II

(Actes dont la publication n'est pas une condition de leur applicabilité)

COMMISSION

DÉCISION DE LA COMMISSION
du 24 novembre 1993
relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE
(IV/32.031 — Auditel)

(Le texte en langue italienne est le seul faisant foi.)

(93/668/CE)

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté européenne,

vu le règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (1), modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal, et notamment son article 2, son article 3 paragraphe 1 et son article 6,

vu la notification faite et la demande d'attestation négative et/ou d'exemption présentée, conformément aux articles 2 et 4 du règlement n° 17, par Monsieur Giulio Malgara, président de la Srl Auditel, le 15 septembre 1986, au nom et pour le compte des membres Auditel et pour la société Auditel, comme il résulte de la délibération du conseil d'administration de celle-ci du 7 avril 1986, et concernant :

— l'acte de constitution et les statuts de la société Auditel,

— la convention entre les actionnaires de la Srl Auditel,

— le contrat entre la Srl Auditel et AGB Italia SpA,

vu les demandes présentées conformément à l'article 3 du règlement n° 17 par la société A. C. Nielsen Italia SpA le 11 juin 1987 et par la société Marketing TV Service Srl le 7 août 1987,

vu la décision de la Commission du 7 octobre 1991 d'engager la procédure dans cette affaire,

après avoir donné aux entreprises intéressées l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission conformément à l'article 19 paragraphe 1 du règlement n° 17 et au règlement n° 99/63/CEE de la Commission, du 25 juillet 1963, relatif aux auditions prévues à l'article 19 paragraphes 1 et 2 du règlement n° 17 du Conseil (2),

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

considérant ce qui suit :

I. LES FAITS

La notification comprend trois accords :

— l'acte de constitution et les statuts de la société Auditel,

— la convention entre les actionnaires de la Srl Auditel,

— le contrat entre la Srl Auditel et AGB Italia SpA, ci-après dénommée « AGB ».

(1) JO n° 13 du 21. 2. 1962, p. 204/62.

(2) JO n° 127 du 20. 8. 1963, p. 2268/63.

A. L'acte de constitution et les statuts

(1) L'acte de constitution et les statuts concernent la société à responsabilité limitée « Auditel », Viale Toscanini 1, Milan, qui a pour but le relevé objectif et impartial et la diffusion systématique des données, dans les limites nationales, régionales et sous-régionales, concernant l'audience des transmissions télévisées.

B. La convention entre les actionnaires de la Srl Auditel

(2) La convention entre les actionnaires de la Srl Auditel fixe les engagements des membres. Ceux-ci sont partagés en trois groupes :

1) la chaîne de télévision publique (RAI Radio Televisione Italiana),

2) les chaînes de télévision privées (Canale 5, Rete 10, Rete Quattro, Gruppo STP-RV, FRT Federazione Radio e Televisioni),

3) les associations des opérateurs suivants : des annonceurs (UPA Utenti Pubblicità Associati), des agences de publicité (ASSAP Associazione Italiana Agenzie Pubblicità e Servizio Completo), des organisations de technique publicitaire (OTEP Associazione Italiana delle Organizzazioni Professionali di Tecnica Pubblicitaria) et des agences spécialisées en moyens publicitaires (AMA Agenzie Media Associate).

Le coût de l'opération est pris en charge par les deux premiers groupes, qui représentent pratiquement la totalité de l'audience télévisée en Italie.

(3) L'article 11 de cette convention prévoyait que « les partenaires d'Auditel s'engagent, pour tout ce qui peut avoir une importance publicitaire ou commerciale, à utiliser exclusivement les services fournis par Auditel et à reconnaître comme seules valables les données résultant des relevés et des recherches d'Auditel ».

Cet engagement a été ensuite modifié à deux reprises.

(4) La première modification du 9 avril 1987 précisait que l'engagement se référait uniquement aux données concernant le relevé des indices d'audience et ne visait pas les élaborations des données faites par Auditel relatives aux données audiences/spots et audiences/programmes.

(5) La deuxième modification, transmise le 8 juillet 1992, après la communication des griefs et l'audition, prévoit que « les partenaires s'engagent, dans leurs activités, en ce qui concerne uniquement le relevé des indices d'audience (indice d'écoute rapporté à une période temporelle déterminée), à utiliser exclusivement les relevés Auditel dans le seul but d'éviter des contestations sur la situation de l'audience et des perturbations dans l'information au public faite par la presse, la radio ou la télévision ».

Comme précisé à l'audition, en pratique, le but de l'article 11 serait d'éviter une guerre des indices entre les principales chaînes de télévision italiennes.

Par lettre du 11 juin 1993, l'avocat d'Auditel a fait part d'un projet de modification de l'article 11, d'après lequel celui-ci se lirait : « Les membres d'Auditel s'engagent en ce qui concerne le relevé des seuls indices d'audience télévisés (écoute relative à une période temporelle déterminée) à utiliser ces relevés collectés par Auditel ou qu'Auditel a fait collecter comme facteur de référence en cas de contentieux judiciaire ou extrajudiciaire. »

(6) Pressentant que la Commission allait refuser d'exempter cette clause, l'avocat d'Auditel, par lettre du 23 juin 1993, annonça la décision de supprimer purement et simplement l'article 11, tout en précisant que cet article ne pouvait pas avoir d'effets restrictifs. La décision de supprimer l'article 11 fut adoptée par le conseil d'administration d'Auditel le 24 juillet 1993 et copie conforme de cette décision fut transmise à la Commission le 10 septembre 1993.

C. Le contrat Auditel/AGB

(7) L'accord Auditel/AGB concerne la réalisation et la gestion par AGB de tout le système pour les relevés des indices d'audience, ainsi que l'élaboration de ces données.

Par lettre du 1er décembre 1991, la Srl Auditel a communiqué à la Commission qu'un nouveau contrat, signé le 25 octobre 1991 et entré en vigueur le 1er novembre 1991 et valable jusqu'au 31 décembre 1996, avait remplacé le contrat notifié.

Par ce nouveau contrat, AGB est chargée de la gestion et de l'entretien du système, dont les moyens électroniques *(meters)* sont propriété d'Auditel.

(8) D. Le marché des relevés des données d'audience

Le marché en question est le marché des données concernant l'audience des transmissions télévisées, c'est-à-dire les données indiquant le nombre de personnes ayant regardé une certaine chaîne à un moment déterminé.

Ces données de base sont ensuite élaborées afin d'identifier le mieux possible les spectateurs pour permettre de cibler la publicité.

E. Les plaintes

(9) a) *La plainte de la société Nielsen*

Selon la plainte de cette société, qui est spécialisée dans les études et les recherches de marché, les accords Auditel constitueraient les infractions suivantes aux articles 85 et 86 :

1) infractions à l'article 85 :

— l'exclusivité concédée réciproquement entre Auditel et AGB pour une durée de cinq ans pour la réalisation et la gestion du système,

— l'obligation imposée aux membres d'Auditel par l'article 11 de la convention ;

2) infraction à l'article 86 :

l'article 11 donne à Auditel une position dominante sur le marché des données de base des indices d'audience et Auditel en abuserait en imposant des contrats types qui lui laissent toute liberté en matière de prix, de conditions d'utilisation et de durée.

(10) b) *La plainte MTVS*

Sous ce sigle sont regroupées trois sociétés appartenant au même groupe dont les activités concernent l'élaboration des données de base des indices d'écoute, la certification de la transmission des programmes à une heure donnée, du nombre et de la durée des communications publicitaires.

Selon la société MTVS les infractions aux articles 85 et 86 seraient les suivantes :

1) infractions à l'article 85 :

— l'obligation imposée par l'article 11 de la convention entre les membres Auditel,

— l'exclusivité concédée à AGB,

— la répartition des coûts de l'opération Auditel entre les membres « chaînes de télévision » qui permettrait d'offrir sur le marché des données de base sans concurrence,

2) infraction à l'article 86 :

étant donné la position dominante d'Auditel sur le marché des données de base, Auditel en abuserait en disposant de ces données avant ses concurrents et en fixant les prix à un niveau qui n'a aucun lien avec les coûts réels de production.

II. APPRÉCIATION JURIDIQUE

A. Article 85 paragraphe 1

1. *Entreprises*

(11) Au sens de l'article 85, les membres d'Auditel et la Srl Auditel sont des entreprises.

2. *Accords*

(12) Les accords notifiés et, notamment, la convention entre les actionnaires de la Srl Auditel, sont des accords entre entreprises au sens de l'article 85 paragraphe 1.

3. *Restrictions*

(13) Le texte de l'article 11 de la convention entre les membres, tant dans sa version du 8 juillet 1992 que dans les versions précédentes, prévoit que les partenaires s'engagent, dans leurs activités, en ce qui concerne uniquement le relevé des indices d'audience, à utiliser exclusivement les relevés Auditel dans le seul but d'éviter des contestations sur la situation de l'audience et des perturbations dans l'information au public faite par la presse, la radio ou la télévision.

(14) Cette nouvelle version avait l'avantage, par rapport à l'ancienne, d'indiquer clairement, d'une part, que l'indice visé est le tout simple indice d'écoute et, d'autre part, que le but de cet article est d'éviter la « guerre des indices » entre les chaînes de télévision privées et la chaîne publique.

(15) Comme précisé par un représentant d'Auditel à l'audition, les destinataires principaux de cette obligation seraient les deux groupes, membres d'Auditel, chaînes de télévision privées et publique, qui étaient à l'origine de la « guerre des indices ».

(16) Les prix définitifs des interruptions publicitaires étant fixés en fonction du nombre de téléspectateurs ayant suivi la retransmission télévisée pendant laquelle la publicité a été transmise, chaque chaîne émettrice est tenue par l'indice d'audience Auditel et ne peut faire référence à d'autres données plus favorables pour elle, comme cela pouvait arriver dans le passé.

(17) À l'audition un représentant d'Auditel a avancé l'argument que pour les entreprises appartenant au troisième groupe qui sont intéressées aux données Auditel et qui, par le biais de leur association professionnelle, ne font qu'indirectement partie du groupe, cet engagement ne serait pas valable du fait qu'elles n'ont pas signé individuellement la convention, celle-ci étant signée par leur association professionnelle.

(18) Toutefois, même dans cette situation, les membres du troisième groupe qui, avant la création d'Auditel, étaient libres de contester les données utilisées par les chaînes émettrices, dépendent par la force des choses des données Auditel autant que les chaînes publiques et privées. Même s'ils disposent de données plus favorables pour eux et même si une éventuelle contestation de leur part n'amène pas à une « guerre des indices » entre les chaînes publique et privées, ces données sont inutilisables.

(19) En effet, dans les négociations pour la détermination du prix des interruptions publicitaires, les chaînes de télévision privées et la chaîne publique étaient tenues par l'article 11 de se référer à l'indice d'audience Auditel et ne pouvaient tenir compte d'autres indices proposés par les membres du troisième groupe.

(20) Pour ce qui concerne la restriction de concurrence, celle-ci subsistait donc d'une façon directe pour les chaînes privées et la chaîne publique et d'une façon indirecte pour les autres membres d'Auditel.

Cet engagement constitue une restriction de concurrence dans le sens qu'il élimine toute liberté des membres d'utiliser des données de base ayant une autre origine.

(21) Selon Auditel, les membres peuvent faire effectuer, à titre personnel, des relevés de taux d'écoute et des élaborations ultérieures ou des recherches de marché à la condition que leurs résultats ne soient pas rendus publics ; en outre, il est notamment possible de produire, par Auditel ou par des tiers, et de rendre publiques les élaborations relatives aux données audience/spot et audience/programme.

(22) Ces possibilités, toutefois, ne suffisent pas à réduire la portée restrictive de l'engagement pris auparavant ; en effet, il s'agit soit de données inutilisables parce qu'il était interdit de les rendre publiques, et, donc, de les utiliser comme base pour la détermination du prix des interruptions publicitaires, soit d'élaborations qui peuvent être rendues publiques mais qui ont été forcément faites à partir des données de base Auditel, dont l'utilisation est obligatoire.

4. *Affectation du commerce entre États membres*

(23) Les données d'audience diffusées par Auditel peuvent affecter, d'une façon sensible, le commerce entre États membres : soit directement, en ce qui concerne la publicité en général ainsi que les programmes à transmettre, soit indirectement en ce qui concerne les produits objets de la publicité.

(24) En effet, c'est sur la base de ces données que les utilisateurs de la publicité et les opérateurs décident le montant de leur budget publicitaire, son partage entre les différents médias ainsi que le choix entre des médias du même type.

(25) En ce qui concerne les chaînes de télévision, les données Auditel sur l'indication du nombre des téléspectateurs par transmission et sur leurs caractéristiques (âge, niveau social et culturel), conditionnent le choix des programmes, leur placement dans la grille et les prix des espaces publicitaires.

(26) Or, compte tenu de ce que :

— des sociétés de publicité originaires d'autres États membres opèrent en Italie tant directement que par l'intermédiaire de succursales,

— des programmes retransmis sont originaires d'autres États membres,

— des espaces publicitaires sont achetés par des utilisateurs ou des opérateurs pour faire de la publicité à des produits originaires d'autres États membres (1),

— au moins une chaîne de télévision italienne est recevable dans d'autres États membres (RAI),

il y a une affectation sensible du commerce entre États membres.

B. Article 85 paragraphe 3

(27) Pour bénéficier d'une exemption au sens du paragraphe 3 de l'article 85, il faut que les quatre conditions prévues par ledit paragraphe soient remplies.

Or, l'article 11 de la convention ne satisfait pas, en particulier, aux deux conditions suivantes :

1. *Caractère indispensable des restrictions imposées*

(28) L'engagement prévu à l'article 11 de la convention n'était pas indispensable.

(29) La participation aux accords notifiés de pratiquement tous les opérateurs commerciaux du secteur vise à assurer l'objectivité, la fiabilité et l'homogénéité des indices d'audience relevés.

(1) 52 % des importations italiennes sont d'origine communautaire ; de ces 52 %, 24 % sont des biens de consommation finale, dont 30 % des produits alimentaires et 70 % d'autres produits, qui pour la promotion de leur vente nécessitent, entre autres, des campagnes publicitaires télévisées.

(30) Dans cette situation, l'obligation imposée aux membres d'utiliser, pour leurs relations commerciales et pour leurs élaborations, les données de base Auditel est superflue. Pour les deux groupes, chaîne publique et chaînes privées, qui prennent en charge les coûts de l'opération, le fait de reconnaître la fiabilité des données et de les utiliser est une conséquence logique de leur investissement.

La justification de l'article 11 comme moyen nécessaire pour éviter une guerre des indices entre les principales chaînes télévisées ne peut être retenue ; en effet, la clause en question ne contribue pas à l'existence d'éventuels effets favorables de la convention, à savoir l'amélioration de la production ou de la distribution du service, tout en réservant une partie équitable du profit qui en résulte aux utilisateurs.

Pour le troisième groupe de membres, la fiabilité des données et leur utilisation résultent de leur participation à Auditel et du fait que les données sont utilisées aussi par les autres groupes d'actionnaires, à savoir les chaînes de télévision qui sont les partenaires commerciaux des agences de publicité et des annonceurs.

2. *Élimination de la concurrence*

(31) De plus, le fait que chaque membre peut faire effectuer, en plus d'autres élaborations de données Auditel, d'autres relevés de données simples ainsi que leurs élaborations montre qu'il existe d'autres sources de relevés d'indices d'écoute. Le fait que les résultats de telles recherches ne devraient pas être rendus publics à la suite de leur utilisation montre que ces données sont valables et qu'ils peuvent faire concurrence aux données Auditel, obtenues avec la méthode AGB.

(32) Toutefois, cette concurrence potentielle ne pouvait pas se réaliser. En effet, ces données sont inutilisables, d'une part parce qu'elles ne pouvaient pas être rendues publiques et, d'autre part, parce que les membres devaient utiliser, pour leur élaboration, uniquement les données Auditel.

(33) Cette situation a des effets aussi sur des sociétés tierces qui ont une activité de collecte des données de base ou qui élaborent les données de base, qui se heurtent au fait que les seules données reconnues comme valables sur le marché étaient les données Auditel.

(34) L'accord donnait donc la possibilité d'éliminer la concurrence. En effet, même s'il y a d'autres systèmes (1) pour relever les indices d'audience, l'impossibilité d'utiliser ces données plaçait Auditel dans une position de monopole de fait, en éliminant toute concurrence.

C. **Article 86**

(35) Vu la suppression de l'article 11 de la convention à la suite de la présente procédure, Auditel ne jouira plus, à l'avenir, d'une position de monopole, position qui aurait pu lui permettre d'en abuser au sens de l'article 86.

De toute manière, les plaintes dans ce contexte portent sur l'exclusivité accordée par l'article 11 de la convention, dont la suppression est déjà assurée par suite de la cessation de l'infraction à l'article 85.

(36) En ce qui concerne la prétendue violation de l'article 86 dans le passé, les éléments portés à la connaissance de la Commission ne permettent pas de conclure qu'Auditel se serait rendu coupable d'une telle infraction.

D. **Article 15 paragraphe 5 du règlement n° 17**

(37) En application de l'article 15 paragraphe 5 point a) du règlement n° 17, les amendes prévues en cas d'infraction à l'article 85 du traité ne peuvent pas être infligées pour des agissements postérieurs à la notification à la Commission et antérieurs à la décision par laquelle elle accorde ou refuse l'application de l'article 85 paragraphe 3, pour autant qu'ils restent dans les limites de l'activité décrite dans la notification.

Du fait que l'activité d'Auditel est restée dans les limites de l'activité décrite dans la notification, il n'y a pas lieu d'infliger des amendes.

E. **Article 3 du règlement n° 17**

(38) En vertu de l'article 3 du règlement n° 17, la Commission peut, par voie de décision, constater une infraction aux dispositions de l'article 85 du traité et obliger les entreprises et associations d'entreprises à y mettre fin.

Dans le cas d'espèce, la suppression de l'article 11, intervenue le 24 juillet 1993, peut être considérée comme ayant mis fin aux effets anticoncurrentiels de l'infraction.

(1) En 1986, pour choisir le système, Auditel avait pris contact avec trente-six sociétés ou instituts de recherche ; quinze avaient répondu à l'appel d'offre en envoyant un projet.

Étant donné que les parties en cause ont contesté le caractère infractionnel de l'article 11 à l'égard du droit communautaire (considérant 6), la Commission estime qu'il y a danger que les parties puissent répéter dans le futur des comportements analogues ou semblables de telle façon qu'il s'avère nécessaire de clarifier la situation juridique.

Dans ces conditions, la Commission a donc un intérêt légitime à adopter une décision qui constate que l'article 11 de la convention entre les membres d'Auditel, dans sa version du 8 juillet 1992 ainsi que dans ses versions antérieures, constituait une infraction à l'article 85 paragraphe 1 et qu'il ne remplissait pas les conditions pour bénéficier de l'exemption prévue à l'article 85 paragraphe 3,

A ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION :

Article premier

Jusqu'à sa suppression formelle, le 24 juillet 1993, l'article 11 de la convention entre les membres d'Auditel, dans sa version du 8 juillet 1992 ainsi que dans ses versions antérieures, a constitué une infraction à l'article 85 paragraphe 1 du traité CE.

Article 2

La demande d'exemption au titre de l'article 85 paragraphe 3 du traité CE concernant l'article 11 de la convention est rejetée.

Article 3

Sur la base des éléments dont elle dispose, il n'y a pas lieu pour la Commission d'intervenir en vertu des dispositions de l'article 85 paragraphe 1 et de l'article 86 du traité CE à l'égard :

— de l'acte de constitution et des statuts de la Srl Auditel,

— des contrats entre la Srl Auditel et AGB Italia SpA,

— des dispositions toujours en vigueur de la convention entre les actionnaires de la Srl Auditel,

— du comportement de la Srl Auditel sur le marché des données d'audience.

Article 4

La présente décision est destinée à :

Auditel Srl
Largo Toscanini 1
I-20122 Milano.

Fait à Bruxelles, le 24 novembre 1993.

Par la Commission
Karel VAN MIERT
Membre de la Commission