

Processo C-765/23**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:**

12 de dezembro de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

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

Data da decisão de reenvio:

1 de dezembro de 2023

Recorrente:

Europa Way Srl

Recorridos:

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Presidenza del Consiglio dei ministri

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Objeto do processo principal

Recurso de uma sentença do Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália; a seguir «TAR»), que negou provimento a um recurso interposto pela Europa Way contra os atos relativos ao Plano de Atribuição de frequências (a seguir «PAF») a destinar ao serviço de televisão digital terrestre, bem como contra outras medidas relativas à definição das características desse serviço.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

Nos termos do artigo 267.º TFUE, pede-se a interpretação dos artigos 6.º e 19.º TUE; 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»); 3.º, 5.º, 7.º e 14.º da Diretiva 2002/20/CE; 3.º, 4.º, 8.º e 9.º da Diretiva

2002/21/CE; 2.º e 4.º da Diretiva 2002/77/CE; 5.º, 6.º, 8.º, 9.º, 31.º e 45.º da Diretiva (UE) 2018/1972; e, por último, dos considerandos 11 e 20 da Decisão (UE) 2017/899.

Questões prejudiciais

1) Deve o direito da União e, em especial, os artigos 6.º e 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE, interpretados à luz do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o artigo 4.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Diretiva 2002/21/CE 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), e o artigo 31.º da Diretiva (UE) 2018/1972, ser interpretado no sentido de que se opõem a uma legislação nacional, como a pertinente do ordenamento jurídico italiano [artigo 1.º, n.º 1037, da Legge n. 205/2017 (Lei n.º 205/2017)], que, numa situação relevante ao nível comunitário, limita os efeitos do recurso de anulação, impedindo a reconstituição natural ou a execução específica, e circunscreve a proteção cautelar ao pagamento de uma indemnização provisória, comprometendo a tutela jurisdicional efetiva?

2) Deve o direito da União e, em particular, os artigos 3.º, n.ºs 3 e 3-A, 8.º e 9.º da Diretiva 2002/21/CE (denominada «*diretiva-quadro*»), conforme alterada pela Diretiva 2009/140/CE, bem como os artigos 5.º, 6.º, 8.º, 9.º e 45.º da Diretiva (UE) 2018/1972, ser interpretado no sentido de que se opõe a um regime como o instituído na República Italiana pelo artigo 1.º, n.º 1031-*bis*, da Legge di Bilancio 2018 (Lei do Orçamento para 2018), conforme alterado pelo artigo 1.º, n.º 1105, da Legge di Bilancio 2019 (Lei do Orçamento para 2019), que priva a autoridade administrativa independente das suas funções de regulação ou, em qualquer caso, as limita significativamente, ao estabelecer a atribuição de capacidade de transmissão adicional mediante procedimento oneroso com adjudicação à proposta mais elevada em termos económicos e com a participação dos operadores históricos?

3) Deve o direito da União e, em particular, os artigos 8.º e 9.º da Diretiva 2002/21/CE 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), os artigos 3.º, 5.º, 7.º e 14.º da Diretiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva autorização), os artigos 2.º e 4.º da Diretiva 2002/77/CE da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrónicas, os considerandos 11 e 20 da Decisão (UE) 2017/899 e os princípios da equidade, da não discriminação, da proteção da concorrência e da confiança legítima, ser interpretado no sentido de que se opõe a um regime como o instituído pela legislação nacional pertinente [artigo 1.º, n.ºs 1030, 1031, 1031-*bis*, 1031-*ter* e 1032, da Legge n. 205/2017 (Lei n.º 205/2017)], bem como pelas Deliberações da A.G.Com [Autoridade Reguladora das Comunicações] n.ºs 39/19/CONS, 128/19/CONS e 564/2020/CONS e pelas correspondentes

medidas de atribuição de direitos de utilização de frequências para o serviço de televisão digital, que, para efeitos da conversão «*dos direitos de utilização das frequências*» em «*direitos de utilização da capacidade de transmissão*», não prevê uma conversão por equivalente, mas reserva uma parte da capacidade para um procedimento oneroso, impondo ao operador custos adicionais para assegurar a manutenção das prerrogativas legalmente adquiridas ao longo do tempo?

4) O direito da União, em particular, os artigos 8.º e 9.º da Diretiva 2002/21/CE 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), os artigos 3.º, 5.º, 7.º e 14.º da Diretiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva autorização), os artigos 2.º e 4.º da Diretiva 2002/77/CE da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrónicas, os considerandos 11 e 20 da Decisão (UE) 2017/899, os princípios da equidade, da não discriminação, da proteção da concorrência e da confiança legítima, bem como os princípios da proporcionalidade e da adequação, opõe-se [a um regime] como o instituído pela legislação nacional pertinente [artigo 1.º, n.ºs 1030, 1031, 1031-*bis*, 1031-*ter* e 1032, da Legge n. 205/2017 (Lei n.º 205/2017)], bem como pelas Deliberações da A.G.Com [Autoridade Reguladora das Comunicações] n.ºs 39/19/CONS, 128/19/CONS e 564/2020/CONS e pelas correspondentes medidas de atribuição de direitos de utilização de frequências para o serviço de televisão digital, que não adota medidas de caráter estrutural para sanar a situação de desigualdade anteriormente verificada, tendo também em consideração as irregularidades anteriormente declaradas na jurisprudência nacional e supranacional, e não distingue a posição do operador que adquiriu uma frequência na sequência de um procedimento oneroso de natureza concursal com previsão do direito de manutenção da mesma, ou, pelo contrário, as medidas não estruturais anteriormente descritas, adotadas pela autoridade setorial, são adequadas e proporcionadas?

Disposições de direito da União invocadas

Artigos 6.º e 19.º, n.º 1, segundo parágrafo, TUE.

Artigo 47.º da Carta.

Artigos 3.º, 5.º, 7.º e 14.º da Diretiva 2002/20/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de março de 2002, relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva autorização).

Artigos 3.º, n.ºs 3 e 3-A, 4.º, n.º 1, primeiro parágrafo, 8.º e 9.º da Diretiva 2002/21/CE 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), conforme alterada pela Diretiva 2009/140/CE.

Artigos 2.º e 4.º da Diretiva 2002/77/CE da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrónicas.

Artigos 5.º, 6.º, 8.º, 9.º, 31.º e 45.º da Diretiva (UE) 2018/1972 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de dezembro de 2018, que estabelece o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas (reformulação).

Considerandos 11 e 20 da Decisão (UE) 2017/899 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2017, relativa à utilização da faixa de frequências de 470-790 MHz na União.

Entre as muitas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia referidas, para efeitos de uma melhor compreensão dos processos que antecederam a presente litígio, têm particular relevância as seguintes: Acórdãos de 31 de janeiro de 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59), de 26 de julho de 2017, Europa Way e Persidera (C-560/15, EU:C:2017:593) e de 26 de julho de 2017, Persidera (C-112/16, EU:C:2017:597).

Disposições de direito nacional invocadas

Artigo 2058.º do codice civile italiano (Código Civil italiano): «O lesado pode pedir a reconstituição natural, quando esta for total ou parcialmente possível. No entanto, o juiz pode decidir fixar a indemnização por equivalente pecuniário, sempre que a reconstituição natural seja excessivamente onerosa para o devedor».

Artigo 30.º do decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo italiano) [Decreto Legislativo n.º 104, de 2 de julho de 2010 (Código de Processo Administrativo italiano)]: «1. A ação de condenação pode ser intentada conjuntamente com outra ação ou, unicamente nos casos de competência jurisdicional exclusiva e nos casos previstos no presente artigo, também autonomamente. 2. Pode ser pedida a condenação na indemnização pelo dano injustificado decorrente da prática de um ato administrativo ilegal ou da omissão de um ato administrativo obrigatório. Nos casos de competência jurisdicional exclusiva, pode, além disso, ser pedida a indemnização por danos decorrentes da lesão de direitos subjetivos. Se se verificarem os pressupostos previstos no artigo 2058.º do codice civile [Código Civil], pode ser pedida a indemnização por reconstituição natural. 3. O pedido de indemnização com fundamento na lesão de interesses legalmente protegidos deve ser apresentado dentro do prazo de caducidade de cento e vinte dias a contar do dia no qual o facto ocorreu ou do conhecimento do ato, no caso de o dano ter resultado diretamente do mesmo. Na determinação da indemnização, o juiz procede à apreciação de todas as circunstâncias de facto e do comportamento global das partes e, em todo o caso, exclui a indemnização pelos danos que poderiam ter sido evitados usando de normal diligência, também através da utilização dos instrumentos de tutela previstos. 4. No que respeita à indemnização pelo eventual dano que o recorrente demonstre ter sofrido em consequência da inobservância dolosa ou negligente do

prazo fixado para a conclusão do procedimento, o prazo previsto no n.º 3 não corre enquanto durar o incumprimento. Em qualquer caso, o prazo previsto no n.º 3 começa a correr um ano após o termo do prazo fixado para a adoção do ato. 5. Se tiver sido interposto um recurso de anulação, o pedido de indemnização pode ser formulado na pendência do recurso ou, em qualquer caso, no prazo de cento e vinte dias a contar do trânsito em julgado da respetiva sentença. 6. Para o conhecimento dos pedidos de condenação na indemnização por danos decorrentes de lesões de interesses legalmente protegidos ou, nas matérias de competência jurisdicional exclusiva, de direitos subjetivos, são exclusivamente competentes os tribunais administrativos».

Estes dois artigos são relevantes para a primeira questão, uma vez que estabelecem as regras gerais, que a Europa Way pretende que sejam aplicadas no seu caso.

Em seguida, reproduzem-se alguns números do artigo 1.º da legge del 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio per il 2018) [Lei n.º 205, de 27 de dezembro de 2017 (Lei do Orçamento para 2018)], conforme alterado pela legge del 30 dicembre 2018, n. 145 (Lei n.º 145, de 30 de dezembro de 2018), que constituem o objeto principal das questões prejudiciais:

N.º 1030: «Até 31 de maio de 2018, a Autorità per le garanzie nelle comunicazioni [Autoridade Reguladora das Comunicações] adota o Plano nacional de atribuição de frequências a destinar ao serviço de televisão digital terrestre, denominado PNAF, tendo em consideração as codificações ou normas mais avançadas que permitam uma utilização mais eficiente do espetro e utilizando, para a planificação no âmbito local, o critério das áreas técnicas. Até 31 de janeiro de 2019, a Autorità per le garanzie nelle comunicazioni [Autoridade Reguladora das Comunicações] atualiza o PNAF correspondente ao período anterior. A fim de excluir interferências em relação aos países confinantes do ponto de vista radioelétrico, em cada área de coordenação definida nos acordos internacionais subscritos pelo Ministero dello sviluppo economico [Ministério do Desenvolvimento Económico] e pelas autoridades dos Estados confinantes em aplicação da Decisão (UE) 2017/899, de 17 de maio de 2017, a que se refere o n.º 1026, são objeto de planificação unicamente as frequências atribuídas a Itália pelos mesmos acordos. [...]».

N.º 1031: «Em conformidade com os objetivos da política audiovisual da União e nacional de coesão social, pluralismo dos meios de comunicação social e diversidade cultural, e com a finalidade de alcançar a mais eficiente gestão do espetro que a utilização das tecnologias mais avançadas permite, todas as frequências atribuídas no âmbito nacional e local para o serviço de televisão digital terrestre na banda VHF- III e na faixa de 470-694 MHz são cedidas de acordo com o calendário previsto no n.º 1032. Para as finalidades previstas no primeiro período, os direitos de utilização das frequências de que os operadores de rede nacionais são titulares à data da entrada em vigor da presente lei são convertidos em direitos de utilização de capacidade de transmissão em multiplex

nacionais de implantação nova em tecnologia DVB-T2, de acordo com os critérios definidos pela Autorità per le garanzie nelle comunicazioni [Autoridade Reguladora das Comunicações] até 31 de março de 2019, para efeitos da atribuição dos direitos de utilização das frequências. Até 31 de março de 2019, a Autorità per le garanzie nelle comunicazioni [Autoridade Reguladora das Comunicações] estabelece os critérios de atribuição no âmbito nacional dos direitos de utilização das frequências planificadas nos termos do n.º 1030 para o serviço de televisão digital terrestre aos operadores de rede nacionais, tendo em conta a necessidade de assegurar a contenção dos eventuais custos de transformação e de implantação das redes, a redução dos tempos do período transitório previsto no n.º 1032 e a minimização dos custos e impactos junto dos utilizadores finais. Até 30 de junho de 2019, o Ministero dello sviluppo economico [Ministério do Desenvolvimento Económico] procede à concessão dos direitos de utilização das frequências a que se refere o terceiro período a operadores de rede nacionais com base nos critérios definidos pela Autorità [Autoridade Reguladora das Comunicações] previstos no mesmo período. A Autorità per le garanzie nelle comunicazioni [Autoridade Reguladora das Comunicações] estabelece as modalidades e as condições económicas, orientadas para o custo, de acordo com as quais o concessionário do serviço público no multiplex que contém a informação regional está obrigado a ceder uma quota da capacidade de transmissão atribuída, em qualquer caso, não inferior a um programa, no período transitório, a cada uma das entidades que operem legalmente no âmbito local e que sejam titulares dos direitos de utilização dos canais CH 51 e 53 à data da entrada em vigor da presente disposição e que cedam os respetivos direitos de utilização no período transitório nos termos do n.º 1032».

N.º 1031 *bis*: «A atribuição da capacidade de transmissão adicional disponível no âmbito nacional e das radiofrequências hertzianas, adicionais às destinadas à conversão dos direitos de utilização a que se refere o n.º 1031 e planificadas pela Autorità per le garanzie nelle comunicazioni [Autoridade Reguladora das Comunicações] no PNAF, a destinar ao serviço de televisão digital terrestre pelos operadores de rede nacionais e a concessionária do serviço público televisivo e de multimédia, é realizada mediante um procedimento oneroso sem reabertura de concurso, que deverá ser iniciado até 30 de novembro de 2019 pelo Ministero dello sviluppo economico [Ministério do Desenvolvimento Económico], em aplicação dos procedimentos estabelecidos até 30 de setembro de 2019 pela Autorità per le garanzie nelle comunicazioni [Autoridade Reguladora das Comunicações], nos termos do artigo 29.º do codice delle comunicazioni elettroniche [Código das Comunicações Eletrónicas], aprovado pelo decreto legislativo 1.º agosto 2003, n. 259 [Decreto Legislativo n.º 259, de 1 de agosto de 2003], com base nos seguintes princípios e critérios: a) atribuir a capacidade de transmissão e as frequências, com base em lotes de dimensão correspondente a metade de um multiplex; b) fixar um valor mínimo das propostas, com base nos valores de mercado definidos pela Autorità per le garanzie nelle comunicazioni [Autoridade Reguladora das Comunicações]; c) tomar em consideração o valor das propostas económicas apresentadas; d) garantir a continuidade do serviço, a celeridade da transição tecnológica e a qualidade das infraestruturas tecnológicas

disponibilizadas pelos operadores de rede nacionais que operam no setor, incluindo a concessionária do serviço público televisivo e de multimédia; e) valorizar a experiência adquirida pelos operadores de rede nacionais no setor, com particular referência à implantação de redes de radiodifusão digital; f) valorizar a capacidade estrutural para assegurar a eficiência do espetro, as competências profissionais e as competências adquiridas no setor, a inovação tecnológica e a exploração ótima, efetiva e oportuna da capacidade de transmissão e das frequências adicionais; g) assegurar a melhor valorização do espetro, tendo em conta a difusão efetiva de conteúdos de boa qualidade mediante tecnologia de televisão digital terrestre à mais ampla maioria da população italiana. O Ministro da Economia e das Finanças está autorizado a proceder, mediante decretos próprios, à reafetação de verbas registadas na rubrica de receita correspondente do Orçamento do Estado a rubricas correspondentes da despesa do Estado prevista pelo Ministero dello sviluppo economico [Ministério do Desenvolvimento Económico], para intervenções destinadas a incentivar a aquisição de aparelhos de receção de televisão a que se refere a alínea c) do n.º 1039, respeitando o princípio da neutralidade tecnológica, e a favorecer a experimentação de novas tecnologias de televisão, de acordo com modalidades operacionais e procedimentos de desembolso estabelecidos mediante decreto do Ministro do Desenvolvimento Económico, em conjugação com o Ministro da Economia e das Finanças».

N.º 1031 *ter*: «O prazo de validade dos direitos de utilização das frequências decorrentes da conversão prevista no n.º 1031, bem como das decorrentes da atribuição mediante o procedimento previsto no n.º 1031-*bis*, é estabelecido de acordo com o disposto no codice delle comunicazioni elettroniche [Código das Comunicações Eletrónicas], aprovado pelo decreto legislativo 1º agosto 2003, n. 259 [Decreto Legislativo n.º 259, de 1 de agosto de 2003]».

N.º 1032: «Até 30 de junho de 2018, por decreto do Ministro do Desenvolvimento Económico, é estabelecido, após consulta pública, o calendário nacional que define os prazos do roteiro para a execução dos objetivos da Decisão (UE) 2017/899, de 17 de maio de 2017, a que se refere o n.º 1026, tendo em conta a necessidade de fixar um período transitório, de 1 de janeiro de 2020 a 30 de junho de 2022, para assegurar a disponibilização das frequências por parte de todos os operadores de rede titulares dos respetivos direitos de utilização no âmbito nacional e local e a reestruturação do multiplex que contém a informação regional por parte do concessionário do serviço público radiofónico, televisivo e de multimédia, e de acordo com os seguintes critérios: a) identificação das áreas geográficas nas quais o território nacional deve ser dividido, para efeitos da concessão das frequências, também a fim de evitar ou reduzir problemas relativos a interferências com os países confinantes do ponto de vista radioelétrico que utilizem a faixa de 700 MHz para o serviço móvel com prazos antecipados em relação à Itália; b) disponibilização, no prazo previsto na alínea f), por parte dos operadores de rede titulares dos direitos de utilização no âmbito local, de todas as frequências utilizadas à data da entrada em vigor da presente lei, e ativação simultânea das frequências destinadas pelo PNAF às transmissões no âmbito local; c) disponibilização, no prazo previsto na alínea f), por parte do

concessionário do serviço público radiofónico, televisivo e de multimédia, das frequências utilizadas à data da entrada em vigor da presente disposição pelo multiplex do serviço público que contém a informação regional e ativação simultânea das frequências destinadas pelo PNAF à implantação do novo multiplex com decomponibilidade por grandes áreas; d) disponibilização, no prazo previsto na alínea f), por parte dos operadores nacionais, das frequências abrangidas pela faixa de 702-734 MHz correspondentes aos canais 50 a 53 e ativação simultânea de frequências disponíveis que devem ser definidas tendo em conta a necessidade de reduzir os inconvenientes para os utilizadores e assegurar a continuidade de empresa, bem como disponibilização, no prazo previsto na alínea f), por parte dos operadores de rede titulares dos direitos de utilização no âmbito local, das frequências correspondentes aos canais CH 51 e 53 para áreas geográficas sucessivas conforme definidas na alínea a), em qualquer caso, no período transitório de 1 de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021; e) concessão das restantes frequências e ativação das frequências previstas pelo PNAF e objeto dos direitos de utilização nacionais restantes; f) definição dos prazos, e em qualquer caso, no período transitório de 1 de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021, da sequência de concessões e ativações simultâneas de frequências segundo os critérios e relativamente aos operadores nacionais titulares dos direitos de utilização dos canais CH 50 e 52 a que se refere a alínea d), a realizar por áreas geográficas sucessivas conforme definidas na alínea a), da sequência de concessões de frequências segundo os critérios e relativamente aos operadores no âmbito local titulares dos direitos de utilização dos canais CH 51 e 53 a que se refere a alínea d), a realizar por áreas geográficas sucessivas conforme definidas na alínea a), em qualquer caso, no período transitório de 1 de janeiro de 2020 a 31 de dezembro de 2021, bem como dos prazos para a concessão das restantes frequências e ativação das frequências previstas pelo PNAF e objeto dos direitos de utilização remanescentes a que se referem as alíneas b), c) e e). Até 15 de abril de 2019, o Ministro do Desenvolvimento Económico atualizará o decreto correspondente ao período anterior».

N.º 1037: «Os processos judiciais relativos à atribuição de direitos de utilização das frequências, ao concurso e aos outros procedimentos previstos nos n.ºs 1026 a 1036, com particular referência aos procedimentos de concessão das frequências para o serviço de televisão digital terrestre, estão abrangidos pela competência jurisdicional exclusiva dos tribunais administrativos e são da competência funcional do TAR del Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio). Em razão do superior interesse nacional numa rápida liberação e atribuição de frequências, a anulação de atos e medidas adotados no âmbito dos procedimentos previstos nos n.ºs 1026 a 1036 não implica a reconstituição natural ou a execução específica, e a indemnização por danos eventualmente devida é fixada exclusivamente em dinheiro. A proteção cautelar é limitada ao pagamento de uma indemnização provisória».

No que diz respeito às três medidas adotadas pela Autorità italiana per le Garanzie nelle Comunicazioni (Autoridade Reguladora das Comunicações italiana; a seguir «AGCOM») que são referidas na terceira e quarta questões prejudiciais, o seu

conteúdo consiste, em substância, numa nova formulação, fiel aos dados técnicos pormenorizadamente identificados, das orientações estabelecidas pelo legislador nacional nos números da Lei do Orçamento para 2018 supracitados.

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 O presente processo constitui o capítulo mais recente de um litígio que teve início antes de 2000 e que teve como protagonistas operadores que, como o titular da atual rede Europa Way, procuraram, sem êxito, iniciar um serviço de transmissão analógica de televisão à escala nacional, na medida em que se depararam com um obstáculo insuperável num contexto problemático, que a própria Corte costituzionale italiana (Tribunal Constitucional, Itália) qualificou «de mera ocupação de facto das frequências (utilização de infraestruturas sem emissão de licenças ou autorizações), fora de qualquer lógica de incremento do pluralismo na distribuição das frequências e de planificação efetiva da utilização do espetro. Além disso, essa ocupação de facto foi, em várias ocasiões [e] durante longos períodos, legitimada *ex post* e regularizada mediante o consentimento à prossecução das atividades de cada uma das empresas de radiodifusão privadas».
- 2 A Corte costituzionale italiana (Tribunal Constitucional, Itália) interveio várias vezes no litígio, tendo declarado inconstitucional uma série de normas que impediam, de facto, a realização efetiva do princípio do pluralismo informativo, tendo, em todas as ocasiões, obrigado o legislador a alterar a legislação existente, cujos efeitos de distorção eram, contudo, todas as vezes prorrogados a título transitório, sem, portanto, tornar possível uma solução definitiva da questão.
- 3 Esta situação anómala também se prolongou na fase de passagem das transmissões por via analógica às transmissões por via digital, dado que o legislador italiano, ao regular esta transição, considerou como ponto de partida precisamente o contexto do qual não tinham ainda sido verdadeiramente eliminados os vícios apontados tanto pela Corte costituzionale italiana (Tribunal Constitucional, Itália), como pelo próprio Tribunal de Justiça da União Europeia (v. os três acórdãos do Tribunal de Justiça referidos *supra*).
- 4 Com efeito, em 7 de abril de 2009, a AGCOM adotou uma deliberação (a deliberação n.º 181/09/CONS), pela qual fixou os critérios da digitalização total das redes terrestres. Essa deliberação previa a atribuição de 21 multiplex nacionais, que permitiam agrupar diferentes sinais num fluxo de dados comum e transmitir simultaneamente vários serviços de televisão digital terrestre. Para efeitos da sua repartição entre os novos operadores, os operadores que criaram as redes digitais e os que já geriam redes analógicas, esses multiplex foram divididos em três grupos a atribuir segundo critérios diferentes. Previam-se ainda que, no termo do processo de seleção, nenhum operador pudesse obter mais de cinco canais multiplex nacionais. Em especial, as radiofrequências disponíveis provenientes do denominado dividendo digital (ou seja, as frequências subsequentes à atribuição das frequências a todos os operadores) deviam ser

atribuídas gratuitamente aos operadores que reunissem as condições definidas no termo de um processo de seleção organizado segundo o modelo denominado «concurso de beleza» (concurso público no qual só podem participar empresas com determinadas características, também denominado processo de «seleção gratuito»). O regime garantia também aos pequenos operadores a possibilidade de obterem a atribuição das frequências necessárias. A Europa Way foi admitida ao concurso.

- 5 Contudo, por Decreto de 20 de janeiro de 2012 do Ministero dello Sviluppo economico (Ministério do Desenvolvimento Económico), o «concurso de beleza» foi suspenso e substituído por um procedimento de concurso oneroso, no qual a Europa Way não participou. Esta optou, antes, por impugnar no tribunal administrativo a decisão de anulação do «concurso de beleza», tendo obtido inicialmente a declaração da ilegalidade das medidas correspondentes (também no Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no processo C-560/15, já referido) e a anulação dos atos em causa. No entanto, a AGCOM confirmou posteriormente a sua escolha de um procedimento de concurso oneroso, escolha que o próprio Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) julgou justificada, na medida em que não era «fruto de uma vinculação heterónoma [ou seja, de uma imposição do legislador], mas da convicção de que o interesse económico, já manifestado pelo legislador, era um interesse digno de consideração».
- 6 Por conseguinte, numa situação ainda não claramente definida, foi adotada a legge di bilancio per il 2018 (Lei do Orçamento para 2018), que, entre as muitas medidas, visa, por um lado, atribuir as frequências na faixa MHz 700 (MHz 694 - 790) aos sistemas terrestres capazes de prestar serviços de comunicações eletrónicas por banda larga sem fios e, por outro, conferir uma nova organização ao sistema de radiodifusão na plataforma digital terrestre (nacional e local) relativamente às frequências que permaneciam disponíveis para o serviço de transmissão (MHz 174 a 230 e MHz 470 a 694). O órgão jurisdicional de reenvio sublinha que o consequente Plano Nacional de Atribuição de Frequências foi instituído com dificuldades consideráveis, no que respeita à determinação do fator de conversão que devia servir para regular a transição das capacidades de transmissão anteriores na posse dos operadores para as novas: com efeito, a AGCOM, enquanto procurava evitar uma fragmentação excessiva do mercado, não se encontrava, porém, em condições de determinar esse fator com base em razões exclusivamente técnicas, dado que, se o tivesse feito, não teria podido colocar à disposição do legislador o pacote de frequências («dividendo digital») a atribuir mediante procedimento oneroso, expressamente previsto na legge di bilancio del 2018 (Lei do Orçamento para 2018).
- 7 Assim, o plano elaborado nestas circunstâncias apresenta uma série de aspetos críticos, que estão na base das questões prejudiciais análise no presente processo. Com efeito, o novo regime, ignorando as irregularidades já verificadas pelos tribunais nacionais e da União, não parece sanar estruturalmente essas anomalias; não presta especial atenção aos operadores que já tinham adquirido uma

frequência a título oneroso, contando com um direito à manutenção da mesma; exclui procedimentos de conversão sem custos, impondo, pelo contrário, um procedimento oneroso, e obriga o operador em causa, relativamente aos direitos adquiridos, a suportar custos adicionais; parece limitar excessivamente a autonomia decisória da autoridade responsável pela gestão do sistema de radiodifusão, a qual deveria, pelo contrário, funcionar em condições de absoluta independência; e, por último, limita, através de um regime derogatório, os efeitos indemnizatórios dos eventuais recursos de anulação.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 8 A Europa Way invoca várias violações da regulamentação da União nesta matéria; entre as principais, considera que a nova legislação italiana limita a independência da Autoridade reguladora nacional (a seguir «ARN»), a qual é obrigada a aderir acriticamente à posição da Administração pública italiana; equipara as redes ilegalmente detidas pelos antigos monopolistas, em posição ainda hoje dominante no mercado (os denominados «operadores históricos»), às legalmente detidas pelos outros operadores; e viola o princípio da continuidade da oferta, dado que a Europa Way, por causa dos critérios de transição para o digital adotados, sofreu uma redução da sua frequência para metade, apesar de desenvolver regularmente a atividade por via analógica exigida.
- 9 As autoridades recorridas contestam todas as acusações formuladas e pedem que o recurso seja declarado inadmissível e improcedente.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 10 Relativamente à **primeira questão**, o órgão jurisdicional de reenvio duvida que a opção do legislador através do artigo 1.º, n.º 1037, da legge di bilancio 2018 (Lei do Orçamento para 2018) respeite o princípio da tutela jurisdicional efetiva de que qualquer cidadão da União deve gozar, em conformidade com o artigo 47.º da Carta. Ao excluir qualquer forma de reconstituição natural ou execução específica como forma de indemnização suscetível de ser atribuída ao operador em causa [ao contrário do previsto como regra geral no codice civile (Código Civil) e no codice del processo amministrativo (Código de Processo Administrativo); *v. supra*] e ao limitar a referida indemnização à via pecuniária, o legislador instituiu uma proteção inadequada para compensar o operador económico pelo prejuízo causado por medidas ilegais. Com efeito, o propósito do operador consiste na atribuição de direitos de utilização das frequências, situação que exige o investimento de significativos recursos económicos e a criação de estruturas empresariais complexas, dotadas de instrumentos tecnológicos específicos. O órgão jurisdicional de reenvio duvida que o prejuízo decorrente dos obstáculos ilegalmente interpostos ao gozo dos frutos de um compromisso deste tipo possa ser compensado através de uma mera indemnização pecuniária. Além disso, a legislação em vigor descarta o facto de estas atividades realizarem, além do interesse do operador, o interesse geral da coletividade, garantindo tanto a coesão

social como o desenvolvimento cultural da sociedade. No entender do órgão jurisdicional nacional, invocar, como justificação desta exceção, o «superior interesse nacional numa rápida liberação e atribuição de frequências», como o regime nacional em causa faz, mostra-se irrazoável.

- 11 Relativamente à **segunda questão**, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) recorre às explicações especificamente pedidas à AGCOM para justificar as suas opções quanto aos critérios de conversão dos direitos de utilização das antigas frequências nos direitos correspondentes relativos às novas frequências. Embora, por um lado, essas explicações confirmem o facto, que é pacífico, da extrema complexidade das soluções técnicas a adotar a esse respeito, por outro, salientam a influência determinante que é exercida nesse contexto pela orientação política adotada pelo legislador, em particular, através do artigo 1.º, n.ºs 1031 e 1031 *bis*, da legge di bilancio 2018 (Lei do Orçamento para 2018) (supracitada). O órgão jurisdicional de reenvio duvida que a precisão extrema dos conteúdos dessas disposições tenha respeitado, em substância, as prerrogativas fundamentais da AGCOM, que, enquanto ARN, à luz do direito da União (v., nomeadamente, a diretiva-quadro e o Código Europeu das Comunicações Eletrónicas, já referidos), deveria dispor sempre de ampla autonomia e independência precisamente em relação ao poder legislativo, a fim de poder contribuir para a realização efetiva da «democracia económica» indispensável para que todos os operadores possam dispor de possibilidades iguais de concorrer num mercado livre. O órgão jurisdicional de reenvio receia que, devido ao facto de as próprias disposições em vigor determinarem a dimensão dos lotes a atribuir, bem como as respetivas regras procedimentais, o poder discricionário da AGCOM tenha sido ilegalmente limitado.
- 12 Relativamente à **terceira questão**, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que as escolhas de natureza política feitas pelo legislador e formuladas através das regras introduzidas na legge di bilancio 2018 (Lei do Orçamento para 2018), conforme alterada (v., *supra*, em particular, artigo 1.º, n.º 1031 *bis*), que impuseram à AGCOM que procedesse à reorganização do Plano de atribuição de frequências de modo a que não fosse realizada a conversão total das licenças anteriormente emitidas, mas fosse reservada uma quota relevante das mesmas para atribuição mediante um «procedimento oneroso sem reabertura de concurso», implicou, para uma entidade já titular de frequências de transmissão por via digital terrestre e para cuja atribuição esse sujeito já tinha suportado, no passado, despesas consideráveis, uma limitação dos direitos anteriores e a necessidade de pagar montantes adicionais só para manter uma capacidade de transmissão equivalente àquela de que já era titular. No entender do Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), isto não respeita nem a legislação da União na matéria (nomeadamente, as disposições pertinentes da diretiva-quadro e da diretiva autorização), nem os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação, da proteção da concorrência e da confiança legítima. Além disso, questionada especificamente sobre este problema, a AGCOM declarou ao órgão jurisdicional de reenvio, que «o poder discricionário de natureza técnica exercido pela [AGCOM, mediante as deliberações referidas na terceira questão,] ao definir

o fator de conversão entre redes [digitais antigas e novas] [ficou] inevitavelmente condicionado e vinculado pelas disposições da legge di bilancio 2018 [Lei do Orçamento para 2018]».

- 13 Relativamente à **quarta questão**, o órgão jurisdicional de reenvio descreve as vicissitudes complexas, e nunca completamente esclarecidas, que caracterizaram o desenvolvimento da regulamentação do mercado das frequências de radiodifusão televisiva em Itália nas últimas décadas (v., para conhecimento das mesmas, os três acórdãos proferidos nos processos C-380/05, C-560/15 e C-112/16, já referidos). O Governo Italiano, reiteradamente chamado pelos tribunais, tanto nacionais como da União, a cumprir o seu dever de regular esse mercado respeitando critérios objetivos, transparentes e não discriminatórios, nunca chegou a conseguir sanar realmente todos os aspetos irregulares, fruto das escolhas de natureza política anteriormente feitas, e, no entender do órgão jurisdicional de reenvio, também não soube aproveitar a oportunidade que lhe foi oferecida para esse efeito pela necessidade de reorganizar o referido mercado a fim de realizar a passagem das antigas para as novas tecnologias de transmissão. Com efeito, o órgão jurisdicional de reenvio afirma, em síntese, que: por força do artigo 1.º, n.º 1031-*bis*, da legge di bilancio del 2018 (Lei do Orçamento para 2018) e das opções da AGCOM em consequência do mesmo, foi efetuada uma conversão parcial dos direitos anteriores, para constituição de um pacote de frequências destinado à atribuição mediante procedimento oneroso; também se exigiu a um operador que tivesse adquirido os direitos de utilização das frequências que se sujeitasse a um processo de conversão/atribuição que, na prática, limitou os direitos anteriormente obtidos; e utilizou-se unicamente o procedimento oneroso como medida de reequilíbrio das várias posições, adotando normas assimétricas que impuseram aos operadores menos consolidados no mercado que suportassem custos adicionais a fim de obterem o mínimo necessário à manutenção das posições de que anteriormente tinham conseguido tornar-se titulares.