



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 13 de julho de 2023¹

Processo C-255/21

Reti Televisive Italiane SpA (RTI)
contra
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni
Intervenientes:
Elemedia SpA,
Radio Dimensione Suono SpA,
RTL 102, 5 Hit Radio s.r.l.

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

«Pedido de decisão prejudicial — Serviços de comunicação social audiovisual — Diretiva 2010/13/UE — Publicidade televisiva — Artigo 23.º — Tempos máximos de emissão de publicidade televisiva — Exceção para os anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas — Publicidade para uma estação de rádio que pertence ao mesmo grupo de emissores»

I. Introdução

1. Pode a publicidade feita por um operador televisivo relativa a uma estação de rádio do mesmo grupo de emissores constituir um «anúncio do operador televisivo aos seus próprios programas» na aceção do artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13/UE, relativa aos serviços de comunicação social audiovisual², sendo, deste modo, excluída da contabilização dos tempos máximos de emissão de publicidade televisiva nos termos desta diretiva? É esta, no essencial, a questão a que o Tribunal de Justiça deverá responder no âmbito do presente pedido de decisão prejudicial.

¹ Língua original: alemão.

² Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual) (versão codificada) (JO 2010, L 95, p. 1).

II. Quadro jurídico

A. Direito da União

2. O quadro jurídico do direito da União no presente caso é constituído pela Diretiva 2010/13 na sua versão original (a seguir «Diretiva 2010/13 versão antiga») (1). Além disso, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se acerca da importância, no caso em apreço, da Diretiva (UE) 2018/1808, que altera a Diretiva 2010/13 tendo em conta a evolução das realidades do mercado³, ainda que as alterações introduzidas por esta diretiva na Diretiva 2010/13 não sejam aplicáveis no processo principal (2).

1. Diretiva 2010/13

3. Os considerandos 5, 21 a 23, 25, 41, 83, 87, 96 e 97 da Diretiva 2010/13, versão antiga, dispõem, por excertos, o seguinte:

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

[...]

(21) Para efeitos da presente diretiva, a definição de serviço de comunicação social audiovisual deverá abranger [...] os serviços tal como definidos pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, devendo abranger, por conseguinte, qualquer forma de atividade económica, incluindo a das empresas de serviço público [...]

(22) Para efeitos da presente diretiva, a definição de serviço de comunicação social audiovisual deverá abranger os meios de comunicação de massas na sua função de informar, distrair e educar o público em geral, e deverá incluir a comunicação comercial audiovisual [...] A definição deverá excluir também todos os serviços cujo objetivo principal não seja o fornecimento de programas, isto é, em que qualquer conteúdo audiovisual seja meramente acessório para o serviço, não constituindo o seu objetivo principal. São exemplos disso os sítios *web* que contêm elementos audiovisuais apenas de um modo marginal, como elementos gráficos animados, curtos *spots* publicitários ou informações relativas a um produto ou um serviço não audiovisual. [...]

(23) Para efeitos da presente diretiva, o termo «audiovisual» deverá referir-se a imagens em movimento com ou sem som, incluindo, por conseguinte, os filmes mudos, mas não abrangendo a transmissão áudio nem os serviços de rádio. [...]

[...]

³ Diretiva (UE) 2018/1808 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018, que altera a Diretiva 2010/13/UE, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual (Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual), para a adaptar à evolução das realidades do mercado (JO 2018, L 303, p. 69).

(25) O conceito de responsabilidade editorial é essencial para definir o papel do fornecedor de serviços de comunicação social e, por conseguinte, para a definição de serviços de comunicação social audiovisual. [...]

[...]

(41) Os Estados-Membros deverão poder aplicar regras mais estritas ou pormenorizadas nos domínios coordenados pela presente diretiva aos fornecedores de serviços de comunicação social sob a sua jurisdição, assegurando a conformidade destas regras com os princípios gerais do direito da União. [...]

[...]

(83) Para assegurar de forma completa e adequada a proteção dos interesses dos consumidores que são os telespetadores, é essencial que a publicidade televisiva seja submetida a um determinado número de normas mínimas e de critérios e que os Estados-Membros tenham a faculdade de fixar normas mais rigorosas ou mais pormenorizadas e, em determinados casos, condições diferentes para os organismos de radiodifusão televisiva sob a sua jurisdição.

[...]

(87) Deve ser previsto um limite de 20 % de tempo consagrado a *spots* de publicidade televisiva e a *spots* de televenda num dado período de 60 minutos, igualmente aplicável ao horário nobre. O conceito de *spot* de publicidade televisiva deverá ser entendido como publicidade televisiva na aceção da alínea i) do n.º 1 do artigo 1.º, com duração não superior a 12 minutos.

[...]

(96) É necessário esclarecer que as atividades de autopromoção constituem uma forma específica de publicidade em que o organismo de radiodifusão promove os seus próprios produtos, serviços, programas ou canais. Em especial, curtos extratos de programas devem ser tratados como programas.

(97) O tempo diário de emissão atribuído às mensagens transmitidas pelos organismos de radiodifusão relacionadas com os seus próprios programas e produtos acessórios deles diretamente derivados, ou aos anúncios dos serviços públicos e apelos de teor caritativo transmitidos graciosamente, não deverá ser abrangido pelo tempo máximo diário ou horário de emissão atribuído à publicidade e à televenda.»

4. O artigo 1.º da Diretiva 2010/13, antiga versão, contém definições, e o seu n.º 1, dispõe, por excertos:

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

a) “Serviço de comunicação social audiovisual”:

i) um serviço tal como definido pelos artigos 56.º e 57.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, prestado sob a responsabilidade editorial de um fornecedor de serviços de comunicação social e cuja principal finalidade é a oferta ao público em geral de programas destinados a informar, distrair ou educar [...] [...]

ii) Comunicações comerciais audiovisuais;

- b) “Programa”, um conjunto de imagens em movimento, com ou sem som, que constitui uma parte autónoma da grelha de programas ou do catálogo estabelecidos por um fornecedor de serviços de comunicação social e cuja forma e conteúdo são comparáveis à forma e ao conteúdo de uma emissão televisiva. São exemplos de programas as longas-metragens cinematográficas, os acontecimentos desportivos, as comédias de costumes (*sitcom*), os documentários, os programas infantis e as séries televisivas;
- c) “Responsabilidade editorial”, o exercício de um controlo efetivo tanto sobre a seleção de programas como sobre a sua organização, quer sob a forma de grelha de programas, no caso das emissões televisivas, quer sob a forma de catálogo, no caso dos serviços de comunicação social audiovisual a pedido. A responsabilidade editorial não implica necessariamente uma responsabilidade jurídica, nos termos do direito nacional, pelos conteúdos ou serviços fornecidos;
- d) “Fornecedor de serviços de comunicação social”, a pessoa singular ou coletiva que tem responsabilidade editorial pela escolha do conteúdo audiovisual do serviço de comunicação social audiovisual e determina o modo como é organizado;
- e) “Radiodifusão televisiva” ou “emissão televisiva” (ou seja, um serviço de comunicação social audiovisual linear), um serviço de comunicação social audiovisual prestado por um fornecedor de serviços de comunicação social para visionamento simultâneo de programas, ordenados com base numa grelha de programas;
- f) “Operador televisivo”, um fornecedor de serviços de comunicação social de emissões televisivas;

[...]

- h) “Comunicação comercial audiovisual”, imagens com ou sem som que se destinam a promover, direta ou indiretamente, os produtos, os serviços ou a imagem de uma pessoa singular ou coletiva que exerce uma atividade económica. Tais imagens acompanham ou são incluídas num programa a troco de pagamento ou retribuição similar, ou para fins autopromocionais. As formas de comunicação comercial audiovisual incluem, nomeadamente, a publicidade televisiva, o patrocínio, a televenda e a colocação de produto;
- i) “Publicidade televisiva”, qualquer forma de mensagem televisiva difundida a troco de pagamento ou retribuição similar, ou para fins autopromocionais, por uma entidade pública ou privada ou uma pessoa singular, relacionada com uma atividade comercial, industrial, artesanal ou de profissão liberal, com o objetivo de promover o fornecimento de produtos ou serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações, a troco de pagamento;

[...]»

5. O artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 2010/13, versão antiga, dispõe:

«1. Os Estados-Membros têm a liberdade de exigir aos fornecedores de serviços de comunicação social sob a sua jurisdição que cumpram regras mais pormenorizadas ou mais rigorosas nos

domínios coordenados pela presente diretiva, desde que essas regras não infrinjam o direito da União.»

6. O artigo 23.º da Diretiva 2010/13, versão antiga, prevê o seguinte:

«1. A percentagem de tempo consagrada a *spots* de publicidade televisiva e a *spots* de tevenda num dado período de 60 minutos não deve exceder 20 %.

2. O disposto no n.º 1 não se aplica aos anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas e produtos conexos diretamente relacionados com esses programas, aos anúncios de patrocínios e à colocação de produto.»

2. Diretiva 2018/1808

7. A Diretiva 2018/1808 alterou algumas partes da Diretiva 2010/13. Os considerandos 1, 3 e 43 desta diretiva dispõem, por excertos:

«(1) A última alteração substancial da Diretiva 89/552/CEE do Conselho, posteriormente codificada pela Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, ocorreu em 2007 com a adoção da Diretiva 2007/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Desde então, o mercado dos serviços de comunicação social audiovisual tem evoluído de forma rápida e significativa devido à convergência atual entre a televisão e os serviços de Internet. [...]

[...]

(3) A Diretiva 2010/13/UE deverá continuar a ser aplicável apenas aos serviços cuja finalidade principal seja a oferta de programas destinados a informar, distrair ou educar. O requisito da finalidade principal deverá ser igualmente considerado cumprido se o serviço tiver conteúdos e formas audiovisuais dissociáveis da atividade principal do prestador de serviços, tais como secções autónomas de jornais em linha que incluam programas audiovisuais ou vídeos gerados pelos utilizadores, caso tais secções possam ser consideradas dissociáveis da sua atividade principal. Um serviço deverá ser considerado como um mero complemento indissociável da atividade principal se existirem elos entre a oferta audiovisual e a atividade principal, como no caso do fornecimento de informação sob a forma escrita. [...]

(43) O tempo de emissão consagrado às mensagens transmitidas pelos operadores televisivos relacionadas com os seus próprios programas e os produtos acessórios diretamente derivados desses programas, ou aos anúncios dos serviços públicos e apelos de teor caritativo transmitidos graciosamente, com exceção dos custos incorridos com a transmissão de tais apelos, não deverá ser abrangido pelo tempo máximo de emissão que pode ser consagrado à publicidade televisiva e à tevenda. Além disso, numerosos operadores televisivos estão integrados em grandes grupos de comunicação social e transmitem mensagens relacionadas não apenas com os seus próprios programas e os produtos acessórios deles diretamente derivados, mas também com programas e serviços de comunicação social audiovisual de outras entidades que integram o mesmo grupo de comunicação social. O tempo de emissão consagrado a tais mensagens também não deverá ser abrangido pelo tempo máximo de emissão consagrado à publicidade televisiva e à tevenda.»

8. O artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2010/13, na versão da Diretiva 2018/1808, tem a seguinte redação:

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

[...]

b) “Programa”, um conjunto de imagens em movimento, com ou sem som, que constitui um elemento autónomo, independentemente da sua duração, da grelha de programas ou do catálogo estabelecido por um fornecedor de serviços de comunicação social, incluindo as longas-metragens cinematográficas, os videoclipes, os acontecimentos desportivos, as comédias de costumes (*sitcom*), os documentários, os programas infantis e as séries televisivas;».

9. O artigo 23.º da Diretiva 2010/13 obteve a seguinte redação por via da Diretiva 2018/1808:

«1. A percentagem de tempo consagrado a *spots* de publicidade televisiva e a *spots* de tevenda no período compreendido entre as 6h00 e as 18h00 não pode exceder 20 % desse período. A percentagem de tempo consagrado a *spots* de publicidade televisiva e a *spots* de tevenda no período compreendido entre as 18h00 e as 24h00 não pode exceder 20 % desse período.

2. O n.º 1 não se aplica a:

- a) Mensagens do operador televisivo relacionadas com os seus próprios programas e com produtos acessórios deles diretamente derivados, ou com programas e serviços de comunicação social audiovisual de outras entidades pertencentes ao mesmo grupo de radiodifusão;
- b) Anúncios de patrocínio;
- c) Colocação de produto;
- d) Quadros neutros entre o conteúdo editorial e os *spots* de publicidade televisiva ou de tevenda, e entre os vários *spots*.»

B. Direito italiano

10. O Decreto legislativo del 31 luglio 2005, n.º 177 — Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici (Decreto Legislativo n.º 177/2005, de 31 de julho de 2005 — Texto Único dos Serviços de Meios de Comunicação Audiovisuais e Radiofónicos) (a seguir Decreto Legislativo n.º 177/2005) prevê, no seu artigo 38.º, n.º 2, que a transmissão de *spots* de publicidade televisiva por outros operadores de sinal aberto, incluídos os analógicos, no âmbito nacional, que não o concessionário do serviço público geral de radiodifusão televisiva, não pode exceder 15 % do horário diário de programação, e 18 % de uma hora completa do relógio; qualquer eventual ultrapassagem que não pode, em caso algum, exceder 2 % por hora, deve ser compensada na hora anterior ou seguinte.

11. O artigo 38.º, n.º 6, do Decreto Legislativo n.º 177/2005 prevê que o acima mencionado n.º 2 não se aplica aos anúncios do operador, incluindo no domínio analógico, relativos aos seus próprios programas e aos produtos acessórios deles diretamente derivados, aos anúncios de patrocínio e à colocação de produto.

12. O artigo 52.º do Decreto Legislativo n.º 177/2005 estabelece as sanções aplicáveis em caso de violação do artigo 38.º do mesmo.

III. Matéria de facto e questões prejudiciais

13. A Reti Televisive Italiane s.p.a. (a seguir «RTI») é detentora dos canais televisivos «Canale 5», «Italia 1» e «Rete 4». Detém ainda 80 % das ações da Monradio Srl, a qual explora a estação de rádio «R101»; os restantes 20 % das ações detidas por outra sociedade pertencente ao mesmo grupo de radiodifusão.

14. Mediante três Decisões de 19 de dezembro de 2017, notificadas em 8 de janeiro de 2018, relativas, respetivamente, aos canais «Canale 5», «Italia 1» e «Rete 4», a Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Autoridade Reguladora das Comunicações), a autoridade italiana de radiodifusão, aplicou sanções à RTI, com base no artigo 38.º, n.º 2, e no artigo 52.º do Decreto Legislativo n.º 177/2005, por violação dos tempos máximos de emissão de publicidade permitidos nos termos do direito nacional. Era abrangida por esta medida a publicidade difundida nos programas do «Canale 5», «Italia 1» e «Rete 4» que faziam publicidade à estação de rádio «R101».

15. A RTI interpôs, no Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal Administrativo Regional do Lácio, Itália, a seguir «TAR»), três recursos distintos, mas, em substância, idênticos das três decisões acima referidas. Com efeito, segundo a RTI, os anúncios dos seus três canais televisivos diriam respeito apenas à apresentação de programas da «R101», devendo, por conseguinte, ser qualificados como anúncios aos seus próprios programas, os quais, nos termos do artigo 38.º, n.º 6, do Decreto Legislativo n.º 177/2005, não poderiam ser contabilizados no tempo máximo do horário de emissão previsto para a publicidade.

16. Pelo contrário, o TAR considerou que os anúncios relativos a programas de um operador de *radiodifusão* não poderiam constituir anúncios relativos a «programas próprios» de um operador televisivo, ainda que este operador de radiodifusão pertencesse ao mesmo grupo de empresas que o operador televisivo. Consequentemente, negou provimento aos recursos da RTI.

17. Assim, a RTI interpôs recurso para o órgão jurisdicional de reenvio, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional).

18. Segundo a RTI, é, desde logo, irrelevante o facto de a «R101» pertencer a uma empresa diferente da sua, uma vez que ambas pertencem ao mesmo grupo de empresas. Considera que, para a aplicabilidade da exceção da autopromoção à contabilização dos tempos máximos de publicidade é determinante a unidade económica do grupo de meios de comunicação e não o grande número de pessoas coletivas.

19. Além disso, a prática da autopromoção cruzada por serviços de televisão, de radiodifusão e de Internet está atualmente generalizada. Isso é igualmente confirmado pelo considerando 43 da Diretiva 2018/1808 e pela alteração introduzida por essa diretiva ao artigo 23.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2010/13. Com efeito, ainda que a referida alteração ainda não fosse aplicável ao caso em apreço era, porém, pertinente para efeitos de interpretação do direito anteriormente em vigor.

20. Nestes termos, o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) decidiu suspender a instância e, mediante pedido de decisão prejudicial de 25 de março de 2021, que deu entrada em 21 de abril de 2021, submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões:

- « a) Para efeitos da regulamentação da União Europeia em matéria de limitação da transmissão de publicidade, atendendo à importância para o direito [da União Europeia] do conceito de grupo ou de entidade económica única resultante de múltiplas fontes do direito da concorrência (para os efeitos do processo principal, do considerando 43 da Diretiva 2018/1808/UE e da nova redação do artigo 23.º da Diretiva 2010/13/[UE], sem prejuízo da diferença existente no direito nacional italiano entre as licenças previstas no artigo 5.º, n.º 1, alínea b), do Decreto Legislativo 177/[2005] para os emissores de radiodifusão televisiva e para os de difusão radiofónica, pode ser adotada como conforme ao direito da União uma interpretação do direito nacional em matéria de radiodifusão que deduza do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), do mesmo Decreto Legislativo 177/[2005], conforme alterado pela redação em vigor desde 30 de março de 2010 (que transpõe a Diretiva 2007/65/CE), que o processo de convergência entre as diferentes formas de comunicação (comunicações eletrónicas, edição, incluindo eletrónica, e Internet em todas as suas aplicações) é válido, por maioria de razão, entre os fornecedores de comunicação social televisiva e radiofónica, especialmente se já integrados em grupos de empresas ligadas entre si, e se impõe com carácter geral, com as consequências daí decorrentes quanto à interpretação do artigo 38.º, n.º 6, do [decreto legislativo] referido, de modo que o organismo emissor possa ser o grupo, considerado como entidade económica única, ou, pelo contrário, segundo os referidos princípios do direito da União, dada a autonomia em matéria de limitação da transmissão de publicidade relativamente ao direito geral da concorrência, não é possível atribuir relevância — antes de 2018 — aos grupos e ao referido processo de convergência, bem como às atividades cruzadas entre meios de comunicação social, considerando-se unicamente, para efeitos do cálculo da limitação à transmissão de publicidade, o organismo de radiodifusão visto isoladamente, mesmo que faça parte de um grupo (uma vez que este aspeto foi mencionado unicamente no texto consolidado do artigo 23.º da Diretiva 2010/13/[UE], subsequente à adoção da Diretiva 2018/1808/UE)?
- b) À luz dos referidos princípios do direito da União em matéria de grupos e de empresa como unidade económica, para efeitos da limitação da transmissão de publicidade e da supramencionada sequência das redações do referido artigo 23.º sem prejuízo da diferença invocada entre as licenças, é possível deduzir igualmente da regulamentação anticoncorrencial do [Sistema integrado de Comunicações], previsto no artigo 43.º do Decreto Legislativo 177/[2005], a pertinência do conceito de «fornecedor de serviços de comunicação social» de grupo (ou, segundo o léxico do recorrente, de grupo editorial) para efeitos da isenção das mensagens de promoção cruzada entre meios de comunicação do mesmo grupo dos limites de transmissão previstos no artigo 38.º, n.º 6, do próprio Decreto Legislativo [177/2005], ou, pelo contrário, tal pertinência deve ser excluída anteriormente a 2018, em razão da autonomia do direito da concorrência em matéria televisiva no que respeita ao regime das limitações à transmissão publicitária?

- c) A nova redação do artigo 23.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2010/13/UE reconhece, no direito da concorrência, um princípio preexistente de pertinência geral dos grupos, ou trata-se de um princípio inovador? Assim, na primeira hipótese, trata-se de uma realidade jurídica já inerente ao direito da União — suscetível de abranger igualmente a situação em apreço, anterior a essa nova redação, e de condicionar as interpretações da [autoridade reguladora nacional], impondo-lhe, no entanto, o reconhecimento do conceito de grupo «fornecedor de serviços de comunicação social» —, ou, na segunda hipótese, esse princípio inovador opõe-se ao reconhecimento da pertinência dos grupos de sociedades nos processos cuja origem é anterior à sua criação, uma vez que é inaplicável *ratione temporis* às situações anteriores em razão do seu caráter inovador?
- d) Em qualquer caso e independentemente do sistema de licenças instituído pelo artigo 5.º do Decreto Legislativo 177/2005 e da nova redação do artigo 23.º estabelecida em 2018, isto é, caso esta nova disposição não constitua um reconhecimento mas tenha caráter inovador como é objeto da questão c), as relações integradas entre televisão e rádio, consideradas de maneira geral no direito da concorrência, são, atendendo ao caráter geral e transversal do conceito de entidade económica e de grupo, a chave para a interpretação das limitações à transmissão publicitária, que são regulados tendo implicitamente em conta o grupo de empresas (ou, mais exatamente, as relações de controlo entre as empresas do grupo) e a unidade funcional dessas empresas, de modo que a promoção dos programas entre televisão e rádio no mesmo grupo ou vice-versa, se as referidas relações de integração não forem pertinentes no âmbito das limitações à transmissão publicitária e, conseqüentemente, deve-se considerar que os «próprios» programas referidos no artigo 23.º (versão original) o são enquanto pertencentes unicamente ao organismo de radiodifusão que os promove e não ao grupo de sociedades no seu conjunto, na medida em que a referida norma é uma disposição autónoma que não permite uma interpretação sistemática que a estenda aos grupos entendidos como uma única entidade económica?
- e) Por último, deve o artigo 23.º, na redação original, mesmo não sendo interpretado como uma disposição do direito da concorrência, em quaisquer circunstâncias, ser entendido como uma disposição de incentivo, descrevendo a particularidade da promoção, que é exclusivamente informativa e não pretende convencer ninguém a adquirir bens e serviços distintos dos programas promovidos, e, como tal, considerar-se excluído do âmbito de aplicação das disposições em matéria de [tempo de] transmissão [publicitária], sendo aplicável, nos limites das empresas pertencentes ao mesmo grupo, em todos os casos de promoção cruzada entre meios de comunicação social, ou deve ser entendido como uma norma de caráter derogatório e excecional no que respeita ao cálculo da transmissão publicitária [e, assim, ser interpretado de modo estrito]?»

21. No processo no Tribunal de Justiça, apresentaram observações escritas a RTI, a Elemedia e o. (partes no processo principal), a Itália, a Polónia e a Comissão Europeia. Com exceção da Polónia, as referidas partes estavam igualmente representadas na audiência de 14 de setembro de 2022.

IV. Apreciação

22. Com as suas cinco questões prejudiciais, que devem ser respondidas em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se a publicidade de um operador televisivo a uma estação de rádio pertencente ao mesmo grupo de empresas pode ser abrangida

pela exceção prevista no artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13, versão antiga, nos termos da qual os «anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas» não são contabilizados para efeitos dos tempos máximos de emissão de publicidade previstos no n.º 1 dessa disposição.

23. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio refere-se, por um lado, ao conceito de «empresa» enquanto unidade económica, tal como foi definido no âmbito do direito da concorrência da União⁴ e à alteração pela Diretiva 2018/1808 ao artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13.

24. Com efeito, contrariamente ao artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13, versão antiga, o qual apenas excluía da contabilização dos tempos máximos de emissão de publicidade previstos no n.º 1 os «anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas», o artigo 23.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2010/13, na sua versão alterada pela Diretiva 2018/1808, prevê que também os «anúncios do operador televisivo [...] a programas e serviços de comunicação social audiovisual de outras entidades que integrem o mesmo grupo de comunicação social» poderão beneficiar dessa exceção. Na verdade, as alterações introduzidas na Diretiva 2010/13 pela Diretiva 2018/1808 não são ainda aplicáveis ao presente caso. Com efeito, a Diretiva 2018/1808 mais recente entrou em vigor apenas em 18 de dezembro de 2018. Ora, as decisões controvertidas no processo principal datam de 19 de dezembro de 2017, tendo sido notificadas em 8 de janeiro de 2018. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre se a alteração introduzida pela Diretiva 2018/1808 ao artigo 23.º da Diretiva 2010/13 exprime um princípio jurídico geral suscetível de influenciar igualmente a interpretação da Diretiva 2010/13, versão antiga.

25. Por outro lado, com a sua questão e), o órgão jurisdicional de reenvio suscita, a montante, a questão da própria qualificação dos «anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas» como publicidade abrangida pelas disposições do artigo 23.º da Diretiva 2010/13, versão antiga, relativas aos tempos máximos de emissão de publicidade.

26. Por conseguinte, começarei por abordar o conceito de *autopromoção* na aceção da Diretiva 2010/13, versão antiga, demonstrando que os «anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas», na aceção do seu artigo 23.º, n.º 2, constituem tal autopromoção (A). Seguidamente, explicarei que a resposta à questão de saber se os anúncios aos programas de um serviço de meios de comunicação social de radiodifusão poderão ser considerados «anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas» na aceção do artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13, versão antiga, deverá ser negativa, sem que seja necessário responder à questão de saber se os anúncios aos programas de um canal do mesmo grupo poderão ser qualificados «programas próprios». Com efeito, um anúncio a um programa de um serviço de meios de comunicação social de radiodifusão não pode, em regra geral, constituir um anúncio a um «programa» ou a um «serviço de comunicação social audiovisual» na aceção da Diretiva 2010/13, versão antiga (B). Por conseguinte, apenas a título subsidiário abordarei, por fim, a questão do alcance do conceito de grupo de radiodifusão no âmbito do litígio no processo principal (C).

A. Quanto ao conceito de «autopromoção» na aceção da Diretiva 2010/13, versão antiga

27. Com a sua questão e), o Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) pergunta se o artigo 23.º da Diretiva 2010/13, na redação original, deve ser entendido como «uma disposição de incentivo descrevendo a particularidade da promoção, que é exclusivamente

⁴ V. Acórdão de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel e o/Comissão (C-516/15 P, EU:C:2017:314, n.ºs 46 a 48 e jurisprudência referida).

informativa e não pretende persuadir ninguém a adquirir bens e serviços distintos dos programas promovidos, e como tal, deve considerar-se excluído do âmbito de aplicação das disposições em matéria de [tempo de] transmissão [publicitária]».

28. Resulta, porém, do artigo 1.º, n.º 1, alíneas h) e i), da Diretiva 2010/13, versão antiga, que a resposta a esta questão deve ser negativa. Com efeito, resulta das referidas disposições que os anúncios aos programas de um operador televisivo devem ser qualificados como publicidade televisiva. Assim apenas ficarão excluídos da contabilização dos tempos máximos de emissão de publicidade quando se trate de anúncios de um operador televisivo aos seus próprios programas.

29. No artigo 1.º, n.º 1, alínea h), da Diretiva 2010/13, versão antiga, a «comunicação comercial audiovisual» é definida como «imagens com ou sem som que se destinam a promover, direta ou indiretamente, os produtos, os serviços ou a imagem de uma pessoa singular ou coletiva que exerce uma atividade económica. Tais imagens acompanham ou são incluídas num programa a troco de pagamento ou retribuição similar, ou para fins autopromocionais. As formas de comunicação comercial audiovisual incluem, nomeadamente, a publicidade televisiva [...]».

30. O artigo 1.º, n.º 1, alínea i), da Diretiva 2010/13, versão antiga, define a «publicidade televisiva» como «qualquer forma de mensagem televisiva difundida a troco de pagamento ou retribuição similar, ou para fins autopromocionais, por uma entidade pública ou privada ou uma pessoa singular, relacionada com uma atividade comercial, industrial, artesanal ou de profissão liberal, com o objetivo de promover o fornecimento de produtos ou serviços, [...] a troco de pagamento.»

31. A difusão de emissões televisivas, incluindo os transmitidos pela via da teledistribuição, constitui uma prestação de serviços na aceção do artigo 56.º TFUE⁵. Isso ficou expressamente claro no considerando 6 da Diretiva «Televisão sem Fronteiras» 89/552/CEE⁶, a antecessora da Diretiva 2010/13. Os considerandos 21 e 35 da Diretiva 2010/13, versão antiga, referem-se, igualmente, aos «serviços» abrangidos pelo conceito de serviços de comunicação social audiovisual, ou seja, abrangidos pela referida diretiva. Além disso, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), i), um «serviço de comunicação social audiovisual» constitui um serviço na aceção dos artigos 56.º e 57.º TFUE, cuja principal finalidade é a oferta de programas destinados a informar, distrair ou educar o público em geral.

32. Por conseguinte, os anúncios aos programas de um operador televisivo destinam-se a promover a venda de serviços na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea h), da Diretiva 2010/13, versão antiga, devendo, portanto, ser qualificadas como comunicações comerciais audiovisuais na aceção desta disposição. Do mesmo modo, tais anúncios são abrangidos pelo conceito de «publicidade televisiva» na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea i), da Diretiva 2010/13, versão antiga, visto que constituem uma mensagem televisiva difundida no exercício de uma atividade comercial por um operador público ou privado a título de autopromoção, com o objetivo de promover a prestação de serviços a título oneroso.

33. Daqui resulta que é errado querer fazer uma suposta distinção, como faz a RTI, entre, por um lado, os anúncios neutros de carácter puramente informativo e, por outro, a publicidade no sentido de promoção de um produto ou de um serviço. Ainda que os anúncios aos programas de um operador televisivo apresentem um carácter informativo, é seu objetivo, no entanto, que os

⁵ V. Acórdão de 13 de dezembro de 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium e o.* (C-250/06, EU:C:2007:783, n.º 28 e jurisprudência referida).

⁶ Diretiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva (JO 1989, L 298, p. 23).

telespetadores assistam a esses programas e, por conseguinte, a prestação de serviços a troco de pagamento. De resto, a regra de exceção prevista no artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13, versão antiga, seria desnecessária no caso de os «anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas» não serem abrangidos pelo conceito de publicidade televisiva e, assim, não caírem no âmbito de aplicação do artigo 23.º, n.º 1.

34. O facto de o artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13, versão antiga, se referir a «anúncio[s] do operador televisivo aos seus próprios programas»⁷ e não a «publicidade do operador televisivo aos seus próprios programas» não é, igualmente, suscetível de pôr em causa a qualificação desses anúncios como próprios e, conseqüentemente, como publicidade televisiva. Pelo contrário, o conceito de «anúncios aos próprios programas» é simplesmente um sinónimo de «publicidade aos próprios programas». Isto é confirmado pelo facto de, na versão francesa do artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13, versão antiga, ser utilizado o conceito de «*messages diffusés par l'organisme de radiodiffusion télévisuelle en ce qui concerne ses propres programmes*». Com efeito, na versão francesa da diretiva, o conceito «*messages*» figura no considerando 85 em conjugação com «*publicitaires*» («*messages publicitaires*»), ao passo que noutras versões linguísticas são utilizados conceitos como «publicidade» ou «inserção de *spots* publicitários»⁸.

35. Assim, o considerando 96 da Diretiva 2010/13, versão antiga, explica igualmente que «as atividades de autopromoção constituem uma forma específica de publicidade em que o organismo de radiodifusão promove os seus próprios produtos, serviços, programas ou canais». De resto, no que se refere à anterior Diretiva 89/552, o Tribunal de Justiça precisou que os incentivos a seguir outros programas de um operador constituem publicidade⁹.

36. Contrariamente à opinião da RTI, também não pode ser inferido da segunda frase do considerando 96 da Diretiva 2010/13, versão antiga, segundo a qual «em especial, curtos extratos de programas devem ser tratados como programas», que as mensagens relativas à futura programação não são abrangidas pelo conceito de publicidade. Com efeito, a emissão de curtos extratos visa a comercialização de serviços (a saber, os programas dos quais aqueles são extraídos) (artigo 1.º, n.º 1, alínea h), da Diretiva 2010/13, antiga versão). De igual modo, trata-se de uma mensagem difundida com o objetivo de promover a prestação desses serviços [(artigo 1.º, n.º 1, alínea i)]. Por conseguinte, conforme alegado pela Itália na audiência, deve considerar-se que a difusão de curtos extratos constitui publicidade aos correspondentes programas. Assim, os curtos extratos apenas serão abrangidos pela exceção prevista no artigo 23.º, n.º 2 no caso de se tratar de curtos extratos dos programas próprios do operador televisivo que os difunde.

37. Contrariamente ao que a RTI entende, é irrelevante, para o critério dos serviços onerosos, o facto de o canal televisivo constituir um canal de acesso gratuito ou um canal privado pago. Com efeito, os canais de sinal aberto são, em regra, financiados por publicidade. A autopromoção visa aumentar as audiências, que constituem uma base substancial para determinação do preço dos tempos de publicidade. Por conseguinte, a difusão de publicidade a programas de sinal aberto é igualmente uma mensagem destinada a promover indiretamente a prestação de serviços de publicidade a troco de pagamento.

⁷ V. também, por exemplo, as versões inglesa: «*announcements made by the broadcaster in connection with its own programmes*», francesa: «*messages diffusés par l'organisme de radiodiffusion télévisuelle en ce qui concerne ses propres programmes*» e italiana: «*annunci dell'emittente relativi ai propri programmi*».

⁸ V., por exemplo, as versões alemã: «*Werbeeinschübe*», inglesa: «*advertising*» e italiana: «*pubblicità*».

⁹ Acórdão de 18 de outubro de 2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, EU:C:2007:613, n.º 45).

38. É certo que, segundo a jurisprudência, os programas dos organismos públicos de radiodifusão que sejam financiados por taxas de radiodifusão fixadas e cobradas pelo Estado ou por subvenções estatais não constituem prestações de serviços a troco de pagamento na aceção da legislação do imposto sobre o valor acrescentado¹⁰.

39. No entanto, isso não significa que os anúncios aos programas desses serviços de radiodifusão, em todo o caso quando estes últimos difundam publicidade¹¹ igualmente a título oneroso, não constituam «comunicações comerciais audiovisuais» ou «publicidade televisiva», na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alíneas h) e i), da Diretiva 2010/13, versão antiga. A alínea i) refere-se também expressamente aos organismos públicos. Além disso, o considerando 21 esclarece que o conceito de «serviços de comunicação social audiovisual» deve abranger os serviços na aceção do TFUE, ou seja, todos os tipos de atividades económicas, incluindo das empresas de serviço público.

40. Isto é lógico. Na verdade, poderá justificar-se que as modalidades concretas das disposições relativas aos tempos de emissão de publicidade variem consoante os modos diferentes de financiamento dos canais, uma vez que estes se encontram, a este respeito, em situações diferentes¹². Porém, não há razão alguma para excluir, em princípio e *a priori*, um determinado grupo de operadores televisivos das disposições relativas à publicidade televisiva. Com efeito, o objetivo de proteção dos consumidores enquanto telespetadores contra a publicidade excessiva, que está subjacente às diretivas relativas à oferta de serviços de comunicação social audiovisual¹³ deveria aplicar-se a todos os operadores televisivos que difundem publicidade para terceiros.

41. Tudo isto confirma que os anúncios a programas de um operador televisivo são publicidade televisiva. Esta é excluída da contabilização dos tempos máximos de emissão de publicidade referidos no artigo 23.º, n.º 1, da Diretiva 2010/13, versão antiga, unicamente quando se trate de «anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas» na aceção do n.º 2 da referida disposição.

42. A exceção da autopromoção à contabilização dos tempos máximos de emissão de publicidade é um privilégio concedido pelo legislador aos operadores televisivos. Por um lado, afigura-se justificado pela sua especial importância para o interesse geral, sublinhada, especialmente, no considerando 5 da Diretiva 2010/13, versão antiga (garantia da liberdade de informação, diversidade de opiniões e pluralismo dos meios de comunicação social). Por outro lado, parte-se do princípio de que os operadores televisivos não exploram de forma excessiva o privilégio de difusão da autopromoção (gratuita), uma vez que isso poderia prejudicar a atratividade dos seus programas para os telespetadores (e, conseqüentemente, indiretamente, as suas receitas provenientes de serviços de publicidade prestados a troco de pagamento).

43. Na última parte da questão e), o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13, versão antiga, constitui uma derrogação devendo, por conseguinte, ser objeto de interpretação estrita. A este respeito, a RTI alega que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça no Acórdão ARD, as restrições à liberdade fundamental de difusão de mensagens

¹⁰ V. Acórdãos de 22 de junho de 2016, *Český rozhlas* (C-11/15, EU:C:2016:470, n.ºs 23 a 28, 36 e dispositivo), e de 16 de setembro de 2021, *Balgarska natsionalna televizija* (C-21/20, EU:C:2021:743, n.ºs 32 a 34, 39 e n.º 1 do dispositivo).

¹¹ Poderá ficar em aberto a forma como seria apreciado o caso específico da autopromoção de um canal de serviço público financiado exclusivamente por impostos e que não difunde nenhuma publicidade para terceiros. De qualquer modo, esse caso especial não se verifica aqui.

¹² V., correspondentemente, Acórdão de 18 de julho de 2013, *Sky Italia* (C-234/12, EU:C:2013:496, n.ºs 18 a 23).

¹³ V. Acórdãos de 18 de outubro de 2007, *Österreichischer Rundfunk* (C-195/06, EU:C:2007:613, n.ºs 26 a 28), e de 18 de julho de 2013, *Sky Italia* (C-234/12, EU:C:2013:496, n.º 17 e jurisprudência referida), e considerando 83 da Diretiva 2010/13, versão antiga.

televisivas devem ser interpretadas de forma estrita¹⁴. No entanto, naquele acórdão, o Tribunal de Justiça limitou-se a clarificar que tal restrição deve ser interpretada de forma estrita quando não seja formulada claramente e inequivocamente.

44. Ora, a limitação aqui em causa da percentagem de tempo de emissão de *spots* de publicidade televisiva e de *spots* de televenda prevista no artigo 23.º, n.º 1, da Diretiva 2010/13, versão antiga, está formulada claramente e inequivocamente. Exprime o princípio segundo o qual, no domínio da publicidade televisiva, a livre prestação de serviços é restringida. Com efeito, neste caso, a regra geral não é a da transmissão livre e ilimitada, mas a da sua limitação no tempo, no interesse dos consumidores enquanto telespetadores, o que é sublinhado no considerando 83 da Diretiva 2010/13, versão antiga. Conforme salientou o Tribunal de Justiça, especialmente, o alcance do conceito de «publicidade televisiva» deve ser apreciado tendo em conta esse objetivo¹⁵. Do mesmo modo, o artigo 23.º, n.º 2 segundo o qual os «anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas» não são abrangidos pelos tempos máximos de emissão, está formulado claramente e inequivocamente.

45. Também no que respeita à interpretação da diretiva à luz das liberdades fundamentais não se vislumbram elementos que permitam considerar que a restrição à publicidade prevista no artigo 23.º, n.º 1, da Diretiva 2010/13, versão antiga, constituiria uma restrição desproporcionada à livre prestação de serviços. Conforme já salientado pelo próprio Tribunal de Justiça, as regras relativas ao tempo de emissão da publicidade televisiva, adotadas pelas diretivas relativas à oferta de serviços de comunicação social audiovisual, visam assegurar uma proteção equilibrada dos interesses financeiros dos operadores televisivos e dos anunciantes, por um lado, e dos interesses dos titulares de direitos, ou seja, dos autores e criadores, e dos consumidores enquanto telespetadores, por outro. Nesta medida, poderão justificar restrições à livre prestação de serviços no domínio da publicidade televisiva¹⁶.

46. Por conseguinte, nem a restrição à liberdade de prestação de serviços de publicidade prevista no artigo 23.º, n.º 1, da Diretiva 2010/13, versão antiga, deve ser interpretada de forma especialmente estrita, nem a exceção relativa aos anúncios aos próprios programas prevista no n.º 2 desta disposição o deve ser de forma especialmente ampla. Pelo contrário, os dois números deverão ser interpretados em conformidade com a sua redação, bem como com a sistemática, o sentido e a finalidade da Diretiva 2010/13, versão antiga¹⁷.

B. Quanto ao conceito de «programa» na aceção da Diretiva 2010/13, versão antiga

47. Com as suas questões a) a d) o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se os anúncios de um operador televisivo a programas de um operador de radiodifusão do mesmo grupo de meios de comunicação social poderão ser abrangidos pelo conceito de «anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas», na aceção do artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13, versão antiga.

¹⁴ Acórdão de 28 de outubro de 1999, ARD (C-6/98, EU:C:1999:532, n.ºs 29 a 31).

¹⁵ V. referências na nota 14, *supra*.

¹⁶ V. Acórdãos de 23 de outubro de 2003, RTL Television (C-245/01, EU:C:2003:580, n.º 71 e jurisprudência referida), e de 18 de julho de 2013, Sky Italia (C-234/12, EU:C:2013:496, n.º 18 e jurisprudência referida).

¹⁷ V., neste sentido, Acórdão de 24 de novembro de 2011, Comissão/Espanha (C-281/09, EU:C:2011:767, n.ºs 48 e 49).

48. Que, em princípio, não é esse o caso, resulta, desde logo, da referida definição em conjugação com a definição do conceito de «programa» constante do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2010/13, versão antiga, e do conceito de «emissão televisiva» constante da alínea e) da mesma disposição.

49. Resulta das referidas definições que um «programa» é um «conjunto de imagens em movimento, com ou sem som» e «emissão televisiva» um «serviço de comunicação social audiovisual prestado por um fornecedor de serviços de comunicação social para visionamento simultâneo de programas, ordenados com base numa grelha de programas». Nesta medida, os anúncios a emissões ou a programas de um operador de radiodifusão que contenham apenas som e sem imagem não poderão constituir «anúncios [...] a programas próprios», na aceção do artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13, versão antiga.

50. Isto é coerente, uma vez que os serviços de radiodifusão não são abrangidos pelo âmbito de aplicação das diretivas relativas aos serviços de comunicação social audiovisual. Assim, no seu Livro Verde «Televisão sem Fronteiras» de 1984, a Comissão incluiu inicialmente também a rádio¹⁸. A proposta original da Comissão relativa à Diretiva «Televisão sem Fronteiras» 89/552 também o previa¹⁹. Ora, por especial insistência dos Länder alemães, que temiam perder os seus poderes regulamentares nesta matéria, a rádio acabou por ser excluída do âmbito de aplicação da Diretiva 89/552²⁰. Essa situação manteve-se com a adoção da Diretiva 2010/13: como resulta do seu considerando 23, o conceito de «audiovisual» deve referir-se a imagens em movimento, com ou sem som, e, por conseguinte, abranger os filmes mudos, mas não as transmissões de som ou os serviços de radiodifusão. Como observado pela Elemedia na audiência no presente processo, tal situação mantém-se após a alteração desta diretiva pela Diretiva 2018/1808 (v. artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2010/13, na sua versão alterada pela Diretiva 2018/1808).

51. Conforme foi igualmente salientado pela Elemedia, os serviços de radiodifusão, por um lado, e os serviços de comunicação social audiovisual, por outro, continuam a constituir mercados distintos, não obstante as atividades cruzadas e a convergência dos serviços audiovisuais. É igualmente por esta razão que o legislador da União optou por continuar a excluir os serviços de radiodifusão do âmbito de aplicação da Diretiva 2010/13, na sua versão alterada pela Diretiva 2018/1808, não obstante a verificação da referida convergência, evocada²¹ pela própria Comissão num Livro Verde em 2013, e mencionada no considerando 1 da Diretiva 2018/1808.

52. Por conseguinte, a interpretação defendida pela RTI segundo a qual a publicidade de um operador televisivo a emissões ou a programas de um operador de radiodifusão enquanto autopromoção poderia, igualmente, ser excluída da contabilização dos tempos máximos de emissão de publicidade, constitui uma extensão inadmissível do âmbito de aplicação da Diretiva 2010/13. Essa extensão poderia conduzir a distorções da concorrência em detrimento dos serviços de comunicação social de radiodifusão que não pertençam a grupos de operadores

¹⁸ V. Televisão sem Fronteiras, Livro Verde relativo ao estabelecimento do mercado comum da radiodifusão, especialmente por satélite e por cabo, COM(84) 300 final.

¹⁹ V., especialmente, o artigo 21.º da proposta e a proposta alterada da Comissão de uma diretiva do Conselho relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão, COM(86) 146 final e COM(88) 154 final.

²⁰ V., a este respeito, Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), Acórdão de 22 de março de 1995, 2 BvG 1/89, BVerfGE 92, 203 — Diretiva Televisão CE, n.ºs 39 e 40.

²¹ V. Livro Verde sobre a preparação para um mundo audiovisual plenamente convergente: Crescimento, criação e valores, COM(2013) 231 final.

televisivos e, por conseguinte, conduzir a distorções da concorrência num mercado que, por vontade do legislador, não é abrangido pela regulamentação da União relativa aos serviços de comunicação social audiovisual.

53. É por esta razão que a questão de saber se os anúncios aos programas de um operador de radiodifusão são abrangidos pelo artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13, versão antiga, também não diz respeito à margem de manobra concedida aos Estados-Membros pelo artigo 4.º, n.º 1, como explicado nos considerandos 41 e 83. Segundo essa disposição, os Estados-Membros têm a faculdade de fixar normas mais rigorosas ou mais pormenorizadas abaixo do limiar definido no artigo 23.º da Diretiva 2010/13, versão antiga²². No presente caso trata-se, porém, da questão de saber quais os programas abrangidos pelos tempos máximos de emissão e, por conseguinte, da questão da determinação do quadro jurídico da União dentro do qual os Estados-Membros dispõem, desde logo, de margem de manobra em matéria de regulamentação.

54. Por conseguinte, os anúncios de um operador televisivo a emissões ou a programas de um operador de radiodifusão que contenham apenas som e sem imagem não poderão ser considerados anúncios a «programas» na aceção do artigo 23.º, n.º 2, em conjugação com o artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2010/13, versão antiga.

55. Na verdade, atualmente as estações de rádio também dispõem de sítios *web* onde estão disponíveis os seus programas, frequentemente acompanhados de imagens. Todavia, esses elementos audiovisuais, quando sejam meramente acessórios, e se destinam apenas a completar a atividade principal do operador de radiodifusão, não poderão transformar as emissões de rádio em «serviços de comunicação social audiovisual» abrangidos pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2010/13, versão antiga.

56. Assim, num processo relativo a vídeos disponíveis na página da edição em linha de um jornal, o Tribunal de Justiça declarou que tais vídeos podem ser abrangidos pelo conceito de «programa» na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2010/13, versão antiga, desde que a sua forma e o seu conteúdo sejam comparáveis à forma e ao conteúdo dos programas televisivos. Esse poderia ser eventualmente o caso das emissões de rádio acompanhadas de imagens.

57. No entanto, o Tribunal de Justiça esclareceu que os vídeos em causa apenas serão abrangidos pelo conceito de «serviço de comunicação social audiovisual» na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), i) (e, por conseguinte, no âmbito de aplicação da diretiva) no caso de o serviço relativo à sua disponibilização constituir um objetivo principal próprio dissociável da atividade efetiva do fornecedor e não apenas um complemento indissociável dessa atividade (v. também considerando 22). Não é esse o caso quando os conteúdos audiovisuais não constituam o objetivo principal, como sucede com os sítios *web* que apenas contenham elementos audiovisuais a título de complemento²³.

58. Por conseguinte, não obstante os elementos audiovisuais que nele estejam contidos, o sítio *web* de uma estação de rádio não deve ser considerado um serviço de comunicação social audiovisual quando esses elementos se afigurem meramente acessórios e se destinem apenas a completar a oferta de radiodifusão. Assim, os anúncios a programas de um operador de radiodifusão apenas poderão constituir «anúncios a programas», na aceção do artigo 23.º, n.º 2, da

²² V. Acórdão de 18 de julho de 2013, *Sky Italia* (C-234/12, EU:C:2013:496, n.ºs 13 e 14); v., também, Acórdão de 17 de fevereiro de 2016, *Sanoma Media Finland — Nelonen Media* (C-314/14, EU:C:2016:89, n.ºs 33, 55 e 60).

²³ Acórdão de 21 de outubro de 2015, *New Media Online* (C-347/14, EU:C:2015:709, n.ºs 24, 26, 33, 34 e 37 e dispositivo). A referida jurisprudência foi acolhida no considerando 3 da Diretiva 2018/1808.

Diretiva 2010/13, versão antiga, no caso de tais programas se afigurarem um serviço de comunicação social audiovisual autónomo e dissociável da atividade efetiva do operador de radiodifusão.

59. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se os programas da «R101» que são objeto de publicidade no caso em apreço contêm elementos audiovisuais e, em caso afirmativo, se estes constituem simplesmente um complemento dos programas de rádio em causa ou um serviço de comunicação social audiovisual próprio. Tendo em conta os elementos de que o Tribunal de Justiça dispõe e os debates que tiveram lugar na audiência, não há indícios de que se verifique a última hipótese.

60. De qualquer modo, os anúncios a programas de um operador de radiodifusão só podem ser «anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas» na aceção do artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13, versão antiga, se se tratar não só de anúncios a «programas» mas também de anúncios a programas «próprios» na aceção desta diretiva. Abordarei de seguida este segundo critério.

C. Quanto ao conceito de «programas próprios» na aceção da Diretiva 2010/13, versão antiga

61. A RTI considera que os anúncios de um operador televisivo a programas de um outro canal devem ser considerados «anúncios aos próprios programas» do operador televisivo, na aceção do artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13, versão antiga, desde que ambos os canais pertençam ao mesmo grupo. Isso decorre, em seu entender, do conceito de empresa enquanto unidade económica, tal como desenvolvida pelo Tribunal de Justiça em matéria de direito da concorrência e que é agora igualmente reconhecida no artigo 23.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2010/13, na sua versão alterada pela Diretiva 2018/1808.

62. Na sequência da alteração ao artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13, versão antiga, pela Diretiva 2018/1808, já não são só os «anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas» mas também os «anúncios do operador televisivo [...] a programas e serviços de comunicação social audiovisual de outras entidades que integram o mesmo grupo de comunicação social» que são excluídos da contabilização dos limites máximos de emissão de publicidade em conformidade com o n.º 1 desta disposição.

63. No entanto, o considerando 43 da Diretiva 2018/1808 sugere que se trata de uma nova regulamentação e, por conseguinte, de uma alteração da situação jurídica anterior. Com efeito, aí se refere que «numerosos operadores televisivos estão integrados em grandes grupos de comunicação social e transmitem mensagens relacionadas não só com os seus próprios programas e os produtos acessórios deles diretamente derivados mas também com programas e serviços de comunicação social audiovisual de outras entidades que integram o mesmo grupo de comunicação social» e que «o tempo de emissão consagrado a tais mensagens também não deverá ser abrangido pelo tempo máximo de emissão consagrado à publicidade televisiva e à televenda».

64. Por conseguinte, o artigo 23.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2010/13, na sua versão alterada pela Diretiva 2018/1808, ainda não aplicável aos factos em apreço (v. n.º 24, *supra*), não poderá ser considerado uma clarificação da situação jurídica preexistente.

65. Contrariamente à opinião da RTI, esta nova regulamentação não poderá, igualmente, ser entendida como a expressão de um princípio geral segundo o qual as empresas de um grupo formam uma unidade económica cuja responsabilidade pelos atos de uma filial deve ser imputada à sociedade-mãe.

66. A RTI invoca, é certo, tanto o direito da concorrência²⁴ como o exemplo do direito relativo aos contratos públicos, segundo o qual os agrupamentos de operadores económicos podem, em determinadas condições, recorrer, às capacidades dos participantes do agrupamento para a execução de contratos públicos²⁵. No entanto, estes conceitos baseiam-se nas interligações jurídicas e organizacionais das empresas que justificam a imputação recíproca dos atos e das capacidades no seio da unidade empresarial, as quais se explicam pelo contexto regulamentar das respetivas áreas jurídicas de direito da concorrência e de direito dos contratos públicos²⁶. A sua lógica poderá aplicar-se ao setor dos serviços de comunicação social audiovisual no caso de uma empresa aí estabelecida dever ser avaliada do ponto de vista do direito da concorrência ou no caso de esta participar num processo de adjudicação.

67. No entanto, para efeitos de resposta à questão de saber quando deverá um programa de um operador televisivo ser considerado «programa próprio» e contrariamente às conceções ora abordadas, a Diretiva 2010/13, versão antiga, não se centra nas estruturas jurídicas e organizacionais e interligações entre as empresas, mas na responsabilidade editorial em relação aos programas em causa. Como o considerando 25 precisa, o conceito de responsabilidade editorial é essencial para definir o papel do fornecedor de serviços de comunicação social e, por conseguinte, para a definição do conceito de serviços de comunicação social audiovisual. Por conseguinte, o artigo 1.º, n.º 1, alínea a), i), dispõe que um «serviço de comunicação social audiovisual» é um serviço prestado sob a responsabilidade editorial de um fornecedor de serviços de comunicação social. De acordo com a alínea d) desta disposição, é «fornecedor de serviços de comunicação social» a pessoa singular ou coletiva que tem responsabilidade editorial pela escolha do conteúdo audiovisual do serviço de comunicação social audiovisual e determina o modo como é organizado. Nos termos da alínea f) desta disposição, um «operador televisivo» é um fornecedor de serviços de comunicação social de emissões televisivas.

68. A «responsabilidade editorial» constitui, em conformidade com o artigo 1.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva 2010/13, versão antiga, o exercício de um controlo efetivo tanto sobre a seleção de programas como sobre a sua organização, quer sob a forma de grelha de programas, no caso das emissões televisivas, quer sob a forma de catálogo, no caso dos serviços de comunicação social audiovisual a pedido. A este respeito, a responsabilidade editorial não fundamenta necessariamente uma responsabilidade jurídica por força do direito nacional pelos conteúdos ou serviços fornecidos.

69. Contrariamente ao que a RTI alegou na audiência no presente processo, este conceito de responsabilidade editorial na aceção da Diretiva 2010/13, versão antiga, não pode ser equiparado ao tipo de controlo que o Tribunal de Justiça utilizou para declarar que uma sociedade-mãe e uma

²⁴ V. Acórdão de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel e o./Comissão, referido na nota 5 das presentes conclusões (C-516/15 P, EU:C:2017:314, n.ºs 46 a 48 e jurisprudência referida).

²⁵ V. artigo 63.º, n.º 1, quarto parágrafo, em conjugação com o artigo 19.º, n.º 2, da Diretiva 2014/24 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65).

²⁶ O facto de o conceito de empresa no direito da concorrência não poder ser facilmente transposto para outras situações regulamentares sem que tal seja expressamente regulado resulta, igualmente, demonstrado no artigo 83.º, n.ºs 4 a 6, lido em conjugação com o considerando 150 do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) (JO 2016, L 119, p. 1, retificado no JO 2018, L 127, p. 2); v., a este respeito, Conclusões do advogado-geral M. Campos Sánchez-Bordona no processo Deutsche Wohnen (C-807/21, EU:C:2023:360, n.ºs 44-50).

filial constituem uma unidade económica. O Tribunal de Justiça baseou-se, a este respeito, no facto de a filial, não obstante possuir personalidade jurídica própria, não determinar de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas respeitar, no essencial, as instruções da sociedade-mãe, tendo especialmente em conta os vínculos económicos, organizacionais e jurídicos que unem as duas entidades jurídicas²⁷.

70. Apesar da eventual existência de tais relações entre a RTI e os canais que esta detém, afigura-se improvável, conforme salientado pela Itália na audiência, que uma sociedade gestora de participações como a RTI defina o conteúdo concreto dos programas e a seleção detalhada dos programas desses canais. Segundo a Elemedia, a RTI constitui apenas uma sociedade financeira gestora de participações que detém participações em vários canais, assumindo estes a responsabilidade editorial pelos seus programas.

71. Em contrapartida, a RTI alegou que não é apenas uma sociedade financeira gestora de participações, mas que determina, em última instância, o alinhamento editorial de todas as sociedades do grupo. Segundo a RTI, isso equipara-se à responsabilidade editorial na aceção da Diretiva 2010/13, versão antiga. A este respeito, refere, especialmente, que o Tribunal de Justiça declarou no processo *Baltic Media Alliance* que a responsabilidade editorial implica que a pessoa tenha o poder de, em última instância, decidir sobre a oferta audiovisual enquanto tal²⁸.

72. Por fim, o órgão jurisdicional de reenvio deverá, por conseguinte, determinar se o controlo exercido pela RTI, tanto sobre as emissões e sobre o programa da «R101» (a estação de rádio cujos programas foram objeto da publicidade difundida) como sobre os programas do «Canale 5», «Italia 1» e «Rete 4» (os canais televisivos que difundiram a publicidade para a «R101») deve ser equiparado à «responsabilidade editorial» na aceção da Diretiva 2010/13, versão antiga.

73. Só se for esse o caso quer quanto aos canais «Canale 5», «Italia 1» e «Rete 4» como quanto à «R101» é que os anúncios aos programas em causa, a «R101», poderiam constituir «programas do operador televisivo aos seus próprios programas» na aceção do artigo 23.º, n.º 2, da Diretiva 2010/13, antiga versão, sempre na condição de tais programas constituírem efetivamente «serviços de comunicação social audiovisual» na aceção da diretiva (v. n.ºs 61 e 62, *supra*).

V. Conclusão

74. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais submetidas pelo Consiglio di Stato (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Itália), do seguinte modo:

O artigo 23.º, n.º 2, em conjugação com o artigo 1.º, n.º 1, alíneas a) a f) e h) e i), da Diretiva 2010/13/UE, na sua versão anterior à alteração introduzida pela Diretiva (UE) 2018/1808, deve ser interpretado no sentido de que os anúncios de um operador televisivo a emissões ou programas de um operador de radiodifusão não se enquadram no conceito de «anúncios do operador televisivo aos seus próprios programas» na aceção desta disposição. Esta regra conhece apenas uma exceção, no caso de os programas publicitados constituírem serviços de comunicação

²⁷ V. Acórdão de 27 de abril de 2017, *Akzo Nobel e o/Comissão* (C-516/15 P, EU:C:2017:314, n.º 52 e jurisprudência referida).

²⁸ Acórdão de 4 de julho de 2019, *Baltic Media Alliance* (C-622/17, EU:C:2019:566, n.º 43).

social audiovisual autónomos na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), i), dissociáveis do objetivo principal da atividade do operador de radiodifusão e relativamente aos quais o operador televisivo assume a responsabilidade editorial na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea c).