



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
de 30 de março de 2017¹

Processo C-112/16

Persidera SpA
contra
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e
Ministero dello Sviluppo Economico delle Infrastrutture e dei Trasporti

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, Itália)]

«Pedido de decisão prejudicial — Redes e serviços de comunicações eletrónicas — Diretivas 2002/20/CE, 2002/21/CE e 2002/77/CE — Transição da televisão analógica para a televisão digital — Determinação do número de frequências digitais a atribuir a cada titular de frequências analógicas — Consideração de frequências analógicas até então utilizadas de forma ilegal — Relação de conversão — Fator de conversão — Igualdade de tratamento, não discriminação e proporcionalidade»

I. Introdução

1. Nunca é de mais realçar nos nossos dias a importância fundamental que a diversidade e a integridade dos meios de comunicação social assumem numa sociedade livre e democrática. Particularmente as redes e serviços de comunicações eletrónicas são atualmente utilizadas por quase todos nós no dia a dia e, enquanto pressuposto de uma democracia moderna, mas também da educação da população e da vida cultural na Europa, não é possível configurar um mundo sem as mesmas. Ao mesmo tempo, constata-se repetidamente quão frágeis e permeáveis a problemas são os mecanismos em que se baseiam estas redes e serviços.

2. Nas últimas décadas, assistiu-se repetidamente em Itália a debates acesos sobre o pluralismo existente na televisão. Neste sentido, não é de estranhar que também a transição da televisão analógica para a televisão digital tenha estado na origem de controvérsias relacionadas com a adjudicação equitativa das novas frequências televisivas digitais.

3. O presente caso diz respeito, em particular, à adjudicação das frequências digitais que foram expressamente reservadas pelo Estado para a manutenção dos canais de televisão analógicos existentes. A Persidera (antiga Telecom Italia Media Broadcasting — TIMB)², uma operadora de redes italiana, considera ter sido prejudicada em relação aos seus concorrentes — designadamente os líderes de mercado Rai e Mediaset — no âmbito da conversão das frequências analógicas em digitais.

¹ Língua original: alemão.

² Antes da transição definitiva para a televisão digital, a Persidera (ou a sua antecessora TIMB) geria dois canais de televisão analógicos («La 7» e «MTV») e dois digitais («TIMB1» e «MBONE»).

4. No presente caso, o Tribunal de Justiça foi convidado a esclarecer quais as exigências que o direito da União coloca a uma adjudicação de frequências justa. Neste âmbito terá de ser tido em consideração que, na sequência do seu método de adjudicação de frequências atualmente controvertido, a Itália foi objeto de críticas da Comissão num processo por incumprimento em curso³ e num acórdão prejudicial do Tribunal de Justiça⁴.

5. Assumem relevância para a apreciação desta problemática o «novo quadro regulamentar comum», aplicável desde 2002 e composto por várias diretivas do legislador da União, bem como os princípios gerais do direito da União.

6. O presente processo C-112/16 está estreitamente relacionado com o processo prejudicial no processo C-560/15, no qual também apresento hoje as minhas conclusões. As questões jurídicas suscitadas neste último processo referem-se essencialmente às mesmas disposições e princípios do direito da União, mas não dizem respeito à conversão de frequências analógicas antigas em novas frequências digitais e também levantam problemas jurídicas substancialmente diferentes.

II. Enquadramento jurídico

7. O quadro jurídico do caso vertente é determinado por três diretivas de 2002 relativas às redes e serviços de comunicações eletrónicas que pertencem todas ao novo quadro regulamentar comum aos serviços de comunicações eletrónicas, às redes de comunicações eletrónicas e aos recursos e serviços conexos: a diretiva-quadro (Diretiva 2002/21/CE)⁵, a diretiva autorização (Diretiva 2002/20)⁶ e a diretiva concorrência (Diretiva 2002/77/CE)⁷. As duas primeiras diretivas são válidas na redação que lhes foi dada pela Diretiva 2009/140/EG⁸.

A. Diretiva-quadro (Diretiva 2002/21)

8. Antes de mais, importa remeter para o sexto e o décimo nono considerandos da Diretiva 2002/21, que dispõem resumidamente o seguinte:

«(6) A política audiovisual e a regulamentação dos conteúdos visam a prossecução de objetivos de interesse geral, tais como a liberdade de expressão, o pluralismo dos meios de comunicação, a imparcialidade, a diversidade cultural e linguística, a inclusão social, a proteção do consumidor e a proteção de menores. [...]

[...]

(19) As radiofrequências constituem um recurso essencial para os serviços de comunicações eletrónicas assentes nas radiocomunicações, devendo, na medida em que estejam associadas a estes serviços, ser atribuídas e consignadas pelas autoridades reguladoras nacionais de acordo

3 Processo por incumprimento n.º 2005/5086 (v. a este respeito os comunicados de imprensa da Comissão IP/06/1019 de 19 de julho de 2006 e IP/07/1114 de 18 de julho de 2007); este processo, em que a Comissão formulou um parecer fundamentado na aceção do artigo 258.º, n.º 1, TFUE (anterior artigo 226.º, n.º 1, CE), ainda não foi atualmente concluído.

4 Acórdão de 31 de janeiro de 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

5 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) (JO 2002, L 108, p. 33).

6 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) (JO 2002, L 108, p. 21).

7 Diretiva 2002/77/CE da Comissão, de 16 de setembro de 2002, relativa à concorrência nos mercados de redes e serviços de comunicações eletrónicas (diretiva concorrência) (JO 2002, L 249, p. 21).

8 Diretiva 2009/140/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de novembro de 2009, que altera a Diretiva 2002/21/CE relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações eletrónicas, a Diretiva 2002/19/CE relativa ao acesso e interligação de redes de comunicações eletrónicas e recursos conexos e a Diretiva 2002/20/CE relativa à autorização de redes e serviços de comunicações eletrónicas (JO 2009, L 337, p. 37, corrigida no JO 2013, L 241, p. 8);

com um conjunto de objetivos e princípios harmonizados que rejam as suas atividades, bem como com critérios objetivos, transparentes e não discriminatórios, tomando em consideração os interesses democráticos, sociais, linguísticos e culturais relacionados com a utilização da frequência. [...]»

9. Sob o título «Objetivos de política geral e princípios de regulação», é estabelecido o seguinte no artigo 8.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2002/21, entre outros pontos:

«1. Os Estados-Membros deverão assegurar que, no desempenho das funções de regulação constante da presente diretiva e das diretivas específicas, as autoridades reguladoras nacionais tomem todas as medidas razoáveis para realizar os objetivos fixados nos n.ºs 2, 3 e 4. Tais medidas deverão ser proporcionais a esses objetivos.

[...]

2. As autoridades reguladoras nacionais devem promover a concorrência na oferta de redes de comunicações eletrónicas, de serviços de comunicações eletrónicas e de recursos e serviços conexos, nomeadamente:

[...]

b)

Assegurando que não existam distorções ou restrições da concorrência no setor das comunicações eletrónicas, incluindo no que diz respeito à transmissão de conteúdos;

[...]

d) Incentivando uma utilização eficiente e assegurando uma gestão eficaz das radiofrequências e dos recursos de numeração.»

10. O artigo 9.º da Diretiva 2002/21 contém ainda as seguintes disposições sobre a «Gestão das radiofrequências para serviços de comunicações eletrónicas»:

«1. Tendo devidamente em conta que as radiofrequências são um bem público com um importante valor social, cultural e económico, os Estados-Membros devem assegurar a gestão eficaz das radiofrequências para serviços de comunicações eletrónicas no seu território nos termos dos artigos 8.º e 8.º-A. Devem assegurar que a atribuição do espectro utilizado para serviços de comunicações eletrónicas e a emissão de autorizações gerais ou de direitos individuais de utilização dessas radiofrequências pelas autoridades nacionais competentes se baseiem em critérios objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais.

Na aplicação do presente artigo, os Estados-Membros devem respeitar os acordos internacionais, incluindo os Regulamentos das Radiocomunicações da União Internacional das Telecomunicações (UIT), e podem ter em conta considerações de interesse público.

[...]

4. [...]As medidas que exijam que um serviço de comunicações eletrónicas seja oferecido numa faixa específica disponível para serviços de comunicações eletrónicas devem ter como justificação garantir o cumprimento de um objetivo específico de interesse geral definido na legislação nacional em conformidade com o direito comunitário, tal como, e sem que esta lista seja exaustiva:

a) A segurança da vida humana;

- b) A promoção da coesão social, regional ou territorial;
- c) A prevenção de utilizações ineficientes das radiofrequências; ou
- d) A promoção da diversidade cultural e linguística e do pluralismo dos meios de comunicação, por exemplo através do fornecimento de serviços de radiodifusão sonora ou televisiva.

[...]

7. Sem prejuízo das disposições das diretivas específicas e tendo em conta as circunstâncias nacionais, os Estados-Membros podem estabelecer regras para evitar o açambarcamento de espetro, nomeadamente através do estabelecimento de prazos estritos para a exploração efetivos direitos de utilização pelo titular dos direitos e da aplicação de sanções, nomeadamente sanções financeiras ou a retirada de direitos de utilização, em caso de não cumprimento dos prazos. Essas regras devem ser estabelecidas e aplicadas de forma proporcional, não discriminatória e transparente.»

B. Diretiva autorização (Diretiva 2002/20)

11. O artigo 3, n.º 1, da Diretiva 2002/20 contém a seguinte regulamentação relativa à «Autorização geral de redes e serviços de comunicações eletrónicas»:

«Os Estados-Membros garantirão a liberdade de oferecer serviços e redes de comunicações eletrónicas, sob reserva das condições fixadas na presente diretiva. Para o efeito, os Estados-Membros não impedirão que uma empresa ofereça serviços ou redes de comunicações eletrónicas, exceto pelos motivos constantes do n.º 1 do artigo 46.º do Tratado.»

12. No artigo 5.º da Diretiva 2002/20 encontram-se as seguintes disposições sobre «Direitos de utilização de radiofrequências e números», entre outras:

«1. Os Estados-Membros devem facilitar a utilização de radiofrequências no quadro das autorizações gerais. Sempre que necessário, os Estados-Membros podem conceder direitos individuais de utilização a fim de:

[...]

- realizar outros objetivos de interesse geral, definidos pelos Estados-Membros em conformidade com o direito comunitário.

2. Se for necessário conceder direitos individuais de utilização de radiofrequências e números, os Estados-Membros concedem esses direitos, mediante pedido, a qualquer empresa para o fornecimento de redes ou serviços ao abrigo da autorização geral referida no artigo 3.º, sem prejuízo do disposto nos artigos 6.º, 7.º e na alínea c) do n.º 1 do artigo 11.º da presente diretiva e de quaisquer outras regras que garantam a utilização eficiente desses recursos, em conformidade com a Diretiva 2002/21/CE (Diretiva-Quadro).

Sem prejuízo dos critérios e procedimentos específicos aprovados pelos Estados-Membros para a concessão de direitos de utilização de radiofrequências aos fornecedores de serviços de conteúdos de radiodifusão sonora ou televisiva tendo em vista a realização de objetivos de interesse geral em conformidade com o direito comunitário, os direitos de utilização de radiofrequências e números são concedidos por procedimentos abertos, objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais e, no caso das radiofrequências, de acordo com o disposto no artigo 9.º da Diretiva 2002/21/CE (Diretiva-Quadro). Pode aplicar-se uma exceção ao requisito de procedimentos abertos nos casos em

que se demonstre que a concessão de direitos individuais de utilização das radiofrequências aos fornecedores de serviços de conteúdos de radiodifusão sonora ou televisiva é necessária para realizar um objetivo de interesse geral definido pelos Estados-Membros em conformidade com o direito comunitário.

[...]

5. Os Estados-Membros não podem limitar o número de direitos de utilização a conceder, exceto quando tal seja necessário para garantir a utilização eficiente das radiofrequências, nos termos do disposto no artigo 7.º

6. As autoridades nacionais competentes asseguram que as radiofrequências sejam efetiva e eficientemente utilizadas, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º e do n.º 2 do artigo 9.º da Diretiva 2002/21/CE (Diretiva-Quadro). Aquelas asseguram que a concorrência não seja falseada por transferências ou acumulação de direitos de utilização das radiofrequências. [...]

13. O artigo 7.º da Diretiva 2002/20 dispõe ainda o seguinte a respeito do «Procedimento aplicável à limitação do número de direitos de utilização de radiofrequências a conceder»:

«1. Caso um Estado-Membro considere a hipótese de limitar o número de direitos de utilização de radiofrequências a conceder ou de prolongar o prazo de validade de direitos existentes em condições distintas das especificadas nesses direitos, deve, designadamente:

a) Ter em devida conta a necessidade de maximizar os benefícios para os utilizadores e facilitar o desenvolvimento da concorrência,

[...]

3. Se a concessão de direitos de utilização de radiofrequências tiver de ser limitada, os Estados-Membros concedem esses direitos com base em critérios de seleção objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais. Tais critérios de seleção devem atribuir a devida importância à consecução dos objetivos do artigo 8.º da Diretiva 2002/21/CE (Diretiva-Quadro) e às exigências do artigo 9.º dessa diretiva.»;

[...]»

C. Diretiva concorrência (Diretiva 2002/77)

14. O artigo 2.º da Diretiva 2002/77 prevê sob o título «Direitos especiais e exclusivos relativos às redes de comunicações eletrónicas e aos serviços de comunicações eletrónicas» as seguintes disposições, entre outras:

«[...]

2. Os Estados-Membros tomarão todas as medidas necessárias para garantir que qualquer empresa possa fornecer os serviços de comunicações eletrónicas ou estabelecer, alargar ou oferecer redes de comunicações eletrónicas.

[...]

4. Os Estados-Membros garantirão que uma autorização geral concedida a uma empresa para prestar serviços de comunicações eletrónicas ou para estabelecer e/ou oferecer redes de comunicações eletrónicas, bem como as respetivas condições, serão baseadas em critérios objetivos, não discriminatórios, proporcionais e transparentes.

[...]»

15. Por fim, o artigo 4.º da Diretiva 2002/77 contém a seguinte disposição relativa aos «Direitos de utilização das frequências»:

«Este facto não prejudica os critérios e procedimentos específicos aprovados pelos Estados-Membros para a concessão de direitos de utilização de radio frequências aos prestadores de serviços de difusão de conteúdos de rádio e televisão, para alcançar objetivos de interesse geral, em conformidade com o direito comunitário.

[...]

2. A atribuição de radio frequências para serviços de comunicações eletrónicas deve basear-se em critérios objetivos, transparentes, não discriminatórios e proporcionais.»

III. Matéria de facto e processo principal

16. A transição da televisão analógica para a televisão digital em Itália exigiu um processo de adjudicação das novas de frequências de emissão digitais, caracterizadas pela sua maior potência em relação às analógicas⁹. Para este efeito, em 7 de abril de 2009 a Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni¹⁰ (AGCOM) aprovou em 7 de abril de 2009 a decisão 181/09/CONS¹¹, no qual estabeleceu os critérios para a completa digitalização das redes terrestres e fixou, em simultâneo, um mecanismo para a adjudicação das frequências a atribuir neste âmbito. Esta decisão foi aprovada no contexto de um processo por incumprimento em curso¹² no qual a Comissão Europeia avisou a Itália de que esta não poderia favorecer os operadores de canais televisivos analógicos que já operavam no mercado no âmbito da adjudicação das suas frequências digitais.

17. Atualmente estava prevista a atribuição de frequências digitais sob a forma de 21 denominados canais multiplex para a transmissão terrestre a nível nacional¹³. Um canal multiplex permite agrupar os vários sinais áudio, vídeo e de dados num fluxo de dados conjunto, de modo a otimizar a utilização das frequências e linhas disponíveis.

18. De forma a garantir uma repartição equitativa destes canais multiplex digitais, que não tem apenas em consideração os operadores atuais de canais televisivos analógicos, mas também aqueles que tinham investido previamente na criação de redes digitais, bem como aqueles que pretendem aceder a este mercado, as 21 unidades foram divididas em três grupos que deveriam ser adjudicados de acordo com critérios distintos. Além disso, foi definido como limite superior que nenhum operador de redes podia dispor sozinho de mais de cinco canais multiplex; este número máximo de cinco canais multiplex foi também indicado pela Comissão no processo por incumprimento.

9 Um das principais vantagens da televisão digital consiste no facto de permitir a transmissão de vários programas na mesma faixa de frequência — ao contrário do que sucede com a televisão analógica.

10 Autoridade de regulamentação italiana em matéria de comunicações.

11 Esta decisão adquiriu força de lei por via do decreto-lei (Decreto-legge) n.º 59/2008, em conjugação com a Lei n.º 101/2008.

12 V. *supra*, n.º 3.

13 Alguns dos intervenientes no processo referem um conjunto de 22 multiplex. Para os efeitos do presente processo prejudicial é possível, no entanto, deixar de lado esta divergência.

19. Em concreto, a atribuição dos referidos 21 canais multiplex deveria ser processada da seguinte forma:

- Num *primeiro grupo*, oito canais multiplex estavam reservados à conversão das redes de televisão analógica existentes em redes de televisão digitais, o que se deveria verificar com base numa atribuição justa que tivesse em consideração a continuidade da oferta televisiva. Por conseguinte, a cada atual operador de televisão analógica deveria ser atribuído pelo menos um canal multiplex, enquanto os operadores que possuíam vários canais analógicos receberiam menos um canal multiplex em relação ao número dos seus canais analógicos. Deste modo, a Rai e a Mediaset, entre outros, que até ao momento operavam três canais televisivos analógicos, receberam dois canais multiplex, enquanto a TIMB, que até ao momento detinha dois canais televisivos analógicos, recebia um canal multiplex; à Rete A e a dois outros operadores de redes foi igualmente atribuído respetivamente um canal multiplex.
- Num *segundo grupo*, oito canais multiplex deveriam ser atribuídos aos operadores de redes que tinham investido na criação de redes digitais. Deste modo, a Rai, a Mediaset e a TIMB receberam, respetivamente, dois outros canais multiplex, enquanto a Rete A e um outro operador de redes obtiveram um canal multiplex cada.
- Num *terceiro grupo*, os restantes cinco canais multiplex, também designados por «dividendos digitais»¹⁴, deveriam ser atribuídos enquanto novas frequências adicionais de acordo com critérios objetivos, transparentes, proporcionados e não discriminatórios.

20. O Ministério italiano do Desenvolvimento Económico¹⁵ procedeu à atribuição dos canais multiplex digitais com base nestas determinações.

21. No presente caso, o litígio no processo principal apenas diz respeito a uma parte destes canais multiplex, nomeadamente os do primeiro grupo. Tendo considerado estar a ser prejudicada em relação aos seus principais concorrentes pelo método aplicado na conversão das frequências analógicas em digitais¹⁶, a TIMB interpôs recurso para o Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio¹⁷ (TAR), com o objetivo de obter um canal multiplex adicional do referido primeiro grupo, bem como uma indemnização.

22. Perante o TAR, a TIMB argumentou, entre outros pontos, que no seu caso a conversão das frequências até então analógicas em novas frequências digitais esteve na origem a uma relação de conversão menos favorável do que no caso da Rai e da Mediaset: enquanto a TIMB obteve um canal multiplex por duas frequências analógicas, o que corresponde a uma relação de conversão de 50%, à Rai e à Mediaset foram atribuídos dois canais multiplex por cada três canais televisivos analógicos, o que corresponde a uma relação de conversão mais favorável de 66,67%. A TIMB critica ainda o facto de no caso da Rai e da Media a conversão em frequências digitais ter tido em consideração os canais de televisão analógicos que até então tinham sido geridos por estes dois operadores de redes sem respeitar os limites legais destinados a evitar concentrações, ou seja, de forma ilegal.

14 V., quanto ao conceito de dividendos digitais, o vigésimo sexto considerando da Diretiva 2009/140; v. ainda o ponto 1 da Comunicação da Comissão Europeia de 13 de novembro e 2007, «Tirar o máximo partido do dividendo digital na Europa: Abordagem comum para o aproveitamento do espetro libertado com a transição para o digital», COM/2007/0700 final.

15 Ministero dello sviluppo economico (MiSE).

16 V. o ponto 19, primeiro travessão, das presentes conclusões.

17 Tribunal Administrativo da Região do Lácio.

23. Após a sua ação não ter obtido provimento em primeira instância¹⁸, a TIMB prossegue agora a sua pretensão por via do recurso jurisdicional interposto para o Consiglio di Stato¹⁹, o órgão jurisdicional de reenvio. Durante o processo de recurso perante o Consiglio di Stato foi concluída a fusão da TIMB com a Rete A, que por sua vez era titular de dois canais multiplex. A nova empresa resultante da fusão, denominada Persidera, dispõe desde então de um total de cinco canais multiplex, o que — tal como já foi referido — corresponde em Itália ao número máximo permitido por lei para cada operador de redes.

IV. Pedido de decisão prejudicial e tramitação perante o Tribunal de Justiça

24. Por decisão de 2 de julho de 2015, que deu entrada em 24 de fevereiro de 2016, o Consiglio di Stato suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais nos termos do artigo 267.º TFUE:

- 1) Opõe-se o direito da União, em particular os artigos 56.º TFUE, 101.º TFUE, 102.º TFUE e 106.º TFUE, o artigo 9.º da Diretiva 2002/21/CE, a seguir «diretiva quadro», os artigos 3.º, 5.º e 7.º da Diretiva 2002/20/CE, a seguir «diretiva autorização», os artigos 2.º e 4.º da Diretiva 2002/77/CE, a seguir «diretiva concorrência», bem como os princípios da não discriminação, da transparência, da livre concorrência, da proporcionalidade, da efetividade e do pluralismo da informação, a uma norma nacional que, para estabelecer o número de canais digitais a conceder aos operadores aquando da conversão dos canais analógicos, exige que se considere do mesmo modo os canais analógicos utilizados de forma legal e os que foram utilizados em violação dos limites destinados a evitar concentrações estabelecidos em normas nacionais já apreciadas pelo Tribunal de Justiça ou pela Comissão Europeia, ou, em qualquer caso, sem disporem de uma concessão?
- 2) Opõe-se o direito da União, em particular os artigos 56.º TFUE, 101.º TFUE, 102.º TFUE e 106.º TFUE, o artigo 9.º da Diretiva 2002/21/CE, a seguir «diretiva quadro», os artigos 3.º, 5.º e 7.º da Diretiva 2002/20/CE, a seguir «diretiva autorização», os artigos 2.º e 4.º da Diretiva 2002/77/CE, a seguir «diretiva concorrência», bem como os princípios da não discriminação, da transparência, da livre concorrência, da proporcionalidade, da efetividade e do pluralismo da informação, a uma norma nacional que, para estabelecer o número de canais digitais a conceder aos operadores aquando da conversão dos canais analógicos, ao exigir que se tome em consideração todos os canais analógicos existentes independentemente da forma como foram geridos até esse momento, inclusive em violação dos limites destinados a evitar concentrações estabelecidos em normas nacionais já apreciadas pelo Tribunal de Justiça ou pela Comissão Europeia, ou, em qualquer caso, sem disporem de uma concessão, tem como efeito reduzir o número de canais atribuídos a um operador que explora vários canais, comparativamente aos que utilizavam o sistema analógico, numa medida proporcionalmente superior à que é aplicada aos seus concorrentes?

25. A Persidera, a RAI, a Reti televisive italiane (RTI)²⁰, o Governo italiano e o Governo da Eslovénia, bem como a Comissão Europeia apresentaram observações escritas no processo no Tribunal de Justiça. Com a exceção da Eslovénia, os mesmos intervenientes estiveram também representados na audiência de 2 de fevereiro de 2017, que se realizou imediatamente após a audiência respeitante ao processo C-560/15.

18 V. a este respeito o acórdão n.º 1398/2014 do Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

19 Conselho de Estado.

20 A RTI pertence ao grupo Mediaset.

V. Apreciação jurídica

A. Quanto à admissibilidade do pedido de decisão prejudicial

26. De acordo com o artigo 94.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça²¹, para além da questão prejudicial o pedido de decisão prejudicial deve conter igualmente as informações necessárias quanto ao enquadramento factual e regulamentar do litígio no processo principal. O órgão jurisdicional de reenvio deve ainda descrever a relação existente entre as disposições do direito da União a interpretar e o litígio no processo principal, bem como indicar os motivos subjacentes às dúvidas que levanta quanto à interpretação ou validade das referidas disposições. Nos termos da jurisprudência, as informações relativas ao quadro factual e regulamentar assumem uma particular importância num processo em matéria de concorrência²².

1. Falta de pertinência das disposições de direito primário

27. Tal como a RTI e o Governo italiano salientam corretamente, no presente caso o pedido de decisão prejudicial não apresenta quaisquer esclarecimentos acerca da relevância das disposições de direito primário dos artigos 56.º, 101.º, 102.º e 106.º TFUE para a solução do litígio no processo principal.

28. A respeito do artigo 56.º TFUE, em particular importa referir que todos os elementos do litígio no processo principal estão confinados ao interior de um único Estado-Membro e que neste caso o órgão jurisdicional de reenvio — ao contrário do que sucedeu na altura com o processo Centro Europa 7 — não pretende invocar a proibição de discriminação de nacionais prevista na Constituição italiana²³. Neste sentido, não é possível depreender em que medida o Tribunal de Justiça pode contribuir para a solução do litígio no processo principal por via da interpretação requerida do artigo 56.º TFUE.

29. Quanto às disposições em matéria de concorrência dos artigos 101.º, 102.º e 106.º TFUE basta referir que as mesmas dizem respeito à atuação das empresas, enquanto que no presente caso está em causa a atuação de organismos estatais no âmbito da adjudicação de frequências televisivas. O artigo 102.º, n.º 1, TFUE, em conjugação com o artigo 106.º, n.º 1, TFUE, proíbe aos Estados-Membros criar uma situação em que é facilitada a determinadas empresas — no presente caso: a Rai e a Mediaset — a exploração de forma abusiva da sua presumível posição dominante coletiva²⁴. No entanto, estar-se-ia a ir longe de mais caso se considerasse provável ou mesmo inevitável a existência de um comportamento anticoncorrencial da Rai e da Mediaset apenas devido a uma forma de proceder eventualmente errada das autoridades nacionais italianas no âmbito da adjudicação das frequências televisivas digitais.

21 A necessidade de respeitar o artigo 94.º do Regulamento de Processo foi sublinhada pelo Tribunal de Justiça por exemplo no seu despacho de 12 de maio de 2016, *Security Service e o.* (C-692/15 a C-694/15, EU:C:2016:344, n.º 18). Já anteriormente tinham sido formulados, em jurisprudência constante, requisitos de admissibilidade aplicáveis a pedidos de decisão prejudicial com um conteúdo idêntico; v., a título de exemplo, acórdãos de 24 de abril de 2012, *Kamberaj* (C-571/10, EU:C:2012:233, n.º 42) e de 21 de dezembro de 2016, *Vervloet e o.* (C-76/15, EU:C:2016:975, n.ºs 56 e 57).

22 V., neste sentido, o despacho de 8 de outubro de 2002, *Viacom* (C-190/02, EU:C:2002:569, n.ºs 21 e 22), bem como acórdãos de 26 de janeiro de 1993, *Telemarscabruzzo e o.* (C-320/90 bis C-322/90, EU:C:1993:26, n.º 7), de 31 de janeiro de 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59, n.º 58), de 21 de novembro de 2013, *Deutsche Lufthansa* (C-284/12, EU:C:2013:755, n.º 20) e de 13 de fevereiro de 2014, *Airport Shuttle Express e o.* (C-162/12 e C-163/12, EU:C:2014:74, n.º 38).

23 Acórdão de 31 de janeiro de 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59, n.ºs 64 a 71, em particular o n.º 69).

24 V., neste sentido, os acórdãos de 18 de junho de 1991, *ERT* (C-260/89, EU:C:1991:254, n.º 37), de 31 de janeiro de 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59, n.º 60) e de 1 de julho de 2008, *MOTOE* (C-49/07, EU:C:2008:376, n.º 50); v. igualmente as minhas conclusões no processo *Taricco e o.* (C-105/14, EU:C:2015:293, n.º 60).

30. Na medida em que o órgão jurisdicional de reenvio apenas pretende dedicar a atenção, de forma geral, ao *princípio da concorrência*, o Tribunal de Justiça pode abordar amplamente esta questão no âmbito das suas considerações a respeito das três diretivas 2002/20, 2002/21 e 2002/77; não sendo, neste âmbito, necessário proceder a uma interpretação especial dos artigos 101.º, 102.º ou 106.º TFUE.

31. Por conseguinte, as questões prejudiciais devem ser declaradas inadmissíveis na medida em que tenham por objeto a interpretação dos artigos 56.º, 101.º, 102.º e 106.º TFUE.

2. Pertinência das questões prejudiciais a respeito da Persidera

32. O Governo italiano considera ainda que o pedido de decisão prejudicial carece de pertinência para a solução do litígio na medida em que a Persidera entretanto atingiu o número máximo de cinco canais multiplex com radiofrequências para a televisão digital.

33. É correto que um pedido de decisão prejudicial deve ser considerado inadmissível caso se conclua que o litígio no processo principal se tenha resolvido²⁵. No presente caso não se verificam, no entanto, suficientes indícios que permitam concluir no sentido da resolução do litígio, não sendo a mesma desde logo manifesta. Pelo contrário, resulta dos autos que a Persidera não só requer perante os tribunais administrativos nacionais a atribuição de um outro canal multiplex, mas pede também uma indemnização. Na medida em que não pode ser excluída a possibilidade de ser concedida uma indemnização à empresa devido a uma conduta ilícita anterior dos organismos italianos, mantemos a presunção da pertinência das questões prejudiciais para a solução do litígio²⁶.

34. Neste contexto, deve ser rejeitada a alegação do Governo italiano a respeito da resolução do litígio no processo principal.

3. Informação suficiente a respeito da alegada ilegalidade de dois canais de televisão

35. Importa ainda analisar se o pedido de decisão prejudicial pode ser eventualmente declarado inadmissível devido ao facto de não conter suficientes informações a respeito da ilegalidade, alegada pela Persidera, relacionada com a exploração de dois canais de televisão dos seus concorrentes. Esta ilegalidade é a premissa na qual se baseia todo o pedido de decisão prejudicial: tanto a primeira como a segunda questão prejudicial se referem expressamente a ela.

36. É necessário admitir que a este respeito o despacho de reenvio do Consiglio di Stato não se destaca como um modelo de clareza e precisão. Seria desejável que o despacho de reenvio descrevesse de forma mais concreta e estruturada o fundamento da alegada ilegalidade e quais os seus efeitos. No entanto, o despacho de reenvio apenas contém informações factuais e jurídicas muito reduzidas a este respeito.

37. Apesar das suas deficiências indiscutíveis, considero que o pedido de decisão prejudicial expressa de forma suficientemente clara qual o tipo de ilegalidade a que se refere. Tal como o teor das duas questões prejudiciais demonstra, está aqui em causa uma alegada «violação dos limites destinados a evitar concentrações estabelecidos em normas nacionais» e também se os referidos canais de televisão são geridos «sem disporem de uma concessão».

²⁵ Acórdãos de 20 de janeiro de 2005, García Blanco (C-225/02, EU:C:2005:34) e de 24 de outubro de 2013, Stoilov i Ko (C-180/12, EU:C:2013:693), bem como despacho de 14 de outubro de 2010, Reinke (C-336/08, EU:C:2010:604).

²⁶ Acórdãos de 7 de setembro de 1999, Beck e Bergdorf (C-355/97, EU:C:1999:391, n.º 22), de 16 de junho de 2015, Gauweiler e o. (C-62/14, EU:C:2015:400, n.º 25), de 6 de setembro de 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630, n.º 20) e de 21 de dezembro de 2016, Vervloet e o. (C-76/15, EU:C:2016:975, n.º 57).

38. Tal como resulta aliás dos autos, os dois canais de televisão alegadamente geridos de forma ilegal são, por um lado, o canal «RAI 3» da empresa pública de televisão Rai e, por outro, o canal «Rete 4» do grupo privado Mediaset. A Persidera argumenta essencialmente que a consideração destes dois canais no âmbito da transição da televisão analógica para a televisão digital teria favorecido injustificadamente a Rai e a Mediaset em relação aos seus concorrentes de menor dimensão. Deste modo, a Rai e a Mediaset teriam obtido mais frequências digitais do que aquelas a que teriam efetivamente direito.

39. Neste sentido, o Tribunal de Justiça dispõe de informações suficientes para dar uma resposta útil às questões prejudiciais, o que é desde logo demonstrado pelas observações que os vários intervenientes no processo apresentaram perante o Tribunal de Justiça²⁷.

40. Por conseguinte, o pedido de decisão prejudicial deve ser considerado admissível no que respeita à alegada ilegalidade de dois canais de televisão.

41. O facto de vários intervenientes no processo — nomeadamente a Rai, a RTI e o Governo italiano — terem insistido que não se verifica efetivamente qualquer ilegalidade a respeito da «RAI 3» e da «Rete 4» em nada altera esta situação. Isto porque nos termos da jurisprudência consagrada²⁸, no que respeita à situação factual e jurídica pertinente para o litígio no processo principal o Tribunal de Justiça apenas deve seguir a descrição do órgão jurisdicional de reenvio, cuja exatidão não lhe compete verificar²⁹, mesmo que determinados intervenientes no processo — neste caso, a Rai, a RTI e a Itália — levarem dúvidas a este respeito.

4. Conclusão provisória

42. Tudo ponderado, há que considerar que o pedido de decisão prejudicial apenas é inadmissível na medida em que diz respeito aos artigos 56.º, 101.º, 102.º e 106.º TFUE. Quanto ao resto, deve ser considerado admissível.

B. Apreciação do conteúdo das questões jurídicas

43. A matéria de facto do litígio no processo principal e também o direito aplicável caracterizam-se pela sua elevada complexidade. Infelizmente, tanto as explicações do órgão jurisdicional de reenvio como aquelas dos intervenientes no processo não ajudaram a esclarecer as questões em aberto. Pelo contrário, contribuíram antes para complicar desnecessariamente o caso e para desviar a atenção das questões essenciais.

44. Tal como já foi referido, o presente processo deve ser apreciado no contexto da transição da televisão analógica para a televisão digital em Itália e ilustra uma parte desta transição do ponto de vista jurídico: neste sentido, diz apenas respeito ao cálculo do número de frequências de emissão digitais a atribuir aos operadores de redes já presentes no mercado televisivo analógico. Em que medida se podia ter em conta, no âmbito do cálculo destas frequências digitais a atribuir, o número dos programas de televisão analógicos que foram então emitidos pelas respetivas empresas? Os canais

27 V. no mesmo sentido, a título de mero exemplo, o acórdão de 18 de outubro de 2011, Boxus e o. (C-128/09 a C-131/09, C-134/09 e C-135/09, EU:C:2011:667, n.º 27).

28 V., a título de exemplo, os acórdãos de 25 de janeiro de 2011, Neukirchinger (C-382/08, EU:C:2011:27, n.º 41) e de 6 de outubro de 2015, Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662, n.º 13).

29 Jurisprudência constante, v. por exemplo os acórdãos de 13 de outubro de 2016, Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:769, n.º 16) e de 31 de janeiro de 2017, Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71, n.º 56).

de televisão analógicos alegadamente operados de forma ilegal poderiam ser tidos em consideração no cálculo (primeira questão prejudicial), e será que este cálculo poderia, de um ponto de vista aritmético, dar origem a diferentes relações de conversão de acordo com os operadores de redes (segunda questão prejudicial)?

45. Na minha opinião, as duas questões submetidas pelo Consiglio di Stato estão de tal forma relacionadas que se impõe uma análise conjunta das mesmas.

1. As disposições e os princípios do direito da União pertinentes

46. São sobretudo relevantes para a resposta às duas questões as diversas disposições de direito derivado do novo quadro regulamentar comum, nomeadamente os artigos 8.º e 9.º da Diretiva 2002/21, os artigos 3.º, 5.º e 7.º da Diretiva 2002/20, bem como os artigos 2.º e 4.º da Diretiva 2002/77. Todas estas disposições expressam o facto de os Estados-Membros disporem de uma certa margem de apreciação no âmbito da atribuição das frequências, que apenas podem, no entanto, exercer respeitando os princípios gerais do direito da União da não discriminação, da transparência e da proporcionalidade, devendo também assegurar uma gestão e utilização eficientes das frequências, bem como ter devidamente em consideração o princípio da concorrência e o pluralismo dos meios de comunicação social.

47. As referidas disposições e os princípios não devem apenas ser respeitados no âmbito da primeira adjudicação de frequências, mas também em todas as adjudicações de frequências seguintes — como por exemplo na transição das frequências analógicas para as digitais, em causa no presente processo³⁰. Isto porque, por um lado, o novo quadro regulamentar comum aplica-se a todas as operações que dão origem a uma adjudicação de frequências³¹; em caso contrário, não seria possível concretizar o objetivo imposto pelo direito da União de criar uma situação duradoura que corresponda às exigências do novo quadro regulamentar comum. Por outro, a transição para a nova tecnologia da televisão digital, em particular, na realidade deu origem a uma primeira adjudicação deste novo tipo de frequências de emissão.

48. No presente caso o método escolhido em Itália para proceder à transição para o meio digital das frequências televisivas até então utilizadas de forma analógica foi claro e compreensível. Por conseguinte, o problema não está essencialmente relacionado com uma falta de transparência do processo de conversão. A Persidera sente-se sobretudo *prejudicada* em relação aos seus concorrentes de maior dimensão — designadamente em relação à Rai e à Mediaset — devido ao *método de conversão* escolhido pelos organismos em Itália. O litígio centra-se, em última instância, no princípio da igualdade ou da não discriminação³², no âmbito de cuja aplicação também desempenham naturalmente um papel decisivo os outros princípios nos quais se baseia o novo quadro regulamentar comum, tal como as considerações relativas à proporcionalidade.

30 Nesse sentido, também o acórdão de 21 de março de 2013, Belgacom e o. (C-375/11, EU:C:2013:185, n.ºs 37 a 39), relativo à aplicação da Diretiva 2002/20 à renovação dos direitos de utilização de radiofrequências já atribuídos.

31 Tal como é insinuado por exemplo no artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 2002/20, que se refere à concessão de «novos» direitos de utilização de radiofrequências.

32 V., quanto a esta terminologia, por exemplo o acórdão de 12 de setembro de 2006, Eman e Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545, n.º 57); por uma questão de simplificação passarei a referir-me sempre ao princípio da igualdade.

49. À semelhança de todos os princípios gerais do direito da União, quer o princípio da igualdade quer o princípio da proporcionalidade devem ser observados pelos Estados-Membros quando estes aplicam o direito da União³³. Os Estados-Membros não se podem basear numa interpretação das diretivas pertinentes que provoque um conflito com os princípios gerais do direito da União³⁴. O novo quadro regulamentar comum, por seu lado, recorda esta obrigação de direito primário ao nível do direito derivado, concretizando-a designadamente no artigo 8.º, n.º 1, no artigo 9.º, n.º 1, segunda frase e no décimo nono considerando da Diretiva 2002/21, bem como no artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo e no artigo 7.º, n.º 3, da Diretiva 2002/20, e ainda no artigo 2.º, n.º 4 e no artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2002/77³⁵.

2. O princípio da igualdade

50. O princípio da igualdade, também está consagrado nos artigos 20.º e 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais, exige nos termos da jurisprudência consagrada que situações comparáveis não sejam tratadas de modo diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de modo igual, exceto se esse tratamento for objetivamente justificado³⁶.

a) Diferença de tratamento

51. O carácter comparável das situações deve ser apreciado à luz do objetivo e da finalidade da respetiva medida, entre outros pontos. Neste âmbito, devem ser tidos em consideração os princípios e os objetivos do domínio de regulação no qual se inclui a medida em causa³⁷.

52. No presente caso deve, por conseguinte, ser analisada a situação da Rai, da Mediaset e da Persidera no que respeita à atribuição dos oito canais multiplex a adjudicar no primeiro grupo de frequências televisivas digitais³⁸. Tal como já foi referido, estas frequências destinavam-se a garantir a continuidade da oferta televisiva e deviam ser exclusivamente atribuídas a operadores de redes que tinham sido previamente titulares de canais de televisão analógica.

53. Particularmente no que diz respeito à atribuição destes oito canais multiplex e aos objetivos prosseguidos com os mesmos, a Rai, a Mediaset e a Persidera encontravam-se, tanto quanto é possível depreender, numa situação absolutamente equiparável, pois todas as três empresas já tinham gerido canais de televisão analógicos em Itália. Por conseguinte, nos termos do plano de atribuição de frequências elaborado para Itália, cada uma destas empresas tinha direito a frequências digitais do primeiro grupo de oito canais multiplex, o que lhes permitirá prosseguir com os seus respetivos programas de televisão.

33 V., quanto à necessidade de observar os princípios gerais do direito da União, os acórdãos de 10 de março de 2009, Heinrich (C-345/06, EU:C:2009:140, n.º 45, segunda frase) e de 26 de abril de 2005, «Goed Wonen» (C-376/02, EU:C:2005:251, n.º 32); em particular quanto ao princípio da igualdade, o acórdão de 11 de julho de 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456, n.º 56, primeira e segunda frases), bem como quanto ao princípio da proporcionalidade os acórdãos de 10 de março de 2005, Tempelman e van Schaijk (C-96/03 e C-97/03, EU:C:2005:145, n.º 46) e de 9 de março de 2010, ERG e o. (C-379/08 e C-380/08, EU:C:2010:127, n.º 86).

34 Acórdãos de 6 de novembro de 2003, Lindqvist (C-101/01, EU:C:2003:596, n.º 87), de 26 de junho de 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone e o. (C-305/05, EU:C:2007:383, n.º 28, segunda frase) e de 21 de dezembro de 2011, NS (C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865, n.º 77) e de 19 de setembro de 2013, Reapreciação Comissão/Strack (C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570, n.º 40).

35 O artigo 2.º, n.º 4 e o artigo 4.º, n.º 2, da Diretiva 2002/77 mencionam os critérios «proporcionais», o que constitui sem dúvida uma referência ao princípio da proporcionalidade.

36 Acórdãos de 16 de dezembro de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e o. (C-127/07, EU:C:2008:728, n.º 23), de 14 de setembro de 2010, Akzo Nobel Chemicals e Akros Chemicals/Comissão (C-550/07 P, EU:C:2010:512, n.ºs 54 e 55) e de 21 de dezembro de 2016, Vervloet e o. (C-76/15, EU:C:2016:975, n.º 74).

37 Acórdãos de 16 de dezembro de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine e o. (C-127/07, EU:C:2008:728, n.ºs 25 e 26), de 1 de março de 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats e o. (C-236/09, EU:C:2011:100, n.º 29), de 11 de julho de 2013, Ziegler/Comissão (C-439/11 P, EU:C:2013:513, n.º 167) e de 6 de novembro de 2014, Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343, n.º 51).

38 V. a este respeito *supra*, o n.º 19 das presentes conclusões.

54. De um ponto de vista *formal*, é inquestionável que neste contexto não se verificou uma diferença de tratamento entre a Rai, a Mediaset e a Persidera. Pelo contrário, foi aplicado o mesmo método de conversão a todos os operadores de canais de televisão analógicos que já existiam em Itália. Nos termos do mesmo, todos os operadores de redes que já anteriormente disponibilizavam televisão analógica obtinham pelo menos um canal multiplex digital, enquanto aqueles operadores deste grupo que já dispunham de vários canais de televisão analógicos obtinham respetivamente menos um canal multiplex digital do que aqueles que lhes corresponderia efetivamente de acordo com o número dos seus canais analógicos.

55. O princípio da igualdade não abrange, no entanto, apenas diferenças de tratamento *formais* (diretas), mas também *materiais* (indiretas), em que a aplicação de um critério aparentemente neutro na prática se repercute de forma negativa sobre um determinado interessado ou um determinado grupo de interessados³⁹.

56. No presente caso, o referido método de conversão foi particularmente desvantajoso para a Persidera (antiga TIMB), que ao contrário da Rai e da Mediaset, os dois operadores de redes de maior dimensão, na altura não dispunha de três, mas apenas de dois canais de televisão analógicos. Isto porque enquanto para a Rai e a Mediaset a relação de conversão resultante se cifrou em 66,67% (tendo-lhes sido atribuídos dois canais multiplex digitais por cada três canais de televisão analógicos), no caso da Persidera — anterior TIMB — a relação de conversão foi de apenas 50% (tendo-lhe sido atribuído um único canais multiplex digital pelos seus dois canais de televisão analógicos).

57. Neste sentido, o *método de conversão* utilizado pela Itália para a conversão de frequências de emissão analógicas existentes em novas frequências de emissão digitais não provocou uma evidente diferença de tratamento da Persidera em relação aos seus dois principais concorrentes, a Rai e a Mediaset, a respeito do *método de conversão*, mas sim no que respeita ao *resultado da conversão*.

b) Justificação

58. O novo quadro regulamentar comum permite expressamente que as autoridades nacionais tomem medidas no âmbito da atribuição e utilização de frequências que visem prosseguir objetivos de interesse geral (v. em particular o artigo 9.º, n.º 1, segundo parágrafo, e n.º 4, da Diretiva 2002/21, bem como o artigo 5.º, n.º 1, segunda frase, último travessão, e o n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2002/20)⁴⁰.

59. No âmbito do processo perante o Tribunal de Justiça foram essencialmente apresentadas duas razões justificativas para a diferença de tratamento descrita: Por um lado, o Estado italiano pretendia assegurar a continuidade da oferta televisiva⁴¹. Por outro, seria impossível obter em relação a cada operador de redes exatamente a mesma relação de conversão, na medida em que a indivisibilidade das frequências não permitia atribuir frações de canais multiplex às empresas. De seguida, irei ocupar-me separadamente de ambos os objetivos e analisar a proporcionalidade das medidas adotadas para concretizar os mesmos objetivos.

³⁹ Do ponto de vista da proibição de discriminação no âmbito da livre circulação dos trabalhadores v., por exemplo, o acórdão de 14 de fevereiro de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, n.º 49). Quanto aos conceitos da discriminação formal e material v. ainda a título suplementar as conclusões do advogado-geral Lagrange no processo Itália/Comissão (13/63, EU:C:1963:9) e do advogado-geral VerLoren van Themaat nos processos apensos Seco e Desquenue & Giral (62/81 e 63/81, EU:C:1981:305).

⁴⁰ V. ainda o trigésimo sexto considerando da Diretiva 2009/140.

⁴¹ A Rai remete ainda para a sua obrigação particular de prestação de serviços de interesse geral. No entanto, este aspeto não foi objeto de uma consideração específica por parte do órgão jurisdicional de reenvio, pelo que também não o irei analisar pormenorizadamente. Neste âmbito, limitar-me-ei a referir que as minhas observações a respeito da continuidade da oferta televisiva, em particular as que respeitam à proporcionalidade, também são válidas para a adjudicação de frequências com o objetivo de garantir serviços de interesse geral.

60. Nos termos do princípio da proporcionalidade, que faz parte dos princípios gerais do direito comunitário, os atos adotados não podem ultrapassar os limites do adequado e necessário à realização dos objetivos legitimamente prosseguidos pela regulamentação em causa, entendendo-se que, quando exista uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos rígida e que os inconvenientes causados não devem ser desproporcionados relativamente aos objetivos pretendidos⁴².

61. De forma claramente mais elegante, mas totalmente concordante em termos de conteúdo, os órgãos jurisdicionais franceses, por exemplo, expressaram em jurisprudência constante que uma medida deve ser «adaptada, necessária e proporcionada ao objetivo por ela prosseguido»⁴³. Igualmente concisa é a fórmula que caracteriza a jurisprudência alemã, que exige que uma ingerência nos direitos fundamentais «vise um objetivo legítimo e, como meio para alcançar este objetivo, seja adaptada, necessária e proporcionada»⁴⁴.

62. Na medida em que no presente caso é afetado um dos valores fundamentais para a convivência numa sociedade democrática, a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social (v. igualmente o artigo 11.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais), devem ser aplicados critérios estritos na avaliação da proporcionalidade⁴⁵. Por conseguinte, apenas pode ser aceite uma diferença de tratamento caso seja indispensável para concretizar objetivos de interesse geral de uma forma coerente e sistemática.

i) A garantia da continuidade da oferta televisiva

63. No que respeita, antes de mais, à garantia da continuidade da oferta televisiva, está em causa um interesse legítimo no qual as autoridades nacionais se podem basear ao elaborar o seu plano de atribuição de frequências.

64. A referida continuidade visa em particular a proteção dos consumidores, que é referido em lugar de destaque no sexto considerando da Diretiva 2002/21, entre outros pontos, e está além disso refletido no postulado «maximizar os benefícios para os utilizadores» (artigo 7.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2002/20). O facto de poderem continuar a aceder aos seus canais de televisão habituais apesar da transição da televisão analógica para a televisão digital, facilita assim aos consumidores o exercício do seu direito fundamental à liberdade de informação (artigo 11.º, n.º 1, segunda frase, da Carta dos Direitos Fundamentais), bem como a satisfação das suas necessidades culturais.

65. Pode ser efetivamente benéfico para esta continuidade da oferta televisiva que as autoridades nacionais competentes reservem um grupo de canais multiplex digitais aos operadores de redes que até então já dispunham de canais de televisão analógicos e garantir a cada um deles que irá obter suficientes frequências digitais para manter a sua anterior oferta analógica sob forma digital.

42 Acórdão de 11 de julho de 1989, Schröder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303, n.º 21), de 3 de julho de 2003, Lennox (C-220/01, EU:C:2003:390, n.º 76) e de 10 de março de 2005, Tempelman e van Schaijk (C-96/03 e C-97/03, EU:C:2005:145, n.º 47); no mesmo sentido os acórdãos de 9 de março de 2010, ERG e o. (C-379/08 e C-380/08, EU:C:2010:127, n.º 86) e de 16 de junho de 2015, Gauweiler e o. (C-62/14, EU:C:2015:400, EU:C:2015:4, n.ºs 67 e 91).

43 No original francês: «adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit»; v. por exemplo as resoluções do Conseil constitutionnel (Conselho Constitucional francês) n.º 2015-527 QPC de 22 de dezembro de 2015 (FR:CC:2015:2015.527.QPC, n.ºs 4 e 12) e n.º 2016-536 QPC de 19 de fevereiro de 2016 (FR:CC:2016:2016.536.QPC, n.ºs 3 e 10); no mesmo sentido, o Conseil d'État (Conselho de Estado francês), acórdão n.º 317827 de 26 de outubro de 2011 (FR:CEASS:2011:317827.20111026).

44 V. a este respeito a jurisprudência mais recente do Bundesverfassungsgericht alemão (Tribunal Constitucional Federal), BVerfGE 120, 274, 318 e seg. (DE:BVerfG:2008:rs20080227.1bvr037007, n.º 218). Neste contexto, o termo alemão «angemessen» («adequado») constitui um sinónimo de «proporcional em sentido estrito».

45 V. neste sentido o acórdão de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland e o. (C-293/12 e C-594/12, EU:C:2014:238, n.º 47), em que o Tribunal de Justiça sublinhou que o alcance do poder de apreciação do legislador da União pode revelar-se limitado em função de um certo número de elementos, entre os quais figuram, designadamente, o domínio em questão, a natureza do direito em causa garantido pela Carta, a natureza e a gravidade da ingerência, bem como a sua finalidade.

66. Nos termos da jurisprudência assente, uma medida só é, no entanto, apta a garantir a realização do objetivo invocado, se responder verdadeiramente à intenção de o alcançar de maneira coerente e sistemática⁴⁶.

67. Caso as constatações do órgão jurisdicional de reenvio — eventualmente ainda por realizar — permitam concluir no litígio no processo principal que ao obterem três canais multiplex cada a Rai e a Mediaset obtiveram um excesso de adjudicações devido ao facto de lhes terem sido atribuídas mais frequências digitais do que era indispensável para manter os seus canais de televisão analógicos⁴⁷, enquanto a Persidera obteve menos frequências digitais do que necessitava, ou pelo menos não foi tratada com a mesma generosidade, o método de conversão aplicado pelas autoridades italianas careceria de coerência e neste caso não passaria o exame da proporcionalidade.

68. Além disso, um excesso de adjudicações a favor dos dois líderes de mercado RAI e Mediaset contraria o princípio da concorrência. Entre as preocupações fundamentais do novo quadro regulamentar comum incluem-se a promoção da concorrência (v., em particular, o artigo 7.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2002/20, bem como o artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva 2002/21)⁴⁸ e a prevenção de distorções de concorrência no domínio das redes e serviços de comunicações eletrónicas (v., em particular, o artigo 5.º, n.º 6, da Diretiva 2002/20 e o artigo 8.º, n.º 2, alínea b), da Diretiva 2002/21), juntamente com a promoção do pluralismo dos meios de comunicação social (v., a este respeito, o artigo 8.º, n.º 1, terceiro parágrafo, bem como o artigo 9.º, n.º 4, segundo parágrafo, alínea d) e o sexto considerando da Diretiva 2002/21, bem como o artigo 11.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais). O princípio da concorrência e o pluralismo dos meios de comunicação social refletem-se de forma concreta na liberdade garantida pelo direito da União de oferecer redes e serviços de comunicações eletrónicas (artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2002/20 e artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2002/77). Neste contexto, as autoridades nacionais estão expressamente obrigadas a assegurar que a concorrência não seja falseada por acumulação de direitos de utilização das radiofrequências (v. artigo 5.º, n.º 6, segunda frase, da Diretiva 2002/20) e podem adotar medidas para evitar o açambarcamento de espectro (artigo 9.º, n.º 7, da Diretiva 2002/21).

69. Caso, no entanto, sejam atribuídos mais canais multiplex digitais às duas maiores empresas no mercado televisivo italiano — a Rai e a Mediaset — do que seria indispensável para a manutenção do seu anterior programa televisivo analógico, este excesso de adjudicações é adequado a produzir uma acumulação de frequências no poder dos dois líderes de mercado e a fortalecer ainda mais a sua já significativa posição competitiva em relação aos seus concorrentes de menor dimensão⁴⁹, o que tendencialmente restringe as possibilidades de escolha dos consumidores e, em última análise, conduz a um enfraquecimento do pluralismo dos meios de comunicação social.

46 Acórdãos de 10 de março de 2009, Hartlauer (C-169/07, EU:C:2009:141, n.º 55), de 17 de novembro de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:709, n.º 42) e de 13 de julho de 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550, n.º 34). Esta jurisprudência relativa aos direitos fundamentais deve também ser válida para o novo quadro regulamentar comum regulado definido no direito derivado, na medida em que este visa, entre outros pontos, a concretização das liberdades fundamentais.

47 Tanto na fase escrita do processo como na audiência perante o Tribunal de Justiça, vários intervenientes no processo sublinharam que as frequências digitais permitem emitir vários programas de televisão em simultâneo. Neste caso, estava em causa a utilização de um multiplex digital para um máximo de quatro, e mesmo de seis, destes programas, em função da qualidade da transmissão. Neste sentido, levanta-se a questão de saber se a atribuição de um único multiplex digital não teria sido suficiente para possibilitar à RAI e à Media a prossecução da sua anterior oferta televisivas, que de acordo com as informações dos intervenientes no processo abrangia três canais análogos por empresa. A RAI e a Mediaset opuseram-se na audiência a este entendimento. Compete em última instância ao órgão jurisdicional de reenvio estabelecer todos os elementos de facto necessários e adequados e retirar as conclusões a esse respeito. Neste âmbito terá de ter em consideração que as frequências digitais do primeiro grupo, em causa no presente processo, apenas devem visar a *manutenção*, e não a *ampliação* ou *melhoria* fundamental, da anterior oferta televisiva (com exceção da melhoria, que pode desde logo resultar da conversão para as transmissões digitais).

48 V. igualmente o acórdão de 23 de abril de 2015, Comissão/Bulgária (C-376/13, EU:C:2015:266, n.º 69).

49 V., a este respeito, igualmente o acórdão de 31 de janeiro de 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59, n.ºs 98 e 99), no qual o Tribunal de Justiça sublinhou que as medidas que têm por efeito cristalizar as estruturas do mercado nacional e proteger a posição dos operadores nacionais já ativos em tal mercado são incompatíveis com as diretivas do novo quadro regulamentar comum.

70. O princípio da concorrência seria violado de forma particularmente grave caso se confirmasse a premissa do Consiglio di Stato expressamente estabelecida no despacho de reenvio, nos termos da qual também foram tidos em consideração dois canais de televisão geridos de forma ilegal — a «RAI 3» e a «Rete 4»⁵⁰ — no âmbito da conversão das frequências televisivas analógicas em digitais a favor da RAI e da Mediaset. Isto porque neste caso a RAI e a Mediaset, agindo na qualidade de líderes de mercado italianos, deveriam a sua relação de conversão particularmente favorável de 66,67% (respetivamente dois canais multiplex digitais por cada três canais de televisão analógicos) a um comportamento ilícito. Uma vantagem deste tipo, que apenas se basearia afinal na perpetuação de uma situação ilegal, teria, no entanto, de ser considerada anticoncorrencial.

71. Um eventual excesso de adjudicações a favor da Rai e da Mediaset, bem como a possível consideração dos canais de televisão geridos de forma ilegal na conversão das frequências analógicas em digitais é diametralmente oposto ao objetivo estabelecido pelo legislador da União de promoção da concorrência no domínio das redes e serviços de comunicações eletrónicas e de reforço do pluralismo dos meios de comunicação social.

72. Nestas circunstâncias, não é possível invocar a garantia da continuidade do programa televisivo como motivo justificativo para a diferença de tratamento entre a Rai e a Mediaset, por um lado, e a Persidera, por outro.

ii) A preservação da indivisibilidade das frequências

73. No que respeita à indivisibilidade das frequências, por seu lado, está em causa um condicionalismo que, por via da natureza das coisas, também poderia e deveria ser tido em consideração no âmbito da transição do antigo sistema das frequências de emissão analógicas para o novo sistema das frequências digitais. Em última instância, o facto de se evitar frações na adjudicação de frequências constitui um aspeto da gestão e utilização eficazes de frequências televisivas, que os Estados-Membros devem visar e garantir nos termos do artigo 8.º n.º 2, alínea d), e artigo 9.º, n.º 1 e n.º 4, segundo parágrafo, alínea c), da Diretiva 2002/21, bem como nos termos do artigo 5.º, n.ºs 2, primeiro parágrafo, 5 e 6, primeira frase, da Diretiva 2002/20.

74. É indubitável que a adjudicação de um terceiro canal multiplex digital tanto à Rai como à Mediaset era adequada para repartir os oito canais multiplex disponíveis do primeiro grupo por todos os operadores de redes habilitados, respeitando a sua indivisibilidade e evitando o recurso a frações.

75. A referida atribuição de um terceiro canal multiplex digital tanto à Rai como à Mediaset não era, no entanto, a única solução para manter a indivisibilidade das frequências. Pelo contrário, esta questão também poderia ter sido resolvida através do recurso a outros métodos com efeitos menos prejudiciais para a concorrência.

76. As autoridades italianas poderiam, em particular, ter adjudicado eventuais canais multiplex excedentários do primeiro grupo⁵¹, de acordo com critérios objetivos, ao operador ou aos operadores de redes que teriam tido mais necessidade destas frequências para reforçar a concorrência e manter os seus anteriores programas televisivos analógicos. De algum modo está demonstrado que os líderes de mercado RAI e Mediaset pudessem ser estes operadores.

50 Não compete ao Tribunal de Justiça apreciar no processo prejudicial se os canais de televisão «RAI 3» e «Rete 4» foram ou são efetivamente geridos de forma ilegal. Para os efeitos do presente processo prejudicial, o Tribunal de Justiça deve, no entanto, partir da premissa formulada pelo Consiglio di Stato e basear nela a sua apreciação.

51 V. a este respeito o n.º 19 das presentes conclusões.

77. Em alternativa, as autoridades italianas poderiam ter atribuído os canais multiplex excedentários do primeiro grupo — sem prejuízo de ulteriores constatações do órgão jurisdicional de reenvio — a vários operadores de redes para uma utilização comum, com a condição de cada um destes operadores ter direito a utilizar as frequências digitais dos referidos canais multiplex para a transmissão dos seus programas de televisão em determinados dias da semana, definidos previamente, ou em determinadas horas do dia, definidas previamente.

78. Atendendo aos argumentos coincidentes dos intervenientes no processo, de acordo com os quais cada canal multiplex digital permite a transmissão de vários programas de televisão, compete ainda ao órgão jurisdicional de reenvio analisar se não seria possível utilizar o mesmo multiplex para vários programas de televisão.

79. Em qualquer caso, importa concluir que a preservação da indivisibilidade das frequências não é suficiente para justificar uma diferença de tratamento como a que se verifica no presente caso entre a Rai e a Mediaset, por um lado, e a Persidera, por outro.

VI. Conclusão

80. À luz das considerações expostas, proponho que o Tribunal de Justiça responda nos seguintes termos ao pedido de decisão prejudicial submetido pelo Consiglio di Stato:

Os artigos 8.º e 9.º da Diretiva 2002/21, os artigos 3.º, 5.º e 7.º da Diretiva 2002/20, bem como os artigos 2.º e 4.º da Diretiva 2002/77 opõem-se a um método nacional de adjudicação de frequências televisivas digitais que leva a que os dois líderes de mercado consigam obter mais frequências televisivas, em proporção ao número dos canais de televisão analógicos anteriores, do que os seus concorrentes de menor dimensão, a menos que um tal procedimento seja justificado pela concretização de objetivos legítimos de interesse geral.

Entre estes objetivos legítimos incluem-se a garantia da continuidade da programação televisiva e a preservação da indivisibilidade das frequências televisivas. Uma diferença de tratamento de operadores de redes baseada num destes objetivos deve-se cingir rigorosamente ao estritamente necessário para alcançar os referidos objetivos de uma forma coerente e sistemática, tendo em consideração o princípio da concorrência subjacente às três diretivas e o pluralismo dos meios de comunicação.

Constituiria uma violação particularmente grave do princípio da concorrência se o método nacional de adjudicação de frequências televisivas digitais atribuísse mais frequências digitais aos dois líderes de mercado do que aos seus concorrentes de menor dimensão devido ao facto de ter em consideração canais de televisão analógicos até então geridos de forma ilegal.