II

(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 24 november 1993

inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag

(IV/32.031 — Auditel)

(Slechts de tekst in de Italiaanse taal is authentiek)

(93/668/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (1), laatstelijk gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Spanje en Portugal, en met name op artikel 2, op artikel 3, lid 1, en op artikel 6,

Gezien de aanmelding en het verzoek om een negatieve verklaring, subsidiair vrijstelling, die overeenkomstig de artikelen 2 en 4 van Verordening nr. 17 de heer Giulio Malgara, voorzitter van Srl Auditel, op 15 september 1986 heeft verricht namens en voor rekening van de leden van Srl Auditel en namens en voor rekening van Srl Auditel, zoals blijkt uit de notulen van de raad van bestuur van deze vennootschap van 7 april 1986, en die betrekking had op :

— de oprichtingsakte en de statuten van Srl Auditel,

— de overeenkomst tussen de aandeelhouders van Srl Auditel,

— de overeenkomst tussen Srl Auditel en AGB Italia SpA,

Gezien de verzoeken die overeenkomstig artikel 3 van Verordening nr. 17 door A.C. Nielsen Italia SpA op 11 juni 1987 en door Marketing TV Service Srl op 7 augustus 1987 zijn ingediend,

Gezien het besluit van de Commissie van 7 oktober 1991 om een procedure in te leiden,

Na de partijen overeenkomstig artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 en overeenkomstig Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van Verordening nr. 17 van de Raad (2) in de gelegenheid te hebben gesteld hun standpunt ter zake van de punten van bezwaar welke de Commissie in aanmerking heeft genomen, kenbaar te maken,

Na het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities te hebben geraadpleegd,

Overwegende hetgeen volgt :

I. DE FEITEN

De aanmelding betreft drie overeenkomsten :

— de oprichtingsakte en de statuten van Srl Auditel ;

— de overeenkomst tussen de aandeelhouders van Srl Auditel ;

— de overeenkomst tussen Srl Auditel en AGB Italia SpA, hierna „AGB" genoemd.

(1) PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.

(2) PB nr. 127 van 20. 8. 1963, blz. 2268/63.

A. De oprichtingsakte en de statuten

(1) De oprichtingsakte en de statuten betreffen de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid („Società a responsabilità limitata" (Srl)) „Auditel", met zetel te Milaan, Largo Toscanini 1, hierna „Auditel" genoemd, die als doel heeft het op objectieve en onpartijdige wijze verzamelen en de systematische verspreiding, op nationaal, regionaal of subregionaal niveau, van gegevens over de kijkdichtheid van televisieprogramma's.

B. De overeenkomst tussen de aandeelhouders van Auditel

(2) De overeenkomst tussen de aandeelhouders van Auditel legt de verplichtingen van de leden vast. Deze zijn onder te verdelen in drie categorieën :

1. het openbare televisienet (RAI, Radio Televisione Italiana),
2. de particuliere televisienetten (Canale 5 ; Rete 10 ; Rete Quattro ; Gruppo STP-RV ; FRT, Federazione Radio e Televisioni),
3. organisaties van de volgende belanghebbenden : adverteerders (UPA, Utenti Pubblicità Associati), reclamebureaus (ASSAP, Associazione Italiana Agenzie Pubblicità e Servizio Completo), organisaties die gespecialiseerd zijn in reclametechniek (OTEP, Associazione Italiana delle Organizzazioni Professionali di Tecnica Pubblicitaria) of reclamemiddelen (AMA, Agenzie Media Associate).

De kosten van de werkzaamheden worden gedragen door de eerstgenoemde twee categorieën, die vrijwel het gehele televisie-aanbod in Italië vertegenwoordigen.

(3) Artikel 11 van deze overeenkomst hield het volgende in : „De Auditel-partners verbinden zich ertoe voor al hetgeen van publicitair of commercieel belang kan zijn, uitsluitend van de diensten van Auditel gebruik te maken en de resultaten van het onderzoek van Auditel naar het kijkgedrag als de enige geldige te erkennen.".

Deze verplichting werd later tot tweemaal toe aangepast.

(4) Bij de eerste wijziging van 9 april 1987 werd verduidelijkt dat de verplichting louter de kijkcijfers betrof, en niet de uitwerking ervan door Auditel in verband met de verhouding kijkers/reclamespots en kijkers/programma's.

(5) Bij de tweede wijziging, aangebracht op 8 juli 1992 na de mededeling van de punten van bezwaar en de hoorzitting, werd bepaald dat „de partners zich ertoe verbinden in hun werkzaamheden, althans wat de loutere kijkcijfers betreft (dit wil zeggen het aantal kijkers gedurende een bepaald tijdsbestek), uitsluitend van de Auditel-gegevens gebruik te maken, met als enige doel geschillen over de kijkdichtheid en verstoring van de informatie die dienaangaande door pers, radio en televisie aan het publiek wordt verstrekt, te voorkomen".

Zoals tijdens de hoorzitting werd verklaard, zou artikel 11 in de praktijk ten doel hebben een „kijkcijferoorlog" tussen de belangrijkste Italiaanse televisienetten te voorkomen.

Per brief van 11 juni 1993 heeft de advocaat van Auditel een voorstel tot wijziging van artikel 11 meegedeeld, welke zich als volgt liet lezen : „De leden van Auditel verbinden zich ertoe, althans wat de loutere kijkcijfers betreft (dit wil zeggen het aantal kijkers gedurende een bepaald tijdsbestek), gebruik te maken van de door Auditel verzamelde gegevens of van de gegevens welke Auditel als referentiefactor heeft laten verzamelen in het geval van een gerechtelijk of buitengerechtelijk geschil.".

(6) Toen duidelijk werd dat de Commissie deze bepaling niet zou vrijstellen, kondigde de advocaat voor Auditel bij brief van 23 juni 1993 de beslissing aan om artikel 11 zonder meer te verwijderen, waarbij hij verduidelijkte dat artikel 11 geen concurrentiebeperkend effect kon hebben. De beslissing om artikel 11 te verwijderen werd door de raad van bestuur van Auditel op 24 juli 1993 genomen en een gelijkluidend afschrift van deze beslissing werd op 10 september 1993 aan de Commissie overgemaakt.

C. De overeenkomst tussen Auditel en AGB

(7) De overeenkomst tussen Auditel en AGB betreft de uitwerking en het beheer van het volledige systeem voor het verzamelen en verwerken van kijkcijfers.

Bij brief van 1 december 1991 heeft Auditel de Commissie medegedeeld dat de aangemelde overeenkomst door een nieuw, op 25 oktober 1991 ondertekend en op 1 november 1991 in werking getreden contract was vervangen, waarvan de geldigheidsduur op 31 december 1996 verstrijkt.

Volgens dit nieuwe contract is AGB met het beheer en het onderhoud van het systeem belast, maar zijn de elektronische middelen (meters) eigendom van Auditel.

D. De markt van kijkcijfers

(8) De betrokken markt is de markt van gegevens betreffende het publiek van televisie-uitzendingen, dit wil zeggen de gegevens die het aantal personen aangeven die een bepaald net op een bepaald tijdstip hebben bekeken. Deze basisgegevens worden vervolgens verwerkt ten einde de kijkers zo goed mogelijk te identificeren ten einde de reclame te kunnen richten.

E. De klachten

(9) a) *De klacht van A.C. Nielsen Italia SpA*

Volgens de klacht van deze, in marktstudies en -onderzoek gespecialiseerde onderneming zouden de Auditel-overeenkomsten inbreuken vormen op de artikelen 85 en 86 :

1. inbreuken op artikel 85 :

   — de door Auditel en AGB aan elkaar wederzijds toegekende exclusieve rechten voor een periode van vijf jaar voor de totstandbrenging en het beheer van het systeem,

   — de bij artikel 11 van de overeenkomst aan de leden van Auditel opgelegde verplichting ;

2. inbreuk op artikel 86 :

   met artikel 11 is aan Auditel een machtspositie gegeven op de markt voor basisgegevens betreffende de kijkcijfers en Auditel zou daarvan misbruik maken door standaardovereenkomsten verplicht te stellen die haar ter zake van de prijs, de gebruiksvoorwaarden en de duur volledig vrijlaten.

(10) b) *De klacht van Marketing TV Service Srl, hierna „MTVS" genoemd*

Deze afkorting omvat drie ondernemingen die tot dezelfde groep behoren en waarvan de werkzaamheden de verwerking van de basisgegevens van kijkcijfers, de certificatie van de uitzending op een bepaald uur en van het aantal en de duur van reclameboodschappen betreffen. Volgens MTVS zouden de volgende inbreuken op de artikelen 85 en 86 zijn gemaakt :

1. inbreuken op artikel 85 :

   — de bij artikel 11 van de overeenkomst tussen de leden van Auditel opgelegde verplichting,

   — het aan AGB toegekende uitsluitende recht,

   — de verdeling van de bedrijfskosten van Auditel over de leden-„televisienetten" waardoor op de markt zonder concurrentie basisgegevens kunnen worden aangeboden ;

2. inbreuk op artikel 86 :

   Auditel zou op de markt voor basisgegevens van haar machtspositie misbruik maken door over deze gegevens te kunnen beschikken vóór haar concurrenten en door de prijzen vast te stellen op een niveau dat met de werkelijke produktiekosten geen enkel verband houdt.

II. JURIDISCHE BEOORDELING

A. Artikel 85, lid 1

1. *Ondernemingen*

(11) De leden van Auditel en Auditel zelf zijn ondernemingen in de zin van artikel 85 van het EG-Verdrag.

2. *Overeenkomsten*

(12) De aangemelde overeenkomsten en met name de overeenkomst tussen de aandeelhouders van Auditel zijn overeenkomsten tussen ondernemingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag.

3. *Concurrentiebeperkingen*

(13) In artikel 11 van de overeenkomst tussen de leden, in de versie van 8 juli 1992, is bepaald dat de partners zich ertoe verbinden in hun werkzaamheden, althans wat de loutere kijkcijfers betreft, uitsluitend van de Auditel-gegevens gebruik te maken, met als enig doel geschillen over de kijkdichtheid en verstoring van de informatie die dienaangaande door pers, radio en televisie aan het publiek wordt verstrekt, te voorkomen.

(14) Deze nieuwe versie had ten opzichte van de oude het voordeel duidelijk aan te geven dat de gegevens waar het om gaat, de loutere kijkcijfers zijn enerzijds en anderzijds dat het doel van het artikel het voorkomen van een „kijkcijferoorlog" tussen de particuliere televisienetten en het openbare televisienet is.

(15) Zoals tijdens de hoorzitting door een vertegenwoordiger van Auditel werd opgemerkt, was deze verplichting vooral bestemd voor de twee categorieën Auditel-leden die voor de „kijkcijferoorlog" verantwoordelijk waren, namelijk de particuliere en openbare televisienetten.

(16) De definitieve prijzen van reclamespots worden vastgesteld op basis van het aantal kijkers van het programma in de loop waarvan de reclame is uitgezonden. Elk televisiestation moet zich ter zake bij het kijkcijfer van Auditel neerleggen en mag niet verwijzen naar andere gegevens die voor het betrokken station gunstiger zouden zijn, zoals dat in het verleden kon gebeuren.

(17) In de hoorzitting heeft een vertengenwoordiger van Auditel opgeworpen dat ondernemingen van de derde categorie die bij de Auditel-gegevens belang hebben en die slechts onrechtstreeks, langs hun beroepsorganisatie om, lid zijn, niet door deze verplichting zouden zijn gebonden, aangezien zij de overeenkomst niet zelf hebben ondertekend (alleen de beroepsorganisatie heeft dat gedaan).

(18) Zelfs in dat geval zouden de leden van de derde categorie, die vóór de oprichting van Auditel de door de televisiestations gehanteerde kijkcijfers konden betwisten, noodgedwongen evenzeer als de openbare en particuliere netten op de cijfers van Auditel aangewezen zijn. Zelfs indien zij beschikken over cijfers die voor hen gunstiger zijn en zelfs indien hun eventuele protest niet tot een „kijkcijferoorlog" tussen het openbare net en de particuliere netten leidt, zijn die gegevens onbruikbaar.

(19) In de onderhandelingen over de prijs van reclamespots moesten de openbare en particuliere televisienetten zich immers krachtens artikel 11 van de overeenkomst aan de Auditel-kijkcijfers houden en mochten zij geen rekening houden met andere gegevens die door leden van de derde categorie werden aangebracht.

(20) De concurrentiebeperking bleef derhalve bestaan, rechtstreeks ten aanzien van de particuliere en openbare netten, onrechtstreeks ten aanzien van de andere leden van Auditel.

De genoemde verplichting houdt een beperking van de concurrentie in doordat zij de leden elke mogelijkheid ontzegt om basisgegevens van een andere bron te gebruiken.

(21) Volgens Auditel kunnen de leden voor eigen rekening kijkcijfers laten berekenen en die gegevens verder verwerken of marktonderzoek laten verrichten, mits de resultaten niet openbaar worden gemaakt; voorts is het met name mogelijk door Auditel of door derden de gegevens inzake kijkdichtheid/reclame en kijkdichtheid/programma te laten uitwerken en het resultaat daarvan openbaar te maken.

(22) Deze mogelijkheden zijn echter niet voldoende om de concurrentiebeperkende gevolgen van de eerder genomen verplichting af te zwakken; het gaat immers ofwel om onbruikbare gegevens omdat het verboden was deze openbaar te maken en derhalve als grondslag voor de vaststelling van de prijs van reclamespots te gebruiken, ofwel om bewerkingen van gegevens die openbaar mogen worden gemaakt maar die noodzakelijkerwijze zijn gemaakt aan de hand van de basiscijfers van Auditel, waarvan het gebruik verplicht is.

4. *Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten*

(23) De door Auditel openbaar gemaakte kijkcijfers kunnen een niet onaanzienlijke invloed hebben op de handel tussen Lid-Staten, rechtstreeks, met betrekking tot de reclame in het algemeen en de uitgezonden programma's, maar ook onrechtstreeks, met betrekking tot de produkten waarvoor reclame wordt gemaakt.

(24) De gebruikers van de reclamemedia en de betrokken ondernemingen baseren hun beleidsbeslissingen in verband met het bedrag van hun reclamebudget, de verdeling ervan over de verschillende media en hun keuze onder de verschillende media van hetzelfde type immers juist op deze kijkcijfers.

(25) De televisienetten van hun kant houden bij de keuze van hun programma's, de plaatsing ervan in het programmaschema en de prijs van reclamespots rekening met de Auditel-gegevens over het aantal kijkers per uitzending en over de kenmerken ervan (leeftijd, sociaal en cultureel niveau).

(26) Met andere woorden, gelet op het feit dat

— reclamebureaus uit andere Lid-Staten in Italië zowel rechtstreeks als via filialen actief zijn,

— er programma's uit andere Lid-Staten worden uitgezonden,

— reclametijd wordt gekocht door gebruikers of reclamebureaus om reclame te maken voor produkten uit andere Lid-Staten (1),

— op zijn minst één Italiaans televisienet (RAI) in andere Lid-Staten kan worden ontvangen,

is er sprake van een niet onaanzienlijke beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten.

B. Artikel 85, lid 3

(27) Om in aanmerking te komen voor een vrijstelling uit hoofde van artikel 85, lid 3, moet aan de daarin genoemde vier voorwaarden zijn voldaan.

Nu voldoet artikel 11 van de overeenkomst met name niet aan de volgende twee voorwaarden:

1. *Onmisbaarheid van de opgelegde beperkingen*

(28) De verplichting die in artikel 11 werd opgelegd, was niet onmisbaar.

(29) De deelname van vrijwel alle commerciële marktdeelnemers aan de aangemelde overeenkomsten heeft ten doel de objectiviteit, de betrouwbaarheid en de homogeniteit van de berekende kijkcijfers te waarborgen.

(1) 52 % van de Italiaanse invoer is afkomstig uit de Gemeenschap; van deze 52 % bestaat 24 % uit voor finale consumptie bestemde goederen, waarvan 30 % voedingsmiddelen en 70 % andere produkten, die voor de verkoopbevordering ervan onder meer televisiereclamecampagnes vergen.

(30) Onder die omstandigheden is de verplichting die aan de leden wordt opgelegd om in hun commerciële betrekkingen en als basis voor verdere berekeningen de basiscijfers van Auditel te gebruiken, overbodig. Voor de twee categorieën die de kosten van de Auditel-activiteit voor hun rekening nemen — openbare en particuliere televisienetten — is het, gezien hun investering, niet meer dan logisch dat zij de betrouwbaarheid van de cijfers aanvaarden en deze ook gebruiken.

Het argument dat artikel 11 noodzakelijk zou zijn om een kijkcijferoorlog tussen de belangrijkste televisienetten te voorkomen, houdt geen steek. Het is immers niet zo dat de betrokken bepaling tot het bestaan van eventuele gunstige effecten van de overeenkomst bijdraagt, te weten de verbetering van de produktie of van de verdeling van de diensten waarbij een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen aan de gebruikers ten goede komt.

Voor de derde categorie van leden vloeien de betrouwbaarheid van de cijfers en het gebruik ervan voort uit het feit dat zij in Auditel participeren en dat de gegevens worden gebruikt door de andere categorieën van aandeelhouders, namelijk de televisienetten, die de commerciële partners van de reclamebureaus en van de adverteerders zijn.

2. *Uitschakeling van de mededinging*

(31) Het feit dat elk lid niet alleen de Auditel-cijfers verder kan laten bewerken maar ook andere basisgegevens kan laten verzamelen en deze kan laten uitwerken, bewijst overigens dat er andere bronnen voor kijkcijferonderzoek bestaan. Uit het feit dat de resultaten van dergelijk onderzoek niet openbaar mochten worden gemaakt, kan worden afgeleid dat deze gegevens betrouwbaar zijn en met de via de AGB-methode verkregen gegevens van Auditel kunnen concurreren.

(32) Deze mogelijke concurrentie kon er evenwel nooit komen. De betrokken gegevens zijn immers onbruikbaar, omdat zij niet openbaar mochten worden gemaakt, enerzijds en omdat de leden in hun verdere analyse van het kijkgedrag uitsluitend de Auditel-cijfers mochten gebruiken, anderzijds.

(33) Dit heeft ook gevolgen voor derden, namelijk ondernemingen die werkzaam zijn op het gebied van het verzamelen van basisgegevens en die door het feit dat de Auditel-cijfers de enige waren die op de markt als geldig werden erkend, worden benadeeld.

(34) De overeenkomst maakte het derhalve mogelijk de mededinging uit te schakelen. Immers, ook al zijn er andere systemen (1) om gegevens over het kijkgedrag te verzamelen, door het feit dat het onmogelijk was deze gegevens te gebruiken, werd Auditel in een feitelijke monopoliepositie geplaatst, waarbij elke mededinging werd uitgeschakeld.

(1) Voor de keuze van het systeem had Auditel in 1986 met zesendertig onderzoeksondernemingen of -instituten contact opgenomen ; vijftien ervan hadden op het verzoek om aanbiedingen met de inzending van een project gereageerd.

C. Artikel 86

(35) Daar artikel 11 van de overeenkomst als gevolg van onderhavige procedure is komen te vervallen, zal Auditel in de toekomst geen monopoliepositie meer bekleden, van welke positie zij misbruik had kunnen maken in de zin van artikel 86.

In ieder geval hebben de klachten in deze context betrekking op de door artikel 11 van de overeenkomst verleende exclusiviteit, waarvan de afschaffing reeds is verzekerd naar aanleiding van de beëindiging van de inbreuk op artikel 85.

(36) Ten aanzien van de vermeende inbreuk op artikel 86 geven de in het verleden ter kennis van de Commissie gebrachte gegevens aanleiding tot de gevolgtrekking dat Auditel zich aan een dergelijke inbreuk schuldig zou hebben gemaakt.

D. Artikel 15, lid 5, van Verordening nr. 17

(37) Krachtens artikel 15, lid 5, onder a), van Verordening nr. 17 kunnen de geldboeten ter bestraffing van inbreuken op artikel 85 van het Verdrag niet worden opgelegd voor gedragingen welke plaats hebben in verband met overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen nadat deze bij de Commissie zijn aangemeld en voordat de Commissie ten aanzien hiervan een beschikking heeft genomen krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, voor zover deze gedragingen blijven binnen de grenzen welke in de aanmelding zijn genoemd.

Aangezien de werkzaamheden van Auditel binnen de grenzen van de in de aanmelding genoemde gedragingen zijn gebleven, behoren geen geldboeten te worden opgelegd.

E. Artikel 3 van Verordening nr. 17

(38) Volgens artikel 3 van Verordening nr. 17 kan de Commissie bij beschikking een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag vaststellen en de ondernemingen en ondernemingsverenigingen verplichten daaraan een einde te maken.

In het onderhavige geval kan de verwijdering van artikel 11 op 24 juli 1993 worden beschouwd als een stap die aan de concurrentiebeperkende gevolgen een einde heeft gemaakt.

Aangezien de partijen het in het licht van het Gemeenschapsrecht inbreuk opleverende karakter van artikel 11 hebben betwist (zie overweging 6), is de Commissie van oordeel dat er een kans bestaat dat de partijen in de toekomst nog analoge of soortgelijke inbreuken plegen, zodat het dienstig is de rechtssituatie duidelijk te maken. In deze omstandigheden heeft de Commissie derhalve een gewettigd belang om een beschikking te geven, waarbij wordt vastgesteld dat artikel 11 van de overeenkomst tussen de leden van Auditel, in de versie van 8 juli 1992, evenals in de vorige versies, een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag vormde en dat deze bepaling niet aan de voorwaarden voor een vrijstelling overeenkomstig artikel 85, lid 3, voldeed,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

Artikel 11 van de overeenkomst tussen de leden van Auditel in de versie van 8 juli 1992 ervan, alsmede in de daaraan voorafgaande versies ervan, heeft tot op de formele schrapping ervan op 24 juli 1993 inbreuk gemaakt op artikel 85, lid 1, van het EG-Verdrag.

Artikel 2

Het verzoek om vrijstelling uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het EG-Verdrag betreffende artikel 11 van de overeenkomst wordt afgewezen.

Artikel 3

Op grond van de gegevens waarover zij beschikt, is er voor de Commissie geen aanleiding op grond van artikel 85, lid 1, en van artikel 86 van het EG-Verdrag op te treden ten aanzien van:

— de oprichtingsakte en de statuten van Srl Auditel,

— de overeenkomsten tussen Srl Auditel en AGB Italia SpA,

— de nog geldende bepalingen in de overeenkomst tussen de Auditel-aandeelhouders,

— het gedrag van Srl Auditel op de markt voor kijkcijfers.

Artikel 4

Deze beschikking is gericht tot:

Auditel Srl
Largo Toscanini 1
I-20122 Milano.

Gedaan te Brussel, 24 november 1993.

Voor de Commissie
Karel VAN MIERT
Lid van de Commissie