



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
apresentadas em 18 de dezembro de 2019¹

Processo C-719/18

Vivendi SA
contra
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,
sendo interveniente:
Mediaset SpA

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália)]

«Reenvio prejudicial — Telecomunicações — Liberdade de estabelecimento — Livre circulação de capitais — Artigos 49.º TFUE e 63.º TFUE — Diretiva 2002/21/CE — Legislação nacional contra as posições dominantes — Cálculo das receitas no setor das comunicações eletrónicas e no sistema integrado de comunicações — Restrição do setor das comunicações eletrónicas aos mercados objeto de regulamentação *ex ante* — Contabilização das receitas das sociedades associadas — Limiar diferenciado de receitas entre as sociedades que operam no setor das comunicações eletrónicas e os outros operadores — Artigo 11.º da Carta — Liberdade e pluralismo dos meios de comunicação»

1. A legislação italiana impõe determinadas restrições às empresas que operam no setor da comunicação social audiovisual e radiofónica, impedindo-as de aí assumirem posições dominantes, com a finalidade de salvaguardar o pluralismo informativo.

2. Entre essas restrições encontra-se a proibição de uma empresa obter receitas superiores a 20 % das receitas totais do designado «Sistema integrado de comunicações» (a seguir «SIC»)². Esta percentagem reduz-se a 10 % quando a empresa detém, simultaneamente, uma quota superior a 40 % das receitas totais do setor das comunicações eletrónicas.

3. No presente processo, a Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Autoridade Reguladora das Comunicações; a seguir «AGCom») declarou, com base nas disposições legais nacionais, que uma sociedade francesa do setor da comunicação social (Vivendi SA; a seguir «Vivendi») as tinha infringido ao adquirir uma participação significativa no capital de uma sociedade italiana do mesmo setor (Mediaset Italia SpA; a seguir «Mediaset»). A Vivendi usufruía de uma posição relevante no setor italiano das comunicações eletrónicas devido ao controlo que detém sobre a Telecom Italia SpA (a seguir «TIM»).

4. O órgão jurisdicional que conhece do recurso interposto pela Vivendi da decisão da AGCom submete ao Tribunal de Justiça as suas dúvidas sobre a conformidade, quanto a este ponto, da lei nacional com o direito da União.

¹ Língua original: espanhol.

² Além da imprensa e das comunicações eletrónicas, o SIC compreende a rádio e os serviços audiovisuais, o cinema, a publicidade exterior, as iniciativas de comunicação de produtos e serviços, bem como os patrocínios.

I. Quadro jurídico

A. Direito da União

1. Diretiva 2002/21/CE³

5. O artigo 14.º («Empresas com poder de mercado significativo») dispõe:

«1. Nos casos em que as diretivas específicas imponham às autoridades reguladoras nacionais a obrigação de determinar se certos operadores têm poder de mercado significativo, de acordo com o procedimento previsto no artigo 16.º, aplica-se o disposto nos n.ºs 2 e 3 do presente artigo.

2. Considera-se que uma empresa tem poder de mercado significativo se, individualmente ou em conjunto com outras, gozar de uma posição equivalente a uma posição dominante, ou seja, de uma posição de força económica que lhe permita agir, em larga medida, independentemente dos concorrentes, dos clientes e mesmo dos consumidores.

Em particular, ao avaliarem se duas ou mais empresas gozam de uma posição dominante conjunta num mercado, as autoridades reguladoras nacionais devem deliberar em conformidade com o direito comunitário e tomar na máxima conta as “Linhas de orientação para a análise de mercado e a avaliação do poder de mercado significativo”, publicadas pela Comissão nos termos do artigo 15.º Os critérios a utilizar nessa avaliação estão estabelecidos no anexo II.

3. Caso uma empresa tenha um poder de mercado significativo num mercado específico, pode igualmente considerar-se que tem um poder de mercado significativo num mercado estreitamente associado se as ligações entre os dois mercados forem de molde a permitir utilizar num mercado, por efeito de alavanca, o poder detido no outro, reforçando assim o poder de mercado da empresa.»

6. O artigo 15.º («Procedimento para a identificação e a definição do mercado») estipula:

«1. Após consulta pública e consulta às autoridades reguladoras nacionais, a Comissão adotará uma recomendação sobre os mercados relevantes de produtos e serviços (a seguir designada por “recomendação”). A recomendação identificará, nos termos do anexo I, os mercados de produtos e serviços no setor das comunicações eletrónicas cujas características podem justificar a imposição das obrigações regulamentares previstas nas diretivas específicas, sem prejuízo dos mercados que possam ser definidos em casos específicos, no âmbito do direito da concorrência. A Comissão definirá os mercados de acordo com os princípios do direito da concorrência.

A Comissão reapreciará periodicamente a recomendação.

2. Até à data de entrada em vigor da presente diretiva, a Comissão publicará linhas de orientação para a análise de mercado e a avaliação do poder de mercado significativo (a seguir designadas por “as linhas de orientação”), que deverão respeitar os princípios do direito da concorrência.

³ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (Diretiva-Quadro) (JO 2002, L 108, p. 33).

3. As autoridades reguladoras nacionais tomarão a recomendação e as linhas de orientação na máxima conta ao definirem os mercados relevantes que correspondem às circunstâncias nacionais, em particular os mercados geográficos relevantes dentro do seu território, em conformidade com os princípios do direito da concorrência. As autoridades reguladoras nacionais seguirão os procedimentos previstos nos artigos 6.º e 7.º antes de definirem os mercados que diferem dos definidos na recomendação.

4. Após consulta às autoridades reguladoras nacionais, a Comissão pode, deliberando em conformidade com o procedimento previsto no n.º 3 do artigo 22.º, aprovar uma decisão que identifique os mercados transnacionais.»

7. O artigo 16.º («Procedimento de análise de mercado») dispõe:

«1. Logo que possível após a adoção da recomendação ou qualquer atualização da mesma, as autoridades reguladoras nacionais realizarão uma análise dos mercados relevantes, tendo na máxima conta as linhas de orientação. Os Estados-Membros assegurarão que essa análise seja realizada, se for caso disso, em colaboração com as autoridades nacionais reguladoras da concorrência.

2. Nos casos em que a autoridade reguladora nacional tenha de pronunciar-se, em conformidade com os artigos 16.º, 17.º, 18.º e 19.º da Diretiva 2002/22/CE (Diretiva Serviço Universal) ou com os artigos 7.º ou 8.º da Diretiva 2002/19/CE (Diretiva Acesso) sobre a imposição, manutenção, modificação ou supressão de obrigações aplicáveis às empresas, as referidas autoridades determinarão, com base na sua análise do mercado referida no n.º 1 do presente artigo, se um mercado relevante é efetivamente concorrencial.

3. Caso a autoridade reguladora nacional conclua que o mercado é efetivamente concorrencial, não imporá nem manterá nenhuma das obrigações regulamentares específicas referidas no n.º 2. Caso existam já obrigações regulamentares setoriais, suprimirá essas obrigações para as empresas desse mercado relevante. As partes abrangidas por esta supressão de obrigações serão informadas com antecedência adequada.

4. Caso uma autoridade reguladora nacional determine que um mercado relevante não é efetivamente concorrencial, deverá identificar as empresas com poder de mercado significativo nesse mercado, nos termos do artigo 15.º, e impor-lhes as obrigações regulamentares específicas adequadas referidas no n.º 2 do presente artigo ou manter ou modificar essas obrigações, caso já existam.

5. No caso dos mercados transnacionais identificados na decisão referida no n.º 4 do artigo 15.º, as autoridades reguladoras nacionais em causa procederão a uma análise conjunta do mercado, tendo na máxima conta as linhas de orientação, e pronunciar-se-ão de modo concertado sobre a imposição, a manutenção, a modificação ou a supressão das obrigações regulamentares referidas no n.º 3.

6. As medidas tomadas em conformidade com os n.ºs 3, 4, e 5 ficarão sujeitas aos procedimentos previstos nos artigos 6.º e 7.º»

2. Diretiva 2010/13/UE⁴

8. Os considerandos 5, 8 e 34 da Diretiva 2010/13 preveem:

«(5) Os serviços de comunicação social audiovisual são, simultaneamente, serviços culturais e serviços económicos. A importância crescente de que se revestem para as sociedades, a democracia — garantindo designadamente a liberdade de informação, a diversidade de opiniões e o pluralismo dos meios de comunicação social —, a educação e a cultura justifica a aplicação de regras específicas a esses serviços.

[...]

(8) É essencial que os Estados-Membros velem por que sejam evitados atos que possam prejudicar a liberdade de circulação e de comércio das emissões televisivas ou que possam promover a criação de posições dominantes suscetíveis de conduzir a restrições ao pluralismo e à liberdade da informação televisiva bem como da informação no seu conjunto.

[...]

(34) A fim de promover uma indústria europeia do audiovisual forte, competitiva e integrada e reforçar o pluralismo dos meios de comunicação social em toda a União, apenas um Estado-Membro deverá ter jurisdição sobre cada fornecedor de serviços de comunicação social audiovisual, devendo o pluralismo da informação constituir um princípio fundamental da União.»

9. O artigo 1.º, n.º 1, prevê:

«1. Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

a) “Serviço de comunicação social audiovisual”:

i) um serviço tal como definido pelos artigos 56.º e 57.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, prestado sob a responsabilidade editorial de um fornecedor de serviços de comunicação social e cuja principal finalidade é a oferta ao público em geral de programas destinados a informar, distrair ou educar, através de redes de comunicações eletrónicas, na aceção da alínea a) do artigo 2.º da Diretiva 2002/21/CE. Esse serviço de comunicação social audiovisual é constituído por emissões televisivas, tal como definidas na alínea e) do presente número, ou por serviços de comunicação social audiovisual a pedido, tal como definidos na alínea g) do presente número,

ii) Comunicações comerciais audiovisuais.»

⁴ Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva «Serviços de Comunicação Social Audiovisual») (JO 2010, L 95, p. 1).

B. *Direito italiano*

1. *Decreto legislativo del 31 luglio 2005, n.º 177, recante il «Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici»*⁵

10. O artigo 2.º, n.º 1, alínea l), descreve o SIC nestes termos:

«o setor económico que compreende as seguintes atividades: imprensa diária e periódica; publicações de anuários e eletrónicas, também através da Internet; rádio e serviços de comunicação social audiovisual; cinema; publicidade exterior; iniciativas de comunicação de produtos e serviços; patrocínios.»

11. Nos termos do artigo 43.º («Posições dominantes no sistema integrado de comunicações»):

«1. As entidades que operam no sistema integrado de comunicações estão obrigadas a comunicar à Autoridade os acordos e as operações de concentração para que esta possa verificar o respeito dos princípios enunciados nos n.ºs 7, 8, 9, 10, 11 e 12, nos termos dos procedimentos previstos na regulamentação *ad hoc* que ela própria deve adotar.

2. A requerimento da parte interessada ou oficiosamente, de forma regular, a Autoridade, após delimitar o mercado em conformidade com os princípios a que se referem os artigos 15.º e 16.º da Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, deve verificar a existência de uma posição dominante, quer no sistema integrado de comunicações, quer nos mercados que o integram, e que os limites fixados nos n.ºs 7, 8, 9, 10, 11 e 12 são respeitados, tendo em conta, nomeadamente, além das receitas, o nível da concorrência no interior do sistema, as barreiras à entrada no mesmo, as escalas de eficiência económica da empresa, bem como os indicadores quantitativos de difusão dos programas radiofónicos e televisivos, dos produtos editoriais e das obras cinematográficas ou fonográficas.

[...]

9. Sem prejuízo da proibição de constituição de posições dominantes nos mercados concretos que compõem o sistema integrado de comunicações, as entidades obrigadas a inscrição no Registo dos Operadores de Comunicações, criado ao abrigo do artigo 1.º, n.º 6, alínea a), ponto 5, da Lei n.º 249, de 31 de julho de 1997, não podem, nem diretamente nem através de empresas controladas ou associadas nos termos dos n.ºs 14 e 15, obter receitas superiores a 20 % das receitas totais do sistema integrado de comunicações.

[...]

11. As empresas, incluindo através de sociedades controladas ou associadas, cujas receitas no setor das comunicações eletrónicas, tal como definidas nos termos do artigo 18.º do Decreto Legislativo n.º 259, de 1 de agosto de 2003, sejam superiores a 40 % das receitas totais desse setor, não podem obter, no sistema integrado de comunicações, receitas superiores a 10 % do referido sistema.

[...]

14. Para efeitos do presente Texto Único, o controlo é exercido, especialmente no que respeita a entidades distintas das sociedades, nos casos previstos pelo artigo 2359.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil italiano.»

⁵ Decreto Legislativo n.º 177, de 31 de julho de 2005, que estabelece o «Texto consolidado dos serviços de comunicação social audiovisual e radiofónica» (a seguir «TUSMAR»; GURI n.º 208, de 7 de setembro de 2005).

2. Código Civil

12. O artigo 2359.º dispõe:

«São consideradas sociedades controladas:

- 1) as sociedades em que uma outra sociedade dispõe da maioria dos votos na assembleia geral ordinária;
- 2) as sociedades em que uma outra sociedade dispõe de votos suficientes para exercer uma influência dominante na assembleia geral ordinária;
- 3) as sociedades que estão sob a influência dominante de outra sociedade por manterem com ela relações contratuais específicas.

[...]

As sociedades são consideradas associadas quando uma delas exerce sobre as outras uma influência considerável. Presume-se que existe essa influência quando a sociedade pode dispor de, pelo menos, um quinto dos votos, ou de um décimo dos mesmos se tiver ações cotadas em mercados regulados.»

II. Litígio no processo principal e questões prejudiciais

13. A Vivendi, uma sociedade de direito francês inscrita no registo comercial de Paris, é a sociedade-mãe de um grupo que opera nos setores da comunicação social e da criação e distribuição de conteúdos audiovisuais.

14. A Vivendi detém 23,94 % do capital da TIM, sociedade da qual tem o controlo⁶ após a assembleia de acionistas de 4 de maio de 2017, em que obteve a maioria do conselho de administração⁷.

15. Em 8 de abril de 2016, a Vivendi, a Mediaset e a Reti Televisive Italiane SpA celebraram um contrato de colaboração estratégica mediante o qual a Vivendi adquiriu 3,5 % do capital social da Mediaset e 100 % do da Mediaset Premium SpA, cedendo em troca 3,5 % do seu próprio capital social.

16. Na sequência das divergências respeitantes a esse acordo, a Vivendi lançou, em dezembro de 2016, uma oferta de aquisição hostil de ações da Mediaset. Em 22 de dezembro de 2016, a Vivendi já detinha 28,8 % do capital social da Mediaset, correspondente a 29,94 % dos direitos de voto. No entanto, esta participação minoritária qualificada não lhe permitia exercer o controlo desta sociedade, que se mantinha sob o domínio do grupo Fininvest⁸.

6 Através da comunicação n.º 0106341, de 13 de setembro de 2017, a Autoridad italiana para la vigilancia de los mercados financieros [Autoridade Italiana para a Supervisão dos Mercados Financeiros (CONSOB)] declarou que «a seguito dell'assemblea dei soci del 4 maggio 2017 con la quale Vivendi ha nominato la maggioranza dei consiglieri di amministrazione di TIM — la medesima Vivendi esercita il controllo su TIM ai sensi degli artt. 2359, comma 1, n.º 2, del codice civile e 93 TUF, nonché ai sensi del Regolamento Consob OPC».

7 Em 30 de maio de 2017, a Comissão optou por não se opor à concentração Vivendi/Telecom Italia e declarou-a compatível com o mercado interno (processo M.8465; JO 2017, C 220, p. 53).

8 A Comissão confirmou esta circunstância na sua Decisão de 30 de maio de 2017 (ponto 49): «Vivendi does not jointly or solely control Mediaset in light of the following factors: (i) another industrial shareholder (Fininvest) historically holds the largest share of Mediaset's share capital (currently amounting to 39.53 % of the ordinary share capital and of 41.09 % of the voting share capital), has obtained the majority of the voting rights at least in the last 6 shareholders' meetings and has appointed the majority of the board at least in the last two terms (in 2012 and 2015); (ii) Vivendi has not appointed any members of the board of directors, which will remain in office until the approval of the financial statements for year 2017; and (iii) Vivendi does not enjoy any specific information or other rights, which materially differ from those of any other minority shareholder; and (iv) at the present, Vivendi and Mediaset are engaged in an on-going litigation, following the breaking down of the negotiations for the acquisition of Mediaset Premium in 2016 which seems, thus, to exclude commonality of interests between Vivendi and Mediaset».

17. Em 20 de dezembro de 2016, a Mediaset participou à AGCom que a Vivendi tinha violado o artigo 43.º, n.º 11, do TUSMAR ao adquirir aquelas ações.

18. Pela Deliberação n.º 178/17/CONS, de 18 de abril de 2017⁹, a AGCom declarou que, em consequência das referidas participações, a Vivendi tinha violado o artigo 43.º, n.º 11, do TUSMAR e intimou-a a cessar a referida infração num prazo de doze meses.

19. A Vivendi executou a ordem da AGCom, transferindo, em 6 de abril de 2018, para uma sociedade independente (Simon Fiduciaria SpA) a titularidade de 19,19 % das ações da Mediaset (19,95 % dos direitos de voto). Desta forma, a Vivendi mantinha uma participação social direta na Mediaset inferior a 10 % dos votos válidos na assembleia de acionistas desta última.

20. Sem prejuízo do que precede, a Vivendi interpôs recurso da deliberação da AGCom no Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália), pedindo a sua anulação.

21. No decurso do presente litígio, o órgão jurisdicional que dele conhece submete ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Ainda que os Estados-Membros tenham a faculdade de verificar se as empresas gozam de uma posição dominante (com a consequente imposição às mesmas de obrigações específicas), é ou não contrário ao direito da União Europeia e, em particular, ao princípio da liberdade de circulação de capitais previsto no artigo 63.º TFUE o disposto no artigo 43.º, n.º 11, do Decreto Legislativo n.º 177, de 31 de julho de 2005, na redação vigente no momento da adoção da decisão impugnada, nos termos do qual «[a]s empresas, incluindo através de sociedades [controladas ou associadas], cujas receitas no setor das comunicações eletrónicas, tal como definidas nos termos do artigo 18.º do Decreto Legislativo n.º 259, de 1 de agosto de 2003, sejam superiores a 40 % das receitas totais desse setor, não podem obter, no sistema integrado de comunicações, receitas superiores a 10 % do referido sistema», na medida em que a referida disposição, através da remissão para o artigo 18.º do Codice delle comunicazioni elettroniche (Código das Comunicações Eletrónicas), limita o setor em questão aos mercados suscetíveis de regulamentação *ex ante*, apesar de a experiência comum demonstrar que a informação (cujo pluralismo a referida norma tem em vista) circula cada vez mais através da utilização da Internet, dos computadores pessoais e dos telemóveis, de tal modo que pode tornar irrazoável a exclusão do próprio setor, em particular, dos serviços retalhistas de telefonia móvel, apenas porque operam em regime de plena concorrência, e tendo também em consideração que a Autoridade [Reguladora das Comunicações] estabeleceu os limites do setor das comunicações eletrónicas para efeitos de aplicação do referido artigo 43.º, n.º 11, precisamente aquando do procedimento em causa, tomando unicamente em consideração os mercados em relação aos quais tenha sido realizada pelo menos uma análise desde a entrada em vigor do Codice delle comunicazioni elettroniche (Código das Comunicações Eletrónicas), ou seja, de 2003 até à atualidade, com as receitas resultantes do último levantamento útil, realizado em 2015?
- 2) Os princípios relativos à proteção da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, em conformidade com os artigos 49.º e 56.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), os artigos 15.º e 16.º da Diretiva 2002/21/CE, relativa às autorizações para as redes e serviços de comunicações eletrónicas, destinados a proteger o pluralismo e a liberdade de expressão, e o princípio de direito da União da proporcionalidade, opõem-se à aplicação de uma legislação nacional em matéria de serviços públicos de comunicação social audiovisual e radiofónica, como a italiana, constante do artigo 43.º, n.ºs 11 e 14 [do Decreto Legislativo n.º 177, de

⁹ Delibera n.º 178/17/CONS Accertamento della violazione dell'art. 43, comma 11, del decreto legislativo 31 luglio 2005, n.º 177, texto disponível no sítio Internet da AGCom em <https://www.agcom.it/documents/10179/7421815/Delibera+178-17-CONS/bb20ae9f-21eb-4d39-baf9-ee3fc9d8737a?version=1.1.1>.

31 de julho de 2005], segundo a qual as receitas pertinentes para determinar o segundo limiar mínimo de 10 % se referem também a empresas não controladas nem sujeitas a influência dominante, mas simplesmente “participadas”, nos termos do artigo 2359.º do codice civile (Código Civil italiano) (referido no artigo 43.º, n.º 14.º), ainda que não seja possível, em relação a estas últimas, exercer qualquer influência sobre as informações a difundir?

- 3) Os princípios relativos à proteção da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços, em conformidade com os artigos 49.º e 56.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), os artigos 15.º e 16.º da Diretiva 2002/21/CE, os princípios da proteção do pluralismo das fontes de informação e da defesa da concorrência no setor radiofónico e televisivo, nos termos da Diretiva 2010/13/UE relativa a Serviços de Comunicação Social Audiovisual e da Diretiva 2002/21/CE, opõem-se a uma legislação nacional como o Decreto Legislativo n.º 177/2005, que, nos n.ºs 9 e 11 do seu artigo 43.º, sujeita a limiares mínimos muito diferentes (respetivamente, de 20 % e de 10 %) os “sujeitos obrigados a inscrição no Registo dos Operadores de Comunicações, criado ao abrigo do artigo 1.º, n.º 6, alínea a), ponto 5, da Lei n.º 249, de 31 de julho de 1997” (ou os destinatários de concessão ou autorização com base na legislação vigente, pela Autoridade Reguladora ou outras autoridades administrativas competentes, bem como as empresas concessionárias de publicidade transmitida por qualquer forma, as editoras, etc., a que se refere o n.º 9), relativamente às empresas que operam no setor das comunicações eletrónicas, tal como definido anteriormente (no âmbito do n.º 11)?»

22. Apresentaram observações escritas a Vivendi, a Mediaset, o Governo italiano e a Comissão, que intervieram na audiência realizada em 9 de outubro de 2019.

III. Apreciação

A. Admissibilidade das questões prejudiciais

23. O Governo italiano entende que a primeira questão é hipotética, uma vez que a Vivendi teria tido no ano de referência uma quota de 45,9 % das receitas do setor das comunicações eletrónicas, devido ao seu controlo da TIM, embora esse mercado tivesse sido delimitado em sentido mais amplo. De qualquer forma, assim, teria ultrapassado o limiar de 40 % de receitas.

24. A exceção de inadmissibilidade não pode ser acolhida quando o que o tribunal de reenvio questiona é, precisamente, a compatibilidade com o direito da União da percentagem fixada para restringir o acesso ao SIC das empresas que operam no setor das comunicações eletrónicas.

25. A Mediaset considera que as questões do tribunal de reenvio são inadmissíveis, uma vez que este não faz uma descrição clara e coerente do quadro jurídico nacional nem explica a relevância para a decisão do litígio de algumas das disposições do direito da União que refere.

26. Também essa exceção não pode proceder, uma vez que as questões prejudiciais relativas ao direito da União gozam de uma presunção de pertinência, que aqui não foi elidida. O Tribunal de Justiça só pode recusar pronunciar-se sobre uma questão prejudicial submetida por um órgão jurisdicional nacional se for manifesto que a interpretação ou a apreciação da validade de uma regra da União solicitada não tem nenhuma relação com a realidade ou o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal de Justiça não dispuser dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe são submetidas¹⁰.

¹⁰ Acórdãos de 16 de junho de 2015, Gauweiler e o. (C-62/14, EU:C:2015:400, n.º 25); de 7 de fevereiro de 2018, American Express (C-304/16, EU:C:2018:66, n.º 32); e de 10 de dezembro de 2018, Wightman e o. (C-621/18, EU:C:2018:999, n.º 27).

27. Nenhuma dessas circunstâncias se verifica aqui. Mesmo que o despacho de reenvio mencione determinadas disposições do direito da União sem explicar a sua relevância para a decisão, contém os elementos de apreciação suficientes para permitir compreender os problemas jurídicos suscitados acerca da eventual incompatibilidade da legislação italiana com as disposições do direito da União. O Tribunal de Justiça está, assim, em condições de dar uma resposta útil ao órgão jurisdicional de reenvio.

B. Disposições pertinentes do direito da União

1. Disposições do TFUE

28. Embora as três questões prejudiciais se refiram à mesma lei italiana, questionam a compatibilidade de vários dos seus elementos, tal como foram interpretados neste processo, com diversas disposições do TFUE. Especificamente, a primeira alude ao artigo 63.º TFUE (liberdade de circulação de capitais), ao passo que as outras duas dizem respeito aos artigos 49.º TFUE (direito de estabelecimento) e 56.º TFUE (livre prestação de serviços)¹¹.

29. Quanto a esta última disposição, basta dizer que o artigo 56.º TFUE não é aplicável a este processo por não existir no litígio principal uma prestação transfronteiras de serviços.

30. Pelo contrário, a legislação italiana poderia, em princípio, entrar em conflito tanto com a liberdade de estabelecimento (artigo 49.º TFUE) como com a liberdade de circulação de capitais (artigo 63.º TFUE).

31. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, para saber se uma legislação nacional se inscreve no âmbito de uma ou outra dessas liberdades, há que ter em conta o seu objeto, de modo que¹²:

- O artigo 49.º TFUE só é chamado à colação quando esteja em causa uma disposição nacional que apenas é aplicável às participações que permitam exercer uma influência efetiva nas decisões de uma sociedade e determinar as respetivas atividades.
- Em contrapartida, aplica-se o artigo 63.º TFUE caso as disposições nacionais digam respeito às participações adquiridas com a única finalidade de realizar uma aplicação financeira sem intenção de influenciar a gestão e o controlo da empresa¹³.

32. Dos dados constantes dos autos resulta que a aquisição de ações e a tomada do controlo da TIM por parte da Vivendi implicam o exercício do direito de estabelecimento. Pelo contrário, a aquisição pela Vivendi de uma parte significativa das ações da Mediaset enquadrar-se-ia quer na liberdade de circulação de capitais (se a intenção da Vivendi fosse a de fazer um mero investimento patrimonial), quer na liberdade de estabelecimento (se a Vivendi pretendesse intervir na gestão da Mediaset).

11 Como já foi explicado, o tribunal de reenvio não expõe com clareza as razões que o levam a questionar a compatibilidade da legislação italiana com as disposições do TFUE relativas às diferentes liberdades do mercado interno.

12 V., neste sentido, Acórdãos de 13 de novembro de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, n.ºs 89 e 90); de 5 de fevereiro de 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi* (C-385/12, EU:C:2014:47, n.º 21); de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, n.º 25); de 24 de novembro de 2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, n.º 31); e de 6 de março de 2018, *SEGRO e Horváth* (C-52/16 e C-113/16, EU:C:2018:157, n.º 53).

13 Acórdãos de 13 de novembro de 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, n.ºs 91 e 92); e de 24 de novembro de 2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, n.ºs 32 e 33).

33. A legislação italiana restringe ambas as liberdades, pois o fator que impede a Vivendi de efetuar um investimento considerável em ações da Mediaset é a sua participação no capital, e subsequente controlo, da TIM, sociedade com uma elevada quota no mercado italiano das comunicações eletrónicas¹⁴.

34. Ainda que o resultado do confronto entre a legislação italiana e as exigências da liberdade de circulação de capitais não variasse substancialmente relativamente às exigências que são próprias da liberdade de estabelecimento, dada a convergência da jurisprudência do Tribunal de Justiça quanto a ambas as liberdades, entendo que as características do litígio principal aconselham a apreciação da referida compatibilidade com as disposições sobre o direito de estabelecimento¹⁵.

35. O conflito entre a Vivendi e a Mediaset tem como pano de fundo a intenção do grupo empresarial francês de intervir na gestão da Mediaset¹⁶ e, desta forma, obter uma quota considerável do mercado italiano da comunicação social. Aparentemente, através da aquisição de ações desta última empresa, a Vivendi não pretende um simples investimento patrimonial unicamente com vista à obtenção de lucros.

36. Se assim for, estaremos perante o exercício do direito de estabelecimento de uma empresa francesa no mercado italiano da comunicação social, comprometido pela aplicação da lei nacional pela AGCom. Ao adquirir 28,8 % do capital social da Mediaset, que lhe confere 29,94 % de direitos de voto, a pretensão da Vivendi parecia ser, repito, influenciar efetivamente a administração da Mediaset e determinar, em certa medida, as atividades desta empresa, no sentido da jurisprudência do Tribunal de Justiça.

2. Diretivas em matéria de comunicações eletrónicas e de serviços de comunicação social audiovisual

37. O tribunal de reenvio alude tanto à Diretiva-Quadro (em particular, aos seus artigos 15.º e 16.º) como à Diretiva 2010/13, relativa aos serviços de comunicação social audiovisual.

38. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, em casos de harmonização exaustiva, as diretivas são aplicadas preferencialmente e substituem a utilização das normas de direito primário (aqui, as respeitantes às liberdades de circulação do mercado interno). Quando as diretivas de harmonização não são exaustivas, é possível a sua aplicação conjugada com o direito primário.

39. No presente processo, há então que esclarecer se a Diretiva-Quadro e a Diretiva 2010/13 são os únicos quadros de referência para responder às questões prejudiciais ou se, pelo contrário, se aplicam primordialmente as normas de direito primário (especialmente, o artigo 49.º TFUE), mesmo que se tenham em conta algumas disposições dessas duas diretivas.

40. Na minha opinião, ambas as diretivas harmonizam a matéria de forma não exaustiva, deixando aos Estados-Membros uma ampla margem de apreciação para adotar decisões nacionais. A fiscalização destas últimas deve ser feita em conformidade com o artigo 49.º TFUE e com a jurisprudência do Tribunal de Justiça que o interpreta.

¹⁴ A TIM é, como já se referiu, a sucessora do extinto monopólio do Estado italiano.

¹⁵ Na jurisprudência do Tribunal de Justiça há exemplos de restrições que se enquadram na liberdade de estabelecimento e na de capitais, que são apreciadas apenas em relação a uma destas liberdades consoante o contexto dos litígios principais. V., nomeadamente, Acórdãos de 17 de setembro de 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, n.º 51 e jurisprudência citada); e de 6 de março de 2018, SEGRO e Horváth (C-52/16 e C-113/16, EU:C:2018:157, n.º 55).

¹⁶ Como afirma a Mediaset nas suas observações (n.º 10). No seu Rapport annuel — Document de référence 2016 (Relatório Anual — Documento de Referência 2016), p. 235 (disponível em https://www.vivendi.com/wp-content/uploads/2017/03/20170314-VIV_Vivendi-Rapport-annuel-Document-de-reference-2016.pdf), a Vivendi reconheceu que «[...] l'entrée au capital de Mediaset s'inscrit dans la volonté de Vivendi de se développer en Europe du Sud et dans le cadre de ses ambitions stratégiques en tant que groupe international majeur dans le domaine des médias et des contenus d'essence européenne».

41. Concretamente, a Diretiva-Quadro fixa as funções atribuídas às autoridades reguladoras nacionais (a seguir «ARN»). Entre essas funções salienta (artigo 16.º) a análise dos mercados relevantes, em resultado da qual as ARN¹⁷ podem estabelecer obrigações específicas, também designadas «medidas de correção», a operadores que tenham um poder de mercado significativo em algum desses mercados¹⁸. São, por conseguinte, funções de regulação para cujo exercício as ARN dispõem de um poder alargado de apreciação que lhes permite avaliar as necessidades de regulamentação de um mercado, caso a caso¹⁹, eventualmente com o apoio da Comissão²⁰.

42. A aplicação do artigo 43.º, n.º 11, do TUSMAR levada a cabo pela AGCom relativamente à Vivendi poderia enquadrar-se, em princípio, no âmbito da Diretiva-Quadro, mas a margem de apreciação que esta deixa às ARN requer uma análise da sua eventual incompatibilidade com o direito da União à luz das exigências do artigo 49.º TFUE.

43. Quanto à Diretiva 2010/13, o Tribunal de Justiça declarou que não está abrangida no seu âmbito uma medida nacional que prossiga um objetivo de interesse geral e que regule certos aspetos da transmissão ou da distribuição de serviços de comunicação social audiovisual, salvo se instituir um segundo controlo das emissões de radiodifusão televisiva que venha acrescentar-se àquele que o Estado-Membro de transmissão está obrigado a efetuar²¹.

44. Como a legislação italiana (ou seja, o artigo 43.º do TUSMAR, na medida em que proíbe que uma empresa com receitas de 40 % do setor das comunicações eletrónicas exceda o limiar de 10 % no SIC) não influencia as emissões nem implica um segundo controlo das emissões de radiodifusão, escapa ao âmbito de aplicação da Diretiva 2010/13. Além disso, a referida disposição nacional pretende proteger o pluralismo dos meios de comunicação social e a liberdade de informação, objetivos de interesse geral.

45. Em suma, a perspetiva a partir da qual deve ser analisada a legislação nacional é, neste processo, a do artigo 49.º TFUE.

C. Restrições ao direito de estabelecimento

46. Proponho-me, assim, examinar a compatibilidade da legislação italiana, tal como foi interpretada neste processo, com o artigo 49.º TFUE, respondendo de forma conjunta às três questões prejudiciais, a fim de evitar repetições.

17 Às ARN são atribuídas competências regulamentares que consistem em definir, com base nos princípios do direito da concorrência, os mercados das comunicações eletrónicas dentro do seu território (artigo 15.º, n.º 3, da Diretiva-Quadro) e em identificar os operadores que dispõem, individualmente ou em conjunto com outros, de um poder de mercado significativo (artigo 14.º da Diretiva-Quadro).

18 V., neste sentido, Despachos de 12 de dezembro de 2007, Vodafone España e Vodafone Group/Comissão (T-109/06, EU:T:2007:384, n.ºs 72 a 75); e de 9 de julho de 2019, VodafoneZiggo Group/Comissão (T-660/18, EU:T:2019:546, n.º 32).

19 V. Acórdãos de 15 de setembro de 2016, Koninklijke KPN e outros (C-28/15, EU:C:2016:692, n.º 36); e de 3 de dezembro de 2009, Comissão/Alemanha (C-424/07, EU:C:2009:749, n.º 61).

20 A Comissão apoia as ARN e procura assegurar a aplicação harmonizada do quadro regulamentar em toda a União, publicando recomendações e linhas de orientação, nomeadamente, nos termos do artigo 15.º da Diretiva-Quadro, sobre os mercados relevantes de produtos e serviços, bem como sobre a análise do mercado e a avaliação do poder de mercado significativo. O papel de coordenação da Comissão é evidenciado, também, no procedimento de consulta europeu que resulta dos artigos 7.º e 7.º-A da Diretiva-Quadro.

21 Acórdãos de 4 de julho de 2019, Baltic Media Alliance (C-622/17, EU:C:2019:566, n.ºs 73 e 74); de 22 de setembro de 2011, Mesopotamia Broadcast e Roj TV (C-244/10 e C-245/10, EU:C:2011:607, n.º 50); e de 9 de julho de 1997, De Agostini e TV-Shop (C-34/95 a C-36/95, EU:C:1997:344, n.º 34). Estes dois últimos referiam-se à Diretiva 89/552/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 3 de outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva (Diretiva «Serviços de Comunicação Social Audiovisual») (JO 1989, L 298, p. 23), que precedeu a Diretiva 2010/13.

47. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, esse artigo opõe-se a qualquer medida nacional que, embora indistintamente aplicável em razão da nacionalidade, seja suscetível de perturbar ou de tornar menos atrativo o exercício, pelos nacionais dos Estados-Membros da União, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado. Estes efeitos restritivos podem produzir-se quando, em razão de uma legislação nacional, uma sociedade puder ser dissuadida de criar entidades subordinadas, como um estabelecimento estável, noutros Estados-Membros e de exercer a sua atividade por intermédio destas entidades²².

48. A restrição que, com base no TUSMAR, foi aplicada à Vivendi é um entrave à sua liberdade de se implantar em Itália, impedindo-a de influenciar a gestão e, se for esse o caso, de tomar o controlo da Mediaset. Não se trata, assim, de um obstáculo direto à liberdade de estabelecimento, baseado na nacionalidade, mas indireto, aplicável indistintamente a operadores nacionais e a empresas de outros Estados-Membros.

49. O efeito restritivo da legislação italiana provém da conjugação dos três elementos alegados pelo tribunal de reenvio:

- Por um lado, da utilização de um conceito restrito do «setor das comunicações eletrónicas», circunscrito aos mercados suscetíveis de regulamentação *ex ante*.
- Por outro lado, do cômputo das receitas das sociedades «associadas» (e não apenas das sociedades «controladas») para calcular as quotas de mercado no setor das comunicações eletrónicas e no setor da comunicação social.
- Finalmente, da fixação de limiares diferenciados (20 % e 10 % das receitas do SIC) para a aquisição de participações em meios de comunicação social.

1. Delimitação restritiva do setor das comunicações eletrónicas

50. Quanto ao primeiro elemento, a AGCom acolhe uma definição restritiva do setor das comunicações eletrónicas, obtida a partir de uma leitura conjugada do artigo 43.º, n.º 11, do TUSMAR e do artigo 18.º do Código das Comunicações Eletrónicas italiano. Deste modo, ao reduzir *de facto* a extensão do setor das comunicações eletrónicas, será mais fácil que uma única empresa atinja 40 % das receitas desse setor, o que limita as suas possibilidades de se implantar no setor da comunicação social em Itália.

51. A aplicação que a AGCom faz dessas duas disposições italianas circunscreve, como já se referiu, o setor das comunicações eletrónicas aos mercados que podem ser objeto de regulamentação *ex ante*²³, isto é, que tenham sido objeto de pelo menos uma análise desde a entrada em vigor do Código das Comunicações Eletrónicas (2003) até ao presente, e cujas receitas resultem do último levantamento útil (2015).

52. Ao fazê-lo, a AGCom exclui do setor das comunicações eletrónicas mercados de crescente importância para a transmissão de informações: é o que acontece com o dos serviços retalhistas de telefonia móvel, que é um mercado concorrencial no qual não se exigem intervenções regulamentares *ex ante* dos Estados-Membros, ou com os de outros serviços de comunicações eletrónicas ligados à Internet, ou com os serviços de radiodifusão por satélite. Tanto uns como outros se converteram na via principal para o acesso à comunicação social, pelo que não é lógico excluí-los do cômputo.

22 V., designadamente, Acórdãos de 11 de março de 2010, Attanasio Group (C-384/08, EU:C:2010:133, n.ºs 43 e 44); de 13 de outubro de 2011, DHL International (C-148/10, EU:C:2011:654, n.º 60); e de 10 de maio de 2012, Duomo Gpa e o. (C-357/10 a C-359/10, EU:C:2012:283, n.º 35).

23 Delibera n.º 178/17/CONS, referida na nota 9, pp. 27 a 29.

53. Com esta delimitação restrita do setor das comunicações eletrónicas, aumenta o poder que nele detém uma empresa de outro Estado-Membro (neste caso, a Vivendi) que participa no capital de uma operadora como a TIM e, simultaneamente, reduzem-se as suas possibilidades de participação no setor da comunicação social audiovisual, dificultando desta forma a sua implantação em Itália.

2. Incidência da «associação» entre sociedades

54. Quanto ao segundo elemento, a AGCom tem em conta, para verificar a posição de domínio de uma determinada empresa nos mercados, não só as receitas das sociedades «controladas», mas também as das sociedades «associadas» sobre as quais aquela exerça uma «influência considerável», em conformidade com o disposto no artigo 2359.º, n.º 3, do Código Civil italiano.

55. Neste processo, a participação da Vivendi na Mediaset não permitiu, *de facto*, à primeira exercer uma influência considerável sobre a segunda²⁴, porque esta última está sob o controlo do grupo Fininvest, que determina a sua linha de ação e com o qual a Vivendi se encontra em litígio. Trata-se, todavia, de uma questão de facto que só o tribunal de reenvio pode esclarecer com segurança.

56. Se assim for, a liberdade de estabelecimento da Vivendi em Itália seria afetada pela aplicação da disposição em causa, pois, ao imputar-lhe as receitas de sociedades «associadas» (como a Mediaset) sobre cuja estratégia comercial não está em condições de exercer influência, diminuiria a sua possibilidade de se implantar no SIC²⁵.

3. Duplo limiar de receitas no setor da comunicação social audiovisual

57. A liberdade de estabelecimento da Vivendi em Itália é igualmente restringida ao ser-lhe aplicada uma proibição de obter receitas no SIC mais rigorosa do que a fixada para os operadores de comunicações *normais*.

58. A legislação nacional permite a estes últimos²⁶ atingir até 20 % das receitas do SIC. Pelo contrário, as empresas que possuam mais de 40 % do setor das comunicações eletrónicas apenas são autorizadas a obter 10 % das receitas do mesmo SIC. Na verdade, esta última disposição aplica-se apenas à TIM, controlada pela Vivendi, pois só ela dispõe de receitas no setor das comunicações eletrónicas superiores a 40 %.

59. A fixação de um limiar máximo de receitas para o desenvolvimento da atividade empresarial no setor da comunicação social em Itália implica, por si só, uma restrição à liberdade de estabelecimento em Itália de empresas de outros Estados-Membros. Essa restrição é tanto maior quanto mais elevado for o limiar fixado, conforme ficou exposto, de forma diferenciada e prejudica mais uma empresa de outro Estado-Membro que domina uma sociedade italiana.

60. Em conclusão, a liberdade de estabelecimento consagrada pelo artigo 49.º TFUE é afetada por força do efeito dissuasivo da legislação italiana, que restringe — no sentido exposto — a possibilidade de empresas de outros Estados-Membros pretenderem incorporar-se no setor italiano da comunicação social.

²⁴ Remeto, relativamente a este aspeto, para as afirmações constantes da Decisão da Comissão de 30 de maio de 2017, transcritas na nota 8.

²⁵ Além disso, verificar-se-ia o duplo cômputo das receitas da empresa associada que provoca a aplicação da legislação italiana: as receitas da Mediaset são tomadas em consideração para o cálculo das receitas desta empresa italiana, controlada pelo grupo Fininvest, e para o cálculo da participação da Vivendi, na sua qualidade de acionista minoritária da Mediaset.

²⁶ Ou seja, as empresas inscritas no registo de operadores de comunicações, que dispõem de concessões ou autorizações concedidas pela AGCom ou por outras autoridades competentes, bem como as empresas concessionárias para a difusão de publicidade, as empresas editoras e similares.

61. No entanto, essa restrição poderia basear-se em interesses legítimos que a justificassem, aos quais farei referência em seguida.

D. Justificação da restrição

62. Segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a liberdade de estabelecimento do artigo 49.º TFUE só pode ser limitada por regulamentações justificadas pelas derrogações expressamente previstas no artigo 52.º TFUE (ordem pública, segurança pública ou saúde pública) ou por razões imperiosas de interesse geral e que se apliquem a qualquer pessoa ou empresa que exerça uma atividade no território do Estado-Membro de acolhimento. Além disso, a fim de ser assim justificada, a regulamentação nacional em causa deve ser adequada para garantir a realização do objetivo que prossegue e não ir além do que é necessário para o atingir²⁷.

63. Já referi que a legislação italiana é indistintamente aplicável a todos os operadores que atuam nos setores das comunicações eletrónicas e da comunicação social em Itália. Por isso, seria viável a sua justificação com base numa das derrogações expressas do artigo 52.º TFUE ou numa razão imperiosa de interesse geral.

64. Tanto a Mediaset como as autoridades italianas alegam a razão imperiosa de interesse geral que consiste na proteção do pluralismo informativo, que consta igualmente do TUSMAR²⁸. O tribunal de reenvio também entende que a legislação controvertida podia justificar-se pela proteção do pluralismo informativo e dos meios de comunicação social.

65. Em conformidade com o artigo 11.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, «[s]ão respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social». Os dois elementos são indispensáveis para a existência dos direitos à liberdade de expressão e de informação, tutelados por este artigo da Carta, que se inspira no artigo 10.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH)²⁹.

66. O Protocolo n.º 29 anexo ao TFUE também alude ao pluralismo dos meios de comunicação social ao salientar que «[...] a radiodifusão de serviço público nos Estados-Membros se encontra diretamente associada às necessidades de natureza democrática, social e cultural de cada sociedade, bem como à necessidade de preservar o pluralismo nos meios de comunicação social».

27 Acórdãos de 9 de setembro de 2010, Engelmann (C-64/08, EU:C:2010:506, n.ºs 29 e 47); de 9 de março de 2006, Comissão/Espanha (C-323/03, EU:C:2006:159, n.º 45); e de 4 de junho de 2002, Comissão/Bélgica (C-503/99, EU:C:2002:328, n.º 45).

28 O artigo 3.º do TUSMAR enumera, entre os princípios fundamentais do sistema de serviços de comunicação social audiovisual e radiofónica, «a garantia da liberdade e do pluralismo da comunicação social radiotelevisiva». O artigo 5.º, n.º 1, alínea a), do TUSMAR especifica que o SIC tem de se adequar à «tutela do pluralismo da comunicação social radiotelevisiva, impedindo para esse efeito a constituição ou a manutenção de posições lesivas do pluralismo [...], inclusivamente através de entidades controladas ou associadas [...]».

29 Para um comentário sobre as semelhanças e ligeiras diferenças entre essas disposições, remeto para Wachsmann, A., «Article 11. Liberté d'expression et d'information», em Picod, F.; Van Dooghenbroeck, S. (dirs.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelas, 2018, pp. 255 a 271.

67. Da Diretiva-Quadro e da Diretiva 2010/13 constam igualmente menções ao pluralismo dos meios. A ele se referem, especificamente, o considerando 5 da Diretiva-Quadro³⁰ e os considerandos 5 e 8 da Diretiva 2010/13³¹. O Parlamento Europeu insistiu na importância do referido pluralismo para a garantia da liberdade de expressão numa sociedade democrática³².

68. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem («TEDH», doravante) desenvolveu jurisprudência pertinente sobre a importância do pluralismo dos meios de comunicação social ao interpretar o artigo 10.º do CEDH³³.

69. O TEDH salientou que a liberdade de expressão, consagrada no n.º 1 do artigo 10.º, constitui um dos pilares essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições primordiais do seu progresso. Não existe democracia sem pluralismo e a democracia é nutrida pela liberdade de expressão, pelo que é essencial permitir que sejam propostos e discutidos diferentes projetos políticos, mesmo os que põem em causa a forma de organização atual de um Estado, desde que não atentem contra a democracia em si mesma³⁴.

70. Acrescenta o TEDH que, numa sociedade democrática, não é suficiente, para garantir um verdadeiro pluralismo no domínio do audiovisual, prever a existência de vários canais ou a possibilidade teórica de os potenciais operadores terem acesso ao mercado do audiovisual. É necessário admitir um acesso efetivo ao mercado, para garantir que o conteúdo dos programas, considerados no seu todo, apresente uma diversidade que reflita o mais possível a diversidade de correntes de opinião existentes na sociedade à qual esses programas se destinam³⁵.

71. Por isso, considera contrário ao artigo 10.º da CEDH que uma fração económica ou política da sociedade possa obter uma posição dominante nos meios de comunicação audiovisual e exercer pressão sobre os que se dedicam à atividade de difusão com o objetivo de restringir a sua liberdade editorial³⁶. O mesmo acontece quando a posição dominante cabe a um organismo de radiodifusão do Estado que detenha o monopólio das frequências disponíveis³⁷.

30 «A separação entre a regulamentação da transmissão e a regulamentação dos conteúdos não impede que sejam tomadas em conta as ligações existentes entre elas, em especial para *garantir o pluralismo dos meios de comunicação*, a diversidade cultural e a proteção dos consumidores». Sem itálico no original.

31 Nos termos do considerando 5 da Diretiva 2010/13, os serviços de comunicação social audiovisual têm uma importância «crescente [...] para las sociedades, a democracia — garantindo designadamente a liberdade de informação, a diversidade de opiniões e o pluralismo dos meios de comunicação social —, a educação e a cultura [...]». O considerando 8 desta diretiva indica que «é essencial que os Estados-Membros velem por que sejam evitados atos que possam prejudicar a liberdade de circulação e de comércio das emissões televisivas *ou que possam promover a criação de posições dominantes suscetíveis de conduzir a restrições ao pluralismo e à liberdade da informação televisiva bem como da informação no seu conjunto*». Sem itálico no original.

32 A Resolução do Parlamento Europeu, de 3 de maio de 2018, sobre o pluralismo e a liberdade dos meios de comunicação social na União Europeia (2017/2209(INI)), ponto E, afirma: «Considerando que a liberdade, o pluralismo e a independência dos meios de comunicação social são componentes fundamentais do direito à liberdade de expressão; considerando que os meios de comunicação social desempenham um papel essencial na sociedade democrática, atuando como guardiões públicos e contribuindo simultaneamente para informar e capacitar os cidadãos [...]».

33 V. análise geral efetuada por Pisillo Mazzeschi, R., «Diritto al pluralismo informativo nei media audiovisivi e Convenzione europea dei diritti dell'uomo», em Pisillo Mazzeschi, R.; Del Vecchio, A.; Manetti, M.; Pustorino, P. (eds.), *Il diritto al pluralismo dell'informazione in Europa e in Italia*, Rai Eri, Roma, 2012, pp. 23 a 99.

34 Acórdãos de 8 de julho de 1986, *Lingens c. Áustria*, CE:ECHR:1986:0708JUD000981582, § 41; de 25 de maio de 1998, *Partido Socialista e o. c. Turquia*, CE:ECHR:1998:0525JUD002123793, §§ 41, 45 e 47; de 17 de setembro de 2009, *Manole e o. c. Moldávia*, CE:ECHR:2009:0917JUD001393602, §§ 95 e 96; e de 7 de junho de 2012, *Centro Europa 7 S.r.l. e di Stefano c. Itália*, CE:ECHR:2012:0607JUD003843309, § 129.

35 Acórdão de 7 de junho de 2012, *Centro Europa 7 S.r.l. e di Stefano c. Itália*, CE:ECHR:2012:0607JUD003843309, § 130.

36 Acórdão de 28 de junho de 2001, *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suíça*, CE:ECHR:2001:0628JUD002469994, §§ 73 e 75.

37 Acórdãos de 24 de novembro de 1993, *Informationsverein Lentia e o. c. Áustria*, CE:ECHR:1993:1124JUD001391488, § 39; e de 7 de junho de 2012, *Centro Europa 7 S.r.l. e di Stefano c. Itália*, CE:ECHR:2012:0607JUD003843309, § 133.

72. Com base nestes elementos normativos e jurisprudenciais, é lógico que o Tribunal de Justiça não tenha hesitado em qualificar o pluralismo dos meios de comunicação social como razão imperiosa de interesse geral³⁸, cuja proteção pode justificar a adoção de medidas nacionais restritivas da liberdade de estabelecimento (e de outras liberdades do mercado interno)³⁹. Além disso, salientou a sua importância numa sociedade democrática⁴⁰.

73. Em princípio, o artigo 43.º do TUSMAR é adequado à finalidade de proteção do pluralismo dos meios de comunicação social porque impede que uma única empresa adquira, por si ou através das suas filiais, uma quota relevante (superior a 20 %)⁴¹ do mercado dos meios de comunicação social. Por conseguinte, esta legislação é adequada à proteção do pluralismo da informação na sua dimensão externa.

74. Pode admitir-se também que, dada a proximidade entre o setor das comunicações eletrónicas e o da comunicação social, se instituíam determinados limites a que as empresas que já têm uma posição dominante no primeiro (a TIM, por exemplo, que é líder do setor) aproveitem essa circunstância para fortalecer a sua posição no setor da comunicação social. A medida nacional que, nestas hipóteses, limite o acesso ao setor da comunicação social e impeça a sua concentração excessiva nas mãos de um operador pode favorecer o pluralismo da informação, pelo menos idealmente.

75. No entanto, além de ser adequada para o conseguir, essa legislação nacional não deve ir além do indispensável para atingir o objetivo da proteção do pluralismo informativo. Por outras palavras, deve cumprir o critério da proporcionalidade constante da jurisprudência do Tribunal de Justiça⁴².

E. Proporcionalidade da restrição

76. Embora seja da competência do órgão jurisdicional de reenvio ponderar a proporcionalidade da medida analisada em relação aos propósitos que a inspiram, o Tribunal de Justiça pode fornecer-lhe elementos úteis nesse âmbito.

77. Na minha opinião, o respeito da exigência de proporcionalidade é, no mínimo, discutível neste caso, se se tomarem em consideração os fatores que enumero em seguida.

38 V. análise desta jurisprudência efetuada por Barzanti, F., «La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di pluralismo dell'informazione: acquisizioni e prospettive», em Pisillo Mazzezchi, R.; Del Vecchio, A.; Manetti, M.; Pustorino, P. (eds.), *Il diritto al pluralismo dell'informazione in Europa e in Italia*, Rai Eri, Roma, 2012, pp. 205 a 229; e Cunha Rodrigues, J., «Le droit de l'Union et le pluralisme des médias», em *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015): liber amicorum Vassilios Skouris*, 2015, p. 187 a 201.

39 Acórdãos de 13 de dezembro de 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium e o.* (C-250/06, EU:C:2007:783, n.º 42); de 25 de julho de 1991, *Collectieve Antennevoorziening Gouda* (C-288/89, EU:C:1991:323); e de 3 de fevereiro de 1993, *Veronica Omroep Organisatie* (C-148/91, EU:C:1993:45).

40 V., neste sentido, os Acórdãos de 22 de dezembro de 2008, *Kabel Deutschland Vertrieb und Service* (C-336/07, EU:C:2008:765, n.º 33); de 6 de setembro de 2011, *Patriciello* (C-163/10, EU:C:2011:543, n.º 31); e de 22 de janeiro de 2013, *Sky Österreich* (C-283/11, EU:C:2013:28, n.º 52). Também as Conclusões da advogada-geral J. Kokott, de 30 de março de 2017, *Persidera* (C-112/16, EU:C:2017:250, ponto 1).

41 A fixação de limiares quantitativos para limitar o controlo exercido por uma mesma empresa do setor da comunicação social está prevista na Recomendação CM/Rec(2018) 1, adotada em 7 de março de 2018, do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados-Membros sobre o pluralismo e a transparência da propriedade dos meios de comunicação social, n.ºs 3.4 e 3.5, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680790e36>; bem como na Recomendação CM/Rec(2007) 2, de 31 de janeiro de 2007, do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre o pluralismo dos meios comunicação social e a diversidade dos seus conteúdos, apartados 2.3 e 2.4, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d6bd7.

42 «[...] embora a manutenção do pluralismo, no âmbito de uma política cultural, esteja ligada ao direito fundamental à liberdade de expressão e que, portanto, as autoridades nacionais disponham de um amplo poder de apreciação neste aspeto, as exigências decorrentes das medidas destinadas a implementar essa política não devem em caso algum ser desproporcionadas em relação ao referido objetivo e as modalidades da sua aplicação não devem implicar discriminações em detrimento dos nacionais de outros Estados-Membros». «Em particular, essa legislação não pode legitimar um comportamento discricionário por parte das autoridades nacionais suscetível de privar do seu efeito útil as disposições comunitárias relativas a uma liberdade fundamental». V., neste sentido, Acórdãos de 28 de novembro de 1989, *Groener* (C-379/87, EU:C:1989:599, n.º 19); de 20 de fevereiro de 2001, *Analir e o.* (C-205/99, EU:C:2001:107, n.º 37); de 22 de janeiro de 2002, *Canal Satélite Digital* (C-390/99, EU:C:2002:34, n.º 35); de 12 de junho de 2003, *Schmidberger* (C-112/00, EU:C:2003:333, n.º 82); e de 13 de dezembro de 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium e o.* (C-250/06, EU:C:2007:783, n.ºs 44 e 45).

78. Em primeiro lugar, para definir o setor das comunicações eletrónicas, a AGCom interpreta o artigo 43.º do TUSMAR e o artigo 18.º do Código das Comunicações Eletrónicas em termos muito rigorosos, que dificilmente se conciliam com os artigos 15.º e 16.º da Diretiva-Quadro e com as recomendações da Comissão para o referido setor⁴³.

79. Como alegam a Comissão e a Vivendi, a delimitação dos mercados das comunicações eletrónicas assim efetuada não tem qualquer relação com o objetivo de garantir o pluralismo do setor, conexo mas diferente, dos meios de comunicação social. Para definir o perímetro do setor das comunicações eletrónicas, enquanto tal, há que atender a todos os mercados nele presentes e não apenas aos que exigem intervenções *ex ante* por não disporem de um nível de concorrência suficiente.

80. Como já referi⁴⁴, a delimitação do mercado das comunicações eletrónicas deve incluir todos os mercados nele presentes, designadamente, os serviços retalhistas de telefonia móvel, os de outros serviços de comunicações eletrónicas ligados à Internet, bem como os de radiodifusão por satélite, que se converteram na via principal para o acesso aos meios de comunicação social.

81. Em segundo lugar, as exigências de proporcionalidade poderiam não ser compatíveis com a muito reduzida percentagem de receitas (10 %) do SIC que é fixada como limite máximo para as empresas cujas receitas no setor das comunicações eletrónicas excedam 40 % das receitas totais do referido setor.

82. É certo, repito, que existe uma relação entre ambos os setores, tendo em consideração a crescente convergência das comunicações eletrónicas, dos meios de comunicação social audiovisual e das tecnologias da informação⁴⁵. No entanto, tal não significa que as empresas que operam nos serviços de comunicações eletrónicas tenham, forçosamente, uma capacidade intrínseca para influenciar o setor da informação ou comunicação social audiovisual⁴⁶. Essas empresas controlam o transporte e a transmissão de conteúdos, mas não necessariamente a sua produção, que implica uma responsabilidade editorial⁴⁷. Assim, há que separar a regulamentação da transmissão, por um lado, e a dos conteúdos, por outro⁴⁸.

43 A Recomendação 2014/710/UE da Comissão, de 9 de outubro de 2014, relativa aos mercados relevantes de produtos e serviços no setor das comunicações eletrónicas suscetíveis de regulamentação *ex ante*, em conformidade com o disposto na Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas (JO 2014, L 295, p. 79), refere, no seu considerando 2, que «o objetivo de qualquer intervenção regulamentar *ex ante* é, em última análise, produzir benefícios para os utilizadores finais, tornando os mercados retalhistas efetivamente concorrenciais numa base sustentável. É provável que as autoridades reguladoras nacionais venham gradualmente a considerar que os mercados retalhistas são concorrenciais, mesmo na ausência de regulamentação grossista, especialmente tendo em conta as melhorias esperadas na inovação e na concorrência». Por isso, identifica quatro mercados no setor que necessitam da intervenção das ANR para aumentar a concorrência.

44 V. n.º 52.

45 V. considerando 5 da Diretiva-Quadro.

46 O presidente da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Giuseppe Tesauro, «Assetto del sistema radiotelevisivo e della società RAI — Radiotelevisione Italiana (AS 247)», 19 de dezembro de 2002, p. 10, <https://www.aeranticorrallo.it/segnalazione-19-dicembre-2002-dell'autorita-garante-della-concorrenza-e-del-mercato-qassetto-del-sistema-radiotelevisivo-e-della-societa-rai-radiotelevisione-italiana-as-247/?print=pdf>, afirmou o seguinte: «risulta priva di una valida giustificazione la previsione di un diverso e più stringente limite, pari al 10 %, della raccolta delle risorse nel sistema integrato delle comunicazioni, in capo agli organismi i cui ricavi nel mercato dei servizi di telecomunicazioni siano superiori al 40 % dei ricavi complessivi di tale ultimo mercato. In considerazione del fatto che tale norma prevede l'applicazione di limiti più rigidi ad un operatore in virtù della sua posizione competitiva in un mercato distinto e non strettamente connesso, detta previsione appare ultronea. Le attività di un operatore in posizione dominante nel settore delle telecomunicazioni sono e devono essere regolate con riferimento a quello specifico comparto».

47 O artigo 2.º, alínea c), da Diretiva-Quadro especifica que a definição de «serviço de comunicações eletrónicas» exclui, por um lado, «os serviços que prestem ou exerçam controlo editorial sobre conteúdos transmitidos através de redes e serviços de comunicações eletrónicas» e, por outro lado, «os serviços da sociedade da informação, tal como definidos no artigo 1.º da [Diretiva 98/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de junho de 1998 relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da Sociedade da Informação (JO 1998, L 204, p. 37)] que não consistam total ou principalmente no envio de sinais através de redes de comunicações eletrónicas».

48 Assim o enumera, de novo, o considerando 5 da Diretiva-Quadro.

83. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça declarou que as diretivas que compõem o novo quadro regulamentar aplicável aos serviços de comunicações eletrónicas estabelecem uma distinção clara entre a produção dos conteúdos, que implica uma responsabilidade editorial, e o encaminhamento dos conteúdos, isento de toda a responsabilidade editorial, estando os conteúdos e a sua transmissão abrangidos por regulamentações separadas que prosseguem objetivos que lhes são específicos⁴⁹.

84. Assim, o controlo das comunicações eletrónicas por um operador não tem de implicar idêntico controlo sobre os conteúdos que circulam nas suas infraestruturas, cuja responsabilidade compete ao meio de comunicação social que os produz e é editorialmente responsável.

85. Partindo dessa premissa há que analisar a relação, estabelecida de modo geral e abstrato pela regulamentação italiana, entre a detenção de mais de 40 % do mercado das comunicações eletrónicas e o perigo para o pluralismo informativo. Os seus efeitos podem considerar-se desproporcionados, na medida em que impedem automaticamente que qualquer empresa⁵⁰, sejam quais forem as suas características, detentora daquela quota de mercado no primeiro setor exceda 10 % das receitas no segundo (isto é, no SIC).

86. Em terceiro lugar, se, em princípio, nada há a objetar ao texto do artigo 2359.º do Código Civil italiano sobre as sociedades associadas, importa não esquecer que instaura uma mera presunção: presume-se a influência considerável de uma sociedade sobre outra quando a primeira pode dispor na assembleia geral ordinária de, pelo menos, um quinto dos direitos de voto, ou de um décimo dos mesmos se tiver ações cotadas em mercados regulados.

87. Seria desproporcionado aplicar essa presunção, como se fosse ineludível, para equiparar a situação de uma «sociedade controlada» à de uma «sociedade associada», a fim de aplicar a restrição à liberdade de estabelecimento em apreciação, quando se possa assegurar, como parece acontecer neste processo, que a sociedade (Vivendi), que detém uma quota de direitos de voto noutra (Mediaset) superior àqueles números não está, *de facto*, em condições de exercer uma influência considerável nesta última.

IV. Conclusão

88. Atendendo às considerações precedentes, sugiro que se responda às questões prejudiciais do Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália) nos seguintes termos:

«A liberdade de estabelecimento consagrada no artigo 49.º TFUE opõe-se a uma medida nacional que, para preservar o pluralismo informativo, proíbe a aquisição de uma posição superior a 10 % das receitas no mercado da comunicação social por qualquer empresa cujas receitas no setor das comunicações eletrónicas sejam superiores a 40 % das receitas totais deste setor, se:

- por setor das comunicações eletrónicas se entende unicamente o que abrange os mercados suscetíveis de regulamentação *ex ante*; e
- a proibição se aplica às empresas associadas a uma empresa principal sobre as quais esta não tem condições de exercer uma influência considerável, o que compete ao órgão jurisdicional de reenvio verificar.»

49 Acórdãos de 7 de novembro de 2013, UPC Nederland (C-518/11, EU:C:2013:709, n.º 41); de 30 de abril de 2014, UPC DTH (C-475/12, EU:C:2014:285, n.º 36); e de 13 de junho de 2019, Google (C-193/18, EU:C:2019:498, n.ºs 31, 32 e 33).

50 Como já foi explicado, só a TIM (e, consequentemente, a Vivendi enquanto acionista de controlo) excede 40 % do mercado das comunicações eletrónicas em Itália.