

Processo C-234/21**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:**

21 de abril de 2021

Órgão jurisdicional de reenvio:

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

Data da decisão de reenvio:

25 de março de 2021

Recorrente:

Reti Televisive Italiane SpA (RTI)

Recorrida:

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – AGCOM (Autoridade Reguladora das Comunicações, Itália)

Objeto do processo principal

Recursos apensos interpostos no Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália) de três acórdãos do Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional, Lácio, Itália) relativos a três decisões da Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni – AGCOM (Autoridade Reguladora das Comunicações, Itália) que aplicaram sanções à Reti Televisive Italiane SpA (RTI) por violação da limitação do tempo de transmissão consagrado à publicidade em cada período de uma hora.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Compatibilidade da legislação italiana em matéria de limitação do tempo de transmissão consagrado à publicidade com o artigo 23.º da Diretiva 2010/13/UE, tendo também em conta o considerando 43 da Diretiva 2018/1808/UE e a redação do artigo 23.º da Diretiva 2010/13/UE, conforme alterado pela Diretiva 2018/1808 acima referida, bem como interpretação dessas disposições em matéria de direito da concorrência.

Questões prejudiciais

A recorrente pergunta ao Tribunal de Justiça:

a) Para efeitos da legislação comunitária em matéria de proibição do tempo de transmissão consagrado à publicidade, tendo em conta a relevância geral para o direito [da União Europeia] do conceito de grupo ou de entidade económica única, resultante de diversas fontes do direito da concorrência (embora, no que releva para o presente processo, decorra do considerando 43 acima mencionado da Diretiva 2018/1808/UE e da nova redação do artigo 23.º da Diretiva 2010/13/UE), tendo em conta que, em direito italiano, o artigo 5.º, n.º 1, alínea b) do Decreto Legislativo 177/[2005] [prevê] licenças diferentes para os operadores de televisão e de rádio, pode ser considerada conforme com o direito da União uma interpretação do direito nacional em matéria de radiodifusão televisiva segundo a qual resulta do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do referido Decreto Legislativo 177/[2005], na versão em vigor desde 30 de março de 2010 (em aplicação da Diretiva 2007/65/CE) que o processo de convergência entre as diferentes formas de comunicação (as comunicações eletrónicas, a edição/publicação, incluindo a edição/publicação eletrónica, e a Internet em todas as suas aplicações) é aplicável, por maioria de razão, aos fornecedores de meios de comunicação social de televisão e rádio, em especial se já estiverem integrados em grupos de empresas relacionadas entre si, e se forem impostos com carácter geral, com os consequentes efeitos em termos de interpretação do artigo 38.º, n.º 6, do [decreto legislativo] citado, de modo que o organismo de radiodifusão possa igualmente ser o grupo como entidade económica única, ou, pelo contrário, segundo os princípios comunitários acima recordados, atendendo ao carácter autónomo da questão da proibição de ultrapassar o limite de tempo de transmissão consagrado à publicidade em relação ao direito da concorrência em geral, não se pode atribuir relevância – antes de 2018 – aos grupos e ao referido processo de convergência e de transversalidade entre meios de comunicação social, considerando-se então, para efeitos do cálculo do tempo de transmissão consagrado à publicidade, apenas o operador televisivo individual, ainda que integrado num grupo (e isto porque essa relevância só foi mencionada no texto consolidado do artigo 23.º da Diretiva 2010/13/[UE], na sequência da alteração introduzida pela Diretiva 2018/1808/UE)?

b) À luz dos princípios acima recordados do direito da União em matéria de grupos e de empresas enquanto unidades económicas, para efeitos da proibição de ultrapassar o limite de tempo de transmissão consagrado à publicidade e das sucessivas versões do artigo 23.º acima citado, não obstante a diferença entre as licenças atribuídas, também é possível inferir da legislação em matéria de concorrência do [Sistema Integrado de Comunicações], referida no artigo 43.º do Decreto Legislativo 177/[2005], a relevância do conceito de «fornecedor de serviços de comunicação social» de grupo (ou, segundo o termo utilizado pela recorrente: empresa editorial de grupo) para efeitos da não sujeição das mensagens de promoção cruzada de outros meios de comunicação social pertencentes ao mesmo grupo à proibição de ultrapassar o limite de tempo de transmissão consagrado à publicidade, não sujeição prevista no artigo 38.º, n.º 6, do Decreto Legislativo [177/2005], ou, pelo contrário, essa relevância deve ser excluída antes de 2018, atendendo à autonomia do direito da concorrência no domínio da radiodifusão televisiva relativamente à legislação em matéria de limitação do tempo de transmissão consagrado à publicidade?

c) A nova redação do artigo 23.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2010/13/UE reconhece um princípio pré-existente no direito da concorrência de relevância geral para os grupos ou é inovadora e, por conseguinte, no primeiro caso, descreve uma realidade jurídica já presente no direito europeu – que, portanto, abrange também o caso em apreço, anterior a essa nova redação, e que condiciona as interpretações da [autoridade reguladora nacional], exigindo-lhe, em qualquer caso, que reconheça o conceito de «fornecedor de serviços de comunicação social» de grupo – ou, se, no segundo caso, impede o reconhecimento da relevância dos grupos de empresas para as situações ocorridas antes da sua introdução porque, tendo em conta o seu âmbito inovador, não é aplicável *ratione temporis* às situações existentes antes da sua introdução?

d) No entanto, e independentemente do sistema de licenças previsto no artigo 5.º do Decreto Legislativo 177/2005 e da nova redação do artigo 23.º introduzida em 2018, ou seja, no caso de a nova norma não reconhecer um princípio já existente mas consagrar um novo princípio, de acordo com o que é descrito na questão c), *supra*, as relações [de] integração entre a televisão e a rádio consideradas de forma geral no direito da concorrência são, para a generalidade e a transversalidade dos conceitos de entidade económica e de grupo, a chave à luz da qual se deve interpretar a limitação do tempo de transmissão consagrado à publicidade, regulados, portanto, em qualquer caso, em relação à empresa do grupo (ou, mais precisamente, [às] relações de controlo entre as empresas do grupo) e a unidade funcional dessas empresas, de modo que a promoção dos programas da televisão para a rádio dentro do grupo ou, pelo contrário, essas relações de integração são irrelevantes em matéria de limitação do tempo de transmissão consagrado à publicidade, sendo portanto de considerar programas «próprios», na aceção do artigo 23.º (texto original), apenas os que pertencem ao operador televisivo que os promove, e não ao grupo de empresas como um todo, uma vez que essa norma é uma disposição autónoma que não permite uma interpretação sistemática de modo a abranger os grupos considerados como uma entidade económica única?

e) Por último, no caso de, na sua redação original, não ser considerado uma norma que faz parte do direito da concorrência, deve o artigo 23.º ser interpretado, em qualquer caso, como uma disposição de incentivo que descreve a característica específica da promoção, que é exclusivamente informativa e não pretende persuadir ninguém a comprar bens e serviços além dos programas promovidos, e como tal, deve considerar-se que está excluída do âmbito de aplicação das normas em matéria de tempo de transmissão consagrado à publicidade, e, portanto, aplicável, no âmbito das empresas pertencentes ao mesmo grupo, em todos os casos de promoção cruzada integrada de meios de comunicação social, ou, pelo contrário, deve ser entendida como uma norma derogatória e de carácter excepcional no que respeita ao cálculo do tempo de transmissão consagrado à publicidade e, como tal, de interpretação estrita?

Disposições de direito da União invocadas

Artigo 23.º da Diretiva 2010/13/CE: tanto na sua versão original como na versão alterada pela Diretiva 2018/1808/UE.

Considerando 43 da Diretiva 2018/1808/UE.

Disposições de direito nacional invocadas

Decreto Legislativo del 31 luglio 2005, n.177 – Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (Decreto Legislativo n.º 177, de 31 de julho de 2005 – Lei consolidada dos serviços de comunicação social audiovisuais e radiofónicos) (a seguir «Decreto Legislativo n.º 177/2005»). Em especial:

O artigo 5.º enumera os princípios que o sistema dos serviços de comunicação social audiovisuais e radiofónicos deve respeitar, ou seja a) a proteção da concorrência no sistema dos serviços de comunicação social audiovisuais e radiofónicos e dos meios de comunicação social e no mercado publicitário, e a proteção do pluralismo dos meios de comunicação no âmbito da radiodifusão televisiva, proibindo para o efeito a criação ou a manutenção de posições lesivas do pluralismo; b) a concessão de diferentes licenças para o exercício das atividades de operador de rede, de operador televisivo, de fornecedor de serviços de comunicação social audiovisual a pedido, de emissora de rádio digital ou de fornecedor de serviços interativos associados à concessão de um regime de autorizações.

O artigo 38.º, n.º 2, prevê que a transmissão de spots de publicidade televisiva por operadores televisivos em sinal aberto, inclusive analógicos, de alcance nacional, que não sejam a concessionária do serviço público de rádio e televisão, não pode exceder 15% do horário diário de programação, nem 18% num dado período de 60 minutos, e uma eventual ultrapassagem, que, de modo algum, poderá ser superior a 2% no período de uma hora, deve ser compensada na hora anterior ou na hora seguinte.

O artigo 38.º, n.º 6, prevê que o n.º 2 acima referido não é aplicável aos anúncios dos operadores televisivos, incluindo analógicos, relacionados com os seus próprios programas e com produtos acessórios deles diretamente derivados, aos anúncios de patrocínio e à colocação de produtos;

O artigo 52.º do Decreto Legislativo n.º 177/2005 estabelece as sanções aplicáveis por violação do artigo 38.º do mesmo diploma.

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Por três decisões distintas, mas de conteúdo semelhante, notificadas em 28 de setembro de 2017, a AGCOM impôs sanções à RTI (a «recorrente») por violação da limitação do tempo de transmissão consagrado à publicidade em cada período de uma hora, prevista no artigo 38.º, n.º 2, do Decreto Legislativo n.º 177/2005. As três decisões referiam-se, respetivamente, aos três operadores televisivos «Canale 5», «Italia 1» e «Rete 4», pertencentes à RTI.
- 2 Na verdade, no cálculo desses limites de tempo de transmissão consagrado à publicidade, a AGCOM também incluiu, entre os spots publicitários, os comunicados difundidos pelos três operadores televisivos acima referidos para a promoção da emissora de rádio R101, propriedade da sociedade Monradio srl, cujo capital social é detido em 80% pela RTI e os restantes 20% pela A. Mondadori Editore s.p.a.. Estas duas últimas sociedades pertencem ao mesmo grupo empresarial.
- 3 A RTI interpôs três recursos separados, embora de conteúdo idêntico, dessas três decisões [da AGCOM] para o Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional, Lácio, Itália) (a seguir «TAR»), que, no entanto, negou provimento aos três recursos. Em consequência, a RTI interpôs recurso para o órgão jurisdicional de reenvio.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 4 Segundo a recorrente, os comunicados difundidos pelos seus três operadores televisivos diziam respeito apenas à apresentação de programas da R101 e, portanto, deveriam ter sido qualificadas de mensagens de promoção dos seus próprios programas (autopromoção), que não podem ser contabilizados para a limitação do tempo de transmissão consagrado à publicidade em cada período de uma hora previsto no artigo 38.º, n.º 6, do Decreto Legislativo n.º 177/2005.
- 5 A recorrente sublinha que o facto de a R101 ser propriedade de uma sociedade diferente da própria recorrente é irrelevante, uma vez que ambas pertencem ao mesmo grupo empresarial. O fator determinante, em sua opinião, é a unidade económica da empresa editorial do grupo, e não a pluralidade de entidades jurídicas empresariais. O «fenómeno» do funcionamento das editoras de diversos meios de comunicação social (TV, rádio, Internet), mesmo sob a forma de grupo

empresarial, é uma consequência evidente da digitalização, e a autopromoção «de grupo» é uma prática generalizada nos mercados da rádio e da televisão.

- 6 A AGCOM, embora reconhecendo a inexistência do elemento subjetivo da responsabilidade em relação à RTI, advertiu esta última para não continuar a cometer as pretensas infrações, argumentando em especial que: 1) o Decreto Legislativo n.º 177/2005 regulamentou de forma diferente, inclusivamente através de licenças distintas, as emissoras de rádio e as emissoras de televisão, que, no caso presente, pertencem a entidades distintas, pelo que não há identidade entre o responsável editorial pelo conteúdo que é objeto da autopromoção e o responsável do operador televisivo que transmite a mensagem em questão; 2) o artigo 38.º, n.º 6, do Decreto Legislativo n.º 177/2005 diz respeito apenas aos operadores televisivos, como resulta do artigo 2.º do referido diploma, que distingue entre operadores televisivos e operadores radiofónicos, e menciona a autopromoção apenas em relação aos anúncios difundidos pelos operadores televisivos relativamente aos seus próprios programas; 3) o artigo 2.º, n.º 2, alínea b), do Decreto Legislativo n.º 177/2005 exclui do conceito de «fornecedores de serviços de comunicação social audiovisual» as entidades que, como no caso em apreço, se dedicam à simples transmissão de programas, cuja responsabilidade editorial cabe a terceiros; 4) nos casos em que o legislador nacional procurou dar relevância ao fenómeno do grupo empresarial, fê-lo através de uma norma expressa, o que não se verificou no caso presente.
- 7 No TAR, a RTI sustentou que o princípio «*in dubio pro libertate*», afirmado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, deve ser aplicado tanto ao direito europeu (artigo 23.º da Diretiva 2010/13/UE) como ao direito interno (artigo 38.º do Decreto Legislativo n.º 177/2005) e, sempre que o direito interno contenha normas mais restritivas, que imponham limites à liberdade de prestação de serviços de transmissão televisiva, essas normas devem ser interpretadas num sentido mais favorável. As mensagens autopromocionais a favor da emissora R101 não devem, portanto, ser contabilizadas para efeitos dos limites do tempo de transmissão consagrado à publicidade.
- 8 A RTI acrescentou que a abordagem da AGCOM – baseada na diversidade subjetiva entre as sociedades, a RTI proprietária dos canais de televisão e a Monradio s.r.l. proprietária da estação de rádio, embora unidas por uma relação de controlo –, que impede que as mensagens sejam qualificadas de autopromoção, é contrária à abordagem sistemática prevista no artigo 1.º, n.º 2, do Decreto Legislativo n.º 177/2005, que pretende regular de forma unitária todas as atividades de fornecimento de conteúdos ao público, independentemente do meio utilizado e das modalidades: de facto, segundo a RTI, a prática da autopromoção cruzada entre serviços de televisão, de rádio e de Internet, é agora generalizada, independentemente das diferentes licenças.
- 9 Por último, a RTI argumentou que a programação televisiva e radiofónica da RTI e das sociedades sob o seu controlo resulta de escolhas unitárias e coordenadas. Acrescentou que constituem uma única empresa editorial de grupo, à qual são

atribuíveis tanto as mensagens de autopromoção como os programas delas objeto, independentemente da pluralidade de entidades jurídicas envolvidas.

- 10 Ao negar provimento aos três recursos, o TAR declarou que, uma vez que o artigo 38.º, n.ºs 2 e 5, do Decreto Legislativo n.º 177/2005, estabeleceu para os operadores televisivos limites para o tempo máximo de transmissão das suas próprias mensagens publicitárias, o conceito de «operadores televisivos» consagrado no mesmo artigo, no n.º 6, em matéria de autopromoção, diz respeito apenas aos que promovem os seus próprios programas. Por conseguinte, essa norma é derogatória e excepcional em relação à regra sobre a limitação do tempo de transmissão consagrado à publicidade, como indica o adjetivo «próprios», que se refere aos programas de um operador televisivo (e não de um operador radiofónico, mesmo que pertença ao mesmo grupo de empresas).
- 11 O TAR declarou também que o artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13/UE, na redação em vigor na altura [dos factos], previa uma isenção da limitação do tempo de transmissão consagrado à publicidade em cada período de uma hora nas emissões do operador televisivo, mas apenas em relação aos «[...] anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas e produtos conexos diretamente relacionados com esses programas, aos anúncios de patrocínios e à colocação de produto.» Assim, quando a diretiva se refere a «operador televisivo», pretende referir-se apenas ao «fornecedor de serviços de comunicação social de emissões televisivas» (artigo 1.º, n.º 1, alínea f), e, quando menciona o conceito de «programa», refere-se a «um conjunto de imagens em movimento, com ou sem som, [...] e cuja forma e conteúdo são comparáveis à forma e ao conteúdo de uma emissão televisiva. [...]»: por conseguinte, tanto a legislação europeia como a legislação nacional sobre esta matéria nunca se referem aos operadores de rádio.
- 12 Por último, o TAR declarou que a distinção subjetiva entre o difusor da mensagem e o responsável pelo programa anunciado (operador de rádio) exclui a aplicação do artigo 38.º, n.º 6, do Decreto Legislativo n.º 177/2005. Com efeito, a atividade de direção ou coordenação exercida pela sociedade proprietária de um operador televisivo em relação ao proprietário de uma estação de rádio não confere à primeira a qualidade de editor e, portanto, não pode assumir a responsabilidade editorial pelos programas do segundo. Em qualquer caso, no processo em apreço, a RTI não demonstrou ter um poder efetivo de intervenção nas escolhas económicas feitas pela sociedade sob seu controlo, a Monradio, nem, portanto, a existência de um centro de decisão único relativamente às atividades dos dois operadores.
- 13 A recorrente contesta a abordagem restritiva do TAR em relação ao conceito de autopromoção, alegando que essa abordagem priva de sentido a isenção das mensagens autopromocionais do cálculo desses limites; por mensagens autopromocionais entende-se uma forma específica de publicidade através da qual o operador televisivo promove os seus próprios produtos, serviços, programas ou canais; atualmente, esta forma de publicidade está ainda mais bem definida, uma vez que a limitação do tempo de transmissão consagrado à publicidade apenas diz

respeito às categorias específicas dos «spots de publicidade televisiva» e dos «spots de televendas»: os comunicados de autopromoção de programas são, portanto, diferentes dos spots publicitários para produtos, e dizem respeito a grelhas de programas que não são oferecidos no mercado dos anunciantes, mas utilizados diretamente pelo operador televisivo.

- 14 Além disso, segundo a recorrente, o argumento de que a autopromoção apenas pode dizer respeito aos programas próprios do operador televisivo que os transmite é contrário à abordagem sistemática e não compartimentada por plataformas do legislador europeu e do Decreto Legislativo n.º 177/2005, que não impede que o mesmo grupo empresarial seja o editor, simultaneamente, de canais de televisão e de canais de rádio analógicos nacionais e, por conseguinte, a autopromoção cruzada.
- 15 A recorrente alega igualmente que o artigo 38.º do Decreto Legislativo n.º 177/2005, que transpõe o artigo 23.º da Diretiva 2010/13, deve ser interpretado em conformidade com o direito da União Europeia, à luz das orientações do Tribunal de Justiça (Acórdãos de 28 de outubro de 1999, C-6/98, ARDe Pro Sieben Media AG, n.ºs 29 a 31, e de 24 de novembro de 2011, C-281/09, Comissão/Reino de Espanha).
- 16 A recorrente acrescenta que as relações de integração entre televisão e rádio são reguladas tomando por base a empresa do grupo, e não a articulação formal dessa empresa em várias sociedades; consequentemente, a AGCOM não tem razão ao considerar irrelevante o caráter unitário da empresa editorial do grupo: uma vez que, em matéria de infrações administrativas, são aplicáveis os princípios da exaustividade e da estrita legalidade, e na falta de disposição expressa aplicável ao presente processo, a ilicitude de uma conduta de autopromoção cruzada não pode ser inferida do mero silêncio do legislador, exigindo-se, pelo contrário, uma norma que estabeleça uma derrogação expressa à relevância geral que o Decreto Legislativo n.º 177/2005 reconhece à empresa de grupo.
- 17 Por último, a recorrente invoca o considerando 43 da Diretiva 2018/1808 e a alteração introduzida por essa diretiva no artigo 23.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2010/13, apesar de a matéria de facto do processo ser anterior a essa alteração. Ao abrigo desta última disposição, a limitação do tempo de transmissão consagrado à publicidade não se aplica às «mensagens do operador televisivo relacionadas com os seus próprios programas e com produtos acessórios deles diretamente derivados, ou com programas e serviços de comunicação social audiovisual de outras entidades pertencentes ao mesmo grupo de radiodifusão». Em seu entender, estas disposições devem servir de critério de interpretação do direito interno, incluindo do direito anteriormente vigente, com base no princípio da interpretação conforme.
- 18 Em definitivo, a recorrente sustenta que a AGCOM interpreta o conceito de autopromoção de programas de forma ilícita e não conforme com o direito da União, ao não reconhecer a relevância da empresa editorial do grupo e, portanto, a

possibilidade de isentar as mensagens promocionais cruzadas da limitação do tempo de transmissão consagrado à publicidade as mensagens promocionais entre meios de comunicação social (*cross-mediali*).

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 19 O órgão jurisdicional de reenvio começa por indicar que o objeto do litígio não reside na existência de um poder de intervenção efetivo da empresa-mãe nas escolhas económicas das sociedades sob o seu controlo, mas sim na eventual licitude da promoção pela empresa-mãe operadora no setor audiovisual dos programas do operador de rádio sob o seu controlo.
- 20 Afirma também que a abordagem sistemática, mas "transmédia", defendida pela recorrente poderia ir além da intenção do legislador nacional na transposição da Diretiva 2010/13, ou até criar problemas em matéria de concorrência em detrimento dos operadores de rádio. O órgão jurisdicional de reenvio cita, a este propósito, uma decisão da AGCOM segundo a qual a concentração da televisão e da radiodifusão pode conduzir à exclusão dos concorrentes do mercado da angariação de publicidade no setor radiofónico a nível nacional.
- 21 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a interpretação seguida pela AGCOM e pelo TAR não é irrazoável, uma vez que se baseia estritamente no disposto no Decreto Legislativo n.º 177/2005, em aplicação da Diretiva 2010/13, e tem em conta os efeitos lesivos para a concorrência que poderão resultar do argumento da recorrente relativamente a emissoras de rádio que não estão ligadas a operadores televisivos nem a meios de comunicação audiovisuais.
- 22 Tendo em conta o acima exposto, o órgão jurisdicional de reenvio considera necessário ordenar o reenvio prejudicial ao Tribunal de Justiça.