

II

(Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade)

COMISSÃO

DECISÃO DA COMISSÃO

de 24 de Novembro de 1993

relativa a um processo de aplicação do artigo 85º do Tratado CE

(IV/32.031 — Auditel)

(Apenas faz fé o texto em língua italiana)

(93/668/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta o Regulamento nº 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado (¹), com a última redacção que lhe foi dada pelo Acto de Adesão de Espanha e de Portugal, e, nomeadamente, o seu artigo 2º, o nº 1 do seu artigo 3º e o seu artigo 6º,

Tendo em conta a notificação e o pedido de certificado negativo e/ou de isenção apresentados nos termos dos artigos 2º e 4º do Regulamento nº 17 pelo Sr. Giulio Malgara, presidente da Auditel Srl, em 15 de Setembro de 1986, em nome e por conta dos membros da Auditel e da sociedade Auditel, conforme resulta da deliberação do conselho de administração desta empresa em 7 de Abril de 1986, e relativa :

- ao acto de constituição e aos estatutos da sociedade Auditel,
- à convenção entre os sócios da Auditel Srl,
- ao contrato entre a Auditel Srl e a AGB Italia SpA,

Tendo em conta os pedidos apresentados nos termos do artigo 3º do Regulamento nº 17 pela sociedade AC

Nielsen Italia SpA, em 11 de Junho de 1987, e pela sociedade Marketing TV Service Srl, em 7 de Agosto de 1987,

Tendo em conta a decisão da Comissão de 7 de Outubro de 1991 de dar início a um processo neste caso,

Após ter dado às empresas em causa a oportunidade de se pronunciarem sobre as acusações formuladas pela Comissão, em conformidade com o nº 1 do artigo 19º do Regulamento nº 17 e com o Regulamento nº 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições previstas nos nºs 1 e 2 do artigo 19º do Regulamento nº 17 do Conselho (²),

Após consulta do Comité consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes,

Considerando o seguinte :

I. OS FACTOS

A notificação compreende três acordos :

- o acto de constituição da sociedade Auditel,
- a convenção entre os sócios da Auditel Srl,
- o contrato entre a Auditel Srl e a AGB Italia SpA.

(¹) JO nº 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62.

(²) JO nº 127 de 20. 8. 1963, p. 2268/63.

A. O acto de constituição e os estatutos

- (1) O acto de constituição e os estatutos referem-se à sociedade por quotas « Auditel », viale Toscanini 1, Milão, que tem por objecto a recolha objectiva e imparcial e a difusão sistemática de dados relativos à audiência dos programas televisivos de âmbito nacional, regional e sub-regional.

B. A convenção entre os sócios da Auditel Srl

- (2) A convenção entre os sócios da Auditel Srl estabelece as responsabilidades dos membros. Estes dividem-se em três grupos :

1. o canal de televisão público (RAI Radio Televisione Italiana),
2. os canais de televisão privados (Canale 5, Rete 10, Rete Quattro, Gruppo STP-RV, FRT Federazione Radio e Televisioni),
3. as associações dos seguintes operadores : anunciantes (UPA Utenti Pubblicità Associati), agências de publicidade (ASSAP Associazione Italiana Agenzie Pubblicità e Servizio Completo), organizações de técnica publicitária (OTEP Associazione Italiana delle Organizzazioni Professionali di Tecnica Pubblicitaria) e agências especializadas em meios publicitários (AMA Agenzie Media Associate).

O custo de funcionamento é suportado pelos dois primeiros grupos, que representam praticamente a totalidade da audiência televisiva em Itália.

- (3) O artigo 11º desta convenção previa que os sócios da Auditel Srl se comprometem a utilizar exclusivamente os serviços prestados pela Auditel relativamente aos dados que possam assumir uma importância publicitária e comercial e a reconhecer como válidos unicamente os dados resultantes das recolhas e dos inquéritos da Auditel.

Este compromisso foi subsequentemente alterado por duas vezes.

- (4) A primeira alteração, de 9 de Abril de 1987, precisava que o compromisso se referia unicamente aos dados relativos à recolha dos índices de audiência e não abrangia as análises dos dados efectuadas pela Auditel relativamente aos dados audiências *spots* e audiências/programas.

- (5) A segunda alteração, transmitida em 8 de Julho de 1992, após a comunicação das acusações e a audição, prevê que « os sócios comprometem-se, nas suas actividades, no que respeita unicamente à recolha dos índices de audiência (índice relativo a um dado período temporal), a utilizar exclusivamente os dados da Auditel com o único objectivo de evitar contestações sobre os índices de audiência

e perturbações na informação ao público divulgada pela imprensa, pela rádio ou pela televisão ».

Conforme foi referido na audição, o objectivo do artigo 11º seria, na prática, evitar uma guerra de índices de audiência entre os principais canais de televisão italianos.

Por carta de 11 de Junho de 1993, o advogado da Auditel deu a conhecer um projecto de alteração do artigo 11º em que se estabelecia que « os membros da Auditel comprometem-se, no que diz respeito à recolha de índices de audiência televisiva (audiência relativa a um dado período no tempo), a utilizar estes dados recolhidos pela Auditel, ou cuja recolha tenha sido solicitada pela Auditel, como elementos de referência em caso de disputas judiciais ou extrajudiciais ».

- (6) Prevendo que a Comissão recusaria isentar esta cláusula, por carta de 23 de Junho de 1993, o advogado da Auditel anunciou a decisão de pura e simplesmente suprimir o artigo 11º, precisando, concomitantemente, que este artigo não poderia ter quaisquer efeitos restrictivos.

A decisão de suprimir o artigo 11º foi tomada pelo conselho de administração da Auditel em 24 de Julho de 1993 e uma cópia dessa decisão foi transmitida à Comissão em 10 de Setembro de 1993.

C. O acordo Auditel/AGB

- (7) O acordo Auditel/AGB incide sobre a execução e a gestão de todo o sistema relativo à recolha dos índices de audiência pela AGB, bem como à análise desses dados.

Por carta de 1 de Dezembro de 1991, a Auditel Srl comunicou à Comissão que um novo contrato, assinado em 25 de Outubro de 1991, aplicável a partir de 1 de Novembro de 1991 e válido até 31 de Dezembro de 1996, tinha substituído o contrato notificado.

Com base neste novo contrato, a AGB é responsável pela gestão e pela manutenção do sistema, cujos meios electrónicos (*meters*) continuam a pertencer à Auditel.

- (8) **D. O mercado de recolha dos índices de audiência**

O mercado em causa é o mercado dos dados relativos à audiência das emissões televisivas, isto é, os dados que indicam o número de pessoas que viram um determinado canal a um dado momento.

Estes dados de base são subsequentemente elaborados a fim de identificar o mais possível os espectadores para permitir uma orientação a nível da publicidade.

E. As denúncias

(9) a) *A denúncia da sociedade Nielsen*

De acordo com a denúncia desta sociedade, especializada em estudos e prospecções de mercado, os acordos Auditel constituiriam as seguintes infracções aos artigos 85º e 86º:

1. Infracções ao disposto no artigo 85º:

- a exclusividade concedida reciprocamente entre a Auditel e a AGB por um período de cinco anos para a realização e gestão do sistema,
- a obrigação imposta aos membros da Auditel pelo artigo 11º da convenção.

2. Infracções ao disposto no artigo 86º:

- o artigo 11º atribui à Auditel uma posição dominante no mercado dos dados de base de índices de audiência e a Auditel abusa desta posição mediante a imposição de contratos-tipo que lhe conferem total liberdade em matéria de preços, condições de utilização e duração.

(10) b) *A denúncia da MTVS*

Encontram-se reunidas sob esta sigla três sociedades pertencentes ao mesmo grupo, cujas actividades incidem na elaboração dos dados de base de índices de audiência, na certificação da transmissão a uma determinada hora, no número e duração das comunicações publicitárias.

Segundo a sociedade MTVS, as infracções aos artigos 85º e 86º seriam as seguintes:

1. Infracções ao disposto no artigo 85º:

- a obrigação imposta pelo artigo 11º da convenção entre os membros da Auditel,
- a exclusividade atribuída à AGB,
- a repartição dos custos de funcionamento da Auditel entre os membros « canais de televisão », o que permitia oferecer no mercado dados de base sem concorrência.

2. Infracções ao disposto no artigo 86º:

- em virtude da posição dominante da Auditel no mercado dos dados de base, a Auditel abusaria da mesma ao dispor destes dados antes dos seus concorrentes e ao fixar preços a um nível sem qualquer relação com os custos reais de produção.

II. APRECIÇÃO JURÍDICA

A. Nº 1 do artigo 85º

1. *Empresas*

- (11) Os membros da Auditel e a Auditel Srl são empresas, nos termos do artigo 85º

2. *Acordos*

- (12) Os acordos notificados e, nomeadamente, a convenção entre os sócios da Auditel Srl são acordos entre empresas, nos termos do nº 1 do artigo 85º do Tratado.

3. *Restrições*

- (13) O texto do artigo 11º da convenção entre os membros da Auditel, tanto na sua versão de 8 de Julho de 1992 como nas versões precedentes, prevê que os sócios se comprometem, nas suas actividades e no que respeita unicamente à recolha dos índices de audiência, a utilizar exclusivamente os dados Auditel com o único objectivo de evitar contestações sobre a situação em termos de audiência e perturbações na informação ao público divulgada pela imprensa, pela rádio e pela televisão.

- (14) Esta nova versão tinha a vantagem, relativamente à antiga, de indicar claramente, por um lado, que o índice visado é muito simplesmente o índice de audiência e, por outro, que o objectivo deste artigo é evitar uma « guerra de índices » entre os canais de televisão privados e os canais públicos.

- (15) Tal como foi indicado por um representante da Auditel na audição, os principais destinatários desta obrigação seriam dois grupos de sócios da Auditel, isto é, os canais de televisão privados e públicos, que estiveram na origem da « guerra dos índices ».

- (16) Como os preços definitivos dos *spots* publicitários são fixados em função do número de telespectadores que acompanharam a retransmissão televisiva em que foi transmitida a publicidade, cada estação emissora deve respeitar o índice de audiência da Auditel, não podendo recorrer a outros dados mais favoráveis, ao contrário daquilo que sucedia anteriormente.

- (17) Na audição, um representante da Auditel alegou que este compromisso não seria válido para as empresas pertencentes ao terceiro grupo dos interessados nos dados Auditel, que apenas se integram indirectamente no grupo através da sua associação profissional, uma vez que estas empresas não tinham assinado individualmente a convenção, sendo apenas signatária a respectiva associação profissional.

- (18) No entanto, mesmo nesta situação, os membros do terceiro grupo, que antes da criação da Auditel eram livres de contestar os dados utilizados pelas estações emissoras, dependem, por força das circunstâncias, dos dados Auditel tal como os canais de televisão público e privados. Mesmo que disponham de dados mais favoráveis e que uma eventual contestação da sua parte não conduza a uma « guerra de índices » entre os canais públicos e privados, estes dados não podem ser utilizados.
- (19) Com efeito, nas negociações para a determinação do preço dos *spots* publicitários, os canais de televisão privados e a emitente pública eram obrigados, nos termos do artigo 11º, a referirem-se ao índice de audiência da Auditel e não podiam ter em conta os índices apresentados pelos membros do terceiro grupo.
- (20) No que respeita à restrição da concorrência, esta continuava assim a subsistir de uma forma directa para os canais privados e para a emitente pública e, de uma forma indirecta, para os restantes membros da Auditel.
- Este compromisso constitui uma restrição da concorrência, na medida em que elimina toda a liberdade dos membros da Auditel em matéria de utilização de dados provenientes de outras fontes.
- (21) Segundo a Auditel, os membros podem solicitar, a título individual, a realização de recolhas de índices de audiência e posteriores análises ou prospecções de mercado, desde que os seus resultados não sejam divulgados publicamente; além disso, a Auditel ou terceiros podem, nomeadamente, produzir e divulgar publicamente quaisquer análises relativas aos dados audiência/*spot* e audiência/programa.
- (22) No entanto, estas possibilidades não eram suficientes para reduzir o carácter restritivo do compromisso. Com efeito, tratavam-se de dados que não podiam ser utilizados, quer porque era proibida a sua divulgação e, por conseguinte, a sua utilização como base para a determinação de preço dos *spots* publicitários, quer porque as análises podiam ser tornadas públicas mas deviam ser forçosamente realizadas a partir dos dados de base da Auditel, cuja utilização é obrigatória.
4. *Afectação do comércio entre os Estados-membros*
- (23) Os dados de audiência difundidos pela Auditel podem afectar, de uma forma significativa, o comércio entre os Estados-membros: quer directamente, no que diz respeito à publicidade em geral e aos programas a transmitir, quer indirectamente, no que respeita aos produtos objecto de publicidade.
- (24) Efectivamente, é com base nestes dados que os utilizadores da publicidade e os operadores decidem o montante do seu orçamento publicitário, a sua repartição pelos diferentes meios de comunicação e a escolha entre os meios de comunicação do mesmo tipo.
- (25) No que se refere aos canais de televisão, os dados da Auditel relativos à indicação do número de telespectadores por transmissão e às suas características (idade, nível social e cultural) condicionam a escolha dos programas, a sua integração na grelha e os preços dos espaços publicitários.
- (26) Ora, tendo em conta que:
- as empresas de publicidade originárias de outros Estados-membros operam em Itália tanto directamente como através de sucursais,
 - os programas retransmitidos são provenientes de outros Estados-membros,
 - os espaços publicitários são adquiridos por utilizadores ou operadores para fazer publicidade a produtos provenientes de outros Estados-membros⁽¹⁾,
 - pelo menos um canal de televisão italiano é captado noutros Estados-membros (RAI),
- verifica-se que o comércio entre os Estados-membros é afectado de uma forma significativa.
- B. Nº 3 do artigo 85º**
- (27) Para beneficiar de uma isenção nos termos do nº 3 do artigo 85º, é necessário que estejam preenchidas as quatro condições previstas nessa disposição.
- Ora, o artigo 11º da convenção não satisfaz, em especial, as seguintes duas condições:
1. *Indispensabilidade das restrições impostas*
- (28) O compromisso previsto no artigo 11º da convenção não era indispensável.
- (29) A participação de praticamente todos os operadores comerciais do sector nos acordos notificados visa assegurar a objectividade, a fiabilidade e a homogeneidade dos índices de audiência recolhidos.

(1) 52 % das importações italianas são de origem comunitária; entre estas, 24 % são bens de consumo final, dos quais 30 % são produtos alimentares e 70 % outros produtos, que para a promoção da sua venda necessitam, entre outros, de campanhas publicitárias televisivas.

- (30) Nesta situação, a obrigação imposta aos membros de utilizarem, para as suas relações comerciais e para as suas análises, os dados da auditel é supérfluo. Para os dois grupos (canais de televisão públicos e privados) que suportam os custos da operação, o facto de reconhecerem a fiabilidade dos dados e de os utilizarem constitui uma consequência lógica do seu investimento.

A justificação do artigo 11º como meio necessário para evitar uma guerra de índices entre os principais canais de televisão não pode ser aceite; com efeito, a cláusula em questão não contribui para melhorar a produção ou a distribuição do serviço, reservando simultaneamente uma parte equitativa dos lucros daí decorrentes para os utilizadores.

Em relação ao terceiro grupo de membros, a fiabilidade dos dados e a sua utilização resultam da sua participação na Auditel e do facto de os dados serem utilizados igualmente por outros grupos de sócios, a saber, os canais de televisão que são parceiros comerciais das agências de publicidade e dos anunciantes.

2. *Eliminação da concorrência*

- (31) Além disso, o facto de cada membro poder solicitar, para além de outras análises dos dados da Auditel, a realização de outras recolhas de dados e respectivas análises, revela a existência de outras fontes de recolha de índices de audiência. O facto de os resultados de tais inquéritos não deverem ser divulgados após a sua utilização revela que estes dados são válidos e que podem concorrer com os dados da Auditel, obtidos com o método da AGB.
- (32) No entanto, esta concorrência potencial não podia ter lugar. Com efeito, estes dados não são utilizáveis, uma vez que, por um lado, não podiam ser tornados públicos e, por outro, porque os membros tinham de utilizar, para as suas análises, os dados Auditel.
- (33) Esta situação tem igualmente repercussões sobre outras empresas que se dedicam a actividades de recolha de dados ou que procedem à análise de dados e que deparavam com o facto de os únicos dados reconhecidos como válidos no mercado serem os dados Auditel.
- (34) O acordo permitia, deste modo, eliminar a concorrência. Com efeito, ainda que existam outros sistemas⁽¹⁾ para a recolha dos índices de audiência,

a impossibilidade de utilizar esses dados colocava a Auditel numa posição de monopólio de facto, ao eliminar qualquer concorrência.

C. Artigo 86º

- (35) Devido à supressão do artigo 11º da convenção na sequência do presente processo, a Auditel deixará de usufruir de uma posição de monopólio, que lhe teria permitido abusar da mesma na acepção do artigo 86º

Em todo o caso, as denúncias neste contexto prendem-se com a exclusividade conferida pelo artigo 11º da convenção, cuja supressão já foi assegurada mediante a decisão de cessação de infracção ao artigo 85º

- (36) No que diz respeito à alegada violação do disposto no artigo 86º, os elementos de que a Comissão dispõe não permitem concluir que a Auditel teria sido responsável de uma infracção deste tipo.

D. Nº 5 do artigo 15º do Regulamento nº 17

- (37) Nos termos do nº 5, alínea a), do artigo 15º do Regulamento nº 17, as coimas previstas em caso de infracção ao artigo 85º do Tratado não podem ser aplicadas relativamente a actos posteriores à notificação à Comissão e anteriores à decisão pela qual a Comissão conceda ou recuse a aplicação do nº 3 do artigo 85º, desde que as empresas se mantenham dentro dos limites da actividade descrita na notificação.

Atendendo ao facto de a Auditel se ter mantido dentro dos limites da actividade descrita na notificação, não podem ser aplicadas coimas.

E. Artigo 3º do Regulamento nº 17

- (38) Por força do artigo 3º do Regulamento nº 17, a Comissão pode, através de decisão, declarar verificada uma infracção ao disposto no artigo 85º do Tratado CE e obrigar as empresas e associações de empresas em causa a porem-lhe termo.

No caso presente, a supressão do artigo 11º, levada a cabo em 24 de Julho de 1993, pode ser considerada como tendo posto termo aos efeitos anticoncorrenciais da infracção.

⁽¹⁾ Em 1986, a fim de seleccionar o sistema, a Auditel contactou 36 sociedades ou institutos de pesquisa, tendo 15 destes respondido ao anúncio de concurso mediante a apresentação de um projecto.

Dado que as partes em causa contestaram o carácter de infracção do artigo 11º face ao direito comunitário (ver ponto 6 supra), a Comissão considera existir o risco de que as partes possam repetir, no futuro, comportamentos análogos ou semelhantes. Torna-se, assim, necessário clarificar a situação jurídica.

Nestas condições a Comissão tem, consequentemente, interesse legítimo na adopção de uma decisão declarativa de que o artigo 11º da convenção entre os membros da Auditel, na sua versão de 8 de Julho de 1992, bem como nas versões anteriores, constituía infracção ao nº 1 do artigo 85º do Tratado e que não preenchia as condições necessárias para beneficiar da isenção prevista no nº 3 do artigo 85º,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1º

Até à sua eliminação com carácter formal, em 24 de Julho de 1993, o artigo 11º da convenção entre os membros da Auditel, na sua versão de 8 de Julho de 1992, bem como nas versões anteriores, constituiu uma infracção ao disposto no nº 1 do artigo 85º do Tratado CE.

Artigo 2º

É indeferido o pedido de isenção ao abrigo do nº 3 do artigo 85º do Tratado CE relativamente ao artigo 11º da convenção.

Artigo 3º

Com base nos elementos de que dispõe, não há qualquer fundamento para que a Comissão intervenha por força do disposto no nº 1 do artigo 85º e no artigo 86º do Tratado CE relativamente:

- ao acto de constituição e aos estatutos da Auditel Srl,
- aos contratos entre a Auditel Srl e a AGB Italia spa,
- às outras disposições em vigor da convenção entre os sócios da Auditel Srl,
- ao comportamento da Auditel Srl no mercado dos índices de audiência.

Artigo 4º

É destinatária da presente decisão:

Auditel Srl,
Largo Toscanini 1,
I-20122 Milão.

Feito em Bruxelas, em 24 de Novembro de 1993.

Pela Comissão

Karel VAN MIERT

Membro da Comissão