II

(Retsakter hvis offentliggørelse ikke er obligatorisk)

KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 24. november 1993

om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 85

(IV/32031 — Auditel)

(Kun den italienske udgave er autentisk)

(93/668/EF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab,

under henvisning til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 [1], senest ændret ved akten vedrørende Spaniens og Portugals tiltrædelse, særlig artikel 2 og artikel 3, stk. 1, og artikel 6,

under henvisning til den anmeldelse, den begæring om negativattest og den begæring om fritagelse, som i overensstemmelse med artikel 2 og 4 i forordning nr. 17 er blev indgivet af Giulio Malagara, formand for Srl Auditel, den 15. september 1986 på vegne af Auditel og medlemmerne af Auditel på grundlag af bestyrelsens drøftelser af denne anmeldelse den 7. april 1986; anmeldelsen omfatter:

— stiftelsesoverenskomsten samt vedtægter for selskabet Auditel

— overenskomst mellem aktionærerne i Srl Auditel

— kontrakt mellem Srl Auditel og AGB Italia SpA,

under henvisning til de begæringer, der er fremsat i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 af A. C. Nielsen Italia SpA den 11. juni 1987 og af Marketing TV Service Srl den 7. august 1987,

under henvisning til Kommissionens beslutning af 7. oktober 1991 om at indlede en procedure,

efter at have givet de pågældende virksomheder lejlighed til at udtale sig vedrørende de af Kommissionen fremførte klagepunkter, jf. artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17, samt Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om høringer i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 [2],

efter høring af Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål, og

ud fra følgende betragtninger:

I. SAGSFREMSTILLING

Anmeldelsen omfatter tre aftaler:

— stiftelsesoverenskomsten samt vedtægter for selskabet Auditel

— overenskomst mellem aktionærer i Srl Auditel

— kontrakt mellem Srl Auditel og AGB Italia SpA

[1] EFT nr. 13 af 21. 2. 1962, s. 204/62.

[2] EFT nr. 127 af 20. 8. 1963, s. 2268/63.

A. Stiftelsesoverenskomsten og vedtægterne

(1) Stiftelsesoverenskomsten og vedtægterne vedrører selskabet med begrænset ansvar »Auditel«, Largo Toscanini 1, Milano, hvis formål er objektiv og upartisk måling og systematisk udsendelse af oplysninger, opdelt nationalt, regionalt og lokalt, om seertal for tv-udsendelser.

B. Overenskomsten mellem aktionærerne i Srl Auditel

(2) I overenskomsten mellem aktionærerne i Srl Auditel er medlemmernes forpligtelser fastsat. Disse forpligtelser fordeler sig på tre kategorier:

1) den offentlige tv-kanal (RAI Radio Televisione Italiana)

2) private tv-kanaler (Canale 5, Rete 10, Rete Quattro, Gruppo STP-RV, FRT Federazione Radio e Televisioni)

3) sammenslutninger af følgende foretagender: annoncører (UPA Utenti Pubblicità Associati), reklamebureauer (ASSAP Associazione Italiana Agenzie Pubblicità e Servizio Completo), reklametekniske organisationer (OTEP Associazione Italiana delle Organizzazioni Professionali di Tecnica Pubblicitaria) og bureauer med speciale i reklamemetoder (AMA Agenzie Media Associate).

Omkostningerne i forbindelse med aktiviteterne afholdes af de to første kategorier, som repræsenterer stort set samtlige tv-seere i Italien.

(3) I artikel 11 i overenskomsten var det fastsat at »medlemmerne af Auditel med hensyn til reklame- og salgvirksomhed forpligter sig til udelukkende at anvende Auditel og udelukkende at basere sig på oplysninger fra Auditels målinger og undersøgelser.«

Denne forpligtelse er senere blevet ændret to gange.

(4) Ifølge den første ændring af 9. april 1987 skulle forpligtelsen udelukkende gælde oplysninger vedrørende måling af seertal og ikke omfatte Auditels bearbejdelse af oplysninger vedrørende seertal/spots og seertal/programmer.

(5) Af den anden ændring, som blev fremsendt den 8. juli 1992 efter meddelelse af klagepunkterne og høringen, fremgår det, at »partnerne i deres virksomhed — og kun for så vidt angår måling af seertal (seertal opgjort for afgrænsede tidsperioder) forpligter sig til udelukkende at benytte Auditels målinger med det udtrykkelige formål at undgå strid om disse seertal og forvirring om de oplysninger, som udsendes gennem den skrevne presse, radio og tv«.

Som det fremgår af høringen, skulle formålet med artikel 11 i praksis være at undgå en strid om seertal mellem de største italienske tv-kanaler.

Auditels advokat har ved skrivelse af 11. juni 1993 givet meddelelse om et udkast til ændring af artikel 11, som herefter skulle få følgende ordlyd: »Hvad angår måling af seertal (seertal opgjort for afgrænsede tidsperioder) forpligter medlemmerne af Auditel sig til udelukkende at benytte målinger, der er foretaget af Auditel, eller som er foretaget på foranledning af Auditel som referencemateriale i tilfælde af retstvist eller ekstrajudiciel tvist«.

(6) Auditels advokat havde på fornemmelsen, at Kommissionen ville nægte at fritage denne klausul og meddelte derfor ved skrivelse af 23. juni 1993, at det ville blive besluttet af ophæve artikel 11, idet han præciserede, at den ikke kunne have konkurrencebegrænsende virkninger. Beslutningen om at ophæve artikel 11 blev vedtaget af Auditels bestyrelse den 24. juli 1993, og kopi af beslutningen blev sendt til Kommissionen den 10. september 1993.

C. Aftalen Auditel/AGB

(7) Aftalen Auditel/AGB vedrører AGB's udarbejdelse og administration af hele systemet til måling af seertal samt udarbejdelse af disse oplysninger.

Ved skrivelse af 1. december 1991 har Srl Auditel meddelt Kommissionen, at en ny kontrakt, som blev underskrevet den 25. oktober 1991, trådte i kraft den 1. november 1991 og udløber den 31. december 1996, erstatter den anmeldte kontrakt.

I henhold til den nye kontrakt har AGB ansvaret for administration og vedligeholdelse af systemet idet de elektroniske måleapparater hertil ejes af Auditel.

D. Markedet for måling af seertal

(8) Det pågældende marked er markedet for oplysninger om seertal til fjernsynsudsendelser, dvs. oplysninger, der angiver hvor mange personer, der har set en bestemt kanal på et bestemt tidspunkt.

Disse oplysninger bearbejdes dernæst for herved bedst muligt at identificere fjernsynsseerne for derved at indkredse målgruppen for en reklame.

E. Klagerne

(9) a) *Klagen fra A. C. Nielsen*

Ifølge klagen fra dette selskab, der er specialiseret i markedsundersøgelser, udgør Auditel-aftalerne en overtrædelse af artikel 85 og 86:

1) overtrædelse af artikel 85:

— den gensidigt indrømmede eksklusivitet mellem Auditel og AGB for et tidsrum af fem år med henblik på udarbejdelsen og administrationen af systemet

— den forpligtelse, der er pålagt medlemmerne af Auditel i henhold til artikel 11 i overenskomsten

2) overtrædelse af artikel 86:

— artikel 11 giver Auditel en dominerende stilling på markedet for oplysninger om seertal, og Auditel misbruger denne stilling ved at pålægge standardkontrakter, der giver Auditel fuldstændig frihed med hensyn til pris, anvendelsesbetingelser og varighed.

(10) b) *Klagen fra MTVS*

Betegnelsen MTVS dækker over tre selskaber, der tilhører en og samme koncern, hvis aktiviteter vedrører bearbejdning af oplysninger om seertal samt kontrol af udsendelser på et bestemt tidspunkt og af antallet og varigheden af reklameindslag.

Ifølge selskabet MTVS er artikel 85 og 86 blevet overtrådt:

1) overtrædelse af artikel 85:

— den forpligtelse der ved artikel 11 i overenskomsten er pålagt Auditel-medlemmerne

— eksklusiviteten til AGB

— den fordeling af omkostninger i forbindelse med Auditels virksomhed mellem tv-kanalmedlemmerne, der giver mulighed for at tilbyde oplysninger på markedet uden konkurrence

2) overtrædelse af artikel 86:

— Auditel har en dominerende stilling på markedet for oplysninger om seertal og har misbrugt denne stilling ved at disponere over disse oplysninger før sine konkurrenter og ved at fastsætte priserne på et niveau, der ikke står i forhold til de reelle omkostninger ved oplysningernes tilvejebringelse.

II. RETLIG VURDERING

A. Artikel 85, stk. 1

1. *Virksomheder*

(11) Efter EF-traktatens artikel 85 er medlemmerne af Auditel og Srl Auditel at betragte som virksomheder.

2. *Aftaler*

(12) De anmeldte aftaler og navnlig overenskomsten mellem aktionærerne i Srl Auditel er at betragte som aftaler mellem virksomheder efter traktatens artikel 85, stk. 1.

3. *Konkurrencebegrænsning*

(13) Af artikel 11 i overenskomsten mellem medlemmerne — både i udgaven af 8. juli 1992 og i de tidligere udgaver — fremgår det, at partnerne i deres virksomhed — og kun for så vidt angår måling af seertal — forpligter sig til udelukkende at benytte Auditels målinger med det udtrykkelige formål at undgå strid om disse seertal og forvirring om de oplysninger, der udsendes gennem den skrevne presse, radio og tv.

(14) Den nye udgave frembød i forhold til den gamle den fordel, at det klart angives, at der på den ene side kun er tale om et rent seertal, og at det på den anden side er formålet med denne artikel at undgå »strid om seertal« mellem private og offentlige tv-kanaler.

(15) Som det er blevet understreget af en repræsentant fra Auditel under høringen, skulle den pågældende forpligtelse først og fremmest gælde for de to kategorier af medlemmer af Auditel, nemlig private og offentlige tv-kanaler, som var årsag til »striden om seertal«.

(16) Da de endelige priser for reklameindslag fastsættes i forhold til det antal seere, der har fulgt den fjernsynsudsendelse, hvori reklamen er blevet vist, er Auditels seertal bindende for hver senderkanal, og der kan ikke henvises til andre oplysninger, som eventuelt er mere favorable for den enkelte kanal, således som det kunne ske tidligere.

(17) Under høringen fremsatte en repræsentant fra Auditel det argument at forpligtelsen ikke gælder for de virksomheder i den tredje kategori, som er interesseret i oplysningerne fra Auditel, og som gennem deres erhvervssammenslutning kun indirekte indgår i denne kategori, idet de ikke enkeltvis har underskrevet overenskomsten, som jo er underskrevet af deres erhvervssammenslutning.

(18) Selv hvis det forholdt sig sådan, er medlemmerne af den tredje kategori, som før oprettelsen af Auditel frit kunne bestride de oplysninger, der anvendes af tv-kanalerne, nødvendigvis lige så afhængige af oplysningerne fra Auditel som de offentlige og private kanaler. Selv om de råder over oplysninger der er mere favorable for dem, og selv om indsigelser fra deres side ikke medfører en »strid om seertal« mellem offentlige og private kanaler, så er disse oplysninger uanvendelige.

(19) Faktisk var de private tv-kanaler og den offentlige tv-kanal under forhandlingerne om fastsættelse af prisen for reklameindslag efter artikel 11 forpligtet til at henholde sig til Auditels seertal og kunne ikke tage hensyn til andre seertal, som foreslås af medlemmer af den tredje kategori.

(20) Der forelå altså stadig tale om konkurrencebegrænsning i direkte forstand for de private kanaler og den offentlige kanal og i indirekte forstand for de øvrige medlemmer af Auditel.

Denne forpligtelse udgør en konkurrencebegrænsning i den forstand, at den udelukker enhver mulighed for, at medlemmerne kan anvende oplysninger fra anden side.

(21) Ifølge Auditel kan medlemmerne enkeltvis foretage målinger af seertal og viderebearbejdning heraf eller markedsundersøgelser på den betingelse, at resultaterne ikke offentliggøres. I øvrigt er der bl.a. mulighed for gennem Auditel eller tredjepart at udarbejde og offentliggøre oplysningsmateriale vedrørende seertal/spots og seertal/programmer.

(22) Disse muligheder reducerer imidlertid ikke de restriktive virkninger af den tidligere påtagne forpligtelse. I virkeligheden drejer det sig enten om uanvendelige oplysninger, fordi det var forbudt at offentliggøre dem og dermed anvende dem som grundlag for fastsættelse af prisen for reklameindslag, eller om oplysningsmateriale, som kan offentliggøres, men som nødvendigvis er bearbejdet på grundlag af oplysninger fra Auditel, hvis anvendelse er obligatorisk.

4. *Påvirkning af handelen mellem medlemsstater*

(23) De seertal, der udsendes af Auditel, kan på mærkbar måde påvirke handelen mellem medlemsstater: enten direkte med hensyn til reklame i almindelighed samt de programmer, der skal udsendes, eller indirekte med hensyn til de produkter, der reklameres for.

(24) Det er således på grundlag af disse oplysninger, at annoncørerne og tv-selskaberne fastlægger størrelsen af deres reklamebudget, fordelingen på de forskellige medier samt vælger mellem medier af samme type.

(25) Med hensyn til tv-kanaler er Auditels oplysninger om antallet af seere pr. udsendelse og karakteristik af disse (alder, socialt og kulturelt niveau) med til at bestemme valg af programmer, placering af disse i programfladen og priserne på reklametid.

(26) Men i betragtning af:

— at reklameselskaber fra andre medlemsstater opererer i Italien både direkte og gennem filialer

— at mange udsendte programmer stammer fra andre medlemsstater

— at annoncører eller reklameselskaber køber reklametid for at reklamere for produkter, der kommer fra andre medlemsstater (1)

— at mindst en italiensk tv-kanal (RAI) kan modtages i andre medlemsstater

er der tale om mærkbar påvirkning af handelen mellem medlemsstater.

B. **Artikel 85, stk. 3**

(27) For at opnå fritagelse efter artikel 85, stk. 3, skal de fire betingelser i dette stykke være opfyldt.

Men artikel 11 i overenskomsten opfylder navnlig ikke de to følgende betingelser:

1. *De pålagte begrænsninger skal være nødvendige*

(28) Forpligtelsen i artikel 11 i overenskomsten var ikke uomgængelig.

(29) Det er for at sikre objektivitet, pålidelighed og ensartethed i seertallene, at stort set alle forretningsvirkomsheder i sektoren har tilsluttet sig de anmeldte aftaler.

(1) 52 % af den italienske import hidrører fra andre EF-lande; af disse 52 % er henved 24 % endelige forbrugsgoder og heraf 30 % fødevarer og 70 % andre produkter, hvor tv-reklamer er nødvendige med henblik på at fremme salget.

(30) Under disse omstændigheder er medlemmernes forpligtelse til i deres forretningsrelationer og planlægning at anvende Auditels oplysninger overflødig. For de to kategorier, den offentlige kanal og de private kanaler, som påtager sig omkostningerne i denne forbindelse, er anerkendelsen af oplysningernes pålidelighed og anvendelsen af disse en logisk følge af deres investering.

Begrundelsen for artikel 11, nemlig som et nødvendigt middel til at undgå en strid om seertal mellem de vigtigste tv-kanaler, kan ikke accepteres; den pågældende klausul bidrager ikke til eventuelle gunstige virkninger, dvs. til at forbedre produktionen eller fordelingen af tjenesteydelserne, samtidig med at der sikres forbrugeren en rimelig andel af fordelen herved.

For den tredje kategori af medlemmer er oplysningernes pålidelighed og anvendelsen af disse resultatet af deres deltagelse i Auditel og af det forhold, at oplysningerne også anvendes af andre grupper af aktionærer, nemlig de tv-kanaler, som er reklamebureauernes og annoncørernes forretningspartnere.

2. *Eliminering af konkurrencen*

(31) Det forhold, at hvert medlem kan foretage andre målinger samt udarbejde deres eget oplysningsmateriale ud over det materiale, der udarbejdes på grundlag af oplysninger fra Auditel, viser, at der findes andre oplysningskilder til måling af seertal. At resultaterne af sådanne undersøgelser ikke måtte offentliggøres efter deres anvendelse, viser, at disse oplysninger er brugbare, og at de konkurrere konkurere med Auditels oplysninger, som er indhentet på grundlag af AGB's metode.

(32) Denne potentielle konkurrence var imidlertid kun teoretisk. Disse oplysninger er uanvendelige, på den ene side fordi de ikke kunne offentliggøres, og på den anden side fordi medlemmerne i udarbejdelsen af deres oplysningsmateriale udelukkende måtte anvende oplysninger fra Auditel.

(33) Dette forhold påvirker også andre selskaber, som foretager indsamling af oplysninger eller udarbejder oplysningsmateriale, da de støder på det forhold, at de eneste oplysninger, der anerkendes som gyldige på markedet, var oplysningerne fra Auditel.

(34) Aftalen gav derfor mulighed for at eliminere konkurrencen. Selv om der findes andre systemer (1) til måling af seertal, indtog Auditel en faktisk monopolstilling gennem udelukkelse af al konkurrence, da disse oplysninger ikke kunne anvendes.

C. **Artikel 86**

(35) Da artikel 11 i overenskomsten er annulleret som følge af nærværende procedure, vil Auditel ikke længere indtage nogen monopolstilling, som Auditel ville kunne misbruge, jf. artikel 86.

Under alle omstændigheder omhandler klagerne den eksklusivitet, der indrømmes i henhold til overenskomstens artikel 11, som er annulleret ved ophør af overtrædelsen af artikel 85.

(36) Hvad angår påstanden om overtrædelse af artikel 86, har Kommissionen ikke oplysninger, hvorefter den kan konkludere, at Auditel har gjort sig skyldig i en sådan overtrædelse.

D. **Artikel 15, stk. 5, i forordning nr. 17**

(37) I henhold til artikel 15, stk. 5, litra a), i forordning nr. 17 kan de bøder, som er fastsat i tilfælde af overtrædelse af traktatens artikel 85, ikke pålægges for handlinger, der foretages efter, at anmeldelse er sket til Kommisisonen, og inden denne træffer beslutning i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, for så vidt de ligger inden for grænserne for den i anmeldelsen beskrevne erhvervsudøvelse.

Da Auditels erhvervsudøvelse ligger inden for de grænser for erhvervsudøvelse, som er beskrevet i anmeldelsen er der ikke grundlag for at pålægge bøder.

E. **Artikel 3, i forordning nr. 17**

(38) I henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 kan Kommissionen ved beslutning fastslå, at der foreligger en overtrædelse af EF-traktatens artikel 85 og pålægge de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at bringe overtrædelsen til ophør.

I nærværende sag kan ophævelsen af artikel 11, der fandt sted den 24. juli 1993, anses for at have bragt de konkurrencebegrænsende virkninger af overtrædesen til ophør.

(1) Da Auditel i 1986 skulle vælge system, havde selskabet kontaktet 36 selskaber eller forskningsinstitutter; 15 havde reageret på licitationen ved at indsende projekt.

Men da de berørte parter har benægtet, at artikel 11 indebærer en overtrædelse af fællesskabsretten (se betragtning 6), findet Kommissionen, at da der er fare for, at parterne fremtidigt vil gentage tilsvarende eller lignende overtrædelser, må retsstillingen klarlægges.

Kommissionen har derfor en legitim interesse i at vedtage en beslutning, hvorved det fastlås, at artikel 11 i overenskomsten mellem Auditels medlemmer, i udgaven af 8. juli 1992, såvel som i de tidligere udgaver, udgjorde en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, og at den ikke opfyldte betingelserne for fritagelse efter artikel 85, stk. 3 —

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

Artikel 11 i overenskomsten mellem medlemmerne af Auditel — i udgaven af 8. juli 1992 samt i de tidligere udgaver — udgjorde, indtil dens ophævelse den 24. juli 1993, en overtrædelse af EF-traktatens artikel 85, stk. 1.

Artikel 2

Anmodningen om fritagelse i medfør af EF-traktatens artikel 85, stk. 3, i forbindelse med overenskomstens artikel 11 afvises.

Artikel 3

På grundlag af de foreliggende oplysninger finder Kommissionen ikke, at der er anledning til at skride ind i henhold til EF-traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 over for:

— stiftelsesoverenskomsten og vedtægterne for Srl Auditel

— kontrakterne mellem Srl Auditel og AGB Italia SpA

— de øvrige bestemmelser i overenkomsten mellem aktionærerne i Srl Auditel

— den adfærd, som Srl Auditel har udvist på markedet for seertal.

Artikel 4

Denne beslutning er rettet til:

Auditel Srl
Largo Toscanini 1
I-20122 Milano.

Udfærdiget i Bruxelles, den 24. november 1993.

På Kommissionens vegne

Karel VAN MIERT

Medlem af Kommissionen