos a comercializar sus canales en el mercado mayorista continúe tras la operación de concentración, aún en el caso de canales cuyos contenidos se han adquirido a costes muy elevados, como el fútbol. De hecho, TELEFÓNICA ha pagado por emitir en exclusividad junto a DTS la Champions League de fútbol durante las últimas temporadas y ha renunciado a rentabilizar esta inversión porque lo ofrece gratis a sus clientes al adquirir otros paquetes. Esta decisión solo puede obedecer a que ha primado en su estrategia de negocio la captación y retención de abonados convergentes de televisión de pago y servicios de comunicaciones electrónicas en detrimento de la obtención de mayores ingresos a corto plazo, estrategia que también puede aplicarse al caso de la venta mayorista de canales, sacrificando los ingresos de esta venta a cambio de una exclusividad que puede reportar más beneficios a través de más clientes en el ámbito minorista.”

Las actuaciones analizadas en el presente IPV parecen confirmar los riesgos e incentivos que ya se apuntaban en el año 2015 cuando fue analizada la operación, siendo determinante exigir el cumplimiento de los compromisos como medio para compensar los riesgos identificados, en este caso en lo que hace referencia a la oferta mayorista.

Por último, debe señalarse que la DC coincide con TELEFÓNICA cuando pone de manifiesto que los compromisos no establecen el número de canales de dicha oferta, o la concreta organización de los contenidos dentro de los mismos. No obstante, no puede coincidir con TELEFÓNICA cuando señala que dicha organización de los contenidos en los canales queda al completo arbitrio de esta empresa, dado que los propios compromisos establecen determinados límites que TELEFÓNICA viene obligada a respetar, por ejemplo, lo dispuesto en el compromiso 2.9.f), párrafo sexto, que antes se ha mencionado.

Considera erróneamente TELEFÓNICA que la PIPV remitida con fecha 20 de mayo de 2021 *“reprocha a Telefónica que, con motivo del acuerdo con DAZN, la oferta mayorista quede limitada a cuatro canales de modo que los operadores solo puedan optar a un máximo de dos canales”*.

En primer lugar, la PIPV, en su párrafo (55) señala que, a criterio de la DC, *“TELEFÓNICA debe garantizar que los contenidos del Formula 1 adquiridos por Telefónica en exclusiva, puedan estar disponibles en su oferta mayorista”*. Como puede observarse en dicha redacción no se hace referencia en ningún momento a que dichos contenidos deban de incorporarse en un canal de televisión determinado ni que deba de tratarse de un canal diferenciado o individualizado de otros canales de la oferta

mayorista, o que con ello se condicione la manera en que TELEFÓNICA organice los contenidos de su oferta mayorista de canales.

La referencia recogida en la PIPV, sobre la retirada del canal Formula 1, y su contenido correspondiente, de la oferta mayorista de TELEFÓNICA, responde a la constatación de que dicha actuación, que ya se ha producido, ha tenido ya consecuencias, por una parte excluyendo este canal de la oferta y por otra el efecto asociado de que el número máximo de canales accesibles para el resto de operadores ya se ha visto reducido de tres a dos canales al pasar la oferta mayorista de 5 a 4 canales y existir un límite del 50% de adquisición de canales de cada oferta mayorista. Tanto los párrafos (29) como (30) de la PIPV hacen un análisis de una previsible situación que podría producirse en la próxima oferta mayorista de mantenerse la retirada de los contenidos de Formula 1 como consecuencia del acuerdo con DAZN.

El contenido de dichos párrafos para nada prejuzga que TELEFÓNICA pueda organizar su próxima oferta mayorista de canales con otra estructura, sino que se limita a analizar un posible escenario previsible basado en las seis ofertas existentes hasta el momento.

En todo caso lo relevante a los efectos del presente procedimiento es que desde enero de 2021 TELEFÓNICA ha eliminado uno de los canales de su oferta mayorista, el canal Formula 1, canal y contenido que ya no está accesible al resto de operadores desde dicha fecha como exigían los compromisos. Por otra parte, también desde esa fecha el número de canales de la oferta mayorista que pueden contratar los competidores se ha reducido de tres a dos lo que ha limitado la capacidad de los competidores para contratar dichos canales.

Por último, dentro de esta primera alegación, TELEFÓNICA señala que “*TELEFÓNICA no impide la adquisición de esos derechos por parte de ningún operador y que DAZN puede alcanzar acuerdos con cualquier operador*”.

En relación con esta alegación debe señalarse en primer lugar que resulta irrelevante en lo que atañe al cumplimiento de los compromisos, que es el objeto del presente IPV. Es evidente que nada tiene que ver una situación en la que TELEFÓNICA venga obligada a ofertar a todos los operadores del mercado un determinado contenido premium que ha adquirido, en condiciones reguladas, equitativas, razonables, objetivas, transparentes y no discriminatorias, frente a otra situación en la que un determinado operador, en este caso DAZN, verticalmente integrado, pueda alcanzar acuerdos comerciales con otros operadores atendiendo a sus prioridades u objetivos de negocio.

Por otra parte, la posición de TELEFÓNICA en los diferentes mercados afectados por la operación, y en particular en el mercado minorista de televisión de pago, con una elevada base de clientes frente al resto de competidores, le confiere, entre otros factores, un gran poder de negociación en la adquisición de derechos audiovisuales y para rentabilizar los contenidos de mayor valor. Ello conlleva, entre otros efectos, una situación que limita en la práctica la capacidad de los oferentes de derechos para poder alcanzar acuerdos con otros operadores del mercado minorista de la televisión de pago, ya que los titulares de estos derechos dependen de TELEFÓNICA para poder rentabilizar sus contenidos.

Los riesgos para la competencia relacionados con esta situación han quedado recogidos en el IP en segunda fase¹⁵, y han tenido un reflejo expreso en el compromiso 2.10 para prevenir este riesgo en el caso de canales editados por terceros, y en las limitaciones a la adquisición de contenidos recogidas en los apartados 2.1 a 2.8 de los compromisos, y las obligaciones relativas a la oferta mayorista (compromiso 2.9 y anexo 1).

En cuanto a la referencia que hace TELEFÓNICA a acuerdos **[CONFIDENCIAL]**, la DC únicamente ha podido identificar un acuerdo entre Orange y DAZN que según se deduce de la información ofrecida por Orange¹⁶, habría sido suscrito en 2020 (con anterioridad al acuerdo TELEFÓNICA-DAZN) y se limita al acceso por parte de los clientes de Orange a los contenidos de la liga de fútbol del Reino Unido “Premier League” y solamente alcanza a los establecimientos públicos (Orange TV Bares), es decir, no está accesible a los clientes residenciales de Orange.

[CONFIDENCIAL], la DC ha identificado una actuación comercial¹⁷ en la que Masmovil ofrece a sus clientes la posibilidad de contratar el servicio de televisión con DAZN con una promoción de 3 meses gratis. El cliente debe contratar el servicio directamente con DAZN por lo que no se observa que al amparo de esta promoción se haya producido ninguna cesión de derechos para su explotación por Masmovil.

Como se puede observar ninguna de las dos ofertas comerciales antes señaladas guarda relación alguna con el presente procedimiento. En todo caso, como se ha señalado, el hecho que DAZN pueda alcanzar acuerdos comerciales con terceros operadores no por ello exime a TELEFÓNICA de cumplir con los compromisos y poner estos contenidos a disposición del resto de competidores en las condiciones fijadas en los mismos.

De acuerdo con todo ello, no se observa en las alegaciones de TELEFÓNICA ninguna circunstancia o elemento que permita desacreditar lo ya señalado en la PIPV en relación con el compromiso 2.9 en lo relativo a la oferta mayorista.

7.2 Sobre el Incumplimiento del compromiso 2.9 y del Anexo 1 en lo referente al cómputo de los abonados a la televisión de pago del CMG (criterio 75%)

Resumen de las alegaciones

En sus alegaciones TELEFÓNICA discute las conclusiones de la PIPV sobre la cláusula 22 del acuerdo (pg. 16) que establece que **[CONFIDENCIAL]** (Traducido del acuerdo¹⁸).

Entiende TELEFÓNICA, de igual forma a la DC en la PIPV, que el acuerdo establece que todos los abonados de empaquetamientos de Telefónica que incluyan contenidos de DAZN, tanto los que contraten el paquete DAZN (canales DAZN 1 y DAZN F1) como los abonados que accedan al servicio de DAZN OTT (con acceso a la carta), deben ser computados “también” como abonados de DAZN a los efectos del criterio del 75%, por ejemplo, en el caso de que DAZN optase en un futuro por adquirir un canal de la oferta mayorista sujeto al sistema de precios de Coste Mínimo Garantizado (p.ej. un canal de fútbol).

¹⁵ Ver apartado X del IP en segunda fase.

¹⁶ <https://blog.orange.es/noticias/orange-dazn-acuerdo-emision-premier-league/>
<https://ayuda.orange.es/empresas/orange-tv/2726-resuelve-tus-dudas-sobre-dazn-en-orange-tv>

¹⁷ <https://www.yoigo.com/promociones/dazn-gratis>

¹⁸ **[CONFIDENCIAL]**

Prosigue TELEFÓNICA señalando que, sin embargo, la DC considera que dicha cláusula en el acuerdo no es acorde con lo contemplado en el Anexo 1 de los compromisos cuando establece el criterio de un peso del 75% para el cómputo de los abonados a la televisión de pago de cada operador adquirente del canal¹⁹. De acuerdo a la DC de Competencia, los abonados de TELEFÓNICA que hayan contratado contenidos del Paquete DAZN, fueran ya abonados de TELEFÓNICA que optan por este contenido adicional (p.ej. migrando a otro producto) o sean nuevos clientes de TELEFÓNICA que contratan un paquete que incluye canales de DAZN, son clientes minoristas facturados por TELEFÓNICA y bajo contrato con este operador. Luego, o ya eran previamente clientes de TELEFÓNICA o son nuevos clientes de TELEFÓNICA que disfrutaban de contenidos del Paquete DAZN, sin que puedan ser considerados clientes de DAZN, dado que no guardarían relación contractual alguna con este último operador, siendo a los efectos del criterio del 75% del CMG abonados a la televisión de pago que computan sola y exclusivamente para TELEFÓNICA.

En su escrito de 15 de junio de 2021, TELEFÓNICA pretende justificar el párrafo en la cláusula 22 del acuerdo con DAZN y la doble computación de los abonados de TELEFÓNICA que acceden a estos contenidos, también como de DAZN, alegando que la situación planteada en su acuerdo con DAZN no se encuentra recogida en los compromisos, una situación que, según TELEFÓNICA, hace “*que un cliente sea simultáneamente cliente de dos proveedores y en las que el sumatorio de las cuotas de mercado de todos los competidores sea superior al 100%, estando ambos operadores en situación de repartir el riesgo de la contratación de contenido premium.*” Continúa TELEFÓNICA afirmando que el acuerdo con DAZN viene a cubrir esa laguna en los compromisos en lo que se refiere a las situaciones en las que los clientes (entendidos aquí como abonados a la televisión de pago computables bajo el criterio del 75%) pueden serlo de ambos operadores a la vez, compartiendo el riesgo de la contratación de contenidos premium. Añade TELEFÓNICA que **[CONFIDENCIAL]**. Afirma TELEFÓNICA que, conforme a la normativa de consumo, esos clientes suyos son también clientes de DAZN, porque es el prestador del servicio con sus propias condiciones “*como lo son los clientes de Disney, Netflix, Atresmedia o cualquier otra aplicación que se integra en la plataforma de Telefónica*”, mientras que el papel de TELEFÓNICA es el de facilitador de las aplicaciones OTT.

Según TELEFÓNICA, la modalidad de comercialización, ya sea mediante OTT o por un operador de comunicaciones electrónicas no puede prejuzgar el cómputo de los abonados, en lo que parece indicar que los abonados de banda ancha de un operador de comunicaciones electrónicas que accedieran por ejemplo a canales de la oferta mayorista adquiridos por un OTT, deberían ser también computados como abonados bajo el criterio del 75% para ambos operadores (el que da el acceso y el que presta el servicio).

¹⁹ “Este coste fijo se repartirá entre Telefónica y los operadores de televisión de pago que adquieren dicho canal en función de los siguientes criterios:

- Cuota de abonados recurrentes de televisión de pago: El 75% de este coste fijo se repartirá en base al porcentaje de abonados de televisión de pago que dicho operador de televisión de pago tenga en el primer día del último mes de la temporada anterior al comienzo de la temporada de los eventos deportivos incluidos en dicho canal, en relación con el conjunto de abonados de televisión de pago que Telefónica y que los operadores de televisión de pago que adquieren el canal tengan en ese mismo día. (...). [Subrayado añadido].

Concluye TELEFÓNICA alegando que, si DAZN estuviera interesado en adquirir los contenidos de fútbol a través de la oferta mayorista de canales de TELEFÓNICA, “*está perfectamente facultado*” y justifica de nuevo la doble computación señalando “*para ello este escenario es muy ilustrativo de que los clientes de Telefónica que accedan al contenido de DAZN deberán ser computados a los efectos del CMG porque no hay duda que también son clientes de DAZN y tiene capacidad de lucrarse con ellos. De lo contrario se infligiría un claro menoscabo a Telefónica y al resto de operadores dado que se sustraería a DAZN del reparto del riesgo en la adquisición de contenidos premium conforme a lo establecido en los compromisos.*” De aquí se desprende que, si DAZN adquiriese canales de fútbol, TELEFÓNICA considera que sus abonados con acceso ‘a la carta’ a esos canales de fútbol deberían también computar como abonados de DAZN.

Termina TELEFÓNICA sus alegaciones en una aparente defensa de terceros operadores (**[CONFIDENCIAL]**) para que “*no se vean perjudicados por un trato discriminatorio frente a DAZN.*”

Contestación a las alegaciones

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), en su artículo 2 (definiciones), define al “5. Servicio de comunicación audiovisual de pago. Son servicios mediante pago o de pago aquellos servicios de comunicación audiovisual y servicios conexos que se realizan por el prestador del servicio de comunicación audiovisual a cambio de contraprestación del consumidor. Esa contraprestación se puede realizar, entre otras, en la forma de suscripción, pre-pago o pago por visión directa, ya sea para visionar o escuchar canales, programas o paquetes de programas.” En este sentido, la contraprestación por el acceso a los contenidos de DAZN es recibida por TELEFÓNICA, por lo que serán abonados exclusivamente de TELEFÓNICA, con independencia de las características técnicas que tenga el acceso físico a dichos contenidos desde la correspondiente plataforma de TELEFÓNICA o quien sea el prestador mayorista de los mismos (i.e. DAZN).

De igual forma, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y otras leyes complementarias, establece en su artículo 59.bis la definición de “b) “contrato de servicios”: todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el empresario preste o se comprometa a prestar un servicio al consumidor y usuario y éste pague o se comprometa a pagar su precio.”. Luego, tanto en la LGCA como en la LGDCU la vinculación entre el abonado y el operador se establece por el pago del servicio en el contexto de un contrato.

Alega TELEFÓNICA que “*Lo relevante a estos efectos es quién presta el servicio y, en este caso, es claro que el prestador del servicio es DAZN que es quién da la marca al servicio y a los canales y lo hace al amparo de sus condiciones generales de prestación del servicio idénticas a las que aplican cuando el servicio se contrata de forma independiente.*” Sin embargo, la prestación del servicio minorista no puede desligarse del operador que recibe la contraprestación del cliente en base a un contrato. De igual forma, los clientes que disfrutan de los canales (mayoristas) de fútbol Movistar LaLiga o Movistar Liga de Campeones son (solo) clientes del operador que adquirió el canal y con el que tienen un contrato por el que abonan la cuota del producto que incluye ese contenido (p.ej. TELEFÓNICA y ORANGE en la temporada 2020/2021). Así, los clientes

de ORANGE no se agregan como clientes también de TELEFÓNICA (que presta el servicio mayorista).

Por otra parte, no es el acceso a un contenido concreto (p.ej. de DAZN) el que determina que sea abonado a la televisión de pago de un operador a los efectos del criterio del 75% del CMG, sino la capacidad para acceder a los canales de la oferta mayorista y la inmediatez en poder realizar dicho acceso como cliente del servicio contratado.

Por consiguiente, y en contra de lo señalado en la mencionada cláusula 22 del acuerdo, los abonados de TELEFÓNICA que hayan incorporado contenidos del paquete DAZN, no podrían computar como abonados a la TV de pago de DAZN de acuerdo al Anexo 1 de los compromisos (criterio del 75%), porque no son abonados de DAZN, estimando la DC que la mención en el acuerdo a que “[CONFIDENCIAL]” podría ser por tanto contraria a los compromisos.

Una situación similar se producirá respecto de los clientes de TELEFÓNICA que contraten el servicio DAZN OTT mediante la modalidad ‘a la carta’, [CONFIDENCIAL]. Tampoco se explicita que estos clientes de TELEFÓNICA deban suscribir un contrato con DAZN para acceder a este servicio. Cuestión distinta es la de los abonados de TELEFÓNICA que libremente accedan al servicio OTT de DAZN y contraten directamente con este operador el servicio, siendo facturados a nivel minorista de forma directa por DAZN.

El citado párrafo en la cláusula 22 del acuerdo tendría como efecto lastrar la capacidad de DAZN para poder acceder a la contratación de canales de la oferta mayorista de TELEFÓNICA sujetos al sistema de CMG (en la actualidad canales de fútbol) en condiciones no-discriminatorias, al resultar penalizado DAZN en la cuota del CMG que le correspondería, por el hecho de computar como clientes propios unos clientes que no lo son y que ya son computados como clientes de TELEFÓNICA, distorsionando además todo el proceso del reparto del CMG para todos los operadores adquirientes, como se pone de relieve más adelante. A ello debe unirse que DAZN es competidor de TELEFÓNICA en el mercado minorista de televisión de pago en España y el principal competidor especializado en contenidos deportivos. Por tanto, todo ello contravendría el compromiso 2.9 y el cálculo del CMG conforme al Anexo 1 (apartado 1.1).

Debe responderse a TELEFÓNICA asimismo en relación con el rol simultáneo de cliente para ambos operadores (TELEFÓNICA y DAZN) que a criterio de la DC no existe en relación con esta concreta cuestión una laguna en los compromisos presentados por TELEFÓNICA el 14 de abril de 2015, puesto que la consideración tanto minorista como mayorista de los clientes a computar supone a todas luces una interpretación incorrecta del Anexo 1 de los compromisos que no puede ser aceptada. En primer lugar, la referencia en los compromisos a los abonados a la televisión de pago no puede desviarse del concepto de la demanda de clientes finales en los respectivos segmentos, residencial y no-residencial, lo que determina de forma palmaria que los abonados a la televisión de pago son siempre abonados minoristas.

En segundo lugar, como tales abonados minoristas a la televisión de pago, resulta irrelevante a qué contenidos de terceros operadores accede el abonado salvo, como ya se ha establecido en resoluciones y respuestas a consultas, por tener la capacidad o potencialidad de acceder a canales de la oferta mayorista de forma inmediata (o disponer

ya de ellos). En este sentido, TELEFÓNICA interpreta incorrectamente el concepto de compartición del riesgo, que solo tiene sentido en el contexto del CMG de los compromisos cuando aquél está asociado a la adquisición exclusiva de contenidos en canales que forman parte de la oferta mayorista. En consecuencia, dado que los contenidos o canales de DAZN no formarían parte de la oferta mayorista (al margen de las decisiones que se tomen finalmente por el Consejo de la CNMC en la resolución de este IPV), en el reparto del CMG no puede contemplarse ninguna compartición por riesgo de adquisición computando para DAZN el número de abonados que accedan a dichos contenidos, pues su efecto solo repercutirá sobre los canales de la oferta mayorista que, sin embargo, no contienen tales contenidos.

En tercer lugar, el abonado a la televisión de pago (del segmento residencial o no-residencial) para un mismo servicio solo puede computar como cliente de un único operador adquirente, aquél que le identifica como abonado a su servicio en base al producto de televisión de pago por el cual el abonado/cliente final recibe la factura de su operador. Un abonado no puede tener dos contratos o recibir dos facturas de distintos operadores por la prestación del mismo servicio de televisión de pago, y solo podrá computar como cliente/abonado del operador con quien tiene realmente contratado el servicio y le factura, pues, de otro modo, en contra de lo afirmado por TELEFÓNICA, se podrían producir distorsiones en el cálculo del CMG no solo para los operadores que suman dos veces a los mismos abonados, sino también para resto de los operadores adquirentes del canal, pudiendo repercutir potencialmente sobre la obligación de replicabilidad a la que debe sujetarse TELEFÓNICA en los compromisos.

La consideración de los abonados a la televisión de pago de TELEFÓNICA que acceden a los contenidos de DAZN, agregándolos también como abonados de DAZN, en el supuesto de que DAZN quisiera acceder a un canal de fútbol bajo el CMG, tendría el efecto de 'incrementar' el número de abonados de DAZN y su número global para todos los operadores que quisieran acceder al mismo canal, disminuyendo las cuotas aplicables por el 75% del CMG para TELEFÓNICA y otros operadores, salvo para DAZN quien las vería incrementadas muy considerable (pues el número de abonados extra superaría con creces los propios). Éste no sería el único efecto pues si, a pesar de ello, finalmente DAZN adquiriese el canal de fútbol, se distorsionarían también las franquicias de abonados cubiertas por el CMG de cada operador, una vez fijado por TELEFÓNICA el CPA (no orientado a costes) del canal (al resultar las franquicias relativamente inferiores para todos los operadores, excepto para DAZN).

Por otro lado, TELEFÓNICA habría de fijar un CPA que, sin ser superior al CPA estimado orientado a costes (CPA máximo), permitiera en todo caso superar los análisis de replicabilidad de los compromisos (por la salvaguarda en el Anexo 1). Dado que el número de abonados estimado se habría incrementado artificialmente al computar para DAZN los abonados de TELEFÓNICA que accediesen a los contenidos de DAZN, el CPA orientado a costes o máximo resultaría más bajo, con lo que TELEFÓNICA dispondría de una referencia menor para fijar el CPA del canal, lo que potencialmente podría facilitar la replicabilidad de todos los productos de TELEFÓNICA con dicho canal.

En definitiva, el hecho de que los abonados de TELEFÓNICA de productos con canales de DAZN, o que accedan al servicio DAZN OTT como abonados a la carta, computen simultáneamente también como abonados de DAZN para el cálculo del coste mínimo

garantizado, resultaría para DAZN en un trato discriminatorio contrario al compromiso 2.9.j y al Anexo 1 de los compromisos, con potenciales consecuencias excluyentes en su capacidad de optar a los canales de fútbol de la oferta mayorista y, si aun así, DAZN adquiriera canales de fútbol de la oferta mayorista, ello provocaría efectos distorsionadores en el reparto del CMG, en las franquicias de abonados asociadas, y en relación con la obligación de replicabilidad de TELEFÓNICA en los productos con canales de fútbol, lo que sin duda perjudicaría a terceros.

De acuerdo con todo ello, no se observa en las alegaciones de TELEFÓNICA ningún elemento nuevo que permita desacreditar lo ya señalado en la PIPV en relación con el incumplimiento del compromiso 2.9 y del Anexo 1 en lo referente al referido párrafo en cláusula 22 del acuerdo sobre el cómputo de los abonados a la televisión de pago en el caso de DAZN.

7.3 Sobre el compromiso 2.10

Resumen de la alegación

TELEFÓNICA señala que a su criterio no existiría incumplimiento del compromiso 2.10, en particular en cuanto al contenido de las cláusulas 7 y 9 del acuerdo con DAZN de 7 de enero de 2021.

En relación con la cláusula 7 del acuerdo, indica que, conforme a la parte inicial de dicha cláusula²⁰, el acuerdo no tiene carácter exclusivo en el sentido de que DAZN podrá poner el paquete DAZN a disposición de terceros operadores que no sean Telefónica.

Añade que el contenido de la parte final de esta cláusula 7²¹, “*no contiene un mecanismo de compensación a favor de Telefónica en el caso de que DAZN alcance acuerdos con terceros respecto de sus canales o su servicio OTT como se manifiesta en la Propuesta de Informe sino que se trata de una garantía de calidad del producto*”.

Añade que el objetivo de la misma es “[CONFIDENCIAL]”.

Señala que la cláusula 10 del acuerdo con DAZN incluye un mecanismo para proteger la calidad de los contenidos y que “[CONFIDENCIAL]”.

En cuanto a la cláusula 9 del acuerdo de 7 de enero de 2021 y la referencia incluida en la misma a una cláusula de nación más favorecida²², indica que “*pretende por medio de esta cláusula es asegurar que no hay un trato discriminatorio en perjuicio de Telefónica dado el elevado número de clientes que está comprometiendo por medio del acuerdo a favor de DAZN. Por tanto, esta previsión tiene una lógica económica evidente detrás y es que a mayor número de clientes que se aportan a DAZN, no se pueden aplicar unas condiciones más desfavorables a Telefónica. Luego DAZN no debe discriminar negativamente a Telefónica frente a operadores que se comprometan a un menor número de clientes del que ha comprometido Telefónica.*”

Por último recoge también TELEFONICA determinadas precisiones en cuanto a las condiciones de la cesión de los derechos de Formula 1 en favor de DAZN, y acompaña a su escrito de alegaciones dos anexos en idioma inglés, [CONFIDENCIAL].

²⁰ [CONFIDENCIAL]

²¹ [CONFIDENCIAL]

²² [CONFIDENCIAL]

Sin perjuicio de lo anterior, TELEFÓNICA informa que **[CONFIDENCIAL]**". En este sentido, con fecha 21 de junio de 2021, TELEFÓNICA ha remitido a la CNMC un escrito de alegaciones complementario (folios 89365-89369) con la **[CONFIDENCIAL]**.

Respuesta a la alegación

En relación con la primera parte de la cláusula 7 del acuerdo con DAZN, en la que se hace una declaración sobre la libertad de DAZN para alcanzar acuerdos con terceros, nada tiene que señalar la DC en relación con su contenido.

En cuanto a la segunda parte de dicha cláusula las alegaciones de TELEFÓNICA deben ser calificadas cuanto menos como sorprendentes. Mientras la cláusula señala literalmente que TELEFÓNICA tendrá derecho a una reducción en las tarifas a pagar a DAZN en caso de que este operador alcance acuerdos con terceros, TELEFÓNICA en sus alegaciones señala que *"no contiene un mecanismo de compensación a favor de Telefónica en el caso de que DAZN alcance acuerdos con terceros"*.

Baste ver el contenido de la cláusula 7 para desacreditar directamente lo señalado por TELEFÓNICA, pues afirma en su alegación exactamente lo contrario a lo que ha suscrito en su acuerdo con DAZN.

En idéntica situación nos encontramos con el caso de la cláusula de nación más favorecida recogida en la cláusula 9. Como se ha señalado en el PIPV, el compromiso 2.10 señala expresamente *"Tampoco se permitirá la inclusión en los contratos de cláusulas que de una u otra forma permitan las exclusivas de facto (i.e. Cláusula de nación más favorecida)."*

A mayor abundamiento, en el IP en segunda fase²³ se hace una expresa referencia a las cláusulas de nación más favorecida y los motivos por los que representan un riesgo de cierre de mercado que es aplicable de manera directa al presente procedimiento, y que señala lo siguiente:

Pactando con el proveedor precios bastante elevados, con el compromiso de que si el proveedor vende el contenido a un competidor a un precio más bajo, el precio pagado por TELEFÓNICA se ajustaría a la baja, igualándose con el del competidor. Esto se puede convertir en un poderoso desincentivo de los proveedores a vender sus contenidos a terceros, que por su escasa base de clientes de televisión de pago no podrían igualar los precios pagados por la entidad resultante.

En la PIPV (párrafos 43 y 44) se ha concretado los efectos de estas cláusulas para los terceros competidores precisamente por su reducida base de clientes frente a TELEFÓNICA, situación que ya se anticipaba en el IP en segunda fase.

En cuanto a las alegaciones de TELEFÓNICA respecto de la lógica económica de ambas medidas que se incluyen en las cláusulas 7 y 9 del acuerdo, y la necesidad de proteger su inversión, debe señalarse que esta cuestión es irrelevante para el presente procedimiento en el que se analiza si dichas cláusulas son compatibles con los compromisos a que se condicionó la concentración C/612/14.

La DC no cuestiona que dichas cláusulas puedan tener mayor o menor lógica económica o que resulten favorables para TELEFÓNICA. Los compromisos constituyen

²³ Párrafo 807, nota al pie 88.

precisamente limitaciones a la capacidad de actuación de TELEFÓNICA de manera que en lugar de poder actuar persiguiendo exclusivamente sus intereses como empresa, deba sujetarse a determinadas limitaciones para prevenir los riesgos para la competencia identificados en el análisis de la operación de concentración.

Resulta evidente que los compromisos no contemplan como excepción a su cumplimiento por parte de TELEFÓNICA elementos como que respondan a una lógica económica o sean beneficiosos para esta empresa por ejemplo para proteger sus inversiones, dado que los compromisos persiguen precisamente equilibrar los potenciales beneficios económicos que TELEFÓNICA pudiese obtener con la capacidad de competir en igualdad de condiciones por otros operadores.

En relación con la alegación de TELEFÓNICA cuando señala que “[CONFIDENCIAL]”, debe indicarse que parece entender la empresa que si el cumplimiento de los compromisos conlleva que una determinada inversión no resulte conveniente o rentable para TELEFÓNICA simplemente deben de obviarse los compromisos y la “lógica económica” justificaría su incumplimiento. Cuando una determinada actuación es incompatible con los compromisos, TELEFÓNICA deberá simplemente abstenerse de realizarla, con independencia de que dicha actuación pudiera resultar más o menos favorable para sus intereses.

Cuando TELEFÓNICA adquiere derechos y contenidos es perfectamente conocedora de las limitaciones a que está sujeta en cuanto a su adquisición y explotación como consecuencia de los compromisos y deberá proceder bien ajustando su precio u otras condiciones a esta situación o bien no adquiriendo los derechos o contenidos si estima que no le resulta conveniente.

Los propios compromisos concretan determinados tipos de protección que pueden ser utilizados por TELEFÓNICA para sus inversiones, por ejemplo lo señalado en el compromiso 2.5 segundo párrafo²⁴ respecto de *holdbacks* para contenidos no deportivos, si bien sujeto a lo señalado en el tercer párrafo²⁵ del mismo. Estas previsiones no son aplicables a contenidos deportivos.

En cuanto a las condiciones de la cesión de derechos de Formula 1 en favor de DAZN [CONFIDENCIAL], resultan irrelevantes para el presente procedimiento en el que se está valorando el cumplimiento por parte de TELEFÓNICA de los compromisos.

En el presente caso el contenido ya señalado de las cláusulas 7 y 9 del acuerdo de 7 de enero de 2021 parece contravenir de manera clara y directa el compromiso 2.10, tal y como ha quedado reflejado en la PIPV y en los párrafos anteriores, sin que TELEFÓNICA haya aportado argumento alguno justificativo en respuesta a lo señalado en la PIPV.

²⁴ Como excepción a lo anterior, se permitirá que la entidad resultante incluya periodos de protección o *holdbacks* en sus contratos de adquisición exclusiva de derechos de emisión en España de contenidos audiovisuales no deportivos de estreno de terceros para su explotación en modalidad lineal o SVOD, frente a cualquier forma de explotación, durante un periodo de veinticuatro (24) meses contar desde la fecha en que dichos contenidos audiovisuales han sido emitidos por primera vez en España en cualquier soporte.

²⁵ Sin perjuicio de lo anterior, la entidad resultante no podrá suscribir contratos de adquisición de derechos de emisión en España de cine de estreno de terceros para su emisión en modalidad lineal o SVOD que contengan *holdbacks* que impidan la adquisición por terceros de dichos contenidos para su emisión en TVOD durante los doce (12) primeros meses desde que han sido emitidos por primera vez en España en cualquier soporte.

Prueba de ello es que TELEFÓNICA confirma **[CONFIDENCIAL]**, para atender las observaciones del PIPV y de cara al cumplimiento del compromiso 2.10.

Respecto de la citada modificación de la cláusula 7 debe valorarse de manera positiva, pues elimina las partes de la cláusula identificadas en la PIPV sobre **[CONFIDENCIAL]**.

Mayores dudas suscita la modificación de la cláusula 9²⁶ que, si bien elimina la referencia directa a la cláusula de nación más favorecida pactada en favor de TELEFÓNICA, sigue recogiendo el hecho de que **[CONFIDENCIAL]**.

Esta referencia recogida en la nueva cláusula 9, en conjunción con las alegaciones realizadas por TELEFÓNICA en este apartado, antes reflejadas, indican que esta nueva disposición contractual podría ser incompatible con el compromiso 2.10, por las mismas razones ya expuestas respecto de las anteriores cláusulas 7 y 9.

[CONFIDENCIAL].

7.4 Resto de alegaciones

Resumen de la alegación

Incluye TELEFÓNICA en su escrito otras alegaciones en los apartados cuarto, quinto y sexto de su escrito de 15 de junio de 2021.

La primera hace referencia a una supuesta vulneración de la libertad de empresa de TELEFÓNICA, en el que reitera las alegaciones ya expuestas en su alegación primera.

En segundo lugar TELEFÓNICA “*considera que la DC con esta interpretación particular y exorbitada, dicho sea con todos los respetos, de las obligaciones dimanantes de la Resolución viene a reescribir los compromisos de la Resolución y/o a hacer una interpretación extensiva de los mismos incurriendo en una desviación de poder*”, dado que “*está entrando a reinterpretar y modificar en cierto modo el compromiso 2.9 de la Resolución, lo que revela que la DC ha utilizado la potestad de vigilancia para un fin distinto del previsto en la norma*”, todo ello excediendo lo previsto en el artículo 53.3 de la LDC.

En tercer lugar, TELEFÓNICA en el apartado quinto de su escrito afirma que su acuerdo con DAZN es procompetitivo, y aporta una serie de argumentos para defender dicha afirmación.

Por último, se señala que la PIPV vulnera el principio de proporcionalidad, argumentado que “**[CONFIDENCIAL]**”.

Dicho impacto se concretaría, según la alegante, en aspectos como la **[CONFIDENCIAL]**.

Respuesta a la alegación

En cuanto a la supuesta vulneración de la libertad de empresa de TELEFÓNICA, se trata de una cuestión ya respondida con anterioridad. Los compromisos conllevan en su propia esencial unas limitaciones a la actuación de TELEFÓNICA, fueron propuestos por la propia TELEFÓNICA y por lo tanto la exigencia de su cumplimiento en ningún caso

²⁶ Folio 89369

[CONFIDENCIAL] (Subrayado añadido).

puede ser interpretada como una extralimitación en el sentido señalado en las alegaciones.

En cuanto a la existencia de un supuesto de desviación de poder y la reinterpretación de los compromisos en particular en lo relativo a la oferta mayorista, cabe señalar que alegaciones similares han sido vertidas por Telefónica sobre la supuesta modificación *de facto* de la resolución objeto de vigilancia por la reinterpretación de los compromisos, en relación con las demás propuestas de IPV y resoluciones de IPV dictadas en el marco del expediente VC/0612/14. Así el Consejo ya se pronunció al respecto de esta alegación en las resoluciones de vigilancia de 4 de mayo de 2017 y 11 de junio de 2019, desestimándolas. Al igual que en aquellas resoluciones, la DC en su propuesta de IPV de 20 de mayo de 2021 no ha introducido una modificación ni una revisión de los compromisos de 14 de abril de 2015, sino que ha analizado la compatibilidad del acuerdo suscrito entre TELEFÓNICA y DAZN a la luz de los compromisos y en particular del compromiso 2.9. Tal y como ha quedado recogido en el presente IPV, para ello se ha basado en elementos objetivos, y en información ya conocida por TELEFÓNICA como era el resultado del análisis de la operación de concentración realizado en el Informe Propuesta en segunda fase y la posterior resolución del Consejo de la CNMC que autorizó la operación, en los que se recogen diversas precisiones en cuanto a la interpretación y alcance de los compromisos.

En coherencia con lo anterior, cabe traer a colación nuevamente las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2020 (por todas, la STS 132/2020) en las que se delimitaba con mayor precisión el ámbito de actuación de la administración dentro de los expedientes de vigilancia:

“[...] la ejecución de una resolución sancionadora puede requerir en ocasiones de un período de tiempo más o menos prolongado, o puede presentar diferentes fases o grados de cumplimiento, o plantear diferencias sobre el debido cumplimiento entre la CNMC y las partes obligadas, por lo que la resolución del expediente de vigilancia, a los efectos de cumplir su función de incentivo de cumplimiento de lo acordado, no puede limitarse a repetir miméticamente las declaraciones de la resolución sancionadora, desatendiendo el estado de la ejecución, sino que deberá ajustarse o adaptarse a las circunstancias que exija en cada momento el debido cumplimiento de lo resuelto”.

Dentro de esa capacidad de ajustarse o adaptarse a las circunstancias que exija el debido cumplimiento de la resolución objeto de vigilancia, en este caso la resolución de 22 de abril de 2015 recaída en el expediente C/0612/14 Telefónica/DTS, se incardina la habilitación de la CNMC para interpretar aquellos conceptos jurídicos indeterminados, que no modifican los compromisos, y que puedan estar recogidos en los mismos.

A criterio de la DC los diferentes aspectos analizados en el presente IPV se encuentran perfectamente motivados, responden a una interpretación correcta del alcance de los compromisos, incluso con referencia a la precisión del alcance de los mismos recogida en el IP en segunda fase que TELEFÓNICA conoce ya desde el año 2015 con motivo del expediente C/612/14 en el que se analizó la concentración, y se fundamentan en todos los casos en consideraciones objetivas y razonables.

Por otra parte, TELEFÓNICA yerra nuevamente en sus alegaciones al señalar que dicha actuación de la DC sería contraria a los límites señalados en el artículo 53.3 de la LDC. Debe señalarse que el artículo mencionado hace referencia a las resoluciones del Consejo de la CNMC dictadas en el marco del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas, y no en el marco de las concentraciones económicas como el que nos ocupa.

En lo que hace referencia al carácter procompetitivo del acuerdo, alegado por TELEFÓNICA, debe recordarse que el presente procedimiento tiene por objeto analizar la compatibilidad del mismo con los compromisos a los que quedó subordinada la autorización de la operación de concentración. Ello debe entenderse sin perjuicio de que alguna de sus previsiones pudiera ser contraria a la LDC en materia de conductas prohibidas, aspecto que no ha sido analizado en el presente procedimiento.

A este respecto los compromisos no contemplan excepciones al cumplimiento de los mismos atendiendo al posible carácter procompetitivo de las conductas, contratos o acuerdos que pueda suscribir TELEFÓNICA, todo ello al margen de que muchas de las afirmaciones realizadas por esta empresa en esta alegación pueden resultar cuestionables.

Por último, en lo que hace referencia al principio de proporcionalidad, procede recordar una vez más que el presente IPV tiene por objeto analizar el acuerdo suscrito entre TELEFÓNICA y DAZN con fecha 7 de enero de 2021 y valorar si su contenido es conforme a los compromisos ofrecidos por TELEFÓNICA.

El objeto de los compromisos es preservar la estructura competitiva en los mercados afectados por la operación de concentración atendiendo a los riesgos identificados cuando la misma fue analizada. Entre estos objetivos está preservar actuaciones que limiten la capacidad de los diferentes competidores de TELEFÓNICA para competir en los distintos mercados, en el caso que nos ocupa en particular en los mercados minoristas de televisión de pago y los asociados de comunicaciones electrónicas, y en los mercados de adquisición de contenidos.

El que el acuerdo analizado en este IPV pueda resultar beneficioso para los dos operadores que lo suscriben, e incluso pudiera presentar determinados elementos positivos en el corto plazo para sus respectivos clientes, no supone que ello deba implicar una “carta blanca” para incumplir los compromisos y con ello causar perjuicios al resto de operadores que, entre otros aspectos, se ven privados del acceso a determinados contenidos premium que TELEFÓNICA debe poner a su disposición en condiciones regladas, o ver limitada su capacidad para alcanzar acuerdos con DAZN para acceder a los contenidos de este operador para enriquecer su oferta. Ello afecta también a todos los clientes del resto de operadores y en el medio plazo a los propios clientes de los dos operadores que suscriben el acuerdo, quienes verán limitada su capacidad para cambiar de operador y tener una oferta variada de contenidos de televisión de pago en los demás competidores.

En cuanto al argumento que DAZN, como operador OTT, no habría podido tener acceso al contenido de Formula 1 debido a limitaciones existentes en el acuerdo de TELEFÓNICA con FOM, a criterio de la DC, y contra lo afirmado por TELEFÓNICA en sus alegaciones, el proporcionar acceso a los contenidos de Formula 1 bajo modalidad

SVOD es una obligación que atañe a TELEFÓNICA conforme a los compromisos 2.9.a y 2.9.c, tal y como ha quedado reflejado en los apartados anteriores y bien precisado en el IP de segunda fase.

De este modo, si un operador solicitara acceso bajo esta modalidad no lineal, TELEFÓNICA vendría obligada a proporcionarlo, sin que el contrato suscrito con FOM deba ser un obstáculo para ello. Como ha quedado demostrado en este procedimiento de la información aportada por TELEFÓNICA, **[CONFIDENCIAL]**.

Tampoco la previsible existencia de interés por parte de terceros operadores para adquirir el canal Formula 1 resulta relevante para que TELEFÓNICA pudiera quedar eximida de la obligación que le es exigible conforme a los compromisos, dado que nada señalan estos compromisos al respecto.

Resulta en todo caso llamativo que mientras TELEFÓNICA indica que la PIPV conlleva una modificación del alcance de los compromisos, lo que es incorrecto por las razones señaladas, la propia empresa a través de diferentes alegaciones pretenda la supresión de determinadas obligaciones que le son exigibles, argumentando razones no contempladas en los compromisos como la lógica económica de determinados acuerdos, inversiones realizadas, servicios contratados por clientes o el carácter procompetitivo de los acuerdos.

La DC no puede entrar a valorar si, como afirma TELEFÓNICA, de confirmarse por el Consejo la obligación de incluir los contenidos de Formula 1 en la oferta mayorista esto conllevaría la finalización de su acuerdo con DAZN.

Procede aclarar sin embargo que nada obsta, desde la perspectiva de la DC, para que TELEFÓNICA adquiera derechos que ostenta DAZN, tanto en exclusiva como sin exclusividad, siempre que ello se realice conforme a los compromisos y a las previsiones de la LDC.

Tampoco para que DAZN acceda a los contenidos de Formula 1 bajo las condiciones de la oferta mayorista, al igual que el resto de operadores.

OCTAVO. - VALORACIÓN DE LA DIRECCIÓN DE COMPETENCIA EN SU INFORME PARCIAL DE VIGILANCIA.

A la vista de todo lo anterior, y una vez analizadas las alegaciones presentadas por TELEFÓNICA en fecha 15 de junio de 2021 a la PIPV de 20 de mayo de 2021, la DC considera que, tal y como se señalaba en las conclusiones de la PIPV, existen indicios de que el acuerdo de 7 de enero de 2021 suscrito entre Telefónica y DAZN podría contener determinadas previsiones contrarias a lo señalado en los apartados 2.9, 2.10 y Anexo 1 de los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/612/14 Telefónica-DTS.

Por otra parte, la DC propone al Consejo de la CNMC que ordene a TELEFÓNICA y a las empresas de su grupo lo siguiente:

- 1º. Que incorpore los contenidos de Formula 1 en la oferta mayorista de canales, conforme a lo establecido en el compromiso 2.9, adoptando para ello las necesarias modificaciones de su contrato con DAZN de 7 de enero de 2021. La posible

adquisición de los derechos sobre estos contenidos por parte de DAZN deberá realizarse al amparo de las condiciones de dicha oferta mayorista, en condiciones no discriminatorias respecto de otros operadores.

2º. Que adecue el contenido del acuerdo de 7 de enero de 2021 suscrito con DAZN al objeto de que se garantice el cumplimiento de los compromisos en lo que se refiere al cómputo de clientes de televisión de pago de DAZN a efectos del cálculo del coste mínimo garantizado, así como la supresión de las cláusulas que conlleven limitaciones para que DAZN pueda alcanzar acuerdos con terceros operadores para distribuir sus contenidos libremente, en cumplimiento del compromiso 2.10.

NOVENO. – VALORACIÓN DEL PLENO DE LA CNMC

En el presente procedimiento, el Pleno del Consejo debe resolver sobre el cumplimiento de los compromisos a los que se subordinó la autorización de la operación en la resolución de 22 de abril de 2015, recaída en el expediente C/0612/14, TELEFÓNICA/DTS.

En particular, el Pleno debe dilucidar si Telefónica ha cumplido con lo recogido en los apartados 2.9, 2.10 y Anexo 1 de los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/612/14 Telefónica-DTS.

A la vista del pormenorizado y completo análisis desarrollado por la Dirección de Competencia en su actividad de vigilancia, que ha sido expresado en su IPV de 2 de julio de 2021 y sintetizado en anteriores fundamentos de derecho de la presente resolución, este Consejo considera que se deben introducir los ajustes señalados por el órgano instructor.

Así Telefónica deberá incorporar los contenidos de Formula 1 en la oferta mayorista de canales, conforme a lo establecido en el compromiso 2.9, adoptando para ello las necesarias modificaciones de su contrato con DAZN de 7 de enero de 2021. La posible adquisición de los derechos sobre estos contenidos por parte de DAZN deberá realizarse al amparo de las condiciones de dicha oferta mayorista, en condiciones no discriminatorias respecto de otros operadores.

El Consejo también coincide con la Dirección de Competencia en que Telefónica debe adecuar el contenido del acuerdo de 7 de enero de 2021 suscrito con DAZN al objeto de que se garantice el cumplimiento de los compromisos en lo que se refiere al cómputo de clientes de televisión de pago de DAZN a efectos del cálculo del coste mínimo garantizado, así como la supresión de las cláusulas que conlleven limitaciones para que DAZN pueda alcanzar acuerdos con terceros operadores para distribuir sus contenidos libremente, en cumplimiento del compromiso 2.10.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Pleno del Consejo

HA RESUELTO

PRIMERO. - Declarar que el acuerdo de 7 de enero de 2021 suscrito entre Telefónica y DAZN contiene determinadas previsiones contrarias a lo señalado en los apartados 2.9, 2.10 y Anexo 1 de los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/612/14 Telefónica-DTS en los términos que han quedado expuestos en la presente resolución.

SEGUNDO. - Declarar que Telefónica debe introducir los ajustes señalados por la Dirección de Competencia en su informe parcial de vigilancia de 2 de julio de 2021, en relación a lo recogido en los apartados 2.9, 2.10 y Anexo 1 de los compromisos a que fue condicionada la autorización de la operación de concentración C/612/14 Telefónica-DTS en los términos señalados en el fundamento de derecho OCTAVO Y NOVENO de la presente resolución, con el objeto de que se cumplan los compromisos presentados el 14 de abril de 2015, recogidos en la resolución del Pleno del Consejo de la CNMC de 22 de abril de 2015 recaída en el citado expediente C/0612/14.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a la parte interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.