

Processo C-70/22**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

1 de fevereiro de 2022

Órgão jurisdicional de reenvio:

Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália)

Data da decisão de reenvio:

27 de janeiro de 2022

Recorrente:

Viagogo AG

Recorridas:

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

sendo interveniente:

Ticketone SpA

Objeto do processo principal

Recurso interposto pela Viagogo AG de um acórdão pelo qual o TAR Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália) negou provimento ao recurso de uma decisão da Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Autoridade Reguladora das Comunicações, Itália) que lhe aplicou uma coima por ter posto à venda bilhetes para espetáculos a um preço superior ao preço nominal do mercado primário autorizado.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Interpretação, por um lado, da Diretiva 2000/31/CE, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio

eletrónico, no mercado interno e, por outro, do princípio da proporcionalidade e das restrições à concorrência e à liberdade de circulação, à luz, em particular, dos artigos 56.º, 102.º e 106.º TFUE, e do artigo 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Fundamento jurídico do reenvio: artigo 267.º TFUE.

Questões prejudiciais

1) A Diretiva 2000/31/CE, em especial os artigos 3.º, 14.º e 15.º, conjugados com o artigo 56.º TFUE, opõem-se à aplicação da legislação de um Estado-Membro relativa à venda de bilhetes para eventos no mercado secundário que tem por efeito impedir um operador de uma plataforma de armazenagem em servidor (*hosting*) que opera na União, como a recorrente no presente processo, de prestar a utilizadores terceiros serviços de anúncios de venda de bilhetes para eventos no mercado secundário, reservando essa atividade apenas aos vendedores, organizadores de eventos ou outras pessoas autorizadas por autoridades públicas para a emissão de bilhetes no mercado primário através de sistemas certificados?

2) Além disso, as disposições conjugadas dos artigos 102.º TFUE e 106.º TFUE opõem-se à aplicação de uma legislação de um Estado-Membro relativa à venda de bilhetes para eventos que reserva todos os serviços inerentes ao mercado secundário de bilhetes (em especial a intermediação) apenas aos vendedores, organizadores de eventos ou outras pessoas autorizadas para a emissão de bilhetes no mercado primário através de sistemas certificados, proibindo essa atividade aos prestadores de serviços da sociedade da informação que pretendem operar como prestadores de armazenagem em servidor (*hosting provider*) na aceção dos artigos 14.º e 15.º da Diretiva 2000/31/CE, designadamente quando, como no caso em apreço, essa reserva tem como efeito permitir a um operador dominante no mercado primário de distribuição de bilhetes alargar o seu domínio aos serviços de intermediação no mercado secundário?

3) Em conformidade com a legislação europeia, em especial a Diretiva 2000/31/CE, pode o conceito de prestador de serviços de armazenagem em servidor (*hosting provider*) passivo ser utilizado apenas na falta de quaisquer atividades de colocação de filtros, seleção, indexação, organização, catalogação, agregação, avaliação, utilização, alteração, extração ou promoção dos conteúdos publicados pelos utilizadores, entendidas como uma lista exemplificativa e que não têm de estar todos presentes porque devem ser considerados, por si só, indicativos de uma gestão empresarial do serviço e/ou da adoção de uma técnica de avaliação comportamental dos utilizadores, para aumentar a sua fidelização, ou cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar a relevância das referidas circunstâncias para que, mesmo que se verifique uma ou mais dessas atividades, seja possível considerar predominante a neutralidade do serviço que conduz à qualificação de prestador de serviços de armazenagem em servidor (*hosting provider*) passivo?

Disposições de direito da União invocadas

Artigos 3.º, 14.º e 15.º da Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno.

Princípio da proporcionalidade; restrições à concorrência e à livre circulação de serviços (artigos 56.º, 102.º e 106.º TFUE).

Artigo 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Disposições de direito nacional invocadas

Artigo 1.º da legge 11 dicembre 2016, n.º 232 (Lei n.º 232, de 11 de dezembro de 2016), conforme alterada e completada, nos termos do qual:

«n.º 545: Para combater a elisão e a evasão fiscais, bem como assegurar a proteção dos consumidores e garantir a ordem pública, a venda [...] de bilhetes para espetáculos efetuada, ainda que com base em contrato específico ou convenção, por pessoas que não sejam titulares dos sistemas de emissão [de bilhetes], é punida, salvo se o facto constituir crime [...], com uma coima de 5 000 euros a 180 000 euros, bem como, quando o comportamento ocorra através das redes de comunicações eletrónicas, segundo as regras estabelecidas no n.º 546, com a remoção dos conteúdos, ou, nos casos mais graves, com o bloqueio do sítio internet através do qual a infração foi praticada, sem prejuízo das ações de indemnização. [...] Em qualquer dos casos, não será punida a venda a um preço igual ou inferior ao preço nominal dos bilhetes para espetáculos efetuada por uma pessoa singular de maneira ocasional, desde que não tenha fins comerciais.»

[...]

n.º 545-quater: Os sítios Internet de revenda primária, as bilheteiras autorizadas ou os sítios internet oficiais do evento asseguram a possibilidade de pôr à venda os bilhetes para espetáculos nominativos e garantem a visibilidade e publicidade adequadas à revenda, por intermediários e proporcionam a alteração dos dados [...]. O bilhete assim revendido a pessoas singulares deve ser vendido ao preço nominal e sem aumento de preço, sem prejuízo da possibilidade [...] de cobrar custos razoáveis relacionados unicamente com a gestão do processo [...] [Os sítios referidos] também permitem a alteração gratuita da titularidade do bilhete através da alteração dos dados pessoais do utilizador, cobrando apenas custos razoáveis relacionados com a gestão do processo [...]»

Decreto ministeriale attuativo delle suddette disposizioni, del 12 marzo 2018 (Decreto ministerial de execução das disposições referidas, de 12 de março de 2018)

Artigo 3.º: «1. Para aumentar a eficiência e a segurança informática das vendas de bilhetes para espetáculos através de sistemas de bilheteiras automatizadas, os titulares dos sistemas de emissão asseguram que a venda [...] de bilhetes para espetáculos, através de redes de comunicações eletrónicas, [ocorra] exclusivamente através de sistemas informáticos que, sendo adequados para distinguir o acesso efetuado por uma pessoa singular relativamente ao efetuado por um programa automático, impedem a aquisição por esse programa e estão em condições de identificar o adquirente.

2. Por decisão do diretor da Agenzia delle entrate (serviço de receitas da administração fiscal, Itália), tomada com o acordo prévio da Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Autoridade Reguladora das Comunicações) no prazo de 120 dias a contar da data de publicação do presente decreto, serão definidas as especificações técnicas para a implementação dos sistemas informáticos referidos no n.º 1, para os quais as pessoas habilitadas deverão solicitar à Agenzia delle entrate o reconhecimento da idoneidade. Através dessa decisão serão definidas as regras e os termos de aplicação das referidas especificações técnicas».

Artigos 16.º e 17.º do decreto legislativo 9 aprile 2003, n.º 70 (Decreto Legislativo n.º 70, de 9 de abril de 2003), que transpôs a Diretiva 2000/31/CE para o direito nacional.

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Na sequência de algumas denúncias apresentadas por sociedades que operam no setor da organização de eventos musicais, por sociedades de venda de bilhetes para eventos musicais no mercado primário e por associações profissionais, a Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Autoridade Reguladora das Comunicações) procedeu a controlos no sítio «viagogo.it», administrado pela recorrente, sociedade de direito suíço.
- 2 Em resultado desse procedimento, a referida Autoridade, através da Deliberação n.º 104/20/CONS de 16 de março de 2020 (a seguir «decisão impugnada») aplicou à recorrente uma coima no valor de 3 700 000 euros por ter posto à venda, entre março e maio de 2019, bilhetes para concertos e espetáculos a preços superiores aos preços nominais que constam dos locais de venda primários autorizados, em violação do artigo 1.º, n.º 545, da legge n.º 232/2016 (Lei n.º 232/2016).
- 3 A sociedade em causa interpôs um recurso de anulação dessa decisão no TAR Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio), ao qual foi negado provimento pelo acórdão atualmente objeto de recurso perante o órgão jurisdicional de reenvio.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 4 A recorrente pede a anulação do acórdão do TAR (Tribunal Administrativo Regional) e, conseqüentemente, da decisão impugnada, invocando, entre outros, os seguintes fundamentos:
- Desvirtuação da natureza da atividade exercida pela recorrente, erradamente qualificada de prestadora de serviços de armazenagem em servidor (*hosting provider*) ativo, com a conseqüente imputação errada do comportamento proibido pela lei; violação dos artigos 3.º, 14.º e 15.º da Diretiva 2000/31/CE e dos artigos 16.º e 17.º do Decreto Legislativo de transposição n.º 70/2003;
 - Violação do artigo 1.º, n.ºs 545 e 545-*quinquies*, da legge 232/2016 (Lei n.º 232/2016), conforme alterada e completada;
 - Falta de fundamentação do acórdão no que respeita à incompatibilidade da decisão impugnada e da legislação em que se baseia com o direito da União Europeia, nomeadamente com a Diretiva 2000/31/CE, com a proibição de restrições à concorrência e à livre circulação de serviços (artigos 56.º, 102.º e 106.º TFUE) e com o artigo 16.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

a) Qualificação da atividade de armazenagem em servidor («hosting») exercida pela sociedade recorrente

- 5 Em primeiro lugar, o órgão jurisdicional de reenvio recorda que, em 2017, a mesma recorrente foi condenada por uma outra Autoridade [Autorità garante della concorrenza e del mercato (Autoridade de Defesa da Concorrência e do Mercado, Itália)], ao pagamento de uma coima com fundamento numa prática comercial desleal que consistiu, em especial: *i*) na falta de indicação do setor ou da fila do bilhete à venda; *ii*) na falta de informação sobre o valor nominal do bilhete, indicando apenas o preço proposto pelo vendedor; *iii*) na indicação da escassez dos bilhetes pesquisados em relação à procura; *iv*) na menção «Viagogo-Sítio oficial», suscetível de confundir o consumidor quanto à natureza real das propostas que constam do sítio relativas a bilhetes a preços mais elevados do que os propostos pelo revendedor oficial. Esse processo foi anulado pelo Acórdão n.º 4359 de 2019 do mesmo órgão jurisdicional de reenvio que, no essencial, declarou a natureza de prestador de serviços de armazenagem em servidor (*hosting provider*) «passivo» da sociedade em questão, não sendo, como tal, responsável pelas práticas desleais que lhe foram imputadas.
- 6 O órgão jurisdicional de reenvio considera que as apreciações constantes nesse acórdão anterior podem também fornecer elementos úteis ao presente processo, uma vez que tanto a decisão objeto desse processo como a decisão impugnada dizem respeito à mesma atividade da sociedade recorrente, cuja qualificação

jurídica de prestador de serviços de armazenagem em servidor (*hosting provider*) ativo ou passivo constitui um dos pontos de discordância entre a recorrente e a Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Autoridade Reguladora das Comunicações).

7 A esse respeito, o órgão jurisdicional de reenvio recorda os principais aspetos dessa distinção e dos respetivos efeitos, designadamente, na aceção do decreto legislativo n.º 70/2003 (Decreto Legislativo n.º 70/2003), da Diretiva 2000/31/CE por este transposta e da respetiva jurisprudência.

7.1 Em termos gerais, o prestador de serviços de internet (*internet service provider*) é a pessoa que organiza, para os seus utilizadores, a oferta do acesso à rede Internet e dos serviços conexos com a sua utilização, que podem constituir, precisamente, atividades de i) simples transporte (*mere conduit*), ii) armazenagem temporária (*caching*) e iii) armazenagem de informações em servidor (*hosting*).

7.2 Em relação a esta última atividade, a jurisprudência do Tribunal de Justiça distingue duas figuras de prestador de serviços de armazenagem em servidor (*hosting provider*). Por um lado, o prestador de serviços de armazenagem em servidor (*hosting provider*) «passivo», que exerce uma atividade de prestação de serviços de caráter puramente técnico e automático, o que implica que esses prestadores não têm conhecimento nem controlo das informações transmitidas ou armazenadas pelas pessoas a quem prestam os seus serviços. Por outro lado, o prestador de serviços de armazenagem em servidor (*hosting provider*) «ativo», cuja atividade não está limitada às que acabam de ser recordadas, mas tem também por objeto os conteúdos da prestação efetuada (Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 7 de agosto de 2018, n.ºs 47 e 48).

7.3 Na medida em que as infrações telemáticas são efetivamente possíveis graças à atividade exercida pelos prestadores de serviços de internet (*internet service provider*), surgiu a necessidade de os responsabilizar e/ou, pelo menos, nas operações de prevenção e de erradicação dessas infrações.

7.4 A escolha feita pelo legislador da União Europeia, e, conseqüentemente, pelo legislador nacional, foi a de acrescentar às normas já existentes sobre responsabilidade por factos ilícitos [artigo 2043.º do codice civile italiano (Código Civil italiano)] e, mais genericamente, as regras comuns da responsabilidade civil, algumas disposições especiais posteriores sobre a responsabilidade dos prestadores de serviços de internet (*internet service provider*), que é «graduada» tendo em conta os perfis técnicos da atividade profissional exercida.

7.5 Neste contexto, a jurisprudência nacional excluiu a responsabilidade do prestador de serviços de armazenagem em servidor (*hosting provider*) nos casos em que não haja manipulação dos dados armazenados, como é o caso da armazenagem (*hosting*) «passiva». Em contrapartida, foram identificados os elementos suscetíveis de caracterizar a figura da armazenagem (*hosting*) «ativa», incluindo atividades de colocação de filtros, seleção, indexação, organização,

catalogação, agregação, avaliação, utilização, alteração, extração ou promoção dos conteúdos publicados pelos utilizadores, exercidas através de uma gestão empresarial do serviço, bem como da adoção de uma técnica de avaliação comportamental dos utilizadores para aumentar a sua fidelização.

7.6 Na opinião do órgão jurisdicional de reenvio – que pede ao Tribunal de Justiça que confirme esta orientação na terceira questão prejudicial – os elementos que acabam de ser enumerados são necessariamente exemplificativos e não devem estar necessariamente todos presentes, tendo também em conta a evolução tecnológica. O que importa, no seu entender, é que deve tratar-se de comportamentos que tenham, em substância, o efeito de completar e enriquecer de modo não passivo a fruição dos conteúdos pelos utilizadores, e a constatação em concreto desta circunstância compete, em todo o caso, ao órgão jurisdicional que conhece do mérito.

b) Restrições à concorrência e à livre circulação de serviços

- 8 Em segundo lugar, o órgão jurisdicional de reenvio suscita, nas primeira e segunda questões prejudiciais, algumas dúvidas relativas à aplicação do princípio da proporcionalidade das restrições à concorrência e à livre circulação de serviços, restrições que considera existirem no caso em apreço.
- 9 Em especial, a recorrente atua na União Europeia através de uma única plataforma de internet que opera como local de encontro (*marketplace*) entre a procura e a oferta para a revenda de bilhetes entre utilizadores. Trata-se, em particular, do mercado secundário de bilhetes, que vê operar, do lado da oferta, qualquer pessoa que esteja na posse de um bilhete e pretenda vendê-lo, com exceção dos organizadores ou vendedores primários de bilhetes, e, do lado da procura, os utilizadores que procuram um bilhete no mercado secundário, geralmente porque deixaram de estar disponíveis no mercado primário ou porque apenas estão disponíveis a preços não acessíveis.
- 10 Nos termos da lei italiana, designadamente dos artigos 1.º, n.º 545 e n.º 545.º-*quater*, da legge n.º 232/2016 (Lei n.º 232/2016), a venda de bilhetes no mercado secundário apenas é legal se for efetuada a título ocasional, isto é, por consumidores e não profissionalmente, a preços que não sejam superiores aos preços nominais impressos no bilhete. A única exceção admitida são os operadores do mercado primário, autorizados a alterar a titularidade do bilhete, sem alterar o preço e sem encargos adicionais, exceto os custos de gestão do processo. Estas disposições, cujos comportamentos são punidos com coimas e também com sanções penais quando os factos constituam crime, têm por finalidade combater a elisão e a evasão fiscais, a proteção dos consumidores e a garantia da ordem pública. Em última análise, salvo a única exceção mencionada, os operadores estão proibidos de operar no mercado secundário com um intuito comercial.

- 11 Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio julga serem relevantes as dúvidas suscitadas pela recorrente que considera que tal medida restritiva não é adequada para distinguir os comportamentos ou atividades económicas lesivas do bem público protegido, das não lesivas. Mais especificamente, a formulação da norma é suscetível de abranger igualmente os prestadores de serviços de armazenagem (*hosting provider*), independentemente da sua qualificação «ativa» ou «passiva» e é, portanto, suscetível, em abstrato, de proibir totalmente o exercício de uma atividade económica, tanto nas suas manifestações lícitas como nas eventualmente ilícitas.
- 12 Além disso, a legislação controvertida deve ser apreciada à luz do artigo 106.º TFUE, na medida em que concede direitos «especiais ou exclusivos» aos operadores do mercado primário, que seriam as únicas pessoas que podiam operar no mercado secundário.
- 13 Por último, o órgão jurisdicional de reenvio sublinha que, no seu entender – contrariamente ao que sustenta a recorrida Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Autoridade Reguladora das Comunicações) – o facto de a sociedade recorrente não pertencer à União Europeia e a circunstância de a plataforma internet estar alojada nos servidores Microsoft Azure nos Estados Unidos da América não obstam à apresentação do pedido de decisão prejudicial no Tribunal de Justiça, uma vez que esses elementos territoriais não incidem sobre nenhum elemento decisivo, ou seja, a atividade da referida sociedade nos países da União Europeia, através da prestação de serviços da sociedade da informação aos utilizadores e consumidores europeus em relação a eventos que têm lugar no território da União.