II

(Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad)

COMISIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN
de 24 de noviembre de 1993
relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE
(IV/32031 — Auditel)
(El texto en lengua italiana es el único auténtico)

(93/668/CE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea,

Visto el Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado [1], cuya última modificación la constituye el Acta de adhesión de España y de Portugal, y, en particular, su artículo 2, el apartado 1 de su artículo 3 y su artículo 6,

Vista la notificación y la solicitud de declaración negativa y/o de exención presentados el 15 de septiembre de 1986, de conformidad con los artículos 2 y 4 del Reglamento nº 17, por el Sr. Giulio Malgara, presidente de la Srl Auditel, en nombre y por cuenta de los miembros de Auditel, y por la sociedad Auditel, como resultado de la deliberación del consejo de administración de dicha sociedad del 7 de abril de 1986, relativa :

— a la escritura de constitución y los Estatutos de la sociedad Auditel,

— al convenio celebrado entre los accionistas de la Srl Auditel,

— al contrato entre la Srl Auditel y AGB Italia SpA,

Vistas las solicitudes presentadas, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento nº 17, por la sociedad AC Nielsen Italia SpA, el 11 de junio de 1987 y por la sociedad Marketing TV Service Srl, el 7 de agosto de 1987,

Vista la decisión de la Comisión, de 7 de octubre de 1991, de incoar el procedimiento con respecto a este asunto,

Después de haber ofrecido a las empresas interesadas la oportunidad de dar a conocer sus puntos de vista en relación con las objeciones formuladas por la Comisión, con arreglo al apartado 1 del artículo 19 del Reglamento nº 17 y al Reglamento nº 99/63/CEE de la Comisión, de 25 de julio de 1963, relativo a las audiencias previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 19 del Reglamento nº 17 del Consejo [2],

Previa consulta al Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes,

Considerando lo que sigue :

I. HECHOS

La notificación abarca tres acuerdos :

— la escritura de constitución de la sociedad Auditel,

— el convenio entre los accionistas de la Srl Auditel,

— el contrato entre la Srl Auditel y AGB Italia SpA (AGB).

[1] DO nº 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62.

[2] DO nº 127 de 20. 8. 1963, p. 2268/63.

A. Acta de constitución y estatutos

(1) La escritura de constitución y los Estatutos se refieren a la sociedad de responsabilidad limitada « Auditel », Largo Toscanini 1, Milán, cuyo fin es la recogida objetiva e imparcial y la difusión sistemática de datos nacionales, regionales y subregionales sobre la audiencia de las retransmisiones televisivas.

B. Convenio entre los accionistas de la Srl Auditel

(2) El convenio entre los accionistas de Auditel fija los compromisos de los miembros, que se dividen en tres grupos ;

1) la cadena de televisión pública (RAI Radio Televisione Italiana),

2) las cadenas de televisión privadas (Canale 5, Rete 10, Rete Quattro, Gruppo STP-RV, FRT Federazione Radio e Televisioni),

3) las asociaciones de los siguientes operadores : anunciantes (UPA Utenti Pubblicità Associati), agencias de publicidad (ASSAP Associazione Italiana Agenzie Pubblicità e Servizio Completo), organizaciones de técnica publicitaria (OTEP Associazione Italiana delle Organizzazioni Professionali di Tecnica Pubblicitaria) y agencias especializadas en medios publicatarios (AMA Agenzie Media Associate).

Los dos primeros grupos, que representan prácticamente la totalidad de la audiencia televisiva en Italia, se hacen cargo de los gastos de la operación.

(3) El artículo 11 de dicho convenio establece que « los socios de Auditel se comprometen, en lo que respecta a toda aquello que puede tener importancia publicitaria o comercial, a utilizar exclusivamente los servicios proporcionados por Auditel y a reconocer como los únicos válidos los resultados obtenidos por Auditel en la búsqueda y recogida de datos ».

Posteriormente, este compromiso fue modificado en dos ocasiones.

(4) La primera modificación, del 9 de abril de 1987, precisaba que el compromiso se refería únicamente a los datos correspondientes a la medición de los índices de audiencia y no concernía al análisis de los datos efectuado por Auditel sobre la base de los índices de audiencia/anuncios y de audiencia/programas.

(5) La segunda modificación presentada el 8 de julio de 1992, con posterioridad al pliego de cargos y a la audiencia, establece que « en sus actividades, los socios se comprometen, en lo que respecta solamente a la medición de los índices de audiencia (índice de escucha en un período de tiempo determinado), a utilizar exclusivamente las mediciones de Auditel, con el único objetivo de evitar polémicas sobre la situación de la audiencia y perturbaciones en la información que proporcionan al público la prensa, la radio o la televisión ».

Como se precisó en la audiencia, el objetivo del artículo 11 es, en la práctica, evitar una guerra de índices entre las principales cadenas de televisión italianas.

Mediante carta con fecha de 11 de junio de 1993, el abogado de Auditel comunicó un proyecto de modificación del artículo 11, según el cual dicho artículo quedaría así redactado : « Los miembros de Auditel se comprometen, en lo que respecta exclusivamente a la medición de los índices de la audiencia televisiva (audiencia en un período de tiempo determinado), a utilizar los datos elaborados por Auditel o que Auditel haya encargado elaborar como factor de referencia en caso de contencioso judicial o extrajudicial ».

(6) Presintiendo que la Comisión iba a rechazar de eximir esta cláusula, por carta del 23 de junio de 1993, el abogado de Auditel anunció la decisión de suprimir lisa y llanamente el artículo 11, concretando que este artículo no podía tener efectos restrictivos. La decisión de suprimir el artículo 11 fue adoptada por el consejo de administración de Auditel el 24 de julio de 1993 y una copia legalizada de esta decisión fue transmitida a la Comisión el 10 de septiembre de 1993.

C. Contrato Auditel/AGB

(7) El acuerdo Auditel/AGB se refiere a la elaboración y la gestión, por parte de AGB, de todo el sistema de medición de los índices de audiencia, y al análisis de estos datos.

Mediante carta con fecha de 1 de diciembre de 1991, Auditel comunicó a la Comisión que un nuevo contrato con fecha de 25 de octubre de 1991, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1991 y cuya validez se extiende hasta el 31 de diciembre de 1996, había sustituido al contrato notificado.

En virtud de este nuevo contrato, AGB se encarga de la gestión y del mantenimiento del sistema, cuyos medios electrónicos (meters) son propiedad de Auditel.

(8) D. Mercado de medición de los índices de audiencia

El mercado considerado es el relativo a los datos relativos a la audiencia de las retransmisiones televisivas, es decir, los datos que indican el número de personas que han visto una cadena determinada en un momento determinado.

Una vez recopilados estos datos de base se procede a su análisis, con el fin de identificar a los espectadores con la mayor precisión posible para orientar la publicidad.

E. Denuncias

(9) a) *La denuncia de la empresa Nielsen*

Según la denuncia de esta empresa, especializada en estudios e investigaciones de mercado, los acuerdos Auditel infringen lo dispuesto en los artículos 85 y 86.

1) Infracción del artículo 85 :

— la exclusiva concedida recíprocamente entre Auditel y AGB por un período de cinco años para la elaboración y gestión del programa,

— la obligación impuesta a los miembros de Auditel por el artículo 11 del convenio.

2) Infracción del artículo 86 :

— el artículo 11 otorga a Auditel una posición dominante en el mercado de los datos que sirven de base para la medición de los índices de audiencia, y Auditel abusa de esta posición al imponer contratos tipo que le confieren plena libertad en lo que respecta a precios, condiciones de utilización y duración.

(10) b) *La denuncia de MTVS*

Bajo estas siglas se agrupan tres empresas que pertenecen al mismo grupo, cuyas actividades se centran en el análisis de datos de base para la medición de índices de audiencia y en la verificación del pase de los espacios publicitarios a una hora determinada, de su número y de su duración.

En opinión de MTVS, las infracciones de los artículos 85 y 86 son las siguientes :

1) Infracción del artículo 85 :

— la obligación impuesta por el artículo 11 del convenio entre los miembros de Auditel,

— la exclusiva concedida a AGB,

— el reparto de los gastos de la operación Auditel entre las cadenas de televisión, que permitiría ofrecer al mercado datos de base sin competencia alguna.

2) Infracción del artículo 86 :

— Auditel abusa de su posición dominante en el mercado de los datos de base al disponer de estos datos antes que sus competidores y fijar unos precios que no tienen ninguna relación con los costes reales de producción.

II. VALORACIÓN JURÍDICA

A. Apartado 1 del artículo 85

1. *Empresas*

(11) Los miembros de Auditel y Auditel constituyen empresas a los efectos del artículo 85 del Tratado.

2. *Acuerdos*

(12) Los acuerdos notificados y, especialmente, el convenio entre los accionistas de Auditel, constituyen acuerdos entre empresas a los efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

3. *Restricciones*

(13) En su versión de 8 de julio de 1992, el texto del artículo 11 del convenio entre los miembros establece que, en el ejercicio de sus actividades, los socios se comprometen, en lo que respecta solamente a la medición de los índices de audiencia, a utilizar exclusivamente las mediciones de Auditel, con el único objetivo de evitar polémicas sobre la situación de la audiencia y perturbaciones en la información que la prensa, la radio o la televisión proporcionan al público.

(14) Esta nueva versión ofrecía la ventaja, frente a la anterior, de indicar claramente, por una parte, que el índice previsto es el simple índice de escucha y, por otra, que el objetivo de esta disposición es evitar una « guerra de índices » entre las cadenas de televisión privadas y la pública.

(15) Como precisó un representante de Auditel en la audiencia, los destinatarios principales de esta obligación serían los dos grupos, miembros de Auditel, —las cadenas de televisión privadas y la pública— responsables de la « guerra de índices ».

(16) Como los precios definitivos de las interrupciones publicitarias se fijan en función del número de telespectadores que han seguido la retransmisión televisada durante la cual se ha transmitido la publicidad, todas las cadenas emisoras deben atenerse al índice de audiencia Auditel y no pueden hacer referencia a otros datos más favorables, como podía ocurrir en el pasado.

(17) En la audiencia, un representante de Auditel argumentó que este compromiso no afectaría a las empresas pertenecientes al tercer grupo que están interesadas en los datos de Auditel y que, a través de su asociación profesional, sólo forman parte del grupo indirectamente, puesto que dichas empresas no firmaron individualmente el convenio, sino que éste fue firmado por su asociación profesional.

(18) No obstante, incluso en esta situación, los miembros del tercer grupo que, antes de la creación de Auditel, podían cuestionar libremente los datos utilizados por las cadenas emisoras, dependen inevitablemente, tanto como las cadenas privadas y la pública, de los datos Auditel. En el supuesto de que dispongan de datos que les sean más favorables e incluso si un eventual desacuerdo por su parte no conduce a una « guerra de índices » entre las cadenas privadas y la pública, esos datos son inutilizables.

(19) En efecto, en las negociaciones sobre la determinación del precio de las interrupciones publicitarias, las cadenas de televisión privadas y la cadena pública, en virtud del artículo 11, estaban obligadas a tomar como referencia el índice Auditel, y no podían tener en cuenta otros índices propuestos por los miembros del tercer grupo.

(20) Por lo tanto, la restricción del juego de la competencia se seguía produciendo, de forma directa en cuanto a las cadenas privadas y la cadena pública, y de forma indirecta en cuanto a los demás miembros de Auditel.

Este compromiso constituye una restricción de la competencia en el sentido de que suprime la libertad de los miembros para utilizar datos de base de distinta procedencia.

(21) Según Auditel, los miembros, a título personal, pueden encargar mediciones sobre índices de audiencia y análisis posteriores o estudios de mercado siempre y cuando sus resultados no se hagan públicos ; por otro lado, tanto Auditel como terceros pueden efectuar y publicar análisis de datos sobre la base de los índices de audiencia/anuncio y de audiencia/programa.

(22) No obstante, estas posibilidades no son suficientes para reducir el alcance restrictivo del compromiso contraído ; en efecto, se trata bien de datos no utilizables, porque se prohibía su difusión y, por lo tanto, no se podían utilizar como base para la determinación del precio de las interrupciones publicitarias, o bien de datos que pueden publicarse pero que han sido elaborados necesariamente a partir de los datos de base de Auditel, cuya utilización es obligatoria.

4. *Efectos sobre el comercio entre Estados miembros*

(23) Los índices de audiencia difundidos por Auditel pueden afectar sensiblemente al comercio entre Estados miembros : bien directamente, en lo que respecta a la publicidad en general y a la programación, o bien indirectamente, en lo que respecta a los productos objeto de la publicidad.

(24) En efecto, los usuarios de la publicidad y los operadores se basan precisamente en estos datos a la hora de decidir el importe de su presupuesto publicitario, su distribución entre los distintos medios y la elección entre medios del mismo tipo.

(25) En cuanto a las cadenas de televisión, los datos Auditel sobre el número de telespectadores por retransmisión y sobre sus características (edad, nivel social y cultural) condicionan la elección de los programas, el lugar que ocupan en la red de programación y los precios de los espacios publicitarios.

(26) Ahora bien, teniendo en cuenta que :

— en Italia operan sociedades de publicidad originarias de otros Estados miembros, tanto directamente como por medio de sucursales,

— algunos programas retransmitidos proceden de otros Estados miembros,

— los usuarios u operadores adquieren espacios publicitarios para hacer publicidad de productos originarios de otros Estados miembros [1],

— al menos una cadena de televisión italiana se recibe en otros Estados miembros (RAI),

el comercio entre Estados miembros se ve sensiblemente afectado.

B. Apartado 3 del artículo 85

(27) Para beneficiarse de la excepción prevista en el apartado 3 del artículo 85 deben reunirse los cuatro requisitos previstos en dicho apartado.

Ahora bien, el artículo 11 del convenio no satisface los dos requisitos siguientes :

1. — *Carácter indispensable de las restricciones impuestas*

(28) El compromiso previsto en el artículo 11 del convenio no era indispensable.

(29) La participación en los acuerdos notificados de prácticamente todos los operadores comerciales del sector tiene como finalidad garantizar la objetividad, la fiabilidad y la homogeneidad de los índices de audiencia obtenidos.

[1] El 52 % de las importaciones italianas son de procedencia comunitaria ; de este porcentaje, el 24 % está representado por productos de consumo final que, a su vez, se dividen entre productos alimenticios (30 %) y otros productos (70 %), y que, para su promoción, necesitan recurrir, entre otras medidas, a campañas publicitarias televisadas.

(30) En esta situación, la obligación impuesta a los miembros de utilizar los datos de base Auditel en sus relaciones comerciales y en el ejercicio de sus actividades es superflua. Para los dos grupos que se hacen cargo de los costes de la operación, la cadena pública y las cadenas privadas, el hecho de reconocer la fiabilidad de los datos y de utilizarlos es consecuencia lógica de su inversión.

La justificación del artículo 11 como medio necesario para evitar un guerra de índices entre las principales cadenas de televisión no puede aceptarse ; la cláusula en cuestión, efectivamente, no contribuye a la existencia de posibles efectos favorables del convenio, es decir, a la mejora de la producción o de la distribución del servicio, reservando al mismo tiempo a los usuarios una parte equitativa del beneficio resultante.

Para el tercer grupo de miembros, la fiabilidad de los datos y su utilización se derivan de su participación en Auditel y del hecho de que los datos son utilizados también por los demás grupos de accionistas ; a saber, las cadenas de televisión que son socios comerciales de las agencias de publicidad y de los anunciantes.

2. — *Eliminación de la competencia*

(31) Asimismo, el hecho de que cada miembro pueda encargar, además de otros análisis de datos Auditel, la recogida y el análisis de otros datos simples demuestra que existen otras fuentes de medición de índices de escucha. Que los resultados de tales estudios no debían hacerse públicos tras su utilización indica que estos datos son válidos y que pueden competir con los datos Auditel, obtenidos con el método AGB.

(32) No obstante, esta competencia potencial no podía materializarse. En efecto, estos datos no son utilizables, dado que, por una parte, no podían hacerse públicos y, por otra, los miembros debían utilizar exclusivamente los datos Auditel para sus análisis.

(33) Esta situación afecta también a terceras empresas cuya actividad se centra en la recogida o el análisis de datos de base, que se enfrentan al hecho de que los únicos datos reconocidos como válidos en el mercado eran los datos Auditel.

(34) Por lo tanto, el acuerdo ofrecía, pues, la posibilidad de eliminar la competencia. En efecto, a pesar de la existencia de otros sistemas de medición de índices de audiencia [1], la imposibilidad de utilizar esos datos colocaba a Auditel en una posición de monopolio de hecho, eliminando toda competencia.

C. Artículo 86

(35) Vista la anulación del artículo 11 del convenio (como consecuencia del presente procedimiento), en el futuro Auditel dejará de tener una posición de monopolio, que hubiera podido permitirle abusar del mismo en los términos del artículo 86.

De todos modos, las denuncias en este contexto se refieren a la exclusiva concedida por el artículo 11 del convenio, cuya supresión ya está garantizada como consecuencia de la cesación de la infracción del artículo 85.

(36) En cuanto a la supuesta violación del artículo 86 en el pasado, los elementos de que dispone la Comisión no permiten concluir que Auditel ha sido culpable de tal infracción.

D. Apartado 5 del artículo 15 del Reglamento nº 17

(37) En aplicación de la letra a) del apartado 5 del artículo 15 del Reglamento nº 17, las multas previstas en caso de infracción del artículo 85 del Tratado no pueden imponerse respecto de actuaciones posteriores a la notificación a la Comisión y anteriores a la decisión mediante la cual ésta acuerde o deniegue la aplicación del apartado 3 del artículo 85, siempre que tales actuaciones se encuentren dentro de los límites de la actividad descrita en la notificación.

Dado que la actividad de Auditel ha permanecido dentro de los límites de la actividad descrita en la notificación, no procede la imposición de multas.

E. Artículo 3 del Reglamento nº 17

(38) En virtud del artículo 3 del Reglamento nº 17, la Comisión puede, mediante decisión, comprobar que se ha cometido una infracción a las disposiciones del artículo 85 del Tratado y obligar a las empresas y asociaciones de empresas a poner fin a la misma.

En el caso presente, la eliminación del artículo 11 del Convenio, con fecha del 24 de julio de 1993, puede considerarse que ha puesto fin a los efectos de la infracción contrarios a la competencia.

[1] En 1986, con el fin de seleccionar el sistema, Auditel contactó a 36 empresas o institutos de investigación ; 15 de ellos habían contestado a la convocatoria enviando un proyecto.

Dado que las partes objeto de la denuncia negaron que el artículo 11 antes mencionado infringía el Derecho comunitario (véase el considerando 6), la Comisión considera que existe el peligro de que las partes puedan repetir en el futuro comportamientos análogos o parecidos por lo que resulta necesario clarificar la situación jurídica.

En tales circuntancias, la Comisión tiene, pues, un interés legítimo en adoptar una decisión que establezca que el artículo 11 del convenio entre los miembros de Auditel, en su versión del 8 de julio de 1992, así como en sus versiones anteriores, constituía una infracción al apartado 1 del artículo 85 y que no reunía las condiciones para beneficiarse de la exención establecida en el apartado 3 del artículo 85,

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

Hasta su supresión formal el 24 de julio de 1993, el artículo 11 del convenio entre los miembros de Auditel, en su versión de 8 de julio de 1992, así como en sus versiones anteriores, ha constituido una infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE.

Artículo 2

Se rechaza la solicitud de exención en el marco del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CE relativa al artículo 11 del convenio.

Artículo 3

Basándose en los elementos de que dispone, la Comisión no tiene motivos para intervenir en virtud del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 del Tratado CE, con respecto a:

— la escritura de constitución y los Estatutos de Srl Auditel.

— los contratos entre la Srl Auditel y AGB Italia SpA,

— las demás disposiciones vigentes del convenio celebrado entre los accionistas de la srl Auditel,

— la actuación de la Srl Auditel en el mercado de los datos de base.

Artículo 4

El destinatario de la presente Decisión será la empresa:

Auditel Srl
Largo Toscanini 1
I-20122 Milán.

Hecho en Bruselas, el 24 de noviembre de 1993.

Por la Comisión
Karel VAN MIERT
Miembro de la Comisión