

RESOLUCIÓN

Expte. S/0245/10, Antena 3/Veo Televisión/Disney Channel

Consejo

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente

D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta

D. Julio Costas Comesaña, Consejero

D^a. María Jesús González López, Consejera

D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 30 de junio de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente el Consejero Don Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente sancionador nº S/0245/10, incoado de oficio por la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia frente a las mercantiles “Antena 3 de Televisión SA”, “Atres Advertising S.L.U.”, “Veo Televisión S.A.” y “The Walt Disney Company Iberia, S.L.”, por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la realización de acuerdos entre competidores relativos a la comercialización de publicidad en televisión que contienen pactos de fijación de precios y descuentos, obligaciones de comercialización conjunta de productos y cláusulas de no competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha de 19 de enero de 2010, la Dirección de Investigación (DI) de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) tuvo conocimiento, a raíz de una noticia aparecida en prensa, de la posible existencia de un acuerdo suscrito entre Atres Advertising S.L.U. (ATRES), filial del grupo Antena 3 de Televisión, S.A. (ANTENA 3) y Veo Televisión, S.A. (VEO) con el objeto de que ATRES comercializase los espacios publicitarios del canal de televisión Veo 7, perteneciente a VEO.
2. Con objeto de conocer en lo posible la realidad de los hechos, así como para determinar si podía haber indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) que motivasen o no la incoación de un expediente sancionador, la Dirección de Investigación (DI), con fecha 19 de enero de 2010, abrió unas diligencias previas con referencia DP/001/10.

En el marco de dichas diligencias previas, la DI requirió información diversa de ANTENA 3 y VEO, a través de la cual aquélla tuvo conocimiento de la existencia

de otro acuerdo de comercialización publicitaria firmado por ATRES y The Walt Disney Company Iberia, S.L. (DISNEY) con objeto de que ATRES gestionase la publicidad televisiva de un canal de Disney en televisión en abierto, Disney Channel. Posteriormente, este acuerdo se ha extendido de facto a la publicidad de otro canal de DISNEY de televisión de pago, Disney XD.

3. El 15 de abril de 2010 se transformaron dichas diligencias previas en una información reservada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, con el número de expediente S/245/10, con el fin de estudiar si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación del correspondiente expediente sancionador.
4. Con fecha 22 de julio de 2010, a la vista de la información obtenida, y dado que existían indicios racionales de la comisión de una infracción, la Dirección de Investigación incoó expediente sancionador contra Antena 3 de Televisión S.A., Atres Advertising S.L.U., Veo Televisión S.A. y The Walt Disney Company Iberia, S.L., por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Concretamente, por prácticas referentes a la realización de acuerdos entre competidores, que afectarían a la comercialización de publicidad en televisión, y que contenían, entre otros, pactos de fijación de tarifas y descuentos, y obligaciones de comercialización conjunta de productos.
5. Con fecha 16 de noviembre de 2010 la Asociación Española de Anunciantes (AEA) realizó una solicitud de consideración de interesado, que fue admitida por acuerdo de la DI de 18 de noviembre de 2010.
6. Con fecha 3 de enero de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de ANTENA 3 informando de la rescisión unilateral del contrato firmado con VEO para la comercialización de la publicidad del canal Veo 7, con efectos como tarde a partir del 30 de junio de 2011.
7. El 4 de marzo de 2011 DISNEY presentó en el registro de la CNC escrito por el que solicitaba el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de este expediente, proponiendo como compromiso la rescisión del contrato de comercialización de publicidad concluido con ATRES de fecha 6 de mayo de 2008, e indicando que tal rescisión se podría ver acompañada por la celebración de un acuerdo de prestación de servicios de carácter técnico y de soporte con ATRES durante un periodo transitorio hasta que DISNEY esté en condiciones de crear su propia plataforma informática y en todo caso no más tarde del 31 de diciembre de 2011.

Por acuerdo de 11 de marzo de 2011 la DI acordó el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional del expediente sancionador, otorgó a DISNEY plazo para la presentación de compromisos y comunicó el acuerdo a todas las partes interesadas.

Con fecha 6 de abril de 2011 tuvo entrada escrito de VEO haciendo alegaciones a la propuesta de compromisos de DISNEY y solicitando sumarse al procedimiento de

terminación convencional. Junto con dicho escrito, VEO aportó su propia propuesta de compromisos.

Con fecha 11 de abril de 2011 la DI remitió a los interesados la propuesta de compromisos de VEO, otorgando plazo para presentar alegaciones.

8. El 9 de mayo de 2011, de conformidad con lo previsto en los artículos 52 de la LDC y 39.5 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC) la DI elevó al Consejo, junto con el expediente completo, una Propuesta de Terminación Convencional de este expediente S/0245/10, al considerar que los compromisos presentados por Veo Televisión S.A. y The Walt Disney Company Iberia S.L, resolvían los problemas de competencia derivados de los acuerdos objeto del presente expediente.
9. El 7 de junio de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de ANTENA 3 en el que después de reiterar alegaciones formuladas en escritos anteriores solicita que este Consejo adopte resolución por la que se declare no acreditada la existencia de conductas prohibidas por la LDC por su parte y, subsidiariamente, que se inste a la DI a continuar la tramitación del procedimiento contra ANTENA 3 con el objeto de adoptar una resolución en la que se valore jurídicamente los acuerdos objeto de este expediente a la luz de la normativa de defensa de la competencia.
10. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló este expediente en su reunión de 15 de junio de 2011.
11. Son partes interesadas en este expediente nº S/0245/10:
 - Antena 3 de Televisión SA
 - Atres Advertising S.L.U.
 - Veo Televisión S.A.
 - The Walt Disney Company Iberia, S.L.
 - Asociación Española de Anunciantes

HECHOS PROBADOS

En su Propuesta de terminación convencional elevada al Consejo, la DI describe las partes interesadas en este expediente sancionador como sigue:

1. El grupo Antena 3 está formado por ANTENA 3 y sus participadas. Las empresas que forman parte del grupo desarrollan principalmente actividades relacionadas con la producción, reproducción y difusión de sonidos e imágenes, así como la venta a través de televisión e Internet.

ANTENA 3 es titular de una licencia de emisión de un múltiple de televisión digital terrestre (TDT) de ámbito nacional, a través del cual emite cuatro canales de televisión en abierto: Antena 3, Nova, Neox y Nitro.

ATRES es una filial al 100% del grupo Antena 3 que lleva a cabo funciones de un exclusivista de medios; esto es, una empresa que llega a acuerdos de exclusividad con determinados medios para ocuparse de la venta de su espacio publicitario. Cualquier anunciante, agencia de publicidad o agencia de medios que quiera colocar anuncios en esos medios deberá dirigirse al exclusivista. Actualmente ATRES gestiona la publicidad de diversos canales de televisión en abierto (Antena 3, Neox, Nova, Nitro, Disney Channel y Veo 7) y del canal de pago Disney XD.

2. VEO, que pertenece al 100% a Unidad Editorial S.A. (UNEDISA), es titular de una licencia de emisión de un múltiple de TDT de ámbito nacional, a través del cual emite cuatro canales de televisión. Dos de ellos son editados por la propia VEO y emitidos en abierto: Veo7 y Marca TV, otro está operado por Veo TV con contenidos proporcionados por el grupo Sony, que emite bajo la fórmula de TDT de pago el canal AXN, y el cuarto está arrendado a un tercero, que emite en abierto el canal 13 TV.

UNEDISA es una sociedad activa en la edición y venta de diarios de información general (como “El Mundo”), publicaciones mensuales y trimestrales sobre historia, viajes, ocio y salud, actividades a través de internet, venta de espacios publicitarios, radiodifusión digital, edición de libros, producción y emisión de espacios televisivos.

3. DISNEY es la filial para España y Portugal de The Walt Disney Company. Esta filial se encarga de la comercialización en ambos países de las películas, en todos los soportes, videojuegos, parques y resorts, canales de televisión, y otros productos de Walt Disney. En el sector audiovisual, dispone de 4 canales en España:

Disney Channel es el canal principal del grupo. Comenzó sus emisiones el 1998, y desde julio de 2008, emite en abierto a través de la TDT en España, siendo el único canal con la denominación Disney Channel que emite en abierto en el mundo. Además del canal principal, cuenta con un multiplexado, llamado Disney Channel +1, para las operadoras de pago. Emite en el múltiplex asignado a Net TV.

Disney XD es un canal de televisión de pago dedicado a los niños. Comenzó sus emisiones el 18 de septiembre de 2009 y emite series. Sustituyó a Jetix. Dispone de un multiplexado llamado Disney XD +1.

Disney Cinemagic es un canal de televisión de pago dedicado al cine Disney, pero también a series de animación. Comenzó sus emisiones el 1 de julio de 2008, en sustitución de Toon Disney. Dispone de un multiplexado llamado Disney Cinemagic +1 y también de una versión en alta definición Disney Cinemagic HD.

Playhouse Disney es un canal de televisión de pago dedicado a los niños en edad preescolar.

4. AEA es una asociación que agrupa a 170 empresas, en su mayoría grandes empresas, cuyas inversiones publicitarias suponen cerca del 60% de las inversiones en televisión y más del 40% en el resto de los medios.

En ese mismo documento, la DI considera como hechos probados:

5. Con fecha 15 de diciembre de 2009, ATRES y VEO firmaron un contrato con el objeto de que ATRES se ocupase en exclusiva de la venta y comercialización de los espacios publicitarios del canal Veo 7 (folios 22 a 33). En virtud del contrato, VEO cede a ATRES la gestión de la publicidad convencional (los mensajes publicitarios y la televenta) y de los formatos especiales (las telepromociones y los patrocinios) en régimen de exclusiva y para el territorio de España, bajo el sistema de “pauta única” (folio 68). Se excluye expresamente la gestión del marketing del canal, autopromoción y el emplazamiento del producto (folio 35).

Según lo estipulado en dicho contrato, Veo 7 se integra en el denominado sistema de “pauta única”, (folios 35 y 45) que, hasta la fecha del contrato se aplicaba a los canales del grupo Antena 3: Antena 3, Antena.Neox y Antena.Nova. Cualquier contratación de publicidad por parte de ATRES bajo el sistema de pauta única en las formas de publicidad acordadas en el contrato (los spots convencionales, las cortinillas, los avances y los microespacios, y excluyendo los formatos especiales), significa la emisión de la publicidad contratada al mismo tiempo en todos los canales que operan bajo el sistema de pauta única, a un precio único para todos los canales, repartiéndose la facturación publicitaria entre los citados canales de forma proporcional a los GRPs obtenidos por cada canal de conformidad con las mediciones de la entidad TNS SOFRES (actualmente Kantar Media). Por lo tanto, según el sistema, ATRES queda facultada para determinar con independencia y discrecionalidad el momento en que se interrumpe la programación para realizar los cortes publicitarios.

En la cláusula segunda apartado b) del contrato (folio 36) se recoge que *“Atres debe acordar con Veo Televisión la tarifa de publicidad y los descuentos comerciales aplicables en caso de venta de formatos especiales”*.

El contrato tiene una duración esperada de tres años desde su entrada en vigor, prevista para el 1 de febrero de 2010 y finalmente hecha efectiva en esa misma fecha (cláusula tercera del contrato). En esta cláusula se prevé que cualquiera de las partes podrá instar en cualquier momento la resolución anticipada del contrato comunicándolo por escrito a la otra parte con una antelación de al menos seis meses a la fecha de resolución prevista.

La contraprestación por la explotación comercial de los espacios publicitarios de Veo 7 que ATRES haga entre sus clientes supondrá un porcentaje sobre el total de ingresos netos (los ingresos brutos menos los descuentos) publicitarios del canal Veo 7, que será del 34,5% durante el primer año, 31,5% durante el segundo y 29,5% durante el tercero. Dicha comisión engloba lo que ATRES paga a cualquier intermediario que esté presente en el mercado de la publicidad.

6. Con fecha 6 de mayo de 2008, ATRES y DISNEY firmaron un contrato con el objeto de que ATRES se ocupase en exclusiva de la venta y comercialización de los espacios publicitarios del canal en abierto Disney Channel (las emisiones en abierto comenzaron el 1 de julio de 2008), propiedad de DISNEY (folios 268 a 295). El contrato entró en vigor el 1 de octubre de 2008 con una duración esperada de tres años desde esa fecha hasta el 30 de septiembre de 2011 (cláusula 2.1 del contrato),

renovable de forma tácita por periodos anuales a menos que las partes preavisen la terminación del contrato con un plazo de 3 meses de antelación anterior al 30 de septiembre de 2011, tal y como se indica en la cláusula 2.2 del contrato.

En virtud del contrato, ATRES se comprometía a ejercer las funciones de una agencia de venta respecto a toda la publicidad de Disney Channel: anuncios, patrocinios y cualquier otra forma de publicidad.

Respecto a la política comercial, ATRES se compromete a acordar con Disney la tarifa de publicidad y los descuentos comerciales del canal que, a su vez, son negociados por ATRES con anunciantes y/o centrales. ATRES y DISNEY acuerdan negociar las ventas y la estrategia de crecimiento del canal, en particular, la expansión, distribución y contenido del mismo.

En cuanto a la retribución a ATRES, si el ingreso neto por publicidad es inferior a 10 millones de euros al año, la comisión de ATRES será de un 8% mientras que si es superior a dicha cifra, la comisión será de un 7%.

Dicho contrato incorpora en el punto 3.8 un pacto de no competencia, por la que ATRES debe solicitar la aprobación por parte de DISNEY antes de firmar acuerdos con otros canales destinados al público infantil durante el periodo de vigencia del contrato.

Por último, se recoge también en dicho contrato (cláusula 3.9) que ATRES proveerá los mismos servicios y en los mismos términos para el canal Jetix (actualmente Disney XD) si DISNEY lo solicita. Dicha solicitud fue cursada por Disney, aplicándole las mismas condiciones que las pactadas respecto a Disney Channel tal y como explica DISNEY en su escrito de 22 de marzo de 2010 (folios 157 a 191).

Por último, la Propuesta de terminación convencional elevada al Consejo contiene el análisis del mercado relevante siguiente:

7. Las prácticas objeto de la terminación convencional se desarrollan en el mercado de publicidad en televisión. Pese a que existen diferencias entre la publicidad en televisión en abierto y en pago (la publicidad en la televisión de pago tiene un volumen más reducido y suele ir orientada a un perfil de audiencia más definido), actualmente se puede considerar que constituyen un único mercado de publicidad en televisión (Expte. C/0230/10 Telecinco/Cuatro).

En este sentido, desde el punto de vista de la oferta de espacios publicitarios, los operadores de televisión, dada la nueva regulación de la TDT, pueden contar con canales de TDT en las dos modalidades.

En línea con lo señalado en el expediente de concentración C/0230/10, no serían apropiadas en este caso definiciones de mercado más amplias, que incluyan la publicidad en los distintos medios de comunicación, porque no se puede considerar que exista suficiente sustituibilidad por el lado de la demanda de espacios publicitarios entre la televisión y otros canales de publicidad (como radio, prensa escrita, Internet, etc.), dada la distinta incidencia, cobertura, coste, etc. de la

publicidad en televisión, y puesto que la televisión sigue siendo un medio esencial para muchos anunciantes.

Los acuerdos suscritos pueden también afectar al mercado verticalmente relacionado de edición, venta y distribución de canales de televisión, en la medida en que los ingresos procedentes de la inversión publicitaria representan una parte fundamental del negocio de la edición y venta de canales de televisión.

8. Los precedentes nacionales y comunitarios han considerado que los distintos mercados de producto definidos en el número anterior tienen una dimensión nacional, entre otras razones, dado que la estrategia competitiva de los operadores suele ser nacional y puesto que las fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias tienen un carácter nacional.

Asimismo, hay que tener en cuenta que dentro del mercado de publicidad en televisión, algunos precedentes nacionales han dejado abierta la posibilidad de delimitar mercados regionales o locales según la cobertura geográfica del operador de televisión en abierto que oferta la publicidad.

En todo caso, a los efectos de la presente terminación convencional, sólo es relevante examinar los efectos de las conductas en estos mercados a nivel nacional, dado que éste es el ámbito de actuación de las partes.

9. La oferta en este mercado está constituida por los espacios publicitarios de los que disponen los canales de televisión, tanto los que emiten en abierto como los de pago. La capacidad para operar como oferente en este mercado en el segmento de televisión en abierto, que es el más importante por su elevada cobertura y capacidad de atraer inversión publicitaria, se ve restringida por la existencia de barreras legales, ya que es necesario contar con una licencia para emitir un canal de televisión, o haber alquilado al titular de la licencia capacidad para retransmitir el canal (a través del mercado de distribución de canales de televisión).

Los principales oferentes en este mercado son:

- los titulares de licencias del servicio de comunicación audiovisual televisiva que emiten en abierto: ANTENA 3, Telecinco, Cuatro, La Sexta, Veo y Net.
- los canales autonómicos en abierto, públicos y privados, en la medida en que parte de la publicidad que emiten es sustitutiva de la publicidad emitida por los canales de ámbito nacional por los anunciantes. Aunque el ámbito de emisión individual de estos canales es inferior al nacional, el anunciante puede contratar a varios simultáneamente para obtener una cobertura territorial más amplia. Los oferentes de cobertura nacional consideran, en este supuesto, a estos canales como competidores.
- los editores de los canales de televisión que se emiten en las plataformas de televisión de pago (como Digital +), o que contratan capacidad de emisión con los titulares de las licencias de TDT en pago (Gol TV, por ejemplo) o en abierto (como Disney Channel).

- Por su parte, TVE, como consecuencia de un cambio en su modelo de financiación, salió del mercado de venta de espacios publicitarios, en el que era uno de los principales oferentes, el 1 de enero de 2010. Desde octubre de 2009 la publicidad que emitía el ente público había sido reducida al 50%.

Este hecho ha supuesto un cambio esencial en la estructura del mercado puesto que se ha reducido la oferta de GRPs (Medida de la audiencia publicitaria de un medio que equivale a un uno por ciento del universo potencial total de la audiencia) en el mercado. En consecuencia, la demanda de espacios publicitarios cubierta hasta entonces por la cadena pública ha tenido que buscar espacios en otras televisiones.

GRP es un término genérico que puede calcularse sobre el universo o target que se desee. La tecnología actual permite obtener GRPs con un elevado nivel de detalle en función de distintos target (p.e. el número de GRPs que, entre los adultos masculinos de más de cuarenta años, ha tenido un anuncio emitido en una determinada cadena en un momento concreto). El GRP es el indicador comúnmente aceptado para realizar comparaciones entre cadenas y elaborar estadísticas del sector. Con esta finalidad, y para utilizar datos homogéneos, el GRP utilizado es el definido sobre el universo de individuos de cuatro o más años tomando como unidad de referencia un anuncio de 20 segundos de duración. Un mismo número de GRPs puede obtenerse en medios de alta cobertura con un menor número de repeticiones del anuncio (menor frecuencia), y en medios con una cobertura baja del target comercial será necesario repetir el anuncio un mayor número de veces.

Los cambios regulatorios que está experimentando el sector, la salida de TVE del mercado publicitario y la situación económica coyuntural han llevado a los oferentes de espacios publicitarios en televisión a buscar estrategias para optimizar su modelo de negocio y maximizar su percepción de ingresos publicitarios.

Existen máximos legales al número de minutos por hora que los canales de televisión pueden destinar a publicidad. Hasta el 1 de mayo de 2010 estos límites quedaban regulados por la Ley 25/1994, de 12 de julio. A partir de esa fecha, entra en vigor la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la comunicación audiovisual, que modifica dichos límites, en este caso, con efectos a partir del 1 de agosto de 2010. Puede afirmarse que los grandes canales generalistas alcanzan esos límites, al menos en los momentos de mayor demanda (*prime time*, por ejemplo) y, especialmente, en la modalidad de anuncios publicitarios. De esta forma, ante un incremento de demanda, estos canales no pueden reaccionar aumentando su oferta, que sería rígida.

Según los datos de la CMT, en 2009, las televisiones en abierto en su conjunto, sin incluir subvenciones, recibieron en torno a un 92% de sus ingresos de su actividad de venta de espacios publicitarios, mientras que la televisión de pago sólo recibió por esta vía un 1,3%. Estos porcentajes son relativamente estables en los últimos años.

10. La demanda de publicidad en televisión está constituida por los anunciantes que, bien directamente, bien a través de un intermediario (centrales de medios o agencias de medios) desean adquirir espacios televisivos de publicidad.

Una característica central de la demanda en este mercado es su fuerte estacionalidad, siendo especialmente alta en torno a grandes periodos de compra (Navidad) o momentos de grandes acontecimientos deportivos (calendario de competiciones de fútbol) y especialmente baja en periodos vacacionales. Dentro de cada día hay periodos pico (*prime time*) y valle (*day time*).

La parrilla de programación de las televisiones, especialmente, la programación que ofrezcan en el horario de máxima audiencia (*prime time*) es lo que determina el atractivo que una televisión tiene para un anunciante determinado.

La audiencia, el bien último demandado por los anunciantes, depende crucialmente de la configuración de la parrilla y, por tanto del acceso a contenidos: a mejores contenidos, más audiencia, más atracción de anunciantes y mayor capacidad de generación de ingresos por la cadena.

En el mercado existe un número elevado de agencias de medios, de forma que los anunciantes tienen la posibilidad de cambiar de proveedor de estos servicios. Por otro lado, aunque la mayor parte de la demanda se mueva a través de este tipo de agencias, ninguna de ellas representa más de un 30% de la demanda de espacios publicitarios en una cadena. Asimismo, las agencias de medios siempre adquieren la publicidad por cuenta de un cliente concreto.

Las agencias de medios, habitualmente a través de contratos en exclusiva, diseñan campañas publicitarias completas para sus clientes, utilizando todos los soportes que consideren más eficaces para la venta del mensaje. En todo caso, la televisión es un medio imprescindible en el diseño y alcance de cualquier campaña publicitaria, por su amplia cobertura. Asimismo, es habitual que los anunciantes compren espacios publicitarios en más de una de ellas.

La ventaja para el anunciante de acudir al mercado con una agencia de medios es en que ésta, como intermediaria especialista, facilita la gestión y optimiza los recursos operativos de cada empresa, aporta herramientas de medición e información y soporte estratégico en la planificación y en la toma de decisiones del mix de medios.

Respecto al perfil de los anunciantes en televisión, cabe destacar que las primeras posiciones las ocupan productores de bienes de gran consumo y, en particular *Fast Moving Consumer Goods* (FMCG).

11. La venta de espacios publicitarios en el mercado de la publicidad en televisión en España se realiza fundamentalmente a través de dos modalidades: venta a descuento y venta a coste por GRP. Esta última modalidad es la que canaliza la mayor parte de los ingresos.

En la venta a descuento, el anunciante compra los espacios a las tarifas vigentes para cada período, negociándose eventualmente un descuento sobre las mismas, mientras que en la venta a coste por GRP el anunciante compra un volumen de audiencia para

un target específico (mercado potencial). Dicho volumen de audiencia se mide a través del GRP definido sobre ese target. Por tanto, el anunciante contrata un número de GRPs a conseguir con una campaña determinada y negocia un precio unitario por GRP efectivamente conseguido. Ambas partes realizan un seguimiento diario de la campaña, verifican el grado de cumplimiento de los objetivos y determinan la facturación final de la campaña.

Los descuentos o los costes por GRP negociado se determinan en una negociación individual y dependen de diversas variables: franjas horarias demandadas, posición en el bloque publicitario, target de compra, nivel de ocupación publicitaria, tamaño de la inversión, cuota de inversión de la campaña en la cadena, cuota de audiencia de la cadena, optimización publicitaria del conjunto de la parrilla, conjunto de canales gestionados por la cadena, etc.

12. En el mercado de publicidad en televisión los ingresos y las cuotas de mercado de las partes fueron las siguientes:

INGRESOS DE LAS PARTES EN EL MERCADO DE PUBLICIDAD EN TELEVISIÓN. MILL. DE € Y CUOTAS DE MERCADO						
AÑOS	2008		2009		2010 ¹	
CANALES	Mill €	Cuota de mercado	Mill €	Cuota de mercado	Mill €	Cuota de mercado
Grupo Antena 3	[...]	[20-30]%	[...]	[20-30]%	[...]	[20-30]%
Antena 3	[...]	[...]%	[...]	[...]%	[...]	[...]%
Neox	[...]	[...]%	[...]	[...]%	[...]	[...]%
Nova	[...]	[...]%	[...]	[...]%	[...]	[...]%
Veó 7	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%
Disney Channel	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%
Disney XD	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%	[...]	[0-10]%
TOTAL MERCADO	3.044,7	100,00%	2.359,4	100,00%	1.747	100,00%

Fuente: Elaboración de la CNC a partir de datos aportados por las partes (folios 47, 118, 377, 378 y 380).

¹ Los datos del año 2010 son estimaciones realizadas por las partes solamente hasta el tercer trimestre.

Tal y como se desprende del cuadro anterior, ANTENA 3 mantiene una cuota elevada dentro del mercado de la publicidad en televisión. En el año 2010, según las estimaciones que sólo contemplan hasta el tercer trimestre, tuvo una cuota de un [20-30] % del mercado según los ingresos por publicidad.

Tanto Veó 7 como Disney Channel y XD tienen unas cuotas reducidas dentro del mercado televisivo en términos de ingresos publicitarios. No obstante, sus cuotas se han incrementado significativamente durante los últimos años como consecuencia de los cambios regulatorios y tecnológicos acaecidos en el sector. Existen otros importantes competidores en el mercado de publicidad en televisión, como el grupo Telecinco-Cuatro que ostenta una cuota de mercado superior a la de ANTENA 3 y La Sexta. Con datos de Infoadex y teniendo en cuenta sólo el primer trimestre de

2010, la cuota de ingresos publicitarios conjunta de TELECINCO/CUATRO tras la operación de concentración en 2010 sería de un [40-50] %.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Objeto del expediente

Dentro de las funciones de resolución atribuidas al Consejo de la CNC, el artículo 52.1 de la LDC dispone que éste podrá resolver, a propuesta de la Dirección de Investigación, la terminación convencional del procedimiento sancionador incoado cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede suficientemente garantizado el interés público.

En este caso, las conductas objeto del expediente sancionador son los contratos de comercialización de espacios publicitarios concertados por ATRES con VEO y con DISNEY, descritos en los Hechos Probados 5 y 6 de esta Resolución.

Segundo.- Valoración jurídica preliminar de los contratos

El artículo 1.1 de la LDC *“prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...”*.

En términos similares el art. 101.1 del TFUE establece que quedan *“prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior...”*

La DI considera que los contratos suscritos entre ATRES y VEO y entre ATRES y DISNEY son acuerdos para la venta conjunta de los espacios publicitarios en televisión que incorporan cláusulas de fijación de precios y descuentos comerciales entre competidores. Además, en el contrato entre VEO y ATRES se aplica el sistema de pauta única, de modo que la emisión de la publicidad es simultánea para todos los canales sujetos a dicho sistema, y en el contrato entre DISNEY y ATRES se incorpora una cláusula de no competencia (Hecho Probado 6).

Es doctrina consolidada que los acuerdos de fijación de precios entre competidores son restrictivos de la competencia por objeto, pues afectan a la principal variable competitiva en la mayor parte de los mercados, y este no parece ser una excepción. La cláusula de pauta única aplicada en el contrato ATRES-VEO introduce restricciones a la

competencia adicionales, ya que obliga a los consumidores (en este caso los anunciantes) a adquirir espacios publicitarios en todos los canales sujetos al sistema, lo que reduce sus posibilidades de elección. El pacto de no competencia impide a ATRES firmar acuerdos como los que son objeto de este expediente con canales competidores de DISNEY (HP 6).

En todo caso, a la hora de valorar estos efectos restrictivos hay que tener en cuenta el reducido peso relativo de los canales (Veo 7, Disney Channel y Disney XD) en cuanto a ingresos publicitarios y el tiempo relativamente reducido en que dichos contratos han estado vigentes. No obstante, los efectos dinámicos que estos acuerdos pueden tener sobre la competencia son significativos, dado que en el contexto de la fragmentación de la oferta de canales de televisión en abierto que ha generado la implantación de la TDT, la ventaja competitiva que tienen los operadores incumbentes como ANTENA 3 en la publicidad en televisión se puede ver diluida, riesgo que se minimiza como consecuencia de los acuerdos firmados con los nuevos entrantes.

La DI considera que ambos acuerdos pueden afectar al comercio intracomunitario en la medida en que las partes mantienen relaciones comerciales en el ámbito de la publicidad con agencias y centrales de medios de otros países comunitarios, y puesto que los grupos empresariales a los que pertenecen DISNEY y VEO tienen una presencia significativa en otros países de la UE. Y que además son susceptibles de afectar a la competencia en el mercado comunitario ya que una empresa comunitaria dedicada a la comercialización de publicidad que esté instalada o se instale en España puede ver mermada su capacidad competitiva al operar en un mercado en el que pueden existir restricciones a la competencia.

Conforme a la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de efecto sobre el comercio contenida en los actuales artículos 101 y 102 del TFUE de 2004 (DO C 101, de 27.4.2004), para que concurra este presupuesto de aplicación del Tratado el acuerdo debe ser apto para producir un efecto apreciable sobre el comercio entre los Estados miembros, teniendo en cuenta la naturaleza del acuerdo, de los productos de que se trate y la posición de mercado de las empresas afectadas. Atendiendo a estos criterios y con la información disponible en el expediente, el Consejo considera que no existen indicios de que los acuerdos objeto de este expediente puedan generar un efecto apreciable sobre el comercio intracomunitario. La existencia de fronteras lingüísticas, culturales y regulatorias determina que la estrategia competitiva de los operadores de televisión y de la mayoría de los anunciantes sea de ámbito nacional (HP 8 y 9).

El art. 1.3 de la LDC dispone que quedan exentos de la prohibición de acuerdos colusorios del número 1º del mismo precepto, los acuerdos que cumplan las condiciones allí enunciadas, que sintéticamente son: (i) que produzcan eficiencias económicas que compensen las restricciones que introducen, (ii) que parte de esas eficiencias se trasladen al consumidor, (iii) que no impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos que se persiguen, y (iv) que no elimine la competencia respecto de una parte sustancial del mercado relevante.

Las partes de los acuerdos analizados señalan que los mismos generan eficiencias significativas al mejorar la comercialización, reducir los costes de transacción y ofrecer un mejor producto. Argumentan también que la comercialización mejora ya que el acuerdo consigue la agregación de audiencias para replicar la fragmentación que supone la multiplicación de los canales tras la entrada de la TDT. Asimismo, ATRES señala como ventaja derivada de la entrada de Veo en el sistema de pauta única la posibilidad de obtener GRP's de forma más rápida (con menos frecuencia) y alcanzar una cobertura que, individualmente, Veo no podría ofrecer a los anunciantes. Desde este punto de vista, además, el acuerdo de comercialización conjunta entre ATRES y Veo ofrece a los anunciantes un canal adicional en el que publicitarse.

Para Veo 7, el acuerdo contribuye a mejorar la comercialización publicitaria de su canal en la medida en que Veo 7 carece de la estructura necesaria para realizar por sí misma o a través de su matriz Unidad Editorial S.A. una comercialización publicitaria adecuada de la publicidad de televisión. El acuerdo suscrito favorece a las centrales de publicidad en la medida en que facilita la contratación de publicidad accesible a una mayor audiencia centralizada. Además las eficiencias no podrían ser obtenidas por las centrales de publicidad, dado que no intervienen en la planificación de la programación en televisión.

Por el contrario la DI considera que la gestión de la publicidad de VEO y DISNEY por parte de ATRES podría generar una reducción de los costes de transacción, pero esta reducción de costes sería mínima, difícilmente se trasladará a los consumidores y sería insuficiente para compensar los efectos restrictivos de los acuerdos.

Respecto a la mejora del producto y de su comercialización, el Consejo coincide con la DI en considerar que no han quedado constatados ninguno de los dos elementos, puesto que los anunciantes siempre podrían contratar la publicidad de los distintos canales por separado para lanzar una misma campaña publicitaria. Además, en el acuerdo ATRES/VEO la contratación conjunta derivada de la pauta única impide a los anunciantes obtener las ventajas derivadas de los distintos target específicos asociados a cada uno de los canales televisivos, restringiendo su capacidad de decisión y elección, lo que genera un claro perjuicio a los anunciantes e introduce restricciones de competencia innecesarias. Tampoco observa el Consejo eficiencias en el pacto de no competencia previsto en el contrato ATRES/DISNEY.

En todo caso, en un mercado como el de venta de espacios publicitarios televisivos con barreras legales de entrada (HP 9) y en el que Telecinco y Antena 3 actúan en régimen de duopolio de facto (Expte. C/230/10), el Consejo considera que resulta esencial preservar la presión competitiva que pueden ejercer competidores marginales. Desde esta perspectiva de la competencia dinámica (arriba apuntada), contratos de adhesión a la política de venta de espacios publicitarios de uno de los duopolistas como los que son objeto de este expediente no son susceptibles de cumplir los requisitos de exención del art. 1.3 de la LDC, ni de generar eficiencias que eventualmente pudieran justificar una terminación convencional del expediente distinta a la propuesta por VEO y DISNEY. Obviamente, eventuales acuerdos de venta conjunta de espacios publicitarios entre otro

tipo de competidores o en mercados publicitarios expuestos a una competencia más vigorosa podrán merecer un análisis de competencia distinto.

Tercero.- Valoración jurídica de los compromisos presentados por VEO y DISNEY

Conforme dispone la LDC y el RDC, los compromisos presentados por las partes deben ser aptos para poder (i) resolver los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente, y que (ii) quede garantizado suficientemente el interés público.

La propuesta de compromisos de DISNEY, presentada con fecha 15 de marzo de 2011, y que se materializará en la rescisión del acuerdo suscrito con fecha 6 de mayo de 2008 (aplicable tanto a Disney Channel como a Disney XD), supone eliminar la posibilidad de que ATRES gestione la publicidad y acuerde los precios comerciales de la misma con DISNEY, quien compite en el mismo mercado que ATRES.

Asimismo, a partir del 1 de julio de 2011, se abre un periodo transitorio, en el que DISNEY establecerá un contrato con ATRES de prestación de servicios, limitado exclusivamente a la asistencia técnica y vigente como máximo hasta el 31 de diciembre de 2011.

ANTENA 3 alega en relación con la propuesta de compromisos de DISNEY que el contrato firmado por ATRES y DISNEY no es contrario a la legislación de competencia. Además, ANTENA 3 considera que la rescisión unilateral por parte de DISNEY del contrato genera efectos muy perjudiciales para ATRES y que se podrían encontrar soluciones menos gravosas para la empresa e igualmente compatibles con la normativa de competencia, como la gestión de la publicidad de DISNEY por ATRES pero con un equipo de ventas independiente. En otro caso, considera que se estaría situando al Grupo Antena 3 en una posición de agravio comparativo con respecto a Telecinco.

Las alegaciones de la AEA a la propuesta de compromisos de DISNEY se centran en analizar el carácter restrictivo del sistema de pauta única. La AEA considera que la pauta única restringe la competencia al reducir la libertad de los anunciantes a la hora de elegir los espacios que compran y al elevar los precios de espacios publicitarios que, de no ser vendidos conjuntamente, tendrían un precio inferior.

Argumentado en el anterior fundamento de derecho que los contratos objeto de este expediente pueden ser restrictivos de la competencia en el sentido del art. 1.1 de la LDC, el Consejo considera que difícilmente puede causar un perjuicio a ANTENA 3 que no esté obligada a soportar la rescisión unilateral del contrato por la otra parte, en la medida que se produce conforme a los mecanismos de terminación anticipada recogidos en su contenido, obviamente aceptado por ANTENA 3. En todo caso, este Consejo coincide con el órgano instructor en considerar que la propuesta alternativa de compromisos que plantea ANTENA 3 no resuelve los problemas de competencia detectados, puesto que mantiene de forma indefinida los vínculos entre ANTENA 3 y DISNEY a la hora de gestionar su publicidad, siendo de difícil o imposible vigilancia si

se mantiene la independencia de los equipos comerciales. La difícil vigilancia (e ineficiencia) de este compromiso fue ya observada por la CNC en la Resolución del expediente C/0230/10 Telecinco/Cuatro, en la que uno de los compromisos presentados por Telecinco consistió en no firmar nuevos contratos de gestión conjunta de publicidad de canales de TDT en abierto y rescindir los que estaban vigentes. Tiene razón ANTENA 3 cuando señala que se ha permitido a TELECINCO mantener los acuerdos de gestión conjunta de publicidad con terceros operadores de televisión de pago, pero aquella no puede descocer el reducido peso de los canales de pago en el mercado de publicidad televisiva como el escaso porcentaje que representan los ingresos por publicidad en los ingresos totales de las televisiones de pago (HP 9 al final), así como que la forma de contratación de los mensajes publicitarios es distinta a la utilizada en los canales de TDT en abierto.

Las alegaciones de la AEA se centran en los efectos restrictivos del sistema de la pauta única que contempla el contrato ATRES-VEO, no así el contrato ATRES-DISNEY.

Por tanto, a la luz de los compromisos presentados y teniendo en cuenta las alegaciones y su valoración, el Consejo considera que la rescisión del contrato de comercialización conjunta de publicidad de ATRES con DISNEY resuelve los problemas de competencia que planteaba, y que el interés público queda suficientemente garantizado en tanto que hasta ahora los efectos sobre la competencia de ese contrato habrían sido limitados en atención a la reducida cuota de mercado de DISNEY. Asimismo, se considera que no es previsible que el contrato transitorio de asistencia técnica entre DISNEY y ATRES tenga efectos restrictivos de la competencia. En particular, DISNEY creará un equipo propio de ventas, que será el que negocie las condiciones comerciales y los precios de venta de su publicidad, ayudándole dicho acuerdo de asistencia técnica a desarrollar este equipo comercial propio. Además, este acuerdo de asistencia técnica tiene un claro carácter transitorio, dado que tendrá una vigencia máxima de 6 meses.

La propuesta de compromisos de VEO, presentada con fecha 6 de abril de 2011, consiste en rescindir el contrato suscrito con ATRES el 15 de diciembre de 2009. Previamente, con fecha 30 de diciembre de 2010, ATRES había comunicado a VEO su decisión de rescindir anticipadamente tal contrato alegando la necesidad de reforzar la identificación del modelo de pauta única de forma exclusiva con la marca Antena 3 y su familia de canales de televisión. En todo caso, al ponerse fin al contrato, se eliminan los efectos restrictivos de la competencia derivados del mismo.

La propuesta no fija una fecha para la rescisión del contrato. No obstante, tal y como se ha indicado en los antecedentes, ATRES comunicó a la CNC, con fecha 3 de enero de 2011, que, por motivos estratégicos, había decidido resolver anticipadamente el acuerdo de comercialización con VEO 7, de conformidad con lo previsto en la estipulación tercera de dicho contrato, decisión que ha sido comunicada por ATRES a VEO con fecha de 30 de diciembre de 2010. De hecho, junto con su compromiso, VEO acompaña la carta de notificación de la rescisión del contrato de ATRES a VEO, que fija como fecha límite para la rescisión el 30 de junio de 2011.

Las alegaciones de ANTENA 3 a la propuesta de compromisos de VEO recogen los mismos puntos que sus alegaciones a la propuesta de DISNEY, ya contestadas

anteriormente. En las alegaciones de DISNEY a la propuesta de compromisos de VEO se indica que DISNEY considera adecuada la propuesta para poner fin al expediente. Por otra parte, con fecha 4 de mayo de 2011, VEO aclaró que todavía no había tomado una decisión acerca del método que elegirá para la comercialización de su publicidad a partir del 1 de julio de 2011. No obstante, aclara que es altamente improbable que firme un nuevo contrato con ninguna sociedad del grupo ANTENA 3.

A la vista de lo anterior, el Consejo considera que la rescisión del contrato de comercialización conjunta de publicidad de ATRES con VEO resuelve los problemas de competencia que plantea, y que el interés público queda suficientemente garantizado en tanto que hasta ahora los efectos sobre la competencia habrían sido reducidos en atención a la escasa cuota de mercado de VEO.

En mérito a cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Acordar la Terminación Convencional del expediente sancionador S/0245/10 por estimar adecuados los compromisos presentados por The Walt Disney Company Iberia S.L. y por Veo Televisión S.A., consistentes en:

1. The Walt Disney Company Iberia S.L. se compromete a dejar sin efecto el contrato de 6 de mayo de 2008 firmado con Atres Advertising S.L.U. para la gestión publicitaria del canal Disney Channel y Disney XD antes del 1 de julio de 2011. Asimismo, The Walt Disney Company Iberia S.L. se compromete a dejar sin efecto el contrato transitorio que firmará con Atres Advertising S.L.U. para asistencia técnica en el campo de publicidad antes del 1 de enero de 2012.
2. Veo Televisión S.A. se compromete a poner fin al contrato de 15 de diciembre de 2009 firmado con Atres Advertising S.L.U. para la gestión publicitaria del canal Veo 7 antes del 1 de julio de 2011. Asimismo, Veo Televisión S.A. se compromete a abstenerse de firmar un nuevo contrato con el grupo ANTENA 3 con un objeto similar al del contrato a rescindir.

Estos compromisos son vinculantes para las partes en los términos establecidos en el artículo 52.2 de la Ley 15/2007, y su incumplimiento constituye una infracción grave de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.4.c) de la misma Ley.

SEGUNDO.- Instar a The Walt Disney Company Iberia S.L. a que aporte a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia el contrato transitorio con Atres Advertising S.L.U. para asistencia técnica en el campo de publicidad en un plazo de diez días después de su firma, así como a acreditar

documentalmente lo previsto en el resuelve primero.1 en un plazo máximo de un mes después de que se deje sin efecto cada uno de los contratos.

Instar a Veo Televisión S.A. a que acredite documentalmente lo previsto en el resuelve primero.2 en un plazo máximo de un mes después de que se deje sin efecto el contrato. Asimismo, antes del 10 de julio de 2011, Veo Televisión S.A. acreditará documentalmente cómo gestiona la publicidad de Veo7 desde el 1 de julio de 2011.

TERCERO.- Encomendar a la Dirección de Investigación la vigilancia de esta Resolución de terminación convencional y, por tanto, de los compromisos propuestos y de las obligaciones impuestas para el eficaz cumplimiento de aquellos.

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