II

(Atti per i quali la pubblicazione non è una condizione di applicabilità)

COMMISSIONE

DECISIONE DELLA COMMISSIONE

del 24 novembre 1993

relativa ad un procedimento a norma dell'articolo 85 del trattato CE

(IV/32.031 — Auditel)

(Il testo in lingua italiana è il solo facente fede)

(93/668/CE)

LA COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE,

visto il trattato che istituisce la Comunità europea,

visto il regolamento n. 17 del Consiglio, del 6 febbraio 1962, primo regolamento di attuazione degli articoli 85 e 86 del trattato [1], modificato da ultimo dall'atto di adesione della Spagna e del Portogallo, in particolare gli articoli 2, 3, paragrafo 1 e 6,

vista la notificazione e la domanda di attestazione negativa o di esenzione, del 15 settembre 1986, presentate a norma degli articoli 2 e 4 del regolamento n. 17, dal sig. Giulio Malgara, presidente della srl Auditel, in nome e per conto dei membri di Auditel nonché per la società Auditel stessa — giusta deliberazione del 7 aprile 1986 del suo consiglio di amministrazione — riguardante :

— l'atto costitutivo e lo statuto della società Auditel,

— la convenzione tra gli azionisti della srl Auditel,

— il contratto concluso fra la srl Auditel e la AGB Italia SpA,

viste le domande presentate ai sensi dell'articolo 3 del regolamento n. 17 dalla società AC Nielsen Italia SpA l'11 giugno 1987 e dalla società Marketing TV Service srl il 7 agosto 1987,

vista la decisione della Commissione del 7 ottobre 1991 di avviare il procedimento nel presente caso,

dopo aver dato modo alle imprese interessate di manifestare il loro punto di vista in merito agli addebiti mossi nei loro confronti dalla Commissione come disposto dall'articolo 19, paragrafo 1 del regolamento n. 17 e dal regolamento n. 99/63/CEE della Commissione, del 25 luglio 1963, relativo alle audizioni previste dall'articolo 19, paragrafi 1 e 2 del regolamento n. 17 del Consiglio [2],

sentito il comitato consultivo in materia di intese di posizioni dominanti,

considerando quanto segue :

I. I FATTI

La notificazione si riferisce ai tre accordi seguenti :

— l'atto costitutivo della società Auditel,

— la convenzione conclusa fra gli azionisti della srl Auditel,

— il contratto concluso fra la srl Auditel e la AGB Italia SpA (nel prosieguo : « AGB »).

[1] GU n. 13 del 21. 2. 1962, pag. 204/62.

[2] GU n. 127 del 20. 8. 1963, pag. 2268/63.

A. Atto costitutivo e statuto

(1) L'atto costitutivo e lo statuto sono quelli della società a responsabilità limitata Auditel, con sede in Largo Toscanini 1, Milano (Italia) che ha per oggetto la rivelazione oggettiva ed imparziale e la diffusione sistematica dei dati riferiti agli ambiti nazionali, regionale e subregionale, sull'ascolto televisivo in Italia (« audiences »).

B. Convenzione fra gli azionisti della srl Auditel

(2) La convenzione fra gli azionisti della srl Auditel stabilisce gli impegni dei suoi membri; questi appartengono ai tre seguenti gruppi:

1) l'emittente televisiva pubblica (RAI Radio televisione italiana),

2) le emittenti televisive private (Canale 5, Rete 10, Rete Quattro, Gruppo STP-RV, FRT Federazione radio e televisioni),

3) le seguenti associazioni di operatori: gli utenti di pubblicità (UPA Utenti pubblicità associati), le agenzie pubblicitarie (ASSAP Associazione italiana agenzie pubblicità e servizio completo), le organizzazioni professionali di tecnica pubblicitaria (OTEP Associazione italiana delle organizzazioni professionali di tecnica pubblicitaria) e le agenzie specializzate in mezzi pubblicitari (AMA Agenzie media associate).

Tutti i costi dell'operazione sono sostenuti dai due primi gruppi, che rappresentano praticamente la totalità dell'udienza televisiva in Italia.

(3) L'articolo 11 della suddetta convenzione prevedeva: « i soci dell'Auditel si impegnano, per tutto quanto abbia rilevanza pubblicitaria e commerciale, ad adottare e ad usare sempre e senza eccezioni i servizi forniti dall'Auditel e a riconoscere ad ogni effetto come unici validi i risultati delle ricerche e dei rilevamenti effettuati o fatti effettuare dall'Auditel stessa ».

Successivamente, questo impegno è stato modificato due volte.

(4) La prima modifica del 9 aprile 1987 precisava che l'impegno si riferiva esclusivamente ai dati riguardanti le rilevazioni degli indici di ascolto (« audience ») e non riguardava l'elaborazione dei dati effettuata dall'Auditel in riferimento ai dati di ascolto sui comunicati pubblicitari (« spots ») e di ascolto sui programmi.

(5) La seconda modifica pervenuta alla Commissione l'8 luglio 1992 dopo la comunicazione degli addebiti e l'audizione della società prevedeva che i partecipanti Auditel si sarebbero impegnati, nelle loro attività, unicamente per quanto riguarda le rilevazioni degli indici di ascolto (riferiti ad un periodo temporale determinato), ad utilizzare esclusivamente le rilevazioni dell'Auditel al solo scopo di evitare contestazioni sulla situazione dell'« audience » televisiva e turbative nell'informazione del pubblico a mezzo stampa, radio e televisione.

Come è emerso dall'audizione, lo scopo dell'articolo 11 è quello di evitare una « guerra degli indici » fra le principali emittenti televisive italiane.

Con lettera dell'11 giugno 1993 l'avvocato di Auditel ha comunicato un progetto di modifica dell'articolo 11; con questa modifica l'articolo 11 recita: « I soci di Auditel si impegnano, con riferimento alla rilevazione delle sole "audiences" televisive (cioè l'ascolto relativo ad un determinato lasso temporale), ad usare i rilevamenti effettuati o fatti effettuare da Auditel srl quale parametro di riferimento in eventuali contenziosi giudiziali o stragiudiziali. »

(6) Prevedendo che la Commissione avrebbe rifiutato di esentare questa clausola, con lettera del 23 giugno 1993 l'avvocato di Auditel annunciò la decisione di sopprimere puramente e semplicemente l'articolo 11, ben precisando di non ritenere che esso potesse avere effetti restrittivi. La decisione di sopprimere l'articolo 11 fu adottata dal consiglio d'amministrazione di Auditel il 24 luglio 1993 ed una copia autenticata della decisione venne trasmessa alla Commissione il 10 settembre 1993.

C. Contratto Auditel/AGB

(7) Il contratto Auditel/AGB riguarda la realizzazione e la gestione, da parte di AGB, di un sistema per la rilevazione delle « audiences » televisive in Italia e l'elaborazione dei dati che ne scaturiscono.

Con lettera del 1° dicembre 1991 la srl Auditel ha comunicato alla Commissione che, il 1° novembre 1991, era entrato in vigore, in sostituzione del contratto notificato, un nuovo contratto, firmato il 25 ottobre 1991, che sarebbe rimasto in vigore fino al 31 dicembre 1996.

In forza di questo secondo contratto l'AGB è incaricata della gestione e della manutenzione del sistema, le cui apparecchiature elettroniche (meters) restano di proprietà dell'Auditel.

D. Il mercato dei dati d'udienza

(8) Il mercato in questione è il mercato dei dati concernenti l'udienza delle trasmissioni televisive, cioè i dati che indicano il numero di persone che hanno visto una certa emittente ad un momento determinato.

Questi dati di base sono in seguito eleborati per identificare nel miglior modo possibile gli spettatori per permettere di orientare la pubblicità.

E. Le denunce

(9) a) *La denuncia della società Nielsen*

Secondo la denuncia di questa società, che è specializzata in studi e ricerche di mercato, gli accordi Auditel costituirebbero le infrazioni seguenti agli articoli 85 e 86 :

1) infrazioni all'articolo 85 :

— l'esclusività concessa reciprocamente fra Auditel e AGB per una durata di cinque anni per la realizzazione e la gestione del sistema,

— l'obbligazione imposta si membri d'Auditel dall'articolo 11 della convenzione ;

2) infrazione all'articolo 86 :

l'articolo 11 dà a Auditel una posizione dominante sul mercato dei dati di base degli indici di udienza e Auditel ne abuserebbe imponendo dei contratti tipo che le lasciano completa libertà in materia di prezzi, condizioni di utilizzazione e durata.

(10) b) *La denunzia MTVS*

Sotto questa sigla sono raggruppate tre società appartenenti allo stesso gruppo le cui attività concernono l'elaborazione dei dati di base degli indici di ascolto, la certificazione della trasmissione dei programmi ad un'ora data, del numero e della durata delle comunicazioni pubblicitarie.

Secondo la società MTVS le infrazioni agli articoli 85 e 86 sono le seguenti :

1) infrazioni all'articolo 85 :

— l'obbligazione imposta dall'articolo 11 della convenzione ai membri Auditel,

— l'esclusività concessa a AGB,

— la ripartizione dei costi dell'operazione Auditel fra i soci « emittenti televisive » che permetterebbe d'offrire sul mercato dati di base senza concorrenza ;

2) infrazione all'articolo 86 :

data la posizione dominante d'Auditel sul mercato dei dati di base, Auditel ne abuserebbe disponendo di tali dati prima dei suoi concorrenti e fissandone i prezzi a un livello che non ha alcun rapporto con i costi reali di produzione.

II. VALUTAZIONE GIURIDICA

A. Articolo 85, paragrafo 1

1. *Le imprese*

(11) I membri di Auditel e la srl Auditel sono imprese ai sensi del'articolo 85.

2. *Gli accordi*

(12) Gli accordi notificati e, in particolar modo, la convenzione fra gli azionisti della srl Auditel sono accordi fra imprese ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 1.

3. *Restrizioni*

(13) Il testo dell'articolo 11 della convenzione fra i soci di Auditel, sia nella versione dell'8 luglio 1992 che nelle precedenti, prevede che i membri si impegnino, nelle loro attività, unicamente per quanto attiene alla rilevazione degli indici di ascolto, a utilizzare esclusivamente le rilevazioni di Auditel al solo scopo di evitare contestazioni sulla situazione dell'« audience » televisiva e turbative nell'informazione del pubblico a mezzo stampa, radio e televisione.

(14) Rispetto alla vecchia versione, questa nuova versione presentava il vantaggio di indicare con chiarezza, da un lato, che l'indice cui si fa riferimento è semplicemente l'indice di ascolto e, dall'altro, che la disposizione ha lo scopo di evitare una « guerra degli indici » fra le emittenti televisive private e quella pubblica.

(15) Come ha precisato un rappresentante dell'Auditel all'audizione, i destinatari principali di quest'obbligo sono i due gruppi soci di Auditel, costituiti dalle emittenti televisive private e dall'emittente pubblica che hanno dato origine alla « guerra degli indici ».

(16) Poiché i prezzi definitivi delle interruzioni pubblicitarie vengono stabiliti in rapporto al numero dei telespettatori che hanno seguito la ritrasmissione televisiva durante la quale è stato trasmesso il messaggio pubblicitario, ciascuna emittente è vincolata dall'indice di ascolto rilevato da Auditel e non può fare riferimento ad altri dati eventualmente a lei più favorevoli, come poteva succedere in passato.

(17) All'audizione, un rappresentante di Auditel ha sostenuto che, per le imprese appartenenti al terzo gruppo, che sono interessate ai dati dell'Auditel e che, attraverso la loro associazione professionale, fanno parte solo indirettamente di tale società, questo impegno non sarebbe valido, in quanto esse non hanno firmato la convenzione a titolo individuale ; essendo quest'ultima stata firmata dalla loro associazione professionale.

(18) Tuttavia, anche in tali circostanze, i membri del terzo gruppo che prima della costituzione dell'Auditel erano liberi di contestare i dati utilizzati dalle emittenti televisive dipendono, per forza di cose, dai dati dell'Auditel, esattamente come le emittenti pubbliche e private. Gli eventuali dati loro più favorevoli, anche qualora la loro contestazione non provocasse una « guerra degli indici » tra emittenti pubbliche e private, sarebbero inutilizzabili.

(19) Infatti, nei negoziati intesi a determinare il prezzo delle interruzioni pubblicitarie, le emittenti televisive private e l'emittente pubblica erano obbligate, in forza dell'articolo 11 della convenzione, a fare riferimento all'indice di ascolto elaborato dall'Auditel e non potevano tener conto di altri indici proposti dai membri del terzo gruppo.

(20) Permaneva quindi una restrizione di concorrenza che opera direttamente per le emittenti private e per l'emittente pubblica e, indirettamente, per gli altri membri dell'Auditel.

Questo impegno costituisce una restrizione di concorrenza nel senso che fa venir meno la libertà dei membri di utilizzare dati di base provenienti da altra fonte.

(21) Secondo l'Auditel, i soci possono fare effettuare, a titolo personale, rilevazioni del tasso di ascolto e ulteriori elaborazioni o ricerche di mercato a condizione che i loro risultati non vengano resi pubblici; sarebbe inoltre possibile effettuare attraverso la stessa Auditel (o far effettuare a terzi) e rendere pubbliche le elaborazioni relative ai dati di ascolto sui comunicati pubblicitari e sui programmi.

(22) Nondimeno, queste possibilità non sono sufficienti a ridurre gli effetti restrittivi dell'impegno. Infatti i dati di cui sopra o sono inutilizzabili, in quanto ne era vietata la diffusione (e quindi non possono essere utilizzati come base per la determinazione del prezzo delle interruzioni pubblicitarie), o sono elaborazioni che possono essere rese pubbliche ma che sono necessariamente fondate sui dati di base della stessa Auditel, la cui utilizzazione è obbligatoria.

4. *Effetti sul commercio fra gli Stati membri*

(23) I dati sull'ascolto televisivo diffusi dalla Auditel possono incidere in modo sensibile sul commercio fra Stati membri; questi effetti possono essere diretti, per quanto riguarda la pubblicità in generale e i programmi da diffondere, oppure indiretti per quanto riguarda i prodotti oggetto di pubblicità.

(24) Infatti, gli utenti di pubblicità e gli operatori economici fanno riferimento ai dati dell'Auditel quando devono decidere l'entità dei loro investimenti pubblicitari, la loro ripartizione fra i vari mezzi di comunicazione e la scelta tra i mezzi di comunicazione dello stesso tipo.

(25) Per quanto riguarda le emittenti televisive, i dati dell'Auditel sul numero di telespettatori per trasmissione e sulle loro caratteristiche (età, livello sociale e culturale) condizionano la scelta dei programmi, la loro collocazione oraria e il prezzo degli spazi pubblicitari.

(26) Ciò premesso, e tenuto conto delle seguenti circostanze:

— in Italia operano, sia direttamente che attraverso proprie succursali, imprese di pubblicità originarie di altri Stati membri,

— taluni programmi ritrasmessi in Italia sono originari di altri Stati membri,

— vengono acquistati spazi pubblicitari da utenti di pubblicità o da operatori economici allo scopo di pubblicizzare, in Italia, prodotti originari di altri Stati membri (1),

— almeno una rete televisiva italiana può essere captata in altri Stati membri (RAI),

si deve concludere che vi sono effetti sensibili sul commercio fra Stati membri.

B. Articolo 85, paragrafo 3

(27) Per beneficiare di un'esenzione ai sensi del paragrafo 3 dell'articolo 85 devono essere soddisfatte le quattro condizioni ivi previste.

Orbene, l'articolo 11 della convenzione di cui trattasi non soddisfa alle due seguenti condizioni:

1. *Indispensabilità delle restrizioni imposte*

(28) L'impegno di cui all'articolo 11 della convenzione non era indispensabile.

(29) La partecipazione di quasi tutti gli operatori del settore agli accordi notificati è intesa ad assicurare l'oggettività, l'affidabilità e l'omogeneità degli indici di ascolto rilevati.

(1) 52 % delle importazioni italiane sono di origine comunitaria; di questo 52 %, 24 % sono beni di consumo finale, di cui 30 % prodotti alimentari e 70 % altri prodotti, i quali necessitano, fra altro, di campagne pubblicitarie televisive per la promozione delle vendite.

(30) In questa situazione, l'obbligo imposto ai soci di utilizzare, per i loro rapporti commerciali e per le proprie elaborazioni, i dati di base forniti dall'Auditel è superfluo. Per le due categorie di soci (l'emittente pubblica e le emittenti private) che sopportano i costi dell'operazione, il fatto di riconoscere l'affidabilità dei dati e di utilizzarli è una conseguenza logica del loro investimento.

La giustificazione dell'articolo 11 come mezzo necessario per evitare una guerra degli indici fra le principali emittenti televisive non può essere accolta; tale disposizione, infatti, non concorre a determinare eventuali effetti favorevoli della convenzione, e in particolare a migliorare la produzione e la distribuzione del servizio riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva.

Per la terza categoria di membri, l'affidabilità dei dati e la loro utilizzazione sono conseguenza del fatto che gli stessi partecipano a Auditel e del fatto che i dati vengono utilizzati anche da altri gruppi di soci, cioè dalle emittenti televisive che sono le controparti commerciali delle agenzie e degli utenti di pubblicità.

2. *Eliminazione della concorrenza*

(31) Per giunta, il fatto che ciascun socio possa far effettuare, oltre alle altre elaborazioni di dati Auditel anche rilevazioni di dati grezzi e elaborazioni di questi ultimi, dimostra che esistono altre fonti per il rilevamento degli indici di ascolto. L'obbligo di non rendere pubblici i risultati di queste indagini dopo la loro utilizzazione dimostra che dati siffatti hanno una loro validità e che possono fare concorrenza ai dati dell'Auditel, ottenuti con il metodo AGB.

(32) Tuttavia, questa concorrenza potenziale non aveva alcuna possibilità di esprimersi concretamente. Infatti, i dati sopra ricordati sono inutilizzabili sia perché non potevano essere resi pubblici, sia perché i soci erano tenuti ad utilizzare, per le loro elaborazioni, esclusivamente dati Auditel.

(33) Questa situazione si ripercuote anche sulle società terze che svolgono attività di raccolta o di elaborazione dei dati di base e che subiscono un pregiudizio poiché i soli dati riconosciuti come validi sul mercato erano quelli dell'Auditel.

(34) Di conseguenza, l'accordo permetteva di eliminare la concorrenza. Infatti, benché esistano altri sistemi [1] per la rilevazione degli indici di ascolto, l'impossibilità di utilizzare questi dati poneva l'Auditel in una posizione di monopolio di fatto, eliminando qualsiasi concorrenza.

C. **Articolo 86**

(35) Vista la soppressione dell'articolo 11 della convenzione in conseguenza della presente procedura, in futuro Auditel non avrà più una posizione di monopolio; posizione che avrebbe potuto permetterle di abusarne ai sensi dell'articolo 86.

Ad ogni modo le denunzie in questo contesto riguardano l'esclusività garantita dall'articolo 11 della convenzione, la quale è già stata eliminata con la cessazione dell'infrazione all'articolo 85.

(36) Per quanto riguarda le pretese violazioni dell'articolo 86 nel passato, gli elementi portati a conoscenza della Commissione non permettono di concludere che Auditel si sia resa colpevole di tale infrazione.

D. **Articolo 15, paragrafo 5 del regolamento n. 17**

(37) In applicazione dell'articolo 15, paragrafo 5, lettera a) del regolamento n. 17, le ammende previste per le violazioni dell'articolo 85 del trattato non possono essere inflitte per comportamenti posteriori alla notificazione alla Commissione ed anteriori alla decisione con la quale questa concede o rifiuta l'applicazione dell'articolo 85, paragrafo 3, nella misura in cui essi restano nei limiti dell'attività descritta nella notificazione.

Poiché l'attività di Auditel è rimasta nei limiti dell'attività descritta nella notificazione non devono essere inflitte ammende.

E. **Articolo 3 del regolamento n. 17**

(38) In base all'articolo 3 del regolamento n. 17 la Commissione può, mediante decisione, constatare una infrazione alle disposizioni dell'articolo 85 del trattato ed obbligare le imprese ed associazioni di imprese a porvi fine.

Nella fattispecie, è lecito ritenere che la soppressione dell'articolo 11, intervenuta il 24 luglio 1993, abbia posto fine agli effetti anticoncorrenziali dell'infrazione.

[1] Nel 1986, per scegliere il sistema, Auditel aveva contattato 36 società o istituti di ricerca; 15 risposero all'invito alla gara inviando un progetto.

Dato che le parti in causa hanno contestato che l'articolo 11 costituisse una infrazione al diritto comunitario (cfr. punto 6 sopra), la Commissione ritiene che sussista il pericolo che le parti possano ripetere in futuro comportamenti analoghi o simili, sicché risulta necessario chiarificare la situazione giuridica.

La Commissione è pertanto legittimata ad adottare una decisione in cui si dichiari che l'articolo 11 della convenzione fra i soci di Auditel, nella sua versione dell'8 luglio 1992 e nelle sue versioni anteriori, costituiva una violazione dell'articolo 85, paragrafo 1 e non soddisfaceva le condizioni necessarie per l'esenzione di cui al paragrafo 3 dell'articolo 85,

HA ADOTTATO LA PRESENTE DECISIONE:

Articolo 1

Fino alla sua soppressione ufficiale, in data 24 luglio 1993, l'articolo 11 della convenzione stipulata fra i soci dell'Auditel, nella versione dell'8 luglio 1992, nonché nelle versioni anteriori, ha costituito una violazione dell'articolo 85, paragrafo 1 del trattato CE.

Articolo 2

La domanda di esenzione ai sensi dell'articolo 85, paragrafo 3 del trattato CE, relativa all'articolo 11 della convenzione è respinta.

Articolo 3

In base agli elementi di cui dispone, la Commissione non ha motivo di intervenire a norma degli articoli 85, paragrafo 1 e 86 nei riguardi:

— dell'atto di costituzione e dello statuto della srl Auditel,

— dei contratti fra la srl Auditel e AGB Italia SpA,

— delle disposizioni ancora in vigore della convenzione fra gli azionisti di Auditel,

— del comportamento della srl Auditel sul mercato dei dati di udienza.

Articolo 4

È destinataria della presente decisione la

Auditel srl
Largo Toscanini, 1
I-20122 Milano.

Fatto a Bruxelles, il 24 novembre 1993.

Per la Commissione

Karel VAN MIERT

Membro della Commissione