

RESOLUCIÓN (Expte. r 722/07, Video Clubs Cataluña)

Consejo:

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

Madrid, 19 de mayo de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo ponente el Consejero D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la presente Resolución en el expediente de recurso r 722/07 *Video Clubs Cataluña*, (2699/06 del Servicio de Defensa de la Competencia; en adelante, el Servicio), interpuesto por la ASOCIACIÓN DE VIDEO CLUBS DE CATALUNYA contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 1 de marzo de 2007, de archivo de la denuncia presentada por la recurrente contra las empresas WARNER HOME VIDEO ESPAÑOLA S.A., UNIVERSAL PICTURES IBERIA S.A., TWENTIETH CENTURY FOX ENTERTAINMENT ESPAÑA S.A., y SONY PICTURES HOME ENTERTAINMENT Y CIA SRC (antes denominada COLUMBIA TRISTART HOME ENTERTAINMENT & CIA SRC), por la realización de conductas supuestamente prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), consistentes en vender a los videoclubes un mismo producto a un precio diferente según la copia de la película sea destinada a la venta o al alquiler.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 22 de mayo de 2006 se recibió en el Servicio, a través de la Dirección General de Competencia de la Generalitat de Catalunya, escrito

de denuncia presentado con fecha 22 de febrero de 2006 por la ASOCIACIÓN DE VIDEO CLUBS DE CATALUNYA (en adelante, AVC) contra las sociedades WARNER HOME VIDEO ESPAÑOLA S.A. (en adelante, WARNER), UNIVERSAL PICTURES IBERIA S.A., (en adelante, UNIVERSAL), TWENTIETH CENTURY FOX ENTERTAINMENT ESPAÑA S.A. (en adelante, FOX), y SONY PICTURES HOME ENTERTAINMENT Y CIA SRC, antes denominada COLUMBIA TRISTART HOME ENTERTAINMENT & CIA SRC (en adelante, SONY). En el escrito se imputa a las empresas denunciadas la realización de conductas prohibidas por los artículos 1 y 6 LDC, consistentes en vender a los videoclubes un mismo producto (la película en DVD o VHS) a un precio diferente en función de si la película está destinada a la venta o al alquiler.

2. El Servicio realizó, a modo de diligencias previas a la incoación del correspondiente expediente sancionador, diversas actuaciones reservadas con el objeto de conocer la realidad de los hechos denunciados y la existencia de indicios de infracción de la LDC, consistentes en el requerimiento de información a la asociación denunciante y a las cuatro empresas denunciadas, así como a la Sociedad General de Autores y Editores (en adelante, SGAE). A la vista de los hechos que se consideran acreditados, por acuerdo de 1 de marzo de 2007, el Director General de Defensa de la Competencia acordó el archivo de la referida denuncia. El Acuerdo de archivo considera como hechos acreditados:

*“Como documento adjunto (nº 11) a la denuncia figura una **carta remitida por la SGAE**, y rubricada también por las 4 entidades productoras/distribuidoras denunciadas que, con fecha 4 de mayo de 2004, informaba a un video club situado en Barcelona, de la prohibición expresa de alquilar copias de películas destinadas exclusivamente a la venta directa al público. Esta práctica, según el contenido del escrito, estaba siendo realizada por el establecimiento destinatario de la carta, lo que suponía un delito de fraude de la propiedad intelectual recogido en el Código Penal, dado que los derechos de autor implícitos en el alquiler de copias no se pagaban. La mencionada carta finalizaba con la exigencia del cese de estas acciones punibles que de continuar se procedería al inicio de acciones judiciales y, en todo caso, advertían de que inspectores acreditados de la SGAE comprobarían, in situ, la realidad del cese de estas conductas contrarias a la ley.*”

Según la documentación que obra en el expediente (folio 397), y sobre la base de la información proporcionada por las distribuidoras, la SGAE realizó visitas de seguimiento a los video clubs para comprobar el

cumplimiento de las diferentes políticas de alquiler de las distribuidoras. En función de la documentación aportada, la SGAE remitió la mencionada carta a 32 video clubs que, supuestamente, habían infringido los derechos de autor al alquilar copias cuya licencia permitía únicamente su venta.

A la vista de la situación, las distribuidoras que suscribieron la carta consideraron la posibilidad de defender conjuntamente sus intereses ante los Tribunales. Estas cartas requiriendo el cese de la infracción fueron seguidas de acciones penales presentadas por las distribuidoras ante los Tribunales españoles contra 10 operadores de video clubs, respecto de los cuales existían pruebas sólidas de violación de los derechos de propiedad intelectual de las distribuidoras.

*En cuanto a la actual **política comercial** de las productoras/distribuidoras denunciadas, de la información aportada por las mismas cabe destacar:*

1. Por un lado, presentan los siguientes rasgos comunes:

- Existe una expresa prohibición del alquiler de copias, en DVD o VHS, destinadas exclusivamente a la venta directa al público.*
- En cuanto a los precios brutos que aplica, para el año 2006, cada distribuidora/productora a los formatos en venta o en alquiler se desglosa en el siguiente cuadro 1:*

<i>DISTRIBUIDORAS</i>	<i>A</i>	<i>B</i>	<i>C</i>	<i>D</i>
<i>ALQUILER</i>	<i>34,95€</i>	<i>39,95€</i>	<i>38,95€</i>	<i>39,99€ / 34,99€</i>
<i>VENTA</i>	<i>10,65€ / 8,52€</i>	<i>15,90€</i>	<i>-----</i>	<i>19,99€ / 4,99€</i>

Fuente: Facturas aportadas por las productoras/distribuidoras.

Del cuadro anterior se concluye que:

- El precio de los formatos destinados al alquiler es claramente superior al de la venta directa. Todas las distribuidoras han indicado que el precio de los formatos destinados al alquiler siempre ha sido superior al precio de los formatos destinados a la venta directa aún cuando existía la ventana exclusiva de alquiler.*
- En todo caso, el precio de ambos formatos, alquiler o venta directa, es fijado libremente por las distribuidoras por cuanto es de distinta cuantía en cada caso.*

2. Por otro lado, las diferencias se centran en:

- La fecha de inicio de la política comercial actual, que, básicamente, consiste en la supresión de la ventana exclusiva de alquiler, es distinta para cada distribuidora como queda reflejado en el siguiente cuadro 2:

DISTRIBUIDORAS	A	B	C	D
Fecha Inicio Pol. Comercial	2004	Junio 2002	Finales 2003	2004

Fuente: información aportada por las distribuidoras denunciadas.

- Todas las entidades denunciadas aplican descuentos a sus clientes, los video clubs, dependiendo de múltiples factores como: el número de copias solicitadas; el éxito previo de las películas en las salas de cine; el poder de negociación de sus clientes, etc.

- En el caso de una de las distribuidoras incluso ha vuelto a ofrecer al video club la posibilidad de adquirir con un periodo de antelación, breve de 2 a 4 semanas, la copia para alquilar previo a su lanzamiento para la reventa.”

Para la adecuada valoración de estos hechos, el Servicio ha considerado la normativa sectorial que sigue:

“**REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996**, de 12 de abril. Aprueba el **Texto Refundido** de la **Ley de Propiedad Intelectual (LPI)** aprobado por el Real Decreto Legislativo 22/1987, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Este Real Decreto Legislativo deroga la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 92/100/CE, del Consejo, de 19 de noviembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Caben destacar los siguientes artículos:

LIBRO I. TÍTULO II. Capítulo III. Sección 2^o Derechos de explotación:

- Artículo 17. Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades:

“Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos por la presente Ley.”

- Artículo 19. Distribución:

“1. Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma.”

“2. Cuando la distribución se efectúe mediante la venta, en el ámbito de la Unión Europea, este derecho se extingue con la primera y, únicamente, respecto de las ventas sucesivas que se realicen en dicho ámbito por el titular del mismo o con su consentimiento.”

“3. Se entiende por alquiler la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto.”

TÍTULO V. Transmisión de Derechos:

- Artículo 56. Transmisión de derechos a los propietarios de ciertos soportes materiales:

“El adquirente de la propiedad del soporte a que se haya incorporado la obra no tendrá, por éste sólo título, ningún derecho de explotación sobre esta última.”

TÍTULO VI. Obras cinematográficas y demás obras audiovisuales:

- Artículo 86. Concepto:

“Las disposiciones contenidas en el presente Título serán de aplicación a las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, entendiéndose por tales las creaciones expresadas mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que estén destinadas esencialmente a ser mostradas a través de aparatos de proyección o por cualquier otro medio de comunicación pública de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza de los soportes materiales de dichas obras.”

- Artículo 88. Presunción de cesión en exclusiva y límites:

“Sin perjuicio de los derechos que correspondan a los autores, por el contrato de producción de la obra audiovisual se presumirán cedidos en exclusiva al productor, con las limitaciones establecidas en este Título, los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública, etc.

No obstante, en las obras cinematográficas será siempre necesaria la autorización expresa de los autores para su explotación, mediante la

puesta a disposición del público de copias en cualquier sistema o formato, para la utilización en el ámbito doméstico, o mediante su comunicación pública a través de la radiodifusión.”

○ Artículo 90. Remuneración de los autores:

“2. ...El autor que haya transferido o cedido a un productor de fonogramas o de grabaciones audiovisuales su derecho de alquiler respecto de un fonograma o un original o una copia de una grabación audiovisual, conservará el derecho irrenunciable a obtener una remuneración equitativa por el alquiler de los mismos. Tales remuneraciones serán exigibles de quienes lleven a efecto las operaciones de alquiler al público de los fonogramas o grabaciones audiovisuales en su condición de derechohabientes de los titulares del correspondiente derecho de autorizar dicho alquiler y se harán efectivas a partir del 1 de enero de 1997.”

“4. La proyección, exhibición o transmisión, debidamente autorizada, de una obra audiovisual por cualquier procedimiento, sin exigir pago de un precio de entrada, dará derecho a los autores a percibir la remuneración que proceda, de acuerdo con las tarifas generales establecidas por la entidad de gestión correspondiente.”

“7. Los derechos contemplados en los apartados 2, 3, y 4 del presente artículo se harán efectivos a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual.”

LIBRO II. TÍTULO III. Derechos de los productores de las grabaciones audiovisuales:

○ Artículo 123. Distribución:

“1. Corresponde al productor de la primera fijación de una grabación audiovisual el derecho exclusivo de autorizar la distribución, según la definición establecida en el art. 19.1 de esta Ley, del original y de las copias de la misma. Esta derecho podrá transferirse, cederse o ser objeto de concesión de licencias contractuales.”

TÍTULO IV. Las entidades de gestión de los derechos reconocidos en la Ley:

○ Artículo 152. Obligaciones de administrar los derechos de propiedad intelectual conferidos:

“Las entidades de gestión están obligadas a aceptar la administración de los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual que les sean encomendados de acuerdo con su objeto o fines, etc”.”

3. El 21 de marzo de 2007 tuvo entrada en el registro del Tribunal de Defensa de la Competencia escrito D. D.A.C., actuando en nombre y representación de AVC, interponiendo recurso contra el referido acuerdo de archivo de la Dirección General de Defensa de la Competencia.
4. Mediante Providencia para alegaciones de 13 de abril de 2007, el Tribunal de Defensa de la Competencia admitió a trámite el recurso, nombró Vocal Ponente a D. Francisco Javier Huerta Trolèz, designó a quienes se consideran partes interesadas en el expediente, y puso éste de manifiesto para que, en el plazo que dispone la Ley, los interesados formularan alegaciones y presentasen los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes. A petición de las cuatro empresas denunciadas, por Providencia de 20 de abril de 2007, el Tribunal prorrogó por un periodo de 8 días hábiles el plazo para alegaciones. En este trámite comparecieron todas las sociedades denunciadas, mediante escritos de 16 de mayo (WARNER), de 18 de mayo de 2007 (SONY y FOX), y de 21 de mayo de 2007 (UNIVERSAL), en los que muestran su conformidad con los motivos por los que el Servicio acordó el archivo de las actuaciones y, en consecuencia, solicitan la desestimación del recurso interpuesto por AVC contra el acuerdo de archivo.
5. Por Providencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo) se nombra nuevo Ponente a D. Julio Costas Comesaña, en sustitución del Ponente anterior Sr. Huerta Trolèz quien cesó en el cargo en virtud del Real Decreto 1158/07.
6. El Consejo deliberó y falló este recurso en la sesión de 6 de mayo de 2008.
7. Son interesados en este expediente:
 - ASOCIACIÓN DE VIDEO CLUBS DE CATALUNYA
 - WARNER HOME VIDEO ESPAÑOLA S.A.
 - UNIVERSAL PICTURES IBERIA S.A.
 - TWENTIETH CENTURY FOX ENTERTAINMENT ESPAÑA S.A.
 - SONY PICTURES HOME ENTERTAINMENT Y CIA SRC

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El 1 de septiembre de 2007 entró en vigor la *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Defensa de la Competencia*, por la que se crea la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y declara extinguidos el Organismo Autónomo Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia.

Segundo.- El Servicio está facultado para acordar el archivo de las denuncias, sin necesidad de proceder a la incoación de un expediente sancionador, cuando considere que no hay indicios de infracción de alguna de las prohibiciones contenidas en la Ley (artículos 36 y 36 bis LDC). Por tanto, el Consejo de la CNC debe resolver los recursos formulados contra un acuerdo de archivo del Servicio de Defensa de la Competencia dilucidando si la conducta denunciada y comprobada por aquél puede razonablemente dar lugar, tras la incoación del pertinente expediente sancionador, a establecer hechos que vulneren alguna de las prohibiciones establecidas en los arts. 1, 6 ó 7 LDC.

Tercero.- Partiendo de los hechos acreditados recogidos en el Antecedente de Hecho 2º, el Servicio descarta la existencia de indicios de infracción, primero del artículo 1 LDC y luego del artículo 6 LDC.

Según AVC la infracción del art. 1 LDC se produce por haberse concertado las cuatro distribuidoras de películas denunciadas para aplicar una misma política comercial, consistente en suprimir la comercialización previa y exclusiva de las copias en régimen de alquiler y fijar un precio a los videoclubes distinto y mayor si la copia de la película se destina al alquiler e inferior si se adquiere para la venta directa al consumidor, prohibiendo en este caso su explotación en régimen de alquiler, y todo ello con el objeto de condicionar su política comercial y expulsarlos del mercado de alquiler de películas haciéndolo suyo distribuyendo sus productos directamente a los consumidores a través de las nuevas tecnologías. El Servicio considera que al no existir prueba directa de acuerdos explícitos entre las denunciadas con ese objeto o propósito, se debe recurrir a la prueba de presunciones, que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo debe satisfacer tres condiciones: 1) que los indicios estén plenamente probados y no consistan en meras sospechas; 2) que la relación causal entre los hechos y los indicios esté suficientemente razonada; y 3) que si existen otras razones para explicar los indicios, deben ser analizadas y explicarse la causa de su rechazo (también, Resoluciones del TDC de 4 de julio de 1988, *Prensa Dominical*; de 25 de octubre de 1988, *Autoescuelas*; y de 30 de septiembre de 1998, *Vacunas Antigripales*).

A criterio del Servicio no se cumple ninguna de esas condiciones. La primera, que los indicios estén suficientemente probados, no concurre por cuanto una de las tres distribuidoras (Universal) mantiene la ventana previa exclusiva en régimen de alquiler (folio 20 del Tribunal), aunque es cierto que todas aplican un precio mayor para las películas destinadas al alquiler frente a la venta directa (folio 515 del Servicio). Tampoco se verifica la condición de que exista una relación causal entre los hechos y los indicios, por cuanto esa diferencia de precios entre el alquiler y la venta de una misma película siempre ha existido, y no puede vincularse a la presencia de una concertación entre las distribuidoras denunciadas, dado que existen claras diferencias en la política comercial aplicada por cada una, debido a que: 1) La fecha de inicio de su actual política es distinta en cada caso: dos de las distribuidoras suprimieron la ventana exclusiva de alquiler en el 2004, otra lo hizo en junio de 2002; y una cuarta a finales del año 2003, tal y como ha quedado reflejado en el cuadro 2. Si bien es cierto que actualmente una de estas distribuidoras ha vuelto a ofrecer la posibilidad de adquirir el formato destinado al alquiler con unas semanas de antelación a la venta directa abriendo de nuevo la ventana exclusiva de alquiler durante un breve periodo de tiempo; 2) El precio de los soportes vendidos a los videoclubes, para su venta directa o su alquiler, es distinto en cada caso y, además, puede ser objeto de múltiples descuentos según el volumen de pedidos o su aceptación en las salas de cine o el poder de negociación de su cliente, como ha quedado demostrado a través de las diversas facturas aportadas por las distribuidoras.

Tampoco en opinión del Servicio se cumple la tercera de las condiciones para poder aplicar la prueba de presunciones en este ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia, cual es que los hechos objeto de la denuncia no tengan una explicación objetiva alternativa, que existe tanto desde una perspectiva legal como comercial. Desde el punto de vista legal dicha política viene amparada por diversos artículos de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI), que diferencia, entre otros, la distribución mediante la venta o mediante el alquiler. Tal y como establece el artículo 88 LPI es un derecho de los productores el autorizar la distribución de las grabaciones audiovisuales mediante la venta o el alquiler. El legislador diferencia ambas modalidades de distribución ya que en el caso de venta este derecho se extingue con la primera, mientras que entiende el alquiler como la puesta a disposición para el uso de grabaciones audiovisuales por tiempo limitado y con un beneficio económico directo o indirecto (artículo 123 LPI). Y desde el punto de vista económico las películas destinadas al alquiler tienen mayor valor, dado que pueden ser objeto de múltiples transacciones lo que justifica la diferencia de precios entre el formato destinado a la venta directa frente al alquiler. Interpretación que el Servicio considera respaldada en la jurisprudencia, pues el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 28 de abril de 1998, *Metronome Musik/Musik point*”, señalaba en el párrafo 18 que. “... la puesta en

circulación de un soporte de sonido, no significa, pues, que se puedan realizar lícitamente otros actos de explotación de la obra protegida, tales como el alquiler, que tengan una naturaleza distinta de la de la venta o de cualquier otro acto de distribución lícito....El derecho de alquilar sigue siendo una de las prerrogativas del autor o del productor a pesar de la venta del soporte material que contiene la obra.”. Y en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 248/2001, de 10 de julio, el Tribunal señaló: “...El alquiler de discos sin autorización de las compañías productoras, legítimos titulares de los derechos de distribución, de acuerdo con lo dispuesto en los arts 19-3, 114-2 y 117-1 del Texto Refundido de 12-04-1996, sobre Ley de Propiedad Intelectual, supondría una acción de distribución de una obra artística especialmente protegida por la norma, sin la autorización de su legítimo titular, que si concurriera el ánimo de lucro y el perjuicio de tercero contemplado en el art. 270 del CP daría lugar a la conducta penada en este precepto.”.

Por tanto, concluye el Servicio que, en el marco de la legislación de propiedad intelectual en vigor, es lícito impedir que los DVDs destinados a la venta directa se utilicen para el alquiler al público, sin el consentimiento del titular de los derechos de autor. Y, en consecuencia, cabe concluir, por un lado, que no existen indicios de concertación entre las productoras/distribuidoras denunciadas para aplicar una misma política comercial. Y, por otro lado, que el hecho de ofrecer sus formatos, en DVD o VHS, a sus clientes (los videoclubes), a un precio distinto según se destinen al alquiler o a la venta directa al público está plenamente justificado tanto desde el punto de vista económico como legal.

En lo que atañe a la denuncia de infracción del art. 6 LDC, el Servicio no considera necesario valorar la eventual posición de dominio de las empresas denunciadas en el mercado nacional de distribución o comercialización de películas para su venta o alquiler a los videoclubes, por cuanto la diferencia de precios entre el formato destinado al alquiler y el destinado a la venta directa tiene una justificación tanto legal, por la aplicación de la normativa vigente en la materia, como económica, por lo que habría que considerar descartado el carácter abusivo de la conducta de las distribuidoras que han suprimido la comercialización previa exclusiva de las copias para alquiler, así como de la fijación de un doble precio en función de si la copia está destinada a la reventa o al alquiler.

Cuarto.- AVC subraya que lo que se denuncia es que las compañías se han puesto de acuerdo en fijar precios distintos para un mismo producto o película, en función de si está destinada a la venta o al alquiler, y puesto que si un videoclub quiere explotar una película en régimen de alquiler imperativamente debe adquirirla a la distribuidora que tenga sus derechos,

éstas a través de la conducta denunciada están influyendo directa y decisivamente en la política de explotación comercial de su negocio prohibiendo el alquiler de aquellas películas que han sido adquiridas por los videoclubes, con el objetivo de excluirles del mercado de alquiler de películas. En este sentido, en primer término, AVC considera que el Servicio ha valorado erróneamente la carta suscrita por la SGAE y rubricada por las cuatro denunciadas (que se acompañó como documento nº 11 de la denuncia), porque a su entender ha sido examinada como una conducta dirigida a la defensa de los derechos de autor, cuando en realidad constituye una prueba de la práctica concertada consistente en la modificación unilateral (por parte de las denunciadas) de las condiciones de mercado que existían hasta ese momento, que consistía en que la película se explotaba por el video club en régimen de alquiler y luego (cuando la película dejaba de ser atractiva para el público) en régimen de venta, en tanto que, tras el acuerdo, las denunciadas ponen las películas en el mercado al mismo tiempo en régimen de alquiler y de venta, y a un precio mayorista distinto (inferior si está destinado a la venta y mayor si se destina al alquiler), con el objetivo señalado de eliminar a los videoclubes del mercado de alquiler de películas. Y como prueba de que ésta y no otra es la finalidad de tal carta, AVC argumenta que de enmarcarse en la defensa de los derechos de autor (y no como prueba de la existencia de concertación entre las denunciadas) la diferencia entre el precio mayorista de venta y alquiler sería únicamente el denominado “rental-right” o derechos de autor sobre el alquiler, que es de 0,90€ por ejemplar, pero sucede que la diferencia del precio de la película de alquiler y la de venta es de aproximadamente 16-20€, esto es el 100% aproximadamente del precio de venta.

Por otra parte, y en cuanto a la política comercial de las distribuidoras denunciadas de poner al mismo tiempo las películas a la venta y a alquiler, AVC alega que no es cierto (como afirma el Servicio) que la fecha de inicio de esta nueva política comercial sea distinta para cada distribuidora, por cuanto dos de ellas la inician en el año 2004, otra a finales de 2003 y otra en el 2002; por tanto, si de cuatro “tres inician la práctica en el mismo periodo, consideramos... que existen indicios más que suficientes para sostener que la práctica puede ser iniciada al mismo tiempo, de otra forma sería inaudito y propio de prueba diabólica, probar que iniciaron tal cometido comercial en una misma fecha”. Por último, AVC también discrepa del Servicio en la aplicación de la prueba de presunciones, pues si bien es cierto que con anterioridad a la actual política comercial de las denunciadas existía diferencia entre los precios de alquiler y de venta de las películas, ésta se producía en condiciones de mercado muy distintas en tanto que antes existía a favor de los videoclubes un periodo de explotación en exclusiva de la película en régimen de alquiler pasado el cual la película se ponía a la venta a un precio inferior. Y aunque es cierto que algunas películas se

comercializaban al mismo tiempo en régimen de alquiler y de venta, esta práctica era consensuada con el sector y al mismo precio.

Quinto.- SONY se muestra conforme con los motivos por los que el Servicio ha archivado las actuaciones dimanadas de la denuncia de AVC. En particular, en relación con el doble precio, SONY alega que siempre ha aplicado precios distintos a los soportes destinados a la venta y a los destinados al alquiler, porque son productos distintos, con una única excepción en los años 2003 y 2004 con el objeto de promocionar el lanzamiento del nuevo formato de los DVDs, cuando el principal soporte era el VHS y el parque de reproductores de DVDs era pequeño, e incluso en este contexto seguía aplicando su política tradicional de doble precio al vídeo VHS. En lo atinente a las fechas de explotación, SONY subraya que, en líneas generales, los grandes estrenos o *blockbusters* siempre se han comercializado en la misma fecha para alquiler y para venta directa al consumidor, mientras que las películas de importancia comercial media se sacan a venta directa entre 2 y 4 semanas después de la venta para alquiler, período que se amplía hasta tres meses para las películas de menor importancia. No obstante, señala que el aumento de las descargas ilegales y de las copias “piratas” hace que exista una tendencia a incrementar el número de películas que se lanzan al mismo tiempo para la venta y el alquiler, pese a lo cual un 60% de sus películas salen a la venta más tarde que en alquiler. SONY considera que las copias de una obra para venta directa y para alquiler por los videoclubes son productos distintos, porque aunque el soporte físico es similar (el DVD) el contenido es distinto tanto desde un punto de vista jurídico como económico. Así, de acuerdo con el art. 56 LPI el adquirente de la propiedad de un soporte al que se haya incorporado la copia de una película no tiene por este mero título ningún derecho de explotación sobre la copia, en tanto que las copias destinadas al alquiler están acompañadas de una licencia suplementaria que permite su explotación comercial mediante su alquiler. Por tanto, como la intensidad del uso que se realiza de la obra incorporada al DVD varía en uno y otro caso y, en consecuencia, el beneficio económico que se obtiene de su comercialización, el precio mayorista fijado a los videoclubes es distinto en función de si la copia está destinada a la venta directa al consumidor o al alquiler. Por último, en relación con el denominado “rental-right” y el argumento de AVC de que la diferencia entre uno y otro precio no debería ser superior a los 0,90€, SONY señala que la recurrente confunde el derecho de remuneración equitativa que corresponde a los autores (que se hace efectivo a través de la SGAE) con arreglo al art. 90.2 y 90.7 LPI por el alquiler de sus obras, con el derecho a un beneficio comercial que corresponde al productor y al distribuidor por autorizar la explotación comercial de la película de acuerdo con los arts. 19.3 y 123.3 LPI. En definitiva, considera que AVC no ha aportado ningún indicio de infracción del art. 1 ni del art. 6 LDC, negando

que esté en posición de dominio y que la práctica de cobrar un precio diferente para productos distintos sea una práctica restrictiva de la competencia.

FOX está de acuerdo con lo acordado por el SDC y alega que el recurso no tiene base, que no existe prueba de colusión y que las diferencias de precio están justificadas desde el punto de vista legal y económico. La LPI diferencia entre la distribución de obras audiovisuales por medio de la venta directa al público y la distribución mediante el alquiler. El comprador de un DVD que lo adquiere del distribuidor puede venderlo de nuevo, pero no podrá alquilarlo sin la autorización del propietario de los derechos de propiedad intelectual de la obra que incorpora. La reducción de la ventana de alquiler en régimen de exclusividad obedece al cambio de los gustos del consumidor y de la demanda. La carta enviada por la SGAE y las distribuidoras denunciadas a determinados videoclubes tiene por objeto recordar, precisamente, la ilegalidad de poner en alquiler copias de DVDs adquiridos para la venta directa al público, así como la existencia del derecho de los autores a una remuneración equitativa por el alquiler de sus obras.

WARNER suscribe la opinión del Servicio y considera que el contenido del acuerdo de archivo permite descartar de forma clara la aplicación de los arts. 1 y 6 LDC, estando justificada legal y económicamente la práctica de precios distintos para las copias destinadas a la venta y las destinadas al alquiler. Subraya que la eliminación de la venta exclusiva para alquiler no es fruto de una decisión concertada y arbitraria de las denunciadas sino que está dictada por la evolución del mercado. Afirmar que nunca ha concedido venta exclusiva para el alquiler en copias en formato DVD, y que su supresión es consecuencia de la evolución tecnológica; cuando en 1989 se introduce el formato VHS en España, los altos costes de los reproductores de video incentivaron el mercado de alquiler, pero a medida que el coste de aquéllos bajaba, la compra se convirtió en una opción interesante para el consumidor, con lo que surge el mercado de venta de copias en formato VHS con el previo periodo de exclusividad para el alquiler. La introducción de los DVD en 1998 modificó las pautas de consumo, y con el deseo de garantizar el éxito de esta tecnología WARNER decidió que las copias para el alquiler y la venta estuviesen disponibles al mismo tiempo y al mismo precio. Confirmado el éxito del DVD, WARNER decidió armonizar la comercialización de las copias en formato VHS y DVD.

UNIVERSAL afirma la conformidad a Derecho del acuerdo de archivo del Servicio. Primero, porque esta empresa sí ofrece a los videoclubes una ventana exclusiva para el alquiler de las películas que distribuye, por lo que cualquier acusación de concertación sobre la supresión de esta modalidad de explotación no le resulta aplicable. Segundo, porque del contenido de la carta

enviada conjuntamente al videoclub de Castelldefels se desprende que no revela ningún acuerdo en materia de doble precio o de supresión de la ventana en exclusiva de alquiler, sino la advertencia de que cese en el alquiler de copias destinadas a la venta al público so pena de iniciar acciones penales por infracción de los derechos de autor de los remitentes. Tercero, no hay paralelismo de comportamientos entre las denunciadas; sus respectivas políticas comerciales difieren en materia de precios (tanto para alquiler como para venta) y de descuentos aplicados a los videoclubes, y también en el momento temporal en que parte de ellas han decidido suprimir la ventana exclusiva para alquiler. Pero, a mayor abundamiento, considera que la política de doble precio ha existido siempre porque responde a la existencia de un derecho específico de alquiler reconocido legalmente y a una evidente lógica económica y comercial, pues mientras las copias destinadas al alquiler son susceptibles de un número indeterminado de transacciones económicas, la reventa de la copia destinada a la venta al público supone el fin de su explotación económica, lo que es especialmente cierto para el formato DVD susceptible de ser copiado numerosas veces sin riesgo de daño para el soporte o el reproductor doméstico. Este mayor valor económico para los videoclubes de la copia destinada al alquiler justifica que su precio mayorista sea superior al precio de la copia destinada a la reventa al público. Además, la supresión de la ventana exclusiva de alquiler también se justifica por el extraordinario desarrollo y generalización de los equipos informáticos y del formato DVD, que ha facilitado exponencialmente la copia ilegal del DVD. Por último, y en relación con la supuesta infracción del art. 6 LDC razona que difícilmente puede tener posición de dominio con una cuota de mercado en torno al 13%, pero que además la conducta denunciada está justificada de forma razonable y objetiva, por lo que cabe descartar cualquier abuso.

Sexto.- El Consejo considera que la actuación instructora del Servicio ha sido suficiente, y que de lo actuado en la información reservada no se deducen indicios racionales de existencia de conductas prohibidas por la LDC e imputadas por la Asociación denunciante, por lo que procede confirmar el acuerdo de archivo objeto de este recurso, que se desestima íntegramente.

Del texto de la denuncia y del escrito de recurso se desprende que lo que AVC considera contrario al Derecho de Defensa de la Competencia es la eliminación, de forma concertada, por las distribuidoras denunciadas de la llamada ventana previa y en exclusiva para el alquiler de la película manteniendo un precio mayorista inferior para las copias comercializadas para la venta directa al público que el fijado para las copias comercializadas para el alquiler. Por el contrario, el Servicio y las distribuidoras denunciadas sostienen que no hay indicios de concertación, que el paralelismo que se observa entre las empresas denunciadas en la práctica de un doble precio mayorista en función de si la copia de la película se destina al alquiler o la

reventa está legal y económicamente justificado, y que la supresión por alguna de ellas de la ventana de explotación previa y en exclusiva de las copias destinadas al alquiler no ha sido simultánea en el tiempo y responde a la evolución de la tecnología y de los gustos de los consumidores.

AVC afirma que este cambio en la política de comercialización de las copias de películas así como el mantenimiento del doble precio para las copias destinadas a la reventa y al alquiler ha sido acordado o pactado por las cuatro empresas denunciadas, siendo prueba de ese acuerdo la carta firmada por ellas y por la SGAE dirigida a varios videoclubes, que tiene el texto siguiente:

“Tal y como se ha informado por las redes de ventas de las compañías firmantes y a través de las revistas del sector, el alquiler de soportes audiovisuales sin autorización de sus titulares y con ánimo de lucro, constituye un delito de defraudación de la propiedad intelectual, previsto y penado en los artículos 270 y siguientes del Código Penal.

En aplicación de la legislación vigente, las compañías que figuran en el encabezamiento diferencian los soportes que editan para el alquiler de los destinados a su venta directa a consumidores finales y advierten de forma expresa la prohibición de alquilar estos últimos.

Además de ello y también de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, el alquiler de obras audiovisuales debe ser autorizado por los autores y los artistas, estableciéndose una remuneración a favor de los mismos que es abonada al adquirir el producto destinado al alquiler. Como es lógico, los soportes destinados a la venta directa no incorporan tal remuneración a favor de los autores y artistas por lo que su alquiler implica una defraudación de sus derechos.

A pesar de que la información anterior ha sido debidamente comunicada, hemos tenido conocimiento de que en su establecimiento sito en la calle Mayor nº 69, de Castelldefels (Barcelona) se están alquilando soportes autorizados exclusivamente para la venta.

Queremos por ello y antes de iniciar acciones judiciales en defensa de nuestros intereses, realizar las advertencias oportunas rogándole cese el alquiler del producto de venta directa de forma inmediata, comunicándole que en los próximos días, inspectores acreditados de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) pasarán por su establecimiento a fin de comprobarlo y facilitarle las explicaciones oportunas al respecto.”

La prohibición de colusión del art. 1.1 LDC se apoya en el principio fundamental de que cada operador económico debe determinar de modo autónomo la política que pretende seguir en el mercado. La carta de referencia hace prueba de que varios competidores, con el concurso de una entidad de gestión colectiva de derechos de autor, se han concertado para ofrecer una respuesta conjunta y uniforme frente a conductas de determinados clientes que vulneran sus derechos de propiedad intelectual. El Consejo considera que esta concertación no es necesaria para la eficaz defensa de sus derechos, y que cada uno de ellos debiera haber determinado de forma individual su respuesta (ésta u otra que se considerase adecuada), pues aunque la legislación de propiedad intelectual les faculte para prohibir el alquiler de copias de películas comercializadas para la reventa al consumidor final, el ejercicio concertado de acciones de defensa de un derecho subjetivo puede constituir un acuerdo colusorio prohibido si se cumplen los restantes requisitos de la prohibición. La lectura del texto deja patente que se trata de una carta de contenido informativo, orientado al cese de una conducta que se reputa ilegal bajo el apercibimiento de inicio de acciones judiciales, remitida por quienes son titulares de derechos de propiedad intelectual como autores o como productores de obras audiovisuales, dirigida a quién a su juicio está realizando actos de explotación que infringen esos derechos, razón por la que advierten al videoclub destinatario de la iniciación de acciones legales de no cesar en la conducta infractora, consistente en alquilar sin el consentimiento del titular/es de los derechos de propiedad intelectual que recaen sobre los soportes audiovisuales comercializados exclusivamente para la venta directa al consumidor final. Por tanto, en atención al contenido de la carta y a su finalidad, el Consejo coincide con el Servicio en que la misma no constituye indicio de que las cuatro distribuidoras denunciadas se hayan concertado en el sentido del art. 1.1 LDC.

En esa carta se afirma que las distribuidoras denunciadas “*diferencian los soportes que editan para el alquiler de los destinados a su venta directa a consumidores finales*”, y AVC afirma que esta diferenciación es fruto del acuerdo entre las distribuidoras porque se ha producido prácticamente al mismo tiempo, y aunque es cierto que con anterioridad existían diferencias entre los precios de copias para el alquiler y para la venta, esta diferencia se producía en un contexto de mercado diferente en el que existía a favor de los videoclubes un periodo de explotación de la copia en régimen de alquiler, pasado el cual se ponía la misma copia a la venta a un precio inferior. De acuerdo con los datos que figuran en el expediente, en efecto, la diferencia de precios entre el alquiler y la venta de una misma película ha existido siempre. El Servicio considera que no existe paralelismo entre los precios que cada distribuidora fija, para ello se apoya en la información que resulta del cuadro 1 recogido en el Antecedente de Hecho 2º de esta Resolución. El Consejo observa que esta información no es concluyente para afirmar que se trata de precios diferentes, aunque tampoco para afirmar lo contrario, pues tal cuadro

se refiere a precios relativos al año 2006 y la práctica denunciada se remonta a años precedentes, y el Servicio no explicita qué tipo de precios está tomando como referencia y en relación con qué tipo de películas. En lo concerniente a la fecha de inicio de la política comercial de supresión de la ventana previa y exclusiva de alquiler, el Servicio sostiene que tampoco ha existido concertación por cuanto las denunciadas han realizado este cambio de estrategia comercial en fechas distintas: una en junio de 2002, otra a finales de 2003 y las otras dos en 2004 (cuadro 2 del Antecedente de Hecho 2º), ni tampoco tal conducta ha sido realizada por todas las distribuidoras denunciadas. El Consejo, a la luz de la información que suministra ese cuadro realizado por el Servicio, observa cierto paralelismo en el tiempo, pero en la medida en que una de las distribuidoras sigue manteniendo la ventana previa de alquiler para todas sus películas y otra sólo la ha suprimido para un determinado tipo de películas, estima que no existen indicios suficientes de concertación entre las denunciadas para realizar una conducta que no todas han ejecutado.

Al margen de la anterior consideración, el Consejo observa que la comercialización al mismo tiempo de copias para la reventa y para el alquiler incrementa el bienestar del consumidor, en tanto en cuanto es él quien arbitra o elige el acceso a este tipo de producto en la modalidad que mejor satisfaga sus intereses o necesidades particulares. Pero incluso en estos casos, es oportuno recordar nuevamente que corresponde a cada distribuidora determinar individualmente cuándo y cómo comercializa sus productos.

Por último, la conducta de las cuatro denunciadas (y de la SGAE) de prohibir a los videoclubes la explotación en régimen de alquiler de las copias distribuidas para la venta directa al consumidor final no sólo goza de amparo legal expreso sino que responde a la lógica económica del sector, por lo que no se puede reputar indicio de actuación concertada prohibida por la legislación de defensa de la competencia. De acuerdo con el art. 123 LPI corresponde al “productor de la primera fijación de una grabación audiovisual el derecho exclusivo de autorizar la distribución”, que según el art. 19 LPI existe cuando se pone a disposición del público el original o copias de la obra mediante “su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma”. Por tanto, el derecho de distribución de una obra audiovisual engloba tanto el derecho a autorizar la venta (y obtener una compensación económica) como el derecho a autorizar el alquiler (y obtener una compensación económica) por la misma obra audiovisual. Conforme al citado art. 19 LPI el derecho de venta se agota (en el ámbito de la Unión Europea) con la primera venta y respecto de las ventas futuras de la misma copia, pero conforme al art. 56 LPI el adquirente de la propiedad del soporte –DVD- a que se haya incorporado la obra audiovisual no tendrá, por este sólo título, ningún derecho de explotación sobre esta última, razón por la que autores y productores de las copias

distribuidas para la venta pueden impedir legalmente su explotación en régimen de alquiler sin su autorización. Por el contrario, el derecho de distribución sobre la grabación audiovisual incorporada al DVD comercializado en la modalidad de alquiler no se agota con la primera venta (al videoclub), por cuanto esta copia de la obra audiovisual distribuida en régimen de alquiler lleva incorporada una licencia (el consentimiento del autor y del productor) a favor del videoclub adquirente para su explotación comercial mediante préstamos sucesivos en régimen de alquiler por el tiempo determinado. Esta interpretación de la legislación de propiedad intelectual está avalada por la jurisprudencia, que cita el Servicio (ver Fundamento de Derecho Tercero). Así, pues, desde un punto de vista legal las copias de películas destinadas a la venta y las destinadas son productos distintos y, por ello, son productos que tienen un distinto valor económico, que es mayor para las copias destinadas al alquiler dado que pueden ser objeto de múltiples transacciones por parte de los videoclubes, en tanto que de la copia distribuida para ser revendida al consumidor final aquél obtendrá un único ingreso por esa única transacción. Esta distinta intensidad en la explotación de las copias destinadas al alquiler y a la venta o reventa justifica que el precio mayorista que fijan las distribuidoras de películas a los videoclubes sea superior para las copias adquiridas para el alquiler respecto de la misma copia destinada a la venta al consumidor final.

AVC argumenta que si la política de doble precio estuviese justificada en la existencia y protección de derechos de propiedad intelectual, la diferencia entre el precio mayorista de alquiler y de venta sería únicamente el que corresponde al denominado “rental-right” o derechos de autor sobre el alquiler, que es de 0,90€ por ejemplar, y no los aproximadamente 16-20 € que existe actualmente. El Consejo aprecia con el Servicio que los precios mayoristas de copias para alquiler son distintos a los de las copias para la reventa, y que las diferencias de precios entre alquiler y venta oscilan entre los 15 y los 30€ (ver cuadro 1 del Antecedente de Hecho 2º). Sin embargo, dadas las diferencias en el modelo de explotación de ambos productos y en su demanda, no se puede considerar a priori que tal diferencia no esté justificada. En este sentido, tiene indicios de verosimilitud la argumentación de las denunciadas de que AVC confunde el derecho de los autores a obtener una remuneración equitativa por el alquiler de sus obras (art. 90.2 LPI), que sólo se puede hacer efectivo a través de una sociedad de gestión colectiva (arts. 90.7 y 152 LPI), con el derecho del productor/distribuidor a fijar libre (y unilateralmente) un precio o retribución por autorizar la explotación comercial de las copias de acuerdo con los citados arts. 19 y 123.2 LPI. Derecho irrenunciable del autor que es gestionado por la SGAE, y que de acuerdo con la información suministrada por ésta al Servicio quedó fijado en 0,90€ en el acuerdo firmado con diversas asociaciones de videoclubes en 1999 y que expiró en 31 de diciembre de 2004 (folio 493).

Descartada que la práctica denunciada tenga como única explicación plausible la concertación entre las empresas denunciadas, el Consejo coincide con el Servicio en que también se puede rechazar la existencia de indicios de infracción del art. 6 LDC sin necesidad de observar la posición que cada distribuidora ocupa en el mercado de referencia.

Por todo lo cual, vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto contra el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia de 1 de marzo de 2007, por el que se archivan las actuaciones derivadas de la denuncia de la ASOCIACIÓN DE VIDEO CLUBS DE CATALUNYA.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, y notifíquese a los interesados haciéndole saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.